

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN
SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG)
UYARINCA HASARIN GEÇİŞİ**

Doktora Tezi

SERA REYHANI YÜKSEL

İstanbul, 2013

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN
SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CİSG)
UYARINCA HASARIN GEÇİŞİ**

Doktora Tezi

SERA REYHANI YÜKSEL

Tez Danışmanı
Doç.Dr. Burak Özen

İstanbul, 2013

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

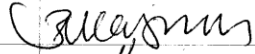
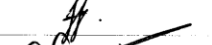
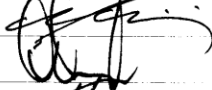


TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi SERA REYHANİ YÜKSEL'nin MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLERANTLAŞMASI (CISG) UYARINCA HASARIN GEÇİŞİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 20.02.2013 tarih ve 2013-7/18 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 04/06/2013

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Öğretim Üyesi Adı Soyadı	İmzası
1. Tez Danışmanı Doç. Dr. BURAK ÖZEN	
2. Jüri Üyesi Prof. Dr. SERAP HELVACI	
3. Jüri Üyesi Prof. Dr. MUSTAFA ALPER GÜMÜŞ	
4. Jüri Üyesi Prof. Dr. GÖKHAN ANTALYA	
5. Jüri Üyesi Prof. Dr. TUFAN ÖĞÜZ	

ÖZET

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) 1 Ağustos 2011 tarihinde Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. Bu çalışmanın konusunu Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nda (CISG) hasarın geçişi meselesi oluşturmaktadır. Hasarın geçişi meselesi CISG’ın 66-70’inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Sözleşmenin kurulması ile sözleşmenin ifası arasındaki zaman diliminde mallar (satış sözleşmesinin konusunu oluşturan mallar) kazara zayi olabilir ya da zarara uğrayabilirler. Riskin geçişine ilişkin kurallar taraflardan hangisinin bu riski taşıyacağını belirler. Diğer bir ifadeyle bu hükümler malların kaza sonucu zayi olması veya zarar görmesinin ekonomik sonuçlarını hangi tarafın taşıyacağı konusuna çözüm getirirler.

CISG m. 66 riskin kapsamını düzenler ve riskin geçişine ilişkin genel kuralı ortaya koyar. CISG m. 67 ise satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirmesi halinde hasarın geçişine ilişkindir. CISG m. 68 taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasarın geçişini düzenler. CISG m. 69 malların satıcının işyerinde teslim edileceği veya işyeri dışında bir yerde teslim edileceği durumları kapsamına alır. Son olarak m. 70 satıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlali halinde hasarın geçişine ilişkin hükümlerin alıcının ihlal dolayısıyla sahip olduğu hukuki imkânlara hanel vermeyeceğini ortaya koyar. Bu çalışmanın amacı ilgili düzenlemeleri ayrıntılı olarak ele almaktır.

ABSTRACT

The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) entered into force in Turkey on 01 August 2011. The subject of this study consists of the passing of risk according to United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). CISG Articles 66-70 regulate the passing of risk. The goods may be accidentally lost or damaged between the conclusion of the contract and its performance. The rules on the passing of risk determine which party is to bear that risk. In other words, the ultimate issue to be resolved by these provisions is which party should bear the economic consequences in the event that the goods are accidentally lost or damaged.

CISG Article 66 regulates extent of the risk and sets out a general rule on passing of risk. Article 67 is about the passing of risk in case the contract of sale involves carriage of the goods. Article 68 regulates passing of risk in respect of goods sold in transit. Article 69 governs the cases in which the goods are to be delivered at the seller's place of business or in which the seller is obliged to deliver the goods in other place. Article 70 states that if the seller has committed a fundamental breach of contract, provisions on the passing of risk do not impair the remedies available to the buyer on account of the breach. The aim of this study is to discuss relevant regulations in detail.

KISALTMALAR.....viii

GİRİŞ..... 1

I. BÖLÜM

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI'NIN (VİYANA SATIM ANTLAŞMASI) TARİHSEL GELİŞİMİ, GETİRDİĞİ DÜZENİN OLUMLU VE OLUMSUZ YANLARI, TEMEL NİTELİKLERİ VE UYGULAMA ALANI

§ 1. VİYANA SATIM ANTLAŞMASININ TARİHSEL GELİŞİMİ	6
A. Genel Olarak.....	6
I. Satış Sözleşmeleri Hukukunda Yeknesaklaştırma Çabaları.....	7
II. 1964 Tarihli Lahey Sözleşmeleri	11
III. Yeni Bir Sözleşme Taslağının Hazırlanmasına İlişkin UNCITRAL'in Çalışmaları.....	13
IV. Viyana Satım Antlaşması'nın Hazırlanması ve Yürürlüğe Girmesi	14
B. Viyana Satım Antlaşması'nın Konusu ve Yapısı	16
§ 2. VİYANA SATIM ANTLAŞMASININ GETİRDİĞİ DÜZENİN OLUMLU VE OLUMSUZ YANLARI	18
A. Antlaşmanın Getirdiği Düzenin Olumlu Yanları	18
B. Antlaşmanın Getirdiği Düzenin Olumsuz Yanları	20
§ 3. VİYANA SATIM ANTLAŞMASININ TEMEL NİTELİKLERİ	23
A. Hükümlerin Tamamlayıcılığı	23
I. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi.....	23
II. İradelerin Yorumu.....	25
B. Teamüllerin Önemi.....	29
C. Viyana Satım Antlaşmasının Yorumu	32
I. Yorumu Hâkim Olan İlkeler.....	33
a. Antlaşmanın Uluslararası Niteliği	33
b. Antlaşmanın Yeknesak Uygulanmasının Korunması	35
c. Uluslararası Ticarete Dürüstlük Kuralının Korunması	37

II. Yorum Metotları	38
D. Boşlukların Doldurulması	38
I. Antlaşmada Düzenlenen Konularda Boşluk Doldurma (Dâhili Boşluklar)	40
II. Antlaşmada Düzenlenmeyen Konularda Boşluk Doldurma (Harici Boşluklar)	43
III. Boşluk Türü Tartışmalı Olan Konular	45
§ 4. VIYANA SATIM ANTLAŞMASININ UYGULAMA ALANI	47
A. Viyana Satım Antlaşması'nın Yer Bakımından Uygulama Alanı	48
I. İşyerlerinin Farklı Ülkelerde Bulunması	49
a. İşyeri Kavramı	50
b. Tarafların Birden Çok İşyerinin Olması	52
c. Taraflardan Birinin İşyerinin Bulunmaması	53
II. Farklı Ülke	53
a. Tarafların İşyerlerinin Bulunduğu Devletlerin Viyana Satım Antlaşmasının Tarafı Olması	54
b. Forum Ülkesinin Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarının Taraf Ülke Hukukuna Gönderme Yapması	56
III. Tarafların İşyerlerinin Farklı Ülkelerde Olduğunun Anlaşılır Olması	56
IV. Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulanmasında Dikkate Alınmayan Konular	57
a. Tarafların Vatandaşlığı	58
b. Tarafların Tacir Olması Veya Satış Sözleşmesinin Ticari Niteliği	58
V. Çekinceler	59
B. Viyana Satım Antlaşması'nın Konu Bakımından Uygulama Alanı	60
I. Satış Sözleşmesi Kavramı	61
II. Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulama Alanının Dışında Bırakılan Satış Sözleşmesi Türleri	62
a. Tüketici Satış Sözleşmeleri	62
aa. Tüketici Satışı Kavramı	63
bb. Tüketici Satışının Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulama Alanı Dışında Bırakılmasının Nedenleri	65
b. Açık Arttırma veya İcra Yoluyla Yapılan Satışlar	66
III. Satış Sözleşmesine Konu Olan Mal	67
a. Viyana Satım Antlaşması Bakımından Mal Kavramı	67

b. Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulama Alanı Dışında Bıraktığı Satış Konusu Mallar	68
aa. Menkul Kıymet, Kambiyo Senedi ve Paranın Satışı	69
bb. Gemilerin, Teknelerin, Hava Yastıklı Taşıt veya Hava Taşıt Araçlarının Satışı	70
cc. Elektrik Satışı.....	71
IV. Satış Sözleşmesi İle Benzerlik Gösteren Sözleşmeler	72
a. Viyana Satım Antlaşması m. 3/1'de Belirtilen Üretilen veya İmal Edilecek Malların Teslimine İlişkin Sözleşmeler.....	72
b. Viyana Satım Antlaşması m. 3/2'de Belirtilen Sözleşmede Satıcının Ediminin Ağırlığını Bir İşçilik veya Diğer Herhangi Bir Hizmet Ediminin Oluşturması.....	73
C. Viyana Satım Antlaşması'nın Zaman Bakımından Uygulama Alanı.....	74
D. Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulanması Bakımından Taraf İradeleri.....	76
I. Tarafların Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulanmayacağını Kararlaştırmaları	76
II. Tarafların Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulanmasını Kararlaştırmaları	78

II. BÖLÜM

GENEL OLARAK SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ İLE İLGİLİ KAVRAMLAR VE TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN DÜZENLEMESİ

§ 1. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ BAKIMINDAN ÖNEM TAŞIYAN KAVRAMLAR VE BUNLARIN BİRBİRLERİYLE İLİŞKİSİ	80
A. Genel Olarak Hasar ve Hasarın Geçiş Kavramları ve Benzer Kavramlarla İlişkisi.....	80
I. Hasar Kavramı.....	80
a. Genel Olarak	80
b. Eşyaya İlişkin Hasar (Ayni Hasar)	82
c. Borca İlişkin Hasar.....	83
aa. Borca İlişkin Hasar Kavramı	83
bb. Edim Hasarı-Karşı Edim Hasarı Ayrımı	85
II. Hasarın Geçiş Kavramı	87
III. Hasar Kavramının İmkânsızlıkla İlişkisi	89
a. Genel Olarak	89
b. İmkânsızlık Kavramı.....	89

c. İmkansızlığın Türleri.....	92
aa. Objektif ve Sübjektif İmkânsızlık.....	92
bb. Tam ve Kısmi İmkânsızlık	94
cc. Hukuki İmkânsızlık	95
dd. Zamansal İmkânsızlık Halleri-Sürekli ve Geçici İmkânsızlık	97
IV. Hasar Kavramının Mücbir Sebep İlişkisi	100
a. Genel Olarak	100
b. Mücbir Sebep Kavramı ve Mücbir Sebebin Unsurları	100
§ 2. HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN UYGULANAN SİSTEMLER.....	106
A. Mülkiyetin Nakliyle Hasarın Geçiş.....	106
B. Teslimle Hasarın Geçiş.....	106
C. Sözleşmenin Kurulmasıyla Hasar Riskinin Geçiş.....	108
§ 3. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN ALICIYA GEÇİŞİNİN FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ.....	109
A. Roma Hukukunda Hasarın Geçişine İlişkin Düzenleme.....	109
B. İsviçre Hukuk Sistemine Göre Hasarın Geçişine İlişkin Düzenleme.....	112
C. Alman Hukukunda Hasarın Geçişine İlişkin Düzenleme.....	114
D. Viyana Satım Antlaşması'nda Hasarın Geçişine İlişkin Düzenleme	115
E. Incoterms	116
I. Genel Olarak	116
II. Incotermilerin Türleri.....	120
a. Tüm Taşıma Türlerinde Geçerli Olan Terimler	120
aa. Ex Works (EXW-İşyerinde Teslim)	120
bb. Free Carrier (FCA- Taşıyıcıya Teslim).....	122
cc. Carriage Paid To (CPT- Taşıma Ücreti Ödenmiş Olarak).....	123
dd. Carriage and Insurance Paid To (CIP- Taşıma Ücreti ve Sigorta Ödenmiş Olarak)	125
ee. Delivered at Terminal (DAT-Terminalde Teslim)	125
ff. Delivered at Place (DAP- Varma Yerinde Belirlenen Noktada).....	126
gg. Delivered Duty Paid (DDP-Gümrük Vergileri Ödendikten Sonra Teslim)	127
b. Deniz ve İçsularda Taşıma İçin Kullanılan Terimler.....	128
aa. Cost and Freight (CFR- Malın Bedeli ve Navlun Ödenmiş Olarak)	129

bb. Cost, Insurance, Freight (CIF- Malın Bedeli, Sigorta ve Navlun Ödenmiş Olarak)	130
cc. Free Alongside Ship (FAS-Geminin Yanında Teslim)	131
dd. Free on Board (FOB- Yükleme Limanında Gemide Teslim)	132
§ 4. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE HASARIN GEÇİŞİ VE MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI'NIN TÜRK BORÇLAR KANUNU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ	134
A. Genel Kural Olarak TBK m. 136 Düzenlemesi	134
B. Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişine İlişkin Düzenleme	136
I. Genel Olarak	136
II. Parça ve Çeşit Satışında Hasarın Geçışı	138
a. Parça Satışında Hasarın Geçışı	138
b. Çeşit Satışında Hasarın Geçışı	144
III. Alacaklının Temerrüdü	149
IV. Koşula Bağlı Satışta Hasarın Geçışı	151
V. Hasarın Geçişine İlişkin Kuralın İstisnaları	155
a. Kanundan Doğan İstisnalar	156
b. Durumun Gereğinden Doğan İstisnalar	157
c. Sözleşmeden Doğan İstisnalar	158
C. Viyana Satım Antlaşması'nın 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hasara İlişkin Düzenlemesi Üzerindeki Etkisi	158

III. BÖLÜM

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI UYARINCA HASARIN GEÇİŞİ

§ 1. VİYANA SATIM ANTLAŞMASINDA HASAR RİSKİNİN GEÇİŞİ	164
A. Genel Olarak	164
B. Viyana Satım Antlaşmasında Edim ve Bedel Hasarı Riski ve Bedel Hasarının Geçişine İlişkin Düzenlemeler	167
I. Edim Hasarı Riski	167

II. Bedel Hasarı Riski	168
a. Riskin Kapsamı	169
aa. Maddi Riskler	169
bb. Hukuki Riskler	170
b. Hasarın Satıcının Eyleminden ya da Eylemsizliğinden Kaynaklanmamış Olması	173
c. İspat Külfeti.....	180
III. Bedel Hasarının Geçişine İlişkin Düzenlemeler.....	181
a. Genel Hasar Kuralı: Teslim Yeri Satıcının İşyeri İse Hasarın Geçişi (Viyana Satım Antlaşması m. 69/I).....	185
b. Genel Hasar Kuralının İstisnaları.....	191
aa. Teslim Yeri Satıcının İşyeri Dışında Bir Yer İse Hasarın Geçişi (Viyana Satım Antlaşması m. 69/II).....	191
bb. Sözleşmenin Ayırdedilmemiş Mallara İlişkin Olması (Viyana Satım Antlaşması m. 69/III)	193
cc. Satış Sözleşmesi Malların Taşınmasını Gerektiriyorsa Hasarın Geçişi (Viyana Satım Antlaşması m. 67)	194
aaa. Mesafe Satışı Kavramı	196
bbb. Malların Taşınmasının Gerekmesi.....	201
ccc. İlk Taşıyıcı Kuralı	203
ddd. Satış Sözleşmesine Uygun Olma	208
eee. Malların Verilmesi	210
fff. Belirli Yer Kuralı.....	214
ggg. Satıcının Malı Temsil Eden Belgeleri Alıkoymasının Hasarın Geçişi Bakımından Etkisi	216
hhh. Malların Sözleşmeye Özgülenmesi	220
aaaa. Genel Olarak	220
bbbb. Sözleşmeye Tahsis Yöntemleri.....	222
cccc. Toplu Taşınan Yükler Bakımından Durum	223
iii. İspat Külfeti.....	224
dd. Taşıma Halindeyken Satılan Mallara İlişkin Hasarın Geçişi (Viyana Satım Antlaşması m. 68)	226
aaa. Hasarın Geçiş Anı: Satış Sözleşmesinin Kurulması Anı	226
bbb. Koşulların Haklı Göstermesi Halinde Hasarın Geçiş Anı	229

ccc. Satıcının Kötü Niyeti: Malın Zayi Olduğunun veya Hasar Gördüğünün Açıklanmaması Halinde Hasarın Geçişi.....	235
ddd. İspat Külfeti	237
c. Hasarın Geçişi ve Sözleşmenin Esaslı İhlali	237
IV. Hasarın Geçişinin Sonuçları	242
a. Hasar ve Sorumluluk.....	242
aa. Malların Zayi Olması veya Zarar Görmesinden Sorumluluk	243
aaa. Hasar Riskinin Geçmesinden Sonra Malların Zayi Olması veya Zarar Görmesi	243
bbb. Hasar Riskinin Geçmesinden Önce Malların Zayi Olması veya Zarar Görmesi	244
bb. Hasar ve Sorumluluktan Kurtulma Arasındaki İlişki	244
b. Hasar ve Malların Sözleşmeye Uygun Olmaması Arasındaki İlişki	245
aa. Hasarın Alıcıya Geçtiği Anda Mevcut Olan Sözleşmeye Aykırılık	246
bb. Hasarın Alıcıya Geçmesinden Sonra Ortaya Çıkan Sözleşmeye Aykırılık	249
cc. Sözleşmeye Aykırılıkta İspat Sorunu	251
c. Hasar ve Alıcının Sahip Olduğu Hukuki İmkanlar Arasındaki İlişki	253
aa. Sözleşmenin Esaslı İhlali Durumunda Alıcının Sahip Olduğu Hukuki İmkânlar .	253
aaa. Aynen İfayı Talep Etme	254
bbb. Sözleşmeden Dönme	256
ccc. İkame Mal Teslimini Talep Etme.....	259
ddd. Bedel İndirimi.....	261
eee. Onarım Talebi	263
fff. Tazminat Talebi	264
bb. Sözleşmenin Esaslı Olmayan İhlali Durumunda Alıcının Sahip Olduğu Hukuki İmkânlar	266
§ 2. HASARIN GEÇİŞİ BAKIMINDAN VİYANA SATIM ANTLAŞMASIYLA INCOTERM KLOZLARININ İLİŞKİSİ	267
A. İki Düzenleme Arasındaki Benzerlikler	268
B. Viyana Satım Antlaşmasında Hasarın Geçişine İlişkin Hükümlerin Incotermle İlişkisi	269
I. Viyana Satım Antlaşması M. 67 Bakımından	269
II. Viyana Satım Antlaşması M. 68 Bakımından.....	270

III. Viyana Satım Antlaşması M. 69 Bakımından	271
IV. Viyana Satım Antlaşması M. 66 ve 70 Bakımından	272
SONUÇ	273
KAYNAKÇA	281

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AÜEHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
c.	: Cümle
C.	: Cilt
CFR	: Cost and Freight
CIF	: Cost Insurance and Freight
CIP	: Carriage and Insurance Paid To
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CISG-Online	: İnternet Veribankası, Basel Üniversitesi
CPT	: Carriage Paid To
DAP	: Delivered At Place
DAT	: Delivered At Terminal
DDP	: Delivered Duty Paid
dpn.	: Dipnot

EBK	: Eski Borçlar Kanunu
ETTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
EXW	: Ex Works
f.	: Fıkra
FAS	: Free Alongside Ship
FCA	: Free Carrier
FOB	: Free on Board
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
ICC	: International Chamber of Commerce
INCOTERMS	: International Commercial Terms
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
N.	: Kenar Numarası
No.	: Numara
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

T.D.	: Ticaret Dairesi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UCC	: Uniform Commercial Code
ULF	: Uniform Law on the Formation of contracts for the International Sale of Goods
ULIS	: Uniform Law on the International Sale of Goods
UN	: United Nations
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
UNILEX	: İnternet Veri Bankası, Roma I Üniversitesi, UNIDROIT ve Italian National Research Council
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
yy.	: Yüzyıl

GİRİŞ

Globalleşmenin etkisi altında para, mal ve hizmet piyasalarında tek pazar oluşum sürecinin yaşandığı günümüzde sınır ötesi ticari işlemler olağan kabul edilir hale gelmiştir¹. Ulusal mevzuatların, çoğu zaman uluslararası ticari hayattaki gelişmeleri tam anlamıyla takip edememeleri, diğer bir deyişle yeni gelişmeler karşısında ulusal hukukların suskun kalması ya da yetersiz olması, uluslararası ticaretin aktörlerini yeni arayışlara yöneltmiştir ve bunun sonucunda ICC, UNCITRAL, UNIDROIT başta olmak üzere birçok uluslararası kuruluşun yanı sıra çeşitli meslek birliklerinin ticari hayattaki en son gelişmeleri dikkate alarak hazırladığı genel işlem şartları, standart sözleşmeler ve model kanunlar çok sık başvurulan metinler olmuştur². Özellikle satış sözleşmesinin uluslararası ticaret hayatında önemli bir yer işgal etmesi, uluslararası ticarî ilişkilerin genellikle ve çoğunlukla satış sözleşmesi aracılığıyla gerçekleşmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Satış sözleşmesinin uluslararası ticaret hayatında arz ettiği önem ve gördüğü işlev, daha 1930'lu yıllarda çeşitli uluslararası kuruluşların satış hukukuna ilişkin yeknesaklaştırma faaliyetlerine başlamasına sebep olmuştur. O zamandan bu yana, hem maddî satış hukukunun, hem de satışa ilişkin kanunlar ihtilâfî kurallarının yeknesaklaştırılması çerçevesinde birçok uluslararası sözleşme akdedilmiştir³. Bu yeknesaklaştırma çalışmaları bir taraftan ulusal hukukların çeşitliliği ve değişkenliğinin hukuki güvenlik için oluşturacağı engelleri kaldırarak işlerin güvenli ve yaygın yürümesini sağlarken diğer taraftan ise sanayileşmiş ülkelerle üçüncü dünya ülkelerinin çıkarları arasında uyum sağlanmasına hizmet etmiştir⁴.

Uluslararası ticari işlemler içerisinde, taşınır malların satışına yönelik sözleşmelerin büyük bir yer tutmasından ötürü, uluslararası taşınır mal satışlarına ilişkin olarak herhangi bir milli hukuk sistemine başvurmaya gerek kalmaksızın “lex contractus” olarak uygulanabilecek

¹ **POROY**, Reha/**YASAMAN**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2012, s. 178.

² **EKŞİ**, Nuray, “Kanunlar İhtilafı Alanında INCORPORATION”, MHB 1999-2000, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, Cilt 19-20, Sayı 1-2, s. 290.

³ **TİRYAKİOĞLU**, Bilgin, “11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satışlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi”, AÜHFD 1989-1990, Cilt 41, Sayı 1-4, s. 192.

⁴ **ERDEM**, Ercüment, “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, Editörler: Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul 2012, s. 119-120.

detaylı bir düzenleme hazırlanması amaçlanmıştır. Bunun sonucu olarak satış sözleşmeleri açısından yeknesak hukuka ulaşma çabalarının ulaştığı son noktayı teşkil eden “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)” 11 Nisan 1980 tarihinde kabul edilmiştir⁵.

Uluslararası satış hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla özellikle 20’nci yüzyılın ikinci yarısından itibaren yaşanan gelişmelerin en başarılı ürünü olarak kabul edilen “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)” sağladığı geniş katılım sebebiyle önemli bir hukuk metni haline gelmiştir. Bugün itibariyle Viyana Satım Antlaşması 78 ülke tarafından kabul edilmiştir.

Viyana Satım Antlaşması, toplam 101 maddeden oluşan oldukça geniş kapsamlı kurallar getirmektedir. Bunun yanı sıra, Antlaşmaya taraf olan ülkelerin uygulamaları sonucunda Antlaşmanın geniş bir literatüre ve içtihatı sahip bulunduğu ve dolayısıyla bugün için CISG’a ilişkin uluslararası bir bilgi ağının oluştuğu söylenebilecektir. Antlaşmanın sözleşmenin tarafı olan her devlette farklı yorumlanmasının önüne geçebilmek için hem üniversiteler nezdinde hem de baroların ve diğer uzman kuruluşların nezdinde uluslararası boyutta çalışmalar yapılmaktadır. Bu sayede yeknesak maddi kurallar içeren Viyana Satım Antlaşmasının yeknesak uygulamasının ve yorumunun gerçekleştirilebilmesine katkı sağlanmaktadır. Ayrıca bu çalışmalar hem avukatlara ve hâkimlere, hem de akademisyenlere yol gösterici olmaktadır.

Türkiye, Viyana Satım Antlaşmasını 27200 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5870 Sayılı uygun bulma kanunu ile kabul etmiş ve 11 Mart 2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile katılma belgesinin tevdi edilmesine karar verilmiştir. 1 Ağustos 2010 tarihinde de katılma belgesi tevdi edilmiştir. Viyana Satım Antlaşması, Antlaşmanın 99’uncu maddesinin 2’nci fıkrası uyarınca katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girmektedir. Bu bakımdan Viyana Satım Antlaşması, 1 Ağustos 2011 tarihinde Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. Antlaşma Türk satış hukukunun bir parçası haline geldiği için Antlaşmanın, Türk Hukuku açısından taşıdığı önem artmıştır. Türkiye Cumhuriyeti’nin Viyana Satım Antlaşmasına taraf olmadığı dönemde bile

⁵ **AYOĞLU**, Tolga, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak LEX MERCATORIA, İstanbul 2011, s. 178-179.

CISG m. 1/f. 1 (b) bendi yoluyla “dolaylı uygulama” alanı bulması mümkün olmaktadır, bu sebeple Antlaşmanın her zaman için Türk hukuku bakımından önem taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Bu çalışmanın konusunu Viyana Satım Antlaşmasında hasarın geçişi meselesi oluşturmaktadır. Hasarın geçişi meselesi Roma Hukuku’ndan günümüze değin hasarın hangi anda alıcıya geçeceği ve hasarın geçmesinin sonuçları açısından üzerinde durulan bir konu olmuştur. Zira sözleşmenin imzalanmasından sonra, ancak sözleşme konusunun tesliminden önce bir kaza sonucunda ortaya çıkabilecek ziya ya da zararı kimin taşıyacağı önemli bir sorundur. Hasar riskinin geçişi konusunun ülkeden ülkeye farklılık gösteren düzenlemelerle ele alınmış olmasının uluslararası satışlar açısından sorun yaratabileceği gerçeği Konvansiyonda bu konuyla ilgili düzenleme yapılması sonucunu doğurmuştur. Çalışmamızın amacı Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) IV. Bölümünün 66 ila 70. maddeleri arasındaki düzenlemeleri çerçevesinde hasarın geçişi meselesini, Türk Hukuku’nun da bu konuda kabul ettiği çözüm tarzını dışlamadan ele almaktır. Türkiye’nin de ilgili sözleşmeye taraf olmasıyla uluslararası satış hukukumuzun temel metni haline gelen Viyana Satım Antlaşmasının hasar riskinin geçişine ilişkin hükümlerinin başlı başına bir monografik eserde incelenmemiş olması konunun çekiciliğini artırmıştır. Bu bağlamda çalışmanın ilk bölümünde Viyana Satım Antlaşmasının tarihsel gelişimi, diğer bir deyişle bu antlaşmanın ortaya çıkmasına neden olan dinamikler ele alınmaya çalışılmıştır. Bu bölümde Viyana Satım Antlaşmasının getirmiş olduğu düzenin olumlu ve olumsuz yanlarının neler olduğu hususu da irdelenmeye çalışılmıştır. Ayrıca Viyana Satım Antlaşmasının temel nitelikleri ve uygulama alanı da incelenmiştir. Her ne kadar tezin amacı hasarın geçişi meselesini ele almak olsa da Antlaşmanın hangi tür sözleşmeler bakımından uygulanabileceğinin anlaşılması için bu bölüm geniş tutulmuştur. Zira hasarın geçişine ilişkin düzenlemelerin uygulanırılığı akdedilen bir sözleşmenin Viyana Satım Antlaşmasının kapsamı içinde yani uygulama alanı içinde bulunmasına bağlıdır. Ayrıca hasarın geçişi anlatılırken Antlaşma’nın temel niteliklerini ortaya koyan kimi maddelerinin zikredilmesi gerekmiştir. Mesela, Antlaşmanın hasarın geçişine ilişkin hükümleri tarafların bu konuda aksine bir düzenleme yapmamış olmaları durumunda uygulama alanı bulmaktadır. Tarafların Incoterms kurallarını kararlaştırmış oldukları ya da bu kuralların CISG m. 8 ve m. 9 uyarınca sözleşme içeriği olduklarının kabul

edilebileceği durumda CISG kuralları uygulama alanı bulmayacaktır. Bu sebeple “teamüllerin önemi” başlığı altında ele aldığımız CISG m. 8 ve m. 9 düzenlemeleri örneğinde olduğu gibi zikredilen bu maddelerin içeriğinin ne olduğu konusuna çalışma içerisinde cevap bulunabilmesi amacı, Antlaşmanın temel niteliklerine ilişkin açıklamalara bu bölümde yer vermemizi kanımca zorunlu kılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde satış sözleşmesinde hasarın geçişi açısından önem taşıyan kavramlar ve bu kavramların birbirleriyle ilişkisi hasarın geçişine ilişkin düzenlemelerin anlaşılmasına yardımcı olması için değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Yine bu bölümde Türk Hukuku’nda hasarın geçişine ilişkin kabul edilen sistemin ne olduğu, yaratılan farklılığın görülmesi açısından yer yer 818 sayılı EBK hükümleri de zikredilerek, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu bakımından ele alınacaktır. Yine bu kısımda 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun hasarın geçişine ilişkin kabul ettiği sistemde Viyana Satım Antlaşmasının etkisinin ne olduğuna ilişkin bir başlık açılacaktır.

Çalışmanın son bölümünde ise Viyana Satım Antlaşmasında hasarın geçişi konusu ayrıntılı olarak değerlendirilecektir. Bu bağlamda Antlaşmanın hasarın geçişine ilişkin hükümlerini oluşturan 66-70. maddelerinin hasarın geçişinde kabul ettiği çözüm tarzı incelenmeye çalışılacaktır. Bu inceleme yapılırken mahkemelerin bu hususlarda vermiş oldukları kararlar da işlenecektir. İnceleme konumuzu oluşturan hasarın geçişine ilişkin maddelerle bağlantılı olarak dava sayılarına bakıldığında bugün itibariyle CISG madde 66 anlamında <http://www.cisg.law.pace.edu/tr> adresinde yer alan 35⁶, yine aynı adreste yer bulan CISG m. 67 anlamında 57⁷, CISG m. 68 anlamında 9⁸, CISG m. 69 bakımından 26⁹ ve CISG

⁶ Bu kararların tam listesi için http://www.cisg.law.pace.edu/cgi-bin/isearch?DATABASE=cases2&SEARCH_TYPE=ADVANCED&ISEARCH_TERM=66&ELEMENT_SET=TITLE&MAXHITS=500 adresine bakılabilir.

⁷ Bu kararların tam listesi için http://www.cisg.law.pace.edu/cgi-bin/isearch?DATABASE=cases2&SEARCH_TYPE=ADVANCED&ISEARCH_TERM=67&ELEMENT_SET=TITLE&MAXHITS=500 adresine bakılabilir.

⁸ Bu kararların tam listesi için http://www.cisg.law.pace.edu/cgi-bin/isearch?DATABASE=cases2&SEARCH_TYPE=ADVANCED&ISEARCH_TERM=68&ELEMENT_SET=TITLE&MAXHITS=500 adresine bakılabilir.

⁹ Bu kararların tam listesi için http://www.cisg.law.pace.edu/cgi-bin/isearch?DATABASE=cases2&SEARCH_TYPE=ADVANCED&ISEARCH_TERM=69&ELEMENT_SET=TITLE&MAXHITS=500 adresine bakılabilir.

m. 70 anlamında 2¹⁰ adet karar bulunduğu görülecektir. Çalışmamızın bu bölümünde uygun düştüğü ölçüde söz konusu edilen bu mahkeme kararlarına değinilecektir. INCOTERMS'in hasarın geçişine ilişkin düzenlemelerinin Viyana Satım Antlaşmasının hasarın geçişine ilişkin hükümleri ile ilişkisi konusuyla da çalışmamızın bu bölümü son bulacaktır. Çalışmamız kapsamında elde edilen sonuçlara ise sonuç bölümünde yer vermeye çalışılacaktır.

Son olarak kavramlarla ilgili bir hususa dikkat çekmek gerekmektedir. Viyana Satım Antlaşmasının Resmi Gazete'de yayınlanan çevirisinde "satım" kavramının kullanılmış olmasına rağmen Borçlar Kanunumuz "satış" kavramına yer vermiştir. Bu sebeple çalışma boyunca Viyana Satım Antlaşmasının anlatıldığı bölümlerde "satım", diğer bölümlerde "satış" kavramı kullanılabilir iken tüm çalışma boyunca yeknesaklığı sağlamak amacıyla tek bir kavrama yer verilmiştir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki terminolojiye uygun olarak "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın" anlatıldığı bölümler de dâhil olmak üzere (Antlaşmanın adı zikredilirken satım denmesi haricinde) "satış" kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Çalışmada, ayrıca uluslararası alandaki eğilime uygun olarak Antlaşmanın İngilizce başlığına dayanan CISG kısaltması kullanılmıştır. Ancak CISG kısaltması ile birlikte yine yaygın olarak kullanılan "Viyana Satım Antlaşması" kısaltmasına da yer verilmiştir.

¹⁰ Bu kararların tam listesi için http://www.cisg.law.pace.edu/cgi-bin/isearch?DATABASE=cases2&SEARCH_TYPE=ADVANCED&ISEARCH_TERM=69&ELEMENT_SET=TITLE&MAXHITS=500 adresine bakılabilir.

I. BÖLÜM

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI'NIN (VİYANA SATIM ANTLAŞMASI) TARİHSEL GELİŞİMİ, GETİRDİĞİ DÜZENİN OLUMLU VE OLUMSUZ YANLARI, TEMEL NİTELİKLERİ VE UYGULAMA ALANI

§ 1. VİYANA SATIM ANTLAŞMASININ TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

Uluslararası ticaret hukuku öğretisinin temelinde üç temel yaklaşımın olduğu ve bunların; milli hukuk sistemlerini olabildiği ölçüde birbirleriyle uyumlaştırmak, konvansiyonlar aracılığıyla yeknesak hukuk yaratmaya çalışmak ve uluslararası ticari işlemlere özgü adet ve teamüller ile standart sözleşme/klozlardan yararlanmak olduğu ifade edilmektedir¹¹.

Uluslararası ticaretin yaygınlaşması ve önemini giderek artırması satış sözleşmelerine duyulan ilginin de artmasını sağlamıştır. Ülkelerin milli hukuklarının birbirinden farklı olması, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasında sözleşmelerin kurulmasını zorlaştırmakta ve farklı hukuk sistemlerinin uygulanması, sözleşme tarafları arasında hukuki güvensizliğe neden olmaktadır¹². Hukuki güvenliği sağlamak için satış hukuklarının uluslararası alanda birleştirilmesi çabası uzun yıllar geçerliliğini korumuş ve bu çabanın en önemli sonucu 1988 yılında yürürlüğe giren uluslararası satış sözleşmelerine ilişkin “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması¹³”

¹¹ AYOĞLU, s. 174-175.

¹² CANPOLAT, Selin Sert, “Türk Satım Hukukunda 1 Ağustos 2011 İtibariyle Yeni Bir Dönem: 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Taşınır Mal Satımına İlişkin Viyana Satım Sözleşmesi”, Terazi Hukuk Dergisi 2011, Yıl 6, Sayı 60, s. 23; “...Milletlerarası ticaretin günümüzde umulmadık şekilde yoğunlaşması ve yayılması karşısında, ortaya çıkan problemleri her devletin kendi milli kanunları ile çözmeye çalışması ciddi huzursuzluklara neden olmuştur...” Bakınız ÖZTAN, Bilge, Kitap Tahlili, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1987, Cilt 14, Sayı 2, s. 209; Hukukun ulusal niteliğinin yarattığı sorunlar hakkında bakınız OĞUZ, Arzu, “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, AÜHFD 2000, Cilt 49, Sayı 1, s. 37.

¹³ Bu antlaşmanın kısaltması Birleşmiş Milletler Satım Hukuku Antlaşmasının İngilizce başlığı esas alınarak CISG (Convention on Contracts for the International Sale of Goods) olarak yerleşmiştir. (WILL, Michael R., Milletlerarası Mal Satım Hukuku ve Milletlerarası Tahkim, (Çeviren: Bilge Öztan), Ankara 2002, s. 22.)

olmuştur¹⁴. Bu antlaşmanın önemi hem satış sözleşmesi gibi temel bir sözleşmeyi ulusal hukuklardan bağımsız bir şekilde düzenlemesinden, hem de Kara Avrupa'sı hukuku ile Anglo Amerikan hukukunu -üstelik aralarındaki önemli farklılıklara rağmen- birleştirmeyi sağlamasından kaynaklanmaktadır¹⁵. Antlaşma metninin giriş kısmında konferansa katılan ülkeler uluslararası mal satışına ilişkin sözleşmelere uygulanacak ve farklı sosyal, ekonomik ve hukuki sistemleri dikkate alacak yeknesak kuralların kabul edilmesinin, milletlerarası ticarete hukuki zorlukların aşılmasına faydalı olacağını ve uluslararası ticari ilişkilerin gelişmesine yardımcı olacağını belirtmişlerdir¹⁶.

Kuşkusuz milletlerarası kuruluşların satışı yeknesaklaştırma çalışmaları “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”ndan çok daha öncelere, 1930’lu yıllara uzanmaktadır. Bu sebeple satış hukukunda yapılan yeknesaklaştırma çalışmalarına değinmekte fayda vardır.

I. Satış Sözleşmeleri Hukukunda Yeknesaklaştırma Çabaları

11 ve 12. Yüzyıllarda Avrupa, ticari faaliyetlerini düzenleyen bir hukuk sistemine ihtiyaç olduğunu fark ederek ticari rönesans gerçekleştirmiş ve geliştirilen bu yeni sisteme “ticaret hukuku” adını vermişlerdir¹⁷. Modern uluslararası ticaret hukuku üç gelişme dönemi

Uluslararası alandaki eğilimin her dilde CISG kısaltmasını kullanma yönünde olmasından dolayı Türkiye’de de buna uyulmasında fayda olduğu hakkında bkz. **ATAMER**, Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 7; Aynı yönde **TEKİNALP**, Gülören/**ÇAVUŞOĞLU UYANIK**, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011, s. 436.

¹⁴ **ATAMER**, Yeşim, “Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı”, İstanbul Barosu Dergisi 1995, Cilt 69, Sayı 10-11-12, s. 551.

¹⁵ **ATAMER**, Yeşim, “Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Türkiye”, Hukuki Perspektifler Dergisi 2006, Sayı 8, s. 158-159.

¹⁶ **ERDEM**, Ercüment, “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, İzmir Barosu Dergisi 1989, Yıl 54, Sayı 1, s. 90; **ÖZSUNAY**, Ergun, “1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları”, İstanbul Barosu Dergisi 2004, Cilt 78, Sayı 3, s. 913; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 11, dpn. 2; **FAWCETT**, James/**HARRIS**, Jonathan/**BRIDGE**, Michael, International Sale of Goods in the Conflict of Laws, New York, Oxford University Press, 2005, s. 911-912, N. 16.10.

¹⁷ **MENDES**, Errol P., “The U.N. Sales Convention & U.S.-Canada Transactions: Enticing the World’s Largest Trading Bloc to Do Business Under a Global Sales Law”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mendes.html>).

geçirmiştir: İlki ortaçağ tüccarlar hukuku (“law merchant” or “lex mercatoria”), ikincisi ulusal hukuk sistemlerinin gelişimi, sonuncusu ise kanunlaştırma çabalarıdır¹⁸.

Ortaçağ tüccarlar hukuku önce İtalyan şehirlerinde uygulanmaya başlanmış, daha sonra ise Fransa, İspanya ve İngiltere de dâhil olmak üzere bütün Avrupa’ya yayılmıştır¹⁹. Bu dönemde, Batı Avrupa ortaçağ toplumunun feodal yapısı özerk bir tüccarlar hukukunun gelişimine zemin hazırlamıştır; çünkü feodal toplum toprağa bağlı ve içine kapanık bir toplumdur, buna karşılık ortaçağ taciri ise coğrafi bakımdan dinamikdir ve bunun sonucu olarak birbirinden farklı ve birbiriyle çelişen kurallarla karşı karşıya kalmıştır. Ancak, farklı otoriteler tarafından konulan bu kurallar, uluslararası ticaretle uğraşanların ihtiyaçlarına cevap vermekte yetersiz kalmıştır²⁰. Uluslararası ticaret hukukunun ilk dönemlerinin analiziyle ilgili önemli bir nokta avukat veya hâkimlerin değil, uluslararası ticareti gerçekleştiren tacirlerin ticari faaliyetleriyle ilgili yasal düzenlemeleri bu yetersizlikler karşısında kendilerinin yapmasıdır. Bu düzenlemeler ticari yaşamı zorlaştıran karmaşık teknikler değil, ticari karar alma sürecini hızlandıran düzenlemelerdir²¹. Ortaçağ ve sonrasında Kıta Avrupası’nda “lex mercatoria”, İngiltere’de ise “law Merchant” ismiyle ticari işlemlere özgü olarak gelişmiş bulunan birbirine paralel bu iki hukuk sistemi ticari işlemlerin ihtiyacı olan sürat ve hakkaniyet ilkelerini karşılamaktadır. Mahalli hukuklardan bağımsız olan bu sistemler, yukarıda da ifade edildiği üzere tacirlere, kendi adet ve teamülleri ile maddi kurallarını, yani kendi hukuklarını yaratmak ve ihtilafların çözümü hususunda özerklik sağlamaktadır²².

Bu gelişmeler karşısında Avrupa’daki otoriteler ise, kendi kuralını kendisi koyan ve ortaya çıkan uyuşmazlıkları yine kendisinin oluşturduğu mahkemelerde çözen tacir sınıfına karşı, yüksek vergi gelirine ve tacirler tarafından sağlanan yabancı mallara ulaşma hevesiyle

¹⁸ **BAINBRIDGE**, Stephen, “Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Conventions”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bainbridge.html>).

¹⁹ **BARON**, Gesa, “Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>).

²⁰ **ÖZDEMİR**, Didem, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak LEX MERCATORIA”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2003, Cilt 7, Sayı 1-2, (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/7_4.pdf).

²¹ **MENDES** (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mendes.html>).

²² **AYOĞLU**, s. 9.

sıcak bir yaklaşım göstermişler ve tacirleri, mahalli düzeni ihlal etmemek koşuluyla kendi ilişkilerini düzenlemek konusunda serbest bırakmışlardır²³.

17. yüzyıla kadar kara ve deniz ticaretiyle ilgili uyuşmazlıklar tacirler tarafından oluşturulan ticaret hukuku ile çözümlenirken, bu yüzyıldan itibaren tacirler tarafından oluşturulan ve idare edilen ticari mahkemeler ortadan kalkmıştır²⁴. Hatta 16. Yüzyıldan itibaren Fransa'da kralların ticari ilişkilere daha fazla müdahalede bulunmaya başlamaları ve kanunlaştırma çalışmalarının hız kazanmasıyla Kıta Avrupa'sı tacirler hukuku etkisini yitirmeye başlamıştır²⁵. İngiltere'de 17. Yüzyılın başlarında law Merchant, common law içinde eritilmiş; ancak kanunlaştırılmaya gidilmesi 19. Yüzyılda gerçekleştirilmiştir²⁶.

18. ve 19. Yüzyıllarda yaşanan çöküş süreci sonucunda ortaçağ tacirler hukuku 20. Yüzyılda tamamen ortadan kalkmış ve ulus-devlet doktrininin de etkisiyle uluslararası işlemlerin ancak milli hukuk sistemleri tarafından yönetilip düzenlenebilecekleri anlayışı hakimiyet kazanmıştır²⁷ ve ulus devletlerde yaşanan kodifikasyon hareketiyle birlikte, ticaret hukukunun birleştirici niteliği ayrı bir önem kazanmaya başlamış ve bu dönemde ulusal sınırlar içindeki kanunlaştırma hareketlerinde ticaret hukuku başı çekmeye başlamıştır²⁸. Bu dönemde hâkim olan düşünce, söz konusu olan tek hukukun milli hukuk olduğu ve bu sebeple uluslararası ilişkilerin de sadece milli hukuklarla düzenlenebileceği düşüncesidir²⁹. Ancak hukukun bu şekilde ulusal sınırlar içine çekilmesi ve kanunlaştırma hareketleri sonucu o günkü düzeyinde tutulması, 20. Yüzyıla gelindiğinde uluslararası ticaretin “kendi” hukukunu yaratma konusunda yeni arayışlara girmesine neden olmuştur ve ticaretin önlenemez gelişimi yeni ve ulusal sınırları aşan kurallara ihtiyacı ortaya çıkarmıştır. Nitekim henüz 19. Yüzyılın

²³ ÖZDEMİR, D., (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/7_4.pdf).

²⁴ TOKER, Ali Gümrak, 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı, Ankara 2005, s. 19.

²⁵ POROY, Reha (TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010, s. 5, no. 8; AYOĞLU, s. 11.

²⁶ POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 5, no. 8; BARON, Gesa, “Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>); GOLDSTAJN, Aleksandar, “LEX MERCATORIA and the CISG: the Global Law Mercant”, The International Sale Of Goods Revisited, Edited by Petar Sarcevic and Paul Volken, Kluwer Law International 2001, s. 241; OĞUZ, Arzu, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku” (Lex Mercatoria)-Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği”, AÜHFD 2001, Cilt 50, Sayı 3, s. 21.

²⁷ AYOĞLU, s. 11; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 5.

²⁸ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 12.

²⁹ ÖZDEMİR, D., (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/7_4.pdf).

sonlarına doğru ve artan oranda 20. Yüzyılda milletlerarası kuruluşlar arka arkaya hukukun uyumlaştırılması projelerine imza atmaya başlamıştır³⁰.

Uluslararası satış hukukunun uyumlaştırılmasına yönelik ilk adımı, sonrasında UNIDROIT'nin³¹ (International Institute for the Unification of Private Law or the "Rome Institute"³²) başkanı olan Ernst Rabel, 1928 yılında Vittorio Scialoja'ya yaptığı bir öneriyle atmıştır³³. Rabel "mavi rapor" denilen ilk raporunu 1930 yılında oluşturmuş ve Common law, Fransız, Alman ve İskandinav hukuk sistemlerinin temsilcilerinden oluşan bir komite kurulmuştur³⁴. Komite ilk kanun tasarısını 1935 yılında tamamlamış³⁵ ve bu taslak, Milletler Cemiyeti'nin aracılığıyla incelenmesi için çeşitli hükümetlere yollanmıştır³⁶. Bu konuda çalışmalara devam eden hazırlık komitesi üye ülkelerden gelen görüşleri de göz önüne alarak 1939 yılında yeni bir sözleşme taslağını UNIDROIT'in yönetim konseyine sunmuştur³⁷.

II. Dünya savaşı nedeniyle uluslararası satış hukukunun birleştirilmesine ilişkin çalışmalar durmuştur ve 1939 yılından 1951 yılına kadar bu kesinti sürmüştür³⁸. Savaşın sona

³⁰ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 13.

³¹ UNIDROIT 1926'da Ernst Rabel ve Vittorio Scialoja öncülüğünde, Milletler Cemiyeti'ne bağlı olarak özel hukukun yeknesaklaştırılması için çalışmalar yapmak üzere kurulmuş ve sonra bağımsız bir kurum olarak varlığını devam ettirmiştir. Ayrıntılı açıklamalar için bakınız **SÜRAL**, Ceyda, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri, İzmir 2008, s. 49 vd; **FARNSWORTH**, E. ALLAN, "An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth2.html>).

³² **WINSHIP**, Peter, "The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html>).

³³ **MISTELIS**, Loukas, "CISG'in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından" (Çeviren: Candan Yasan), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 9; **SCHLECHTRIEM**, Peter/**SCHWENZER**, Ingeborg, Commentary on the UN Convention On The International Sale Of Goods, Oxford 2005, s. 1.

³⁴ **MISTELIS**, s. 9; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHLECHTRIEM)**, s. 1; **WINSHIP**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html>); İlgili komitenin Anglo Amerikan, Latin, Alman ve İskandinav olmak üzere 4 temel hukuk sisteminin temsili olduğundan bahsetmiştir.

³⁵ **KEILY**, Troy, "Harmonisation and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/keily3.html>), N.1.2.

³⁶ **ERDEM**, Ercüment, "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1992, Cilt XVI, Sayı 3, s. 37; **TOKER**, s. 21; **BAINBRIDGE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bainbridge.html>); **ZEYTİN**, Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku (CISG), Ankara 2011, s. 29; Daha ayrıntılı açıklamalar için **WINSHIP**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html>).

³⁷ **TOKER**, s. 21; **BAINBRIDGE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bainbridge.html>); **ÖZSUNAY**, s. 908; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 21 vd.

³⁸ **ÖZSUNAY**, s. 908; **TOKER**, s. 21; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 30; **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 37; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 92; **UNCITRAL SECRETARIAT**, "United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf-45k-2010-11-24, s. 33; **MENDES**, (www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mendes.html); **ANDERSEN**, Camilla Baasch, Uniform Application of the International Sales Law| Understanding Uniformity, the Global

ermesinden sonra UNIDROIT yarım kalan çalışmaları tamamlamak amacıyla Lahey’de 21 devletin katıldığı diplomatik bir konferans düzenlemiştir ve hükümetlerce yapılan eleştirilerin göz önüne alınması sonucunda 1956 yılında yeni bir sözleşme taslağı hazırlayarak çalışmaların daimi sekreteryası görevini üstlenen Hollanda hükümeti aracılığıyla diğer hükümetlere dağıtmıştır³⁹. Yapılan eleştirileri dikkate alan çalışma grubu tarafından 1962 yılında yeni bir metin hazırlanmıştır ve 1963 yılında yayınlanan bu sözleşme taslağının tartışılması ve oylanması amacıyla Hollanda hükümeti tüm devletleri 1964 yılında yapılan Lahey diplomatik konferansına davet etmiştir⁴⁰.

II. 1964 Tarihli Lahey Sözleşmeleri

1964 yılında Lahey’de yapılan ve 28 ülkenin katıldığı ve bunun yanında Avrupa Konseyi, Avrupa Ekonomik Topluluğu, Lahey Devletler Özel Hukuku Konferansı, UNIDROIT, OECD (Kalkınma için Ekonomik İşbirliği Örgütü) ve Milletlerarası Ticaret Odasının gözlemci olarak hazır bulunduğu diplomatik konferansta satış hukukuna ilişkin iki antlaşma kabul edilmiştir⁴¹. Bu antlaşmaların ilki, “Maddi Taşınırların Milletlerarası Satımı Hakkında Yeknesak Kanun”⁴² ve ikincisi “Maddi Taşınırların Milletlerarası Satımı Sözleşmesinin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanundur”⁴³. Her iki yeknesak satış

Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG, The Netherlands 2007, s. 20; **HUBER**, Peter/**MULLIS**, Alastair, The CISG (A new textbook for students and practitioners), 2007, s. 2.

³⁹ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 38; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 92; **MENDES**, (www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mendes.html); **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 22 vd; **WINSHIP**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html>); **MURPHY**, Maureen T., “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Creating Uniformity in International Sales Law”, Fordham International Law Journal, Vol. 12, Y. 1988, s. 730, dph. 27; **OBERMAN**, Me. Neil Gary, “Transfer of Risk from Seller to Buyer in International Commercial Contracts: A Comparative Analysis of Risk Allocation Under the CISG, UCC and INCOTERMS”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>).

⁴⁰ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 38; **TOKER**, s. 21-22; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 92.

⁴¹ **TİRYAKİOĞLU**, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 98; **ÖZSUNAY**, s. 909; **HONNOLD**, John, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Boston 1991, s. 50, N. 4; **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 552; **MENDES**, (www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mendes.html); **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 22; **MURPHY**, s. 733; **OBERMAN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>); **AMATO**, Paul, “U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods—The Open Price Term and Uniform Application: An Early Interpretation by the Hungarian Courts”, Journal of Law and Commerce, Vol. 13, Y. 1993, s. 3; **SAIDOV**, Djakhongir, The Law of Damages in International Sales (The CISG and other International Instruments), Oxford and Portland, Oregon, 2008, s. 2.

⁴² Uniform Law On The International Sale Of Goods (ULIS).

⁴³ Uniform Law on the Formation of Contracts for International Sale of Goods (ULF or ULFC).

sözleşmesi de 1972 yılında yürürlüğe girmiştir⁴⁴. Ancak antlaşmalar beklenen ilgiyi bulamamış ve Almanya, Belçika, Gambiya, Hollanda, İngiltere, İsrail⁴⁵, İtalya, Lüksemburg ve San Marino olmak üzere 9 ülke bu antlaşmaları imzalayıp onaylamıştır⁴⁶. Lahey sözleşmelerine taraf olan ülkeler, sözleşmelerin hazırlanması aşamasında aktif rol alarak çalışmalara katılan yedi Avrupa ülkesidir⁴⁷. Avrupa dışından ise sadece iki ülke sözleşmelere taraf olmuştur⁴⁸. CISG’in kabulüne kadar özellikle Benelüks ülkeleri, İtalya ve Almanya ULIS’i yaygın şekilde uygulamış olsa da ne diğer Avrupa ülkeleri, ne ABD, ne de Üçüncü Dünya ülkeleri taraf olmamıştır⁴⁹. Bunun en önemli nedeni sözleşmelerin hazırlık aşamasında az sayıda bir katılımın sağlanmış olması ve bu katılımın özellikle endüstri ülkeleriyle sınırlı kalmasıdır⁵⁰. Taraf ülkelerin koyabileceği çekincelerin çok çeşitli olması ve genel olarak sözleşmenin içerdiği hükümler bakımından uygulanmasının güç olması da bu konvansiyonların ilgi görmemesinin nedenidir⁵¹. Amerika Birleşik Devletleri de antlaşmayı kabul etmemiştir; çünkü antlaşmanın iç hukukta Uniform Commercial Code (UCC) ile birlik sağlanması konusunda gösterilen başarıya sekte vuracağından korkmuştur⁵². Bu sözleşmelere

⁴⁴ **TIRYAKIOĞLU**, s. 98; **ÖZSUNAY**, s. 909; **HUBER/MULLIS**, s. 3; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 92; **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 38; Taraf ülkelerde hangi tarihlerde yürürlüğe girdiği hakkında **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER**, s. 1, dpn. 7; **KRUISINGA**, Sonja, “(Non-) conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?”, Antwerp-Oxford-New York 2004, s. 1.

⁴⁵ İsrail’in ULFC’yi onaylamadığı hakkında bakınız **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 22; **ANDERSEN**, s. 20, dpn. 53.

⁴⁶ **SAIDOV**, s. 3; **MURPHY**, s. 734; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 22; **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 552; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 30; **ANYAMELE**, Uche, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale Of Goods: A Proposal for Nigeria”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/anyamele.html>), N. 1.2.2; **BERNSTEIN**, Herbert/**LOOKOFSKY**, Joseph, Understanding the CISG in Europe, Second Edition, Kluwer Law International, The Hague/London/New York 2003, s. 3, dpn. 19.

⁴⁷ **SONO**, Kazuaki, “The Vienna Sales Convention: History and Perspective”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono.html>); Aynı yönde **MURPHY**, s. 734, Yazar bu konvansiyonların başarısızlığını üye ülke sayısının çok sınırlı olmasına ve bu üyelerin daha çok Batı Avrupa ülkeleri olmasına bağlamaktadır; **BOGHOSSIAN**, Nayiri, “A Comparative Study of Specific Performance Provisions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/boghossian.html>); **TOKER**, s. 23; **HUBER/MULLIS**, s. 3; **HONNOLD**, s. 50, N. 4.

⁴⁸ **TOKER**, s. 23.

⁴⁹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 22; **ANDERSEN**, s. 20, dpn. 52; **ACAR**, Hakan, Uluslararası Satışlarda Hasar Riskinin Geçışı, İstanbul 2009, s. 68.

⁵⁰ **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 552; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 23; **ACAR**, Hasar Riski, s. 68; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 93; **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 39; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 30; **TOKER**, s. 24; **BAINBRIDGE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bainbridge.html>).

⁵¹ **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 552; **TOKER**, s. 24; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 30.

⁵² **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 30; **MURPHY**, s. 734, dpn. 54.

ilgisizliğin diğerk bir nedeni de sözleşmelerin çok karışık, soyut ve anlaşılmaz olmasıdır⁵³. Tüm bu nedenlerle sözleşmeler yürürlüğe girdikten sonra kendilerini hazırlayan devletler tarafından bile eleştirilmeye başlanmıştır ve hukukun birleştirilmesi çalışmalarına devam edilmiştir⁵⁴.

III. Yeni Bir Sözleşme Taslağının Hazırlanmasına İlişkin UNCITRAL'ın Çalışmaları

1966 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law-UNCITRAL)⁵⁵ kurulmuştur⁵⁶. 2205 XXI Sayılı Kararla kurulan UNCITRAL⁵⁷, uluslararası ticaret hukukunu tekdüze hale getirmeye yönelik önemli çalışmalarda bulunmuştur ve ülkelerin özel hukuklarının modernize edilmesine yönelik azımsanmayacak katkılar sağlamıştır⁵⁸. Bu komisyonun ilk toplantısı 1968'de yapılmıştır ve milletlerarası satış sözleşmelerinin kurulması ve milletlerarası satışa ilişkin maddi hukuk hakkında iki yeni konvansiyon hazırlanması için bir çalışma grubu oluşturulmuştur⁵⁹. 1970 yılından itibaren düzenli olarak toplanan bu çalışma grubu La Haye Konvansiyonları hakkında yapılan eleştirileri dikkate alarak yeni bir metin hazırlamaya koyulmuş ve 1976 yılında ilk taslağını sunmuştur (Cenevre Taslağı)⁶⁰. Metin üzerinde değişiklikler yapan UNCITRAL Komisyonu tarafından 1977

⁵³ **BAINBRIDGE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bainbridge.html>); **OBERMAN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>); Ayrıca ticari işle ilgili satışlarla özel satışları eşit duruma getirmelerinden dolayı da ilgili sözleşmelerin kabul edilemez olduğu hakkında bakınız **ROMEIN**, Annemieke, "The Passing of Risk A Comparison between the Passing of Risk under the CISG and German Law", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>).

⁵⁴ **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 553; **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 39.

⁵⁵ Erişim: <http://www.uncitral.org>.

⁵⁶ UNCITRAL HAKKINDA AYRINTILI BİLGİ İÇİN **YÜKSEL BOZKURT**, Armağan Ebru, "UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış", TAAD 2011, Cilt 2, Yıl 2, Sayı 4, s. 135; **MENDES**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mendes.html>); **MISTELIS**, s. 10; **HUBER/MULLIS**, s. 3; **ÖZSUNAY**, s. 909; **WINSHIP**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html>).

⁵⁷ **ÜNEL**, Nehir, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, Ekonomik Sorunlar Dergisi, Sayı 32, <http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/Sayı32/nehirunel.pdf>, s. 51.

⁵⁸ **KAYIHAN**, Şaban/**ESKİ**, Mehmet, Uluslararası Ekonomi Hukuku, Ankara 2010, s. 35.

⁵⁹ **BİNGÖL**, F.İtir, Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde MÜCBİR SEBEP (Türk Borçlar Hukuku'nda ve Viyana Satım Antlaşması'nda Mücbir Sebep), Ankara 2011, s. 171; **HONNOLD**, s. 50, N. 5- s. 54, N. 9; **MENDES**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mendes.html>); **MISTELIS**, s. 10; **HUBER/MULLIS**, s. 3; **ÖZSUNAY**, s. 909; **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 39; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 93; **WINSHIP**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html>), bu çalışma grubu 14 üyeden oluşmuştur, sonrasında üye sayısı 15'e yükselmiştir.

⁶⁰ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 23; **BAINBRIDGE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bainbridge.html>); **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER(SCHLECHTRIEM)**, s. 2; **HONNOLD**, s. 54, N. 9.

yılında yayınlanan “Vişana Taslağı”, alışma grubu tarafından tamamlanan satış sözleşmesinin kurulmasına ilişkin bölümle bir araya getirilmiştir ve 1978’de “New York Taslağı” kamuya aıklanmıřtır⁶¹. Sözleşme taslağı ile beraber bu sözleşmenin oluşturulması sırasında çalışma grubunca hatta Birleşmiş Milletler Komisyonu’na yapılan çalışmalar ve sekreterlik notu ülkelerin hkmetlerine ve ilgili uluslararası kuruluşlara düşünce ve önerilerini belirtmeleri amacıyla gönderilmiştir, bu hkmet ve kuruluşlar sözleşme metnini geliştirmek için dikkatle incelemiřlerdir⁶².

IV. Vişana Satım Antlaşması’nın Hazırlanması ve Yürürlüğe Girmesi

“New York Taslağı”na son şeklini vermek için 10 Mart 1980’de Vişana’da toplanan ve 62 lkenin⁶³, 8 milletlerarası kuruluşun katıldığı konferansta beş haftalık bir çalışmanın sonunda taslağın birçok maddesi olduğu gibi kabul edilmiştir ve 11 Nisan 1980 tarihinde Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması altı resmi dilde kaleme alınmıřtır⁶⁴. Arapça, ince, İspanyolca, Rusça, İngilizce ve Fransızca olarak kaleme alınan bu sözleşme genellikle Vişana Satım Antlaşması olarak adlandırılmaktadır⁶⁵. Bu sözleşme ile beraber 1974 tarihli Maddi Taşınırların Satımında

⁶¹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 23; **KAYA**, Cansu, CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini deme Borcu, İstanbul 2012, s. 5; Ayrıntılı bilgi için bakınız **TOKER**, s. 24 vd; **ERDEM**, Vişana Satım Sözleşmesi, s. 39; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 93; **MENDES**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mendes.html>); **BAINBRIDGE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bainbridge.html>); **OBERMAN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>); **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHLECHTRIEM)**, s. 2; **HONNOLD**, s. 54, N. 9; **HUBER/MULLIS**, s. 3.

⁶² **TOKER**, s. 25; **SONO**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono.html>).

⁶³ 42 devletin antlaşmanın konferans esnasında hazırlanan versiyonu lehinde oy kullandığı hakkında bakınız **MISTELIS**, s. 10; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 23; **ZEYTİN**, Zafer, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2008, Cilt XXIV, Sayı 3, s. 223; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHLECHTRIEM)**, s. 3; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 31.

⁶⁴ **TİRYAKİOğLU**, Bilgin, “11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satışlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası zel Hukuk Kuralları ile İlişkisi”, AÜHFD 1989-1990, Cilt 41, Sayı 1-4, s. 193; **TOKER**, s. 26; **ERDEM**, Vişana Satım Sözleşmesi, s. 40; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 93; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 23; **ACAR**, Hasar Riski, s. 69; **HONNOLD**, s. 54, N. 10; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHLECHTRIEM)**, s. 3; **SONO**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono.html>); **BOGHOSSIAN**, Nayiri, “A Comparative Study of Specific Performance Provisions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/boghossian.html>); **ANYAMELE**, (www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/anyamele.html), N. 1.2.2.

⁶⁵ **MCNAMARA**, Tom, “U.N. Sale of Goods Convention: Finally Coming of Age?”, (www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mcnamara.html); **TOKER**, s. 26; **ERDEM**, Vişana Satım Sözleşmesi, s.

Zamanaşımı konusundaki sözleşmeye ek bir protokol hazırlanarak yeni sözleşmeyle uyumlu hale getirilmeye çalışılmıştır⁶⁶.

30 Eylül 1981 tarihine kadar Birleşmiş Milletler Teşkilatı'nın New York'taki merkezinde imzaya açık bırakılan Viyana Satım Antlaşmasını yirmi bir ülke imzalamıştır; ancak Arjantin, Mısır, Fransa, Macaristan, Lesotho, Suriye Arap Cumhuriyeti ve Yugoslavya olmak üzere yedi ülke antlaşmayı onaylamıştır⁶⁷. Antlaşmayı imzalayan ülkeler ise antlaşmayı imzalayarak antlaşmanın onaylanması konusunda çaba sarf etmeyi dolaylı olarak üstlenmişlerdir. Antlaşmada imzası bulunan ülkeler imzalarını onaylayana kadar, imzası bulunmayan ülkelere antlaşmaya katılma anına kadar antlaşmanın tarafı haline gelmemektedir⁶⁸.

Viyana Satım Antlaşması 1986 yılında ABD, Çin ve İtalya'nın antlaşmayı onaylaması ve bu şekilde ihtiyaç duyulan on ülke onayının (CISG m. 99/f. 1) sağlanması sonucu 01.01.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶⁹. CISG m. 99/f. 1 uyarınca antlaşma, onuncu ülkenin antlaşmayı onaylaması tarihinden itibaren on iki aylık dönemin bitimini izleyen ayın

40; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 93; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 23; **HONNOLD**, s. 55, N. 10; **HUBER/MULLIS**, s. 3.

⁶⁶ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 40; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 93; **HONNOLD**, s. 56, N. 10; 1974 tarihli sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için **American Bar Association Section of International Law and Practice Reports to the House of Delegates Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nelson.html>); **WINSHIP**, Peter, "The Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: The United States Adopts UNCITRAL's Firstborn" (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship4.html>); **SMIT**, Hans, "The Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: UNCITRAL's First Born", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/smit.html>).

⁶⁷ **SONO**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono.html>); **WINSHIP**, Peter, "An Introduction to the United Nations Sales Convention", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship2.html>).

⁶⁸ **WINSHIP**, Sales Convention, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship2.html>); **TOKER**, s. 27.

⁶⁹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 24; **HERGÜNER**, Ümit, "Applicability of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Sales Contracts Concluded by Turkish Companies and Their Affiliates Abroad", Murat Sarıca Armağanı, İstanbul 1988, s. 95; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHLECHTRIEM)**, s. 3; **ANDERSEN**, s. 21; **HUBER/MULLIS**, s. 3; **ACAR**, Hasar Riski, s. 69; **MISTELIS**, s. 10; **MENDES**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mendes.html>); **WINSHIP**, Sales Convention, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship2.html>); **DIMATTEO**, Larry A./**DHOOGHE**, Lucien J./**GREENE**, Stephanie/**MAURER**, Virginia G./**PAGNATTARO**, Marisa Anne, International Sales Law A Critical Analysis of CISG Jurisprudence, Cambridge University Press 2005, s. 2; **KASTELY**, Amy H., "Unification and Community: A Rhetorical Analysis of the United Nations Sales Convention", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kastely.html>); **SAF**, Carolina, "A Study of the Interplay between the Conventions Governing International Contracts of Sale", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saf.html>); **YILMAZ**, İlhan, "Uluslararası Menkul Satış Sözleşmelerine Dair Viyana Konvansiyonu ve Türk Hukuku'na Göre Sözleşmenin Kuruluşu", Kemal Oğuzman'a Armağan 2002, Yıl 1, Sayı 1, s. 573; **SCHLECHTRIEM**, Peter/**BUTLER**, Petra, UN Law on International Sales, Springer, Heidelberg 2009, s. 2, N.1.

ilk gününde yürürlüğe girer, bu yüzden 1 Ocak 1988’de yürürlüğe girmiştir. La Haye Konvansiyonlarına taraf olan İtalya’nın bunu feshederek CISG’a taraf olması, diğer ülkelerin bunu takip etmesinde etkili olmuştur⁷⁰. Viyana Satım Antlaşmasını hazırlayanların maksadının, uluslararası satış sözleşmeleri alanında ortak bir hukuk yaratma düşüncesi olduğu dikkate alındığında, antlaşmanın dünya ticaretinin büyük bir kısmını elinde bulunduran ülkeler tarafından kabul edilmiş olması bu amacın gerçekleştiğini ortaya koymaktadır⁷¹. Viyana Satım Antlaşması bu özelliğiyle uluslararası ticaretin Magna Carta’sı olma yolundadır⁷². Bu sözleşme Türkiye bakımından da 1.8.2011 tarihinden beri yürürlükte dir⁷³. Bu bakımdan, CISG artık Türk Hukuku bakımından da iç hukuk statüsündedir.

CISG’ın başarısının arkasında hazırlanma sürecinde, La Haye Konvansiyonlarından farklı olarak, tüm çalışma gruplarında ülke dağılımına önem verilmiş olması yatmaktadır. UNCITRAL Tüzüğü uyarınca, Afrika ülkelerini temsilen 9, Asya için 7, Doğu Avrupa için 5, Latin Amerika için 6 ve Batı devletleri ve diğerleri için 9 koltuk ayrılmıştır ve bu sayede farklı hukuk sistemlerinin hepsi tartışılabilmiştir ve en iyi olduğuna inanılan çözümler Antlaşmaya alınmıştır⁷⁴.

B. Viyana Satım Antlaşması’nın Konusu ve Yapısı

Viyana Satım Antlaşması’nın konusu m. 4’te şu şekilde belirtilmiştir: “Bu antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenler.”

⁷⁰ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 24. İtalya’nın La Haye Konvansiyonlarını feshetme nedeni antlaşmanın 99. maddesinin 3. fıkrasıdır. İlgili düzenleme uyarınca Viyana Satım Sözleşmesine taraf olan devlet La Haye Konvansiyonlarını Hollanda hükümetine bu yönde yapacağı bir bildirimle feshedecektir.

⁷¹ **SONDAHL**, Erika, “Understanding the Remedy of Price Reduction-A Means to Fostering a More Uniform Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sondahl.html>).

⁷² **KAROLLUS**, Martin, “Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/karollus.html>).

⁷³ “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne (Viyana Sözleşmesi), Türkiye Cumhuriyeti’nin katılımı uygun bulunmuştur. 2.4.2009 tarih ve 5870 Sayılı Antlaşmaya Türkiye’nin katılımının uygun bulunduğuna ilişkin yasanın 14 Nisan 2009 tarihli Resmi Gazete’de yayımından sonra Bakanlar Kurulu Kararnamesinin 7 Nisan 2010 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmasıyla Antlaşma Türkiye’de yürürlüğe girmiştir.” Bakınız **TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU**, s. 436, dpn. 250; Bugün CISG’a ABD, Rusya, Çin, Singapur, Japonya ve Avrupa Birliği ülkelerinin çoğu dâhil olmak üzere toplam 78 ülke taraftır. CISG’a taraf olan ülkelerin en son listesi için bakınız UNCITRAL internet sitesi: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html.

⁷⁴ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHLECHTRIEM)**, s. 2-3; **HONNOLD**, s. 51, N. 6; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 24.

Viyana Satım Antlaşması, uluslararası taşınır mal satışına ilişkin sözleşmelere dair kuralları barındırmaktadır. Bu kurallar, satış sözleşmesinin kuruluşuna, ifasına, yorumlanmasına ve sona ermesine, sözleşmenin ifa edilmemesinin sonuçlarına ilişkindir⁷⁵. Bunların dışında kalan, sözleşmenin tümünden ya da bazı koşulları itibariyle geçerliliğine, örf ve âdete (m. 4/a) ve sözleşmenin satılan malın mülkiyeti üzerindeki olası etkilerine (m. 4/b), satıcının malın neden olduğu cismani zararlardan veya ölümden doğan sorumluluğuna (m. 5) ilişkin konulara uygulanmaz.

Viyana Satım Antlaşması'nın yapısına bakıldığında antlaşma metni, diplomatik konferansa katılanların bu antlaşmayı hazırlamadaki amaçlarına ilişkin bir dibace (Başlangıç) ile başlamaktadır. Asıl Metin ise dört kısımdan oluşmaktadır. Kısımlar, Bölümlere, bölümler de ayrımlara, kesimlere ayrılmaktadır. Antlaşmayı daha iyi tanımak bakımından çeşitli hükümlerin hangi bölümde düzenlendiğini ana hatlarıyla ortaya koymakta fayda vardır.

Birinci kısım iki bölüme ayrılmıştır. Birinci kısmın birinci bölümü “Uygulama Alanı” başlığını taşır ve 1-6. maddeler arasında yersel ve maddi uygulama alanlarını ve çeşitli sınırlamaları belirtir. İkinci bölüm ise “Genel Hükümler” başlığı altında 7-13. maddeler arasında bütün sözleşme için geçerli olan genel kuralları ortaya koymuştur.

Antlaşmanın ikinci kısmını oluşturan “Sözleşmenin Kurulması” başlıklı 14-24. maddeler arasında satış sözleşmesinin kuruluşuna ilişkin hükümler yer bulmuştur.

Antlaşmanın üçüncü kısmı en kapsamlı kısım olup “Malların Satımı” başlığı altında 25-88. maddeler arasında beş bölüm olarak düzenleme getirmiştir. Tezimizin konusunu oluşturan hasarın geçişine ilişkin düzenlemeler de bu bölümde yer almaktadır. Birinci bölümde yer alan “Genel Hükümler” 25-29. maddeler arasında alıcı ve satıcı için ortak hükümler getirmiştir. İkinci bölüm olan “Satıcının Yükümlülükleri” 30-52. maddelerde üçlü bir ayrıma giderek düzenleme yapmıştır. Birinci ayırım “Malların Teslimi ve Belgelerin Verilmesi” (m. 31-34); ikinci ayırım “Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Kişilerin Hak veya Talepleri” (m. 35-44); üçüncü ayırım “Sözleşmenin Satıcı Tarafından İhlali Halinde Alıcının Sahip Olduğu Hukuki İmkânlar” (m. 45-52) olarak görülmektedir. Üçüncü bölümde

⁷⁵ Viyana Satım Sözleşmesi, uluslararası nitelikteki satış sözleşmelerini detaylı olarak düzenleyen maddi kurallar içermektedir. Bu açıdan kapsamına giren sözleşmeler bakımından bir nevi “Uluslararası Borçlar Kanunu” niteliğindedir. (ŞANLI, Cemal/EKŞİ, Nuray, Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul 2006, s. 36).

yer alan “Alıcının Yükümlülükleri” de ikinci bölüme paralel olacak şekilde üçlü bir ayırım getirmiştir. Birinci ayırım “Semenin Ödenmesi” (m. 54-59); İkinci ayırım “Teslim Alma” (m. 60); üçüncü ayırım “Sözleşmenin Alıcı Tarafından İhlali Halinde Satıcının Sahip Olduğu Hukuki İmkânlar” (m. 61-65) başlığını taşımaktadır. Dördüncü bölüm “Hasarın Geçişi” ne ilişkindir (m. 66-70). “Satıcı ve Alıcının Yükümlülüklerine İlişkin Ortak Hükümler” 71-88. maddeler arasında altılı bir ayırımla beşinci bölümde yer almıştır. İlk ayırım “Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılıklar ve Art Arda Teslimli Sözleşmeler (m. 71-73); ikinci ayırım “Tazminat” (m. 74-77); üçüncü ayırım “Faiz” (m. 78); dördüncü ayırım “Sorumluluktan Kurtulma” (m. 79-80); beşinci ayırım “Sözleşmenin Ortadan Kaldırılmasının Sonuçları” (m. 81- 84); altıncı ayırım “Malın Muhafazası” (m. 85-88) şeklindedir.

Antlaşma'nın sonuncu bölümü olan Dördüncü Kısımında 89-101. maddeler arasında “Son Hükümler” başlığı altında düzenleme getirilmiştir. Antlaşma'nın zaman bakımından uygulanmasına ilişkin hükümlerin yanında antlaşmaya taraf olan ülkelerin koyabilecekleri çekincelere, antlaşmanın onaylanmasına ve antlaşmadan ayrılmaya ilişkin hükümler bu bölümde yer bulmuştur.

§ 2. VIYANA SATIM ANTLAŞMASININ GETİRDİĞİ DÜZENİN OLUMLU VE OLUMSUZ YANLARI

Viyana Satım Antlaşması, satış sözleşmeleri bakımından yeknesak hukuka ulaşma çabalarının vardığı son noktayı oluşturmakta ve uluslararası taşınır mal satışlarına ilişkin olarak, herhangi bir milli hukuk sistemine başvurma gereği bırakmayacak detaylı bir düzenleme getirme amacını taşımaktadır⁷⁶. Satış sözleşmeleri hukukunun yeknesaklaştırılmasının faydaları yanında sakıncalarının da olduğuna kuşku yoktur. Aşağıda kısaca -yeri geldiğinde antlaşma özeline indirgeyerek- bu faydalara ve sakıncalara değinilecektir.

A. Antlaşmanın Getirdiği Düzenin Olumlu Yanları

Milli hukuk sistemlerinin çeşitliliği ve değişkenliği hukuki güvenliğin sağlanmasında önemli bir engel oluşturmaktadır; bu sebeple satış hukuklarının uluslararası alanda birleştirilmesi hukuki güvenliğin sağlanmasına yardımcı olmaktadır. Viyana Satım

⁷⁶ AYOĞLU, s. 179.

Antlaşması Kara Avrupası Hukuk sistemleri ile ABD ve İngiltere gibi ülkeler tarafından kabul edilen Common Law Hukuk sistemlerini başarıyla uzlaştırmayı başarmıştır. Viyana Satım Antlaşmasının dünya çapında kabul gören bir antlaşma olmasında yani uluslararası ticaretin çoğunluğunu elinde bulunduran ülkeler tarafından kabul edilmesinde en önemli neden bu farklı hukuk sistemlerine sahip birçok ülkeyi aynı çatı altında toplama başarısını göstermesidir.

CISG'in metni ilgili çevreler (iş adamı, çeşitli ülkelerdeki hukukçular, iş dünyası) tarafından kolayca anlaşılabilir tarzda kaleme alınmıştır. 1964 tarihli ULIS ve ULFC'nin, hukukçu olmayanlar tarafından çok zor anlaşılan soyut, dogmatik ve teknik metinleri herkesin anlayabileceği, pratik bir yapıya kavuşturulmuştur⁷⁷.

Viyana Satım Antlaşmasının uygulama alanı bulmasıyla çoğu durumda güvenli olarak tespit edilip uygulanması zor olan devletler özel hukuku kurallarının gönderme yaptığı ülkenin satış hukukunu araştırmaya gerek kalmayacaktır. Bu hukuk düzeninin ilgili kurallarına ulaşmanın zorluğunun yanında dil engelleri gibi sebepler de ihtilafın sağlıklı çözülmesine engel olmaktadır; ancak yeknesak bir hukuk düzeninin yaratılması durumunda hâkim -bu kurallar kendi ülke hukukunun da bir parçası olacağı için- hem kendi dilinde bu metinleri inceleyebilecek hem de ilgili literatüre ulaşabilecektir⁷⁸. Yani yeknesaklaştırma çabaları karmaşık kanunlar ihtilafı problemleri ve bunların çözümü uğruna harcanan zaman ve masrafı azaltmaktadır. Ayrıca yeknesaklaştırma çabaları sonunda kabul edilen hukuk kuralları zamanla ulusal hukukların da çağa uygun olarak gelişmesine ve değişmesine sebep olmaktadır⁷⁹.

Viyana Satım Antlaşmasında soyut anlatımlardan da kaçınılmıştır ve Kara Avrupa'sı hukuklarının geleneksel "mücbir sebep" (force majeure) ve "common law"un klasik "ifanın engellenmesi" (frustration) kavramları yerine, "ifanın yerine getirilmemesinden dolayı sorumluluktan sıyrılma" (exemption from liability for non-performance) kavramı konulmuştur⁸⁰.

⁷⁷ ÖZSUNAY, s. 911; SONO, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono.html>).

⁷⁸ ATAMER, Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru, s. 159.

⁷⁹ SÜRAL, s. 16.

⁸⁰ ÖZSUNAY, s. 911.

CISG birçok ulusal (Alman, Estonya, Hollanda Medeni Kanunları gibi) ve uluslararası hukuk metinlerinin (AB Tüketici Satımı Direktifi, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri gibi) hazırlanmasında model alınmasıyla uluslararası mal satışlarına ilişkin hukukun yeknesaklaştırılmasında önemli bir rol üstlenmiştir⁸¹. CISG günümüzde tacirler ve avukatlar tarafından bilinmektedir, birçok mahkeme ve hakem kararına temel oluşturmakta ve hakkında çok sayıda akademik çalışma yayınlanmaktadır⁸². CISG'in milli mahkemeler ve uluslararası mahkemeler tarafından uygulanışını ortaya koyan çok sayıda İnternet Veri Bankası bulunmaktadır⁸³.

Viyana Satım Antlaşmasına ilişkin mahkeme kararları üye devletlerin içtihatlarında çok önemli bir yer tutmaya başlamıştır. Antlaşmanın her taraf devlette farklı yorumlanmamasını sağlamak için üniversiteler bünyesinde, barolar ve diğer uzman kuruluşlar bünyesinde milletlerarası boyutta çalışmalar yapılmakta ve bunlar hem uygulamacılara hem de hâkimlere yol gösterici olmaktadır. Bu sayede yeknesak maddi kurallar içeren Viyana Satım Antlaşmasının yeknesak uygulamasının ve yorumunun gerçekleştirilebilmesine katkı sağlanmaktadır⁸⁴.

B. Antlaşmanın Getirdiği Düzenin Olumsuz Yanları

Viyana Satım Antlaşmasının getirdiği düzenin yararları yanında sakıncalarının da olduğuna şüphe yoktur. CISG'a ilişkin dile getirilen kaygıların ilki CISG'ın yorumuna ilişkin sorunların hala ciddiyetini koruduğu yolundadır. CISG'ın kanun yapma tekniği açısından bazı hukuk çevrelerine egemen olan tekniklerden farklı olması onun yorumunda farklılıklara neden olabilecek ve bu da yeknesaklığı sağlama çabalarına gölge düşürebilecektir⁸⁵. Aşağıda açıklanacağı üzere⁸⁶ CISG'ın otonom yorumlanması yani iç hukuktaki kavramlardan bağımsız yorumlanması yükümlülüğü olmakla birlikte bu mutlak değildir. Bu durum, otonom

⁸¹ SÜRAL, s. 31-32; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 27 vd.

⁸² SÜRAL, s. 32.

⁸³ Bu internet veri bankaları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız MISTELIS, s. 11.

⁸⁴ AYDIN, İbrahim, 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 17.

⁸⁵ ÖZSUNAY, s. 911; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 35; ZEYTİN, CISG'in Uygulama Alanı, s. 229; OĞUZ, Hukukun Birleştirilmesi, s. 41.

⁸⁶ Bu konu hakkında bakınız Bölüm I, § 3 C 1/a.

yorumlanamayan kavramların nasıl tespit edileceği sorununa yol açmaktadır⁸⁷. Antlaşmanın otonom yorumlanmasındaki bir zorluk da antlaşmanın tek bir resmi dilinin olmayışıdır. Altı resmi dilde kabul edilen Antlaşmanın yorumlanmasında farklı ifade edilen bir hukuki çözümün, kavramın ya da ilkenin taraf devletlerce kabul edilen ortak anlamının tespit edilmesi gerekir⁸⁸. Bu yapılamadığı takdirde yeknesaklığı sağlama amacını zora sokacaktır. Ayrıca, devletler tarafından CISG’in onaylanması sırasında konulabilecek çekinceler de (CISG m. 92-96) hukukun birleştirilmesi temel hedefine ulaşmaya engel olacak niteliktedir⁸⁹. Nitekim doktrinde Viyana Satım Antlaşmasının yeknesak hukuk yaratma gayesine ulaşmada başarısız olduğunu savunan yazarlar da vardır⁹⁰.

Viyana Satım Antlaşması her sorunsala ilişkin açık düzenleme getirmediğinden sözleşmenin açıkça düzenlemediği konularda hâkimin zor bir muhakeme yürütmesi gerekmektedir. Mesela Viyana Satım Antlaşması m. 4’te, bu antlaşmanın alıcı ve satıcının satış sözleşmesinden doğan hak ve borçlarını düzenlediği belirtilmiştir; ancak alıcının culpa in cotrahendo ya da işlem temelinin çökmesinden ötürü satıcıya karşı hangi haklara sahip olduğu belirtilmemiştir. Hâkimin bunların aslında CISG’in düzenleme alanına girdiğini kabul edip etmeme konusunda karar vermesi gerekecektir. Aynı ihtilafa bir ülke hâkiminin CISG kapsamında çözüm üretmesi, diğerinin ise devletler özel hukuku kuralları uyarınca uygulanacak hukuka başvurması beraberinde birtakım sakıncalar getirecektir⁹¹.

Ayrıca iç hukuk ilişkilerine ve uluslararası ilişkilere farklı hukuk kurallarının uygulanması söz konusu olacaktır. CISG’in kabul edilmesiyle iç hukuka ait satış sözleşmesi ilişkilerinin ve uluslararası unsur içeren satış sözleşmesi ilişkilerinin tabi olacağı hukuki düzenlemeler farklı olacaktır. Ayrıca uluslararası yeknesak hukuk kurallarında reform

⁸⁷ **FERRARİ**, Franco, “Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG’da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler”, (Çeviren: Candan Yasan), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 47.

⁸⁸ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 69-70.

⁸⁹ **BASEDOW**, Jürgen, “Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, Uniform Law Review, NS-Vol 5, 2000-1, s. 129. Ayrıca Basedow benzer şekilde anlaşmaların çoğunluğunun öngörmüş olduğu istisnalar ve sınırlamaların ve ortak bir yorumun eksikliğinin bu yolla birleştirmeye varılacağı konusunda ciddi kuşkulara neden olduğu ifadelerini kullanmıştır. (**BASEDOW**, Jürgen, “Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu”, (Çeviren: Arzu Oğuz), AÜHFD 2003, Cilt 52, Sayı 3, s. 8).

⁹⁰ **SHEAFFER**, Christopher, “The Failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a Proposal for a New Uniform Global Code in International Sales Law”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sheaffer.html>).

⁹¹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 109, dpn. 196; **OĞUZ**, Hukukun Birleştirilmesi, s. 40.

yapılması, iç hukuk kurallarına göre daha zordur⁹²; çünkü CISG gibi konvansiyonların değişen şartlara uyarlanması, resmi ve zor bir prosedür gerektirdiğinden oldukça sorunludur⁹³.

Sonuç olarak, CISG’ın geniş katılımı sağlamak yoluyla uluslararası alanda elde ettiği başarı, onun sözü edilen bu sakıncalarını göz ardı etmeye yetmemektedir. Bugün dünya ticaretini yöneten Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) dışında da çok sayıda önemli konvansiyondan bahsedilebilir. Kambiyo Senetlerine İlişkin 1930 tarihli Cenevre Sözleşmesi, Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesi (CMR), Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Varşova Konvansiyonu (VK), Demiryoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Yeknesak Kurallar (COTIF-CIM) ve Deniz Yoluyla Eşya Taşınmasına İlişkin Konvansiyon⁹⁴ bunlar arasında sayılabilir. Ancak doktrinde ulaşılan bu nokta ile de yetinilmediği ve uluslararası ticaret kanunu olarak işlev görececek bir konvansiyonun hazırlanmasının önerildiği görülmektedir⁹⁵.

⁹² ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 36; ZEYTİN, CISG’ın Uygulama Alanı, s. 229-230.

⁹³ AYOĞLU, s. 177.

⁹⁴ UNCITRAL tarafından 1978 tarihli Hamburg kurallarının yerine 2008 yılında “Rotterdam Kuralları” hazırlanmış ve imzaya açılmıştır. (AYOĞLU, s. 178). “Malların Tamamen ya da Kısmen Denizyoluyla Uluslar arası Taşınmasına İlişkin Sözleşmelere Dair Konvansiyon” olan “Rotterdam Kuralları”nın 28 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe girebilmesi için öngörülen 20 imzalık yetersayıya ulaşılmıştır. Konvansiyonun 94. maddesinin 1. fıkrası uyarınca yürürlüğe girebilmesi için imza yetersayısına ulaşıldığı tarihten itibaren 1 yıl geçmesi gerekmektedir. (Ayrıntılı açıklama için bakınız DEĞİRMENCİ KULA, Nil, “Türk Deniz Hukukunda Çoklu Taşımacılığın Yeri: Uluslararası Sözleşmeler İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi 2010, Sayı 1, Cilt 2, s. 83 vd).

⁹⁵ Doktrinde ileri sürülen bu görüşler için bakınız AYOĞLU, s. 178, dpn. 526; SHEAFFER, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sheaffer.html>).

§ 3. VİYANA SATIM ANTLAŞMASININ TEMEL NİTELİKLERİ

A. Hükümlerin Tamamlayıcılığı

I. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

Viyana Satım Antlaşması, sözleşme özgürlüğü ilkesi ve bu yolla da taraflar arasındaki satış sözleşmesinin üstünlüğüne dayalı bir sistem öngörmüştür. Antlaşmanın 6'ncı maddesi uyarınca, 1'inci maddedeki uygulanabilirlik şartları gerçekleşmiş olsa bile taraflar, antlaşmanın hükümlerinin uygulanmamasına karar verebilirler⁹⁶. CISG'a hâkim olan sözleşme serbestisi ilkesi bağlamında taraflar Antlaşmanın uygulanmasını ortak iradeleriyle bu şekilde bütünüyle engelleyebilecekleri gibi, onun hükümlerinden birisinin etkisini değiştirmek ya da bu hükümden kaçınmak olanağına da sahiptirler⁹⁷. Taraflar sözleşmenin konusunu, antlaşmada belirtilen sınırlamalara uymak şartıyla serbestçe seçebilirler, istedikleri şekle bağlayabilirler, yapılan sözleşmeyi değiştirebilir ya da sona erdirebilirler; yani sözleşmeyi kendi ihtiyaçlarına göre şekillendirirler⁹⁸. Antlaşmanın ilgili 6. madde hükmü şu şekildedir: *“Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.”* Antlaşmanın 6. maddesinde ifadesini bulan bu istisna ile antlaşmanın 12. maddesinin son cümlesinde yer alan kural vurgulanmıştır⁹⁹. 12. maddenin son cümlesinde tarafların bu maddeye istisna getirmelerinin mümkün olmamasının yanı sıra maddenin etkilerini de değiştiremeyecekleri ifadesini bulmuştur. Antlaşmanın 6. maddesi ile açıkça aksine düzenleme getirilemeyeceği belirtilen 12. maddenin, CISG'da düzenlenen tek emredici hüküm olduğu doktrinde çoğunluk tarafından ifade edilmektedir; çünkü aksinin kararlaştırılması mümkün olmayan tek maddenin bu olduğu söylenmektedir¹⁰⁰.

⁹⁶ TİRYAKIOĞLU, Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları, s. 202.

⁹⁷ TİRYAKIOĞLU, Milletlerarası Unsurlu Satım Akitleri, s. 114; ÖZSUNAY, s. 915; TOKER, s. 122; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 69; KAYA, s. 9; ERDEM, Ercüment, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 48-49; Ayrıntılı açıklama için bakınız SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHLECHTRIEM), s. 82 vd; HERGÜNER, s. 99; HUBER/MULLIS, s. 60; BELL, Kevin, “The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bell.html>).

⁹⁸ ERDEM, Makaleler, s. 49.

⁹⁹ TOKER, s. 122.

¹⁰⁰ “...thus making Article 12 the **only mandatory rule** in the CISG.” [SCHROETER, Ulrich G., “Freedom of Contract: Comparison between Provisions of the CISG (Article 6) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter2.html>), N. 3.2]; EORSI, Gyula,

CISG’ın 6. maddesi nedeniyle, tarafların aralarında yaptıkları sözleşmeye Viyana Satım Antlaşmasına (CISG’a) nazaran öncelik tanınmıştır. Tarafların aralarındaki antlaşmaya uygulanabilir başka bir hukuk seçmeleri durumunda Viyana Satım Antlaşması uygulama alanı bulmayacaktır¹⁰¹.

Tarafların anlaşarak tamamen ya da kısmen antlaşmanın uygulanmasına engel olabilmeleri için bunu açık veya zımni olarak şüpheye yer bırakmayacak şekilde yapmaları gerekir. Bu şekilde açıkça antlaşmanın uygulanmayacağını kararlaştırmaları durumunda –eğer sözleşmenin yerini dolduracak bir kural kararlaştırmadılarsa veya sözleşmesel ilişkiye uygulanacak bir hukuk seçimi yapmadılarsa- mahkemece uyuşmazlığa kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca hangi ülke hukukunun uygulanacağına karar verilecektir¹⁰².

Viyana Satım Antlaşmasının uygulanmasında taraf iradelerinin rolü konusunda değineceğimiz üzere¹⁰³ taraflara bizatihi Viyana Satım Antlaşmasını uygulanacak hukuk olarak seçme imkânı tanınmamıştır; ancak taraflar Viyana Satım Antlaşmasına taraf olan bir devletin hukukunu seçmekle Viyana Satım Antlaşmasının uygulanmasını sağlayabilirler. Mesela, alıcı ve satıcı sözleşmenin Fransız hukukuna tabi olacağı üzerinde anlaşmaya varmışlarsa, Fransa Viyana Satım Antlaşmasının tarafı olan bir devlet olduğu için antlaşma Fransız Hukukunun bir parçası olarak uygulanacaktır; Fransız Medeni Kanunu’nun hükümlerinin uygulanacağını açıkça kararlaştırmışlarsa artık Viyana Satım Antlaşmasının uygulanması söz konusu olmayacaktır¹⁰⁴.

Sözleşme özgürlüğü ve taraflar arasındaki sözleşmenin üstünlüğüne dayalı CISG düzenlemesi bir yandan satış sözleşmesinin şartlarını kapsarken diğer yandan tarafların

“General Provisions”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi1.html>); Ayrıca bakınız **RAJSKİ**, Jerzi, “Article 12”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rajski-bb12.html>), N. 2.3; Niteliği gereği emredici kabul edilebilecek ve tarafların aksini düzenlemeye ehil olmadıkları m. 7 ve m. 28 gibi başka hükümlerin de olduğu yolunda bakınız **BONELL**, Michael Joachim, “Article 6”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb6.html>), N. 3.4; ATAMER’e göre, ulusal hukuk düzenlerinde sıkça karşılaştığımız emredici hükümler CISG’da çok az sayıda mevcuttur. Bu tarz emredici hükümlere yer verilmesinin nedeni CISG’ın uluslararası bir antlaşma olması ve taraf devletlere bazı konularda çekince koyma hakkı tanınmış olmasıdır. (**ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 69).

¹⁰¹ **HERGÜNER**, s. 99.

¹⁰² **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 63; **MATHER**, Henry, “Choice of Law for International Sales Issues Not Resolved by the CISG”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mather1.html>).

¹⁰³ Bu konu hakkında bakınız Bölüm I, § 4 D.

¹⁰⁴ **TİRYAKIOĞLU**, Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları, s. 202-203; **HERGÜNER**, s. 99.

sözleşmelerine dâhil ettikleri genel şartları, tip sözleşmeleri ve belli tür mallar için geçerli genel teslim şartlarını da kapsamaktadır¹⁰⁵.

CISG m. 11 hükmü taraflara CISG kapsamına giren bir sözleşmeyi herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan akdetme imkânı tanımaktadır; yani geçerlilik veya ispat şartı olarak herhangi bir şekil zorunluluğu öngörmemektedir. Aynı şekilde 29. madde hükmüyle yazılı bir sözleşmeye ilişkin her türlü değişiklik veya sona erdirme anlaşmasının, ancak yazılı yapılması gerektiğini içeren bir hükmün bulunması durumunda buna uyulması gerektiği düzenlenmiştir. Yazılı sözleşmenin sadece yazılı olarak değiştirileceği veya sona erdirileceği taraflarca düzenlenmedikçe herhangi bir şekil şartı aranmayacaktır. Şekil şartı öngören taraf ülkelerle uzlaşma sağlanması amacıyla CISG m. 12 ve m. 96'ya göre anlaşmanın şekil serbestisi öngören 11. maddesine çekince koyma imkânı tanınmıştır¹⁰⁶. Özellikle uluslararası satış sözleşmesine yönelik katı şekil kuralları içeren düzenlemelere sahip bulunan Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliğinin ve Doğu Bloğu ülkelerinin diplomatik konferanslar esnasında bu konuda ısrarcı olması neticesinde bu çekince kabul edilmiştir¹⁰⁷.

II. İradelerin Yorumu

Hukuki işleme katılan tarafların eğitim, öğretim, tecrübe, bilgi seviyeleri, uzmanlıkları farklı olabilir ve beyanın anlatımında beyan araçlarının, mesela dilin doğru kullanılmamasından, kelime ve cümlelerin düşünülmemesinden, iyi seçilmemesinden ya da doğru seçilse de bazen birden fazla anlama gelmesinden, hatta kullanıldığı yer, zaman ve kişiler bakımından farklı anlam taşımasından dolayı anlam farklılığı meydana gelebilir. Bu şekilde bir irade beyanının anlamının belirlenmesine yorum denir¹⁰⁸.

Tarafların sözleşmede düzenledikleri hususların CISG'a nazaran öncelikli uygulanacak olması hâkimin ilk olarak tarafların sözleşmede ne kararlaştırdığını tespit

¹⁰⁵ ERDEM, Makaleler, s. 49.

¹⁰⁶ Çekince konulması durumunda bunun etkisinin ne olacağı hakkında bakınız ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 85; Arjantin, Şile, Rusya, Çin, Macaristan, Ukrayna şekil serbestisi ilkesine çekince koymuşlardır, bakınız KEILY, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/keily3.html>), N. 2. 6; HONNOLD, John, "Article 12, Declaration by Contracting State Preserving Its Domestic Requirements as to Form", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho12.html>).

¹⁰⁷ MISTELIS, s. 15, dpn. 39.

¹⁰⁸ ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, İstanbul 2012, s. 158; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 147.

etmesini zorunlu kılmaktadır¹⁰⁹. Taraf iradelerinin yorumu noktasında Viyana Satım Antlaşması da, Türk Hukuku'na hâkim olan ve EBK m. 18'de ve 6098 Sayılı TBK m. 19'da ifadesini bulan güven ilkesine itibar etmektedir¹¹⁰. Sözleşmenin içeriğinin tespiti amacıyla taraf iradelerinin yorumunda, CISG'nin 8. maddesi ile düzenlenmiş bulunan genel yorum kuralı dikkate alınmalıdır. İlgili düzenleme şu şekildedir: “1. Bu antlaşmanın amacı çerçevesinde, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın./2. Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır./3. Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dâhil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır”.

Tarafların iradesine göre yorum esastır (m. 8/1). İrade beyanında bulunan tarafın iradesi karşı tarafça doğru şekilde algılandığında ortak iradeye göre anlamlandırılan beyan ikisi bakımından da bağlayıcıdır ve üçüncü kişinin düşüncesi dikkate alınmaz. Ayrıca tarafların fark etmemesi halinde açıklanan irade ile kabul edilen irade arasında uygunsuzluk olduğu durumda da kabul edilen irade esas alınacaktır. Mesela taraflar balina eti satışı konusunda anlaşmalarına rağmen köpek balığı eti derlerse sözleşmenin balina eti konusunda kurulacağını kabul etmek gerekecektir¹¹¹.

Taraf beyanlarına ve davranışlarına nasıl anlam verilmesi gerektiği konusunda bir sıralama içeren CISG'nin 8. maddesi ilk aşamada gerçek iradenin araştırılmasını öngörmektedir. Beyan muhatabının beyan sahibinin gerçek iradesini anlama olanağına sahip olması durumunda tarafların beyanları ve davranışları mümkün olduğu ölçüde iradelerine uygun şekilde yorumlanacaktır; aksi durumda beyanın objektif içeriği tespit edilmeye çalışılacaktır¹¹². Yani gerçek irade, beyan edilen iradeye uymamaktaysa ve muhatap gerçek

¹⁰⁹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 70.

¹¹⁰ **ERDEM**, Makaleler, s. 49; **YILMAZ**, s. 576.

¹¹¹ **ERDEM**, Makaleler, s. 49.

¹¹² **ERDEM**, Makaleler, s. 50; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 71; m. 8 hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHMIDT-KESSEL)**, s. 111 vd.

iradeyi bilmemekteyse bu halde beyan edilen irade, karşı taraf ile aynı konumda olan makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır (m. 8/f. 2)¹¹³. Bu durumda tarafların beyan ve davranışlarına verilecek olan anlamın tespiti güven ilkesi¹¹⁴ uyarınca yapılacaktır¹¹⁵. Bedelin hangi ülke parası ile ödeneceğine ilişkin farklı yoruma imkân veren bir irade açıklamasında muhatabın, irade açıklamasında bulunan tarafın ülke parasının kastedildiğini anlaması beklenir. Mesela dolarla ödeme yapılacağına ilişkin bir beyanı, Hong Kong Dolarının mı, Amerikan Dolarının mı kastedildiğinin yoruma açık olduğu bir durumda, irade açıklamasında bulunan kişinin işyeri Hong Kong’da ise Hong Kong dolarının kastedildiği şeklinde yorumlamak gerekir¹¹⁶.

CISG m. 8/f. 2’deki güven teorisine göre yorum ilkesinde tarafların görüşme ve sözleşme dili olarak ortak bir dilde anlaşamamaları durumunda tercüme riski irade açıklamasında bulunana ait olduğundan irade açıklamasında bulunan bu riski azaltmak ya da ortadan kaldırmak için muhatabın dilinde tercümenin gereği gibi yapılmasına çalışmalıdır¹¹⁷.

Taraf iradelerinin hem subjektif hem objektif içeriğinin saptanmasında önemli olabilecek tüm unsurların hâkim tarafından dikkate alınması gerekir. Bu unsurlar maddenin üçüncü fıkrasında sınırlayıcı olmayan bir şekilde örnek kabilinden sayılmıştır. CISG m. 8/f. 3 uyarınca taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dâhil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate

¹¹³ **ERDEM**, Makaleler, s. 50; **VOLKEN**, Paul, “The Vienna Convention: Scope, Interpretation and Gap-filling”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/volken.html>).

¹¹⁴ Güven teorisi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, s. 5 vd [Güven prensibinde beyan muhatabının, beyan sahibinin beyanını kendisince bilinebilen bütün hal ve şartları dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralları gereğince değerlendirerek nasıl anlaması gerektiğine bakılır. Bu teori sadece beyan muhatabını, beyan sahibi aleyhine korumaz; bunun tersine her iki tarafı da korunmaları gereken sınıra kadar koruması altına alır ve tarafların çatışan menfaatleri arasında bir denge kurma amacını güder. Yani güven teorisi sadece beyan muhatabının genel olarak güveninin korunması anlamını taşımamaktadır ve tarafların güveni karşılıklı gözetme ve bağlılık esaslarının haklı gösterdiği ölçüde korunmaktadır. Bir taraftan beyan muhatabının objektif iyiniyet kurallarına göre bildiği ya da bilebileceği tüm olguları değerlendirerek beyana vermesi gereken anlama güveni korunurken, diğer taraftan beyan sahibinin, gerekli özeni göstererek oluşturduğu beyanın, makul ve dürüst bir sözleşme tarafınca anlaşılması mutad olan biçimde anlaşılacağına ilişkin güveni güvence altına alınmaktadır **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 8-9]; Ayrıca **ANTALYA**, Borçlar, s. 160-161.

¹¹⁵ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 71; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 79.

¹¹⁶ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 79.

¹¹⁷ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 80-81; Taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklardan da ortak bir dilin kabulünün mümkün olduğunu ve uygulamada ortak dil olarak İngilizceye çok sık başvurulduğunu belirtmiştir. Böyle bir anlaşmanın varlığı durumunda farklı bir dil kullanan tercüme riskini de üstlenmiş olur.

alınır¹¹⁸. CISG m. 8/f. 3'te sayılan bu unsurlar, antlaşmanın temel amacına uygun şekilde yeknesak uygulanması açısından önem taşıyan unsurlardır. Özellikle ticari yaşamda kullanılan terimler, şartlar ve formlar yorum ölçütleri olarak karşımıza çıkmaktadır. CISG m. 9'a istinaden uygulama alanı bulan uluslararası ticaret terimleri (INCOTERMS) yorum ölçütü olarak, tarafların ülkelerindeki terimlerden önce uygulama alanı bulur¹¹⁹.

İrade beyanının yorumlanmasında özellik arz eden bir durum susmanın tek başına kabul anlamına gelip gelmeyeceğidir. CISG m. 18/f. I/c. 2'de belirtildiği üzere, "susma veya eylemsizlik tek başına kabul sayılmaz". Antlaşmada da ifade edildiği üzere susma kuralı olarak irade beyanı, özellikle kabul sayılmaz¹²⁰; ancak güven teorisi ve dürüstlük kuralı çerçevesinde irade beyanı olarak kabul edilmesinin haklı görülebileceği durumda susma açık irade beyanı varmışçasına sonuç doğuracaktır¹²¹. Buradan susmanın CISG çerçevesinde hiçbir zaman irade beyanı sayılmayacağı anlamı çıkarılmamalıdır; ancak susmanın bir irade beyanı sayılabilmesi için başka şartların varlığı (özellikle alışkanlıklar ve teamüller) aranmaktadır¹²². Mesela satıcının alıcının siparişi üzerine herhangi bir cevap vermeden doğrudan teslimatta bulunması ve bu davranışını sürekli devam ettirmiş olması durumunda daha sonra susma şeklindeki davranışının kabul olarak nitelendirilemeyeceği iddiası dinlenmeyecektir¹²³. Süreklilik arz eden susmanın (alışkanlık halini alan susma davranışının) bu şekilde kabul olarak nitelendirilmesinin nedeni karşı tarafta güven uyandırdıktan sonra, davranışını değiştirerek ya da yeni ve fakat öncekinden tamamen farklı bir davranışta bulunarak karşı tarafı hukuken elverişsiz duruma sokmayı hukuk düzeninin kabul etmemesidir¹²⁴.

¹¹⁸ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 81; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 73; VOLKEN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/volken.html>).

¹¹⁹ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 81.

¹²⁰ ANTALYA, Borçlar, s. 68; Hukukta, susan olumlu veya olumsuz bir beyanda bulunmuş sayılmaz kuralının geçerli olduğundan ve kanunun özel bazı durumlarda susmaya hukuki sonuç bağladığından bahsetmiştir.

¹²¹ BARLAS, Nami/OĞUZMAN, Kemal, Medeni Hukuk, İstanbul 2012, s. 199 vd. (Ayrıca özel bir kanun hükmü, işlem teamülü ya da tarafların anlaşması ile de belirli bir halde susma, irade beyanı olarak kabul edilebilir); AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s. 32.

¹²² ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 75; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHMIDT-KESSEL), s. 127, N. 36.

¹²³ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 75.

¹²⁴ "Önceki Davranışı ile Çelişki" kurumu hakkında bakınız AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 52.

B. Teamüllerin Önemi

Ticari adet ve teamüller, uluslararası ticarete ulusal hukuk sistemlerine kıyasla daha etkin bir rol üstlenmişlerdir. Ancak mahalli hukuklarda mesela gerek Türk Hukuku'nda¹²⁵ gerekse İsviçre sistemiyle birlikte Fransız Hukuku'nda örf, adet ve teamüller tamamlayıcı ve ikincil (tali) nitelikte hukuk kaynağı olarak işlev görmektedir. Buna karşılık uluslararası ticaret hukukunda, ticari adet ve teamüller tali hukuk kaynağı olarak görülmezler ve doğrudan uygulama alanı bulabilirler¹²⁶.

Uluslararası satış hukukunun birleştirilmesi amacıyla olan Viyana Satım Antlaşması içerdiği genel hükümlerin tarafların gereksinimlerine göre detaylandırılmasını uluslararası ticaret hukukunda veya taraflar arasında geçerli olan teamüller kanalıyla gerçekleştirmek istemiştir¹²⁷.

Antlaşmanın 9. maddesi şu şekildedir: “(1) Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır./ (2) Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır”.

CISG m. 9 ile m. 8 hükümleri birbirleriyle bağlantılı olan hükümlerdir. CISG m. 8'de teamüller ve alışkanlıklara irade açıklamalarının ve davranışların yorumu için ya da sözleşmenin tamamlanması için başvurulacağı düzenlenirken, m. 9'da teamüllerin ve alışkanlıkların doğrudan uygulama alanı bulacağı hükme bağlanmıştır¹²⁸. Aslında 9. maddenin 1. fıkrasına bakıldığında 8. maddeye yeni bir şey ekmediği gözlenmektedir; çünkü tarafların uygulanmasını kabul ettikleri teamüllerin sözleşme içeriği olması ve aralarındaki ihtilaflarda devreye girmesi olağandır. Bu teamüller, teamül oldukları için değil,

¹²⁵ Örf ve adet hukukunun Türk Hukuku bakımından konumu hakkında bakınız **İŞIKTAÇ**, Yasemin, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, İstanbul 2009, s. 47 vd; Ayrıca Türk Hukuku'nda ticari örf ve adetlerin normlar hiyerarşisi içerisindeki yeri hakkında bakınız **ULUSOY**, Erol, Ticari Örf ve Adet Hukuku ve Türkiye'de Geçerli Olan Ticari Örf, Adet ve Teamüller Fire ve Zayıf Kararları, İstanbul 2001, s. 77 vd.

¹²⁶ **KIRKBEŞOĞLU**, Nagehan, “Milletlerarası Ticarete Hakemlerin Lex Mercatoria'yı Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2006, Cilt 64, Sayı 1, s. 277; **AYOĞLU**, s. 163-164.

¹²⁷ **ERDEM**, Makaleler, s. 50.

¹²⁸ **ZEYİN**, CISG Hukuku, s. 82.

taraf iradesi sonucu sözleşme içeriği oldukları için uygulanacaklardır. Diğer taraftan tarafların, aralarında oluşmuş olan alışkanlıklarla bağlı olması da son derece olağandır ve bu da m. 8/f. 3 düzenlemesiyle örtüşmektedir; çünkü tarafların irade beyanlarının ve davranışlarının yorumunda daha önceki davranışları da dikkate alınmaktadır¹²⁹. Buna karşılık 9. maddenin 2. fıkrası düzenlemesi uyarınca uluslararası ticari hayattaki teamüllerse taraf iradelerinden bağımsız olarak uygulama alanı bulmaktadır¹³⁰. Bu hükme göre, taraflarca bilinen veya bilinmesi gereken, ilgili sektörde yaygın olarak bilinen ve kararlı bir şekilde gözlemlenen adetler taraflar arasındaki sözleşmenin parçası kabul edilirler¹³¹. CISG m. 9/f. 1 hükmünde belirtilen teamüller açısından CISG m. 9/f. 2'deki gibi bir sınırlama yoktur; yani tarafların üzerinde anlaştıkları her davranış, yerel veya bölgesel nitelikte, milletlerarası ticarete ya da adi ilişkilerde geçerli olan bir teamül olduğuna bakılmaksızın tarafları bağlar¹³². CISG m. 9/f. 2 uyarınca sözleşmenin tamamlanmasında bu teamüllerin uygulanmamasını gerektiren iki ihtimal söz konusu olabilir: Taraflar, bu teamüllerin sözleşmeye uygulanmayacağını açıkça kararlaştırmış olabilirler veya tarafların bu teamülden haberdar olmamaları durumu gerçekleşebilir. CISG m. 9/f. 2'nin uygulama alanı bulabilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir:

1. Uygulanması öngörülen teamüller taraflarca bilinmeli ya da bilindiği farz edilmelidir. Taraflar bu kuralların varlığından, sözleşmenin kurulması anında haberdar olmalı ya da gerekli özeni göstermiş olsalardı haberdar olabilecek durumda olmalıdırlar¹³³.

2. Bu teamüller uluslararası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinmeli ve düzenli olarak uygulanmalıdır.

¹²⁹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 76-77.

¹³⁰ **HONNOLD**, s. 175, N. 117; Burada Anglo-Amerikan hukukunda yaygın olan implied terms (örtülü hükümler) yönteminden yararlanıldığı ve tarafların farazi iradelerinin bu yönde olacağı düşüncesiyle onların adına sözleşmenin dışarıdan tamamlandığı yolunda bakınız **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 77, dnp. 43; Ayrıca **AYOĞLU**, s. 164-s. 166, Örtülü hükümler teorisine göre, ilgili sektörde geçerli olup taraflarca bilinen veya bilinmesi gereken adet ve teamüller, sözleşme metninde özel olarak belirtilmelerine gerek olmadan sözleşmenin içeriğine dâhil kabul edilmektedir; çünkü karine olarak, tarafların ilgili sektörde herkes için geçerli olan adet ve teamüllerin uygulanmasına rıza gösterecekleri farz edilir.

¹³¹ **AYOĞLU**, s. 167-168; Sözleşmenin getirdiği genel hükümlerin aksine, adetler özel kurallardır ve bu sebeple sözleşme hükümlerine göre önceliğe sahiptir. (**GOLDSTAJN**, Aleksandar, "Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goldstajn.html>).

¹³² **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 83.

¹³³ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 80-81.

İlgili teamülün yukarıda belirtilen özelliklere sahip olması ve tarafların da bu teamüllerden haberdar olması gereken durumlarda ayrıca bir düzenleme yapılmamış olsa da bunların sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu kabul edilmektedir¹³⁴. CISG m. 9/f. 2'nin uygulanması için gereken iki şart göz önüne alındığında sadece ulusal satış sözleşmelerinde uygulanan ve uluslararası ticarete bu branştaki taraflarca düzenli olarak uygulama alanı bulmayan ulusal ya da yerel veya bölgesel teamüllerin uygulama alanı bulmayacağı sonucuna ulaşılır¹³⁵.

CISG açısından önem taşıması bakımından teamül kavramına değinmekte fayda vardır. CISG'da teamül kavramına ilişkin bir tanıma yer verilmemiştir, dolayısıyla teamül kavramını tanımlarken CISG m. 7'ye uygun şekilde ve CISG m. 8/f. 3'te olduğu gibi otonom ve yeknesak bir tanım yapılmalı ve bu kavram, ulusal yasalardaki yasal tanımlardan bağımsız ele alınmalıdır¹³⁶. Doktrinde, mümkün olan en geniş anlamda belirli bir ticaret sektörü içinde ya da belirli bir pazar yerinde belirli işlemler bakımından gözlenen davranış kuralları olarak tanımlanmıştır¹³⁷.

Teamüllere yapılan atıflar aynı zamanda tarafların iradesini yansıttıkları için Viyana Satım Antlaşması hükümlerinden öncelikli olarak uygulanır. Teamüller bakımından ispat yükü buna dayanan tarafa aittir¹³⁸. Teamüllerin tespitinde ticaret ve sanayi odalarından ve ilgili hukukçu bilirkişilerden mütalaa alınması mümkündür¹³⁹.

¹³⁴ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 77. Bu noktada CISG m. 9/f. 2, TTK m. 2'den farklılık taşımaktadır; çünkü TTK m. 2/f. 1 uyarınca teamül ancak örf ve adet hukuku düzeyine gelirse hâkim tarafından ihtilafa doğrudan uygulanabilir. İsviçre-Türk hukukunda teamül kuralı ile yedek hukuk kuralının çatışması durumunda yedek hukuk kuralı ağır basmaktadır; hâlbuki CISG sisteminde uluslararası ticarete yaygın olarak uygulanan ve tarafların da haberdar olduğu teamüller CISG hükümlerine göre öncelikle uygulanır (**ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 77, dpn. 41).

¹³⁵ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 83.

¹³⁶ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 82-83; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 79.

¹³⁷ **BONELL**, Michael Joachim, "Article 9", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>), N. 3. 2; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 79.

¹³⁸ **ERDEM**, Makaleler, s. 51; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 84; **PAMBOUKIS**, Ch., "The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pamboukis.html>).

¹³⁹ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 84.

C. Viyana Satım Antlaşmasının Yorumu

Hukukun uyumlaştırılması ve birleştirilmesi yani yeknesaklığın sağlanması hedefiyle hazırlanan birörnek hukuk kurallarının uygulamada ne şekilde algılanacağı ve yorumlanacağı meselesi, hukukun uyumlaştırılması hareketinin başlangıcından itibaren bir sorun olarak anlaşılmaktadır; çünkü asıl uyumlaştırma, bu amaç doğrultusunda hazırlanan hukuksal kaynağın yürürlüğe konması ile değil birörnek uygulanmasının sağlanması sonucunda ortaya çıkmaktadır. Hâlbuki hiçbir hukuk metni eksiksiz ve kusursuz hazırlanmış olmadığı için uygulama sırasında bu hukuk metninin yorumlanmasına ve içerdiği boşlukların doldurulmasına ihtiyaç duyulmaktadır¹⁴⁰.

Yakın dönemde hazırlanan ve işlerlik kazanan pek çok uluslararası birörnek hukuk kaynakları yorumlama ve boşluk doldurma sorununa kendi içinde bir çözüm bulma amacına yönelmiştir. Bu bağlamda, ilgili kaynakların nasıl yorumlanacaklarına ve içerdikleri boşlukların nasıl doldurulacağına yönelik düzenlemeler getirmeye başladıkları görülmektedir. Bunlar arasındaki ilk örnek de inceleme konumuzu oluşturan CISG kapsamında yer almaktadır. CISG'in yorumlanmasına ve boşluk doldurmaya ilişkin düzenleme 7. madde kapsamında getirilmektedir¹⁴¹. Bu çalışma kapsamında öncelikle CISG'in yorumu sorununa, sonrasında boşluk doldurma meselesine değinilecektir.

Birörnek hukuk kurallarının konulması hukukun yeknesaklaştırılmasını sağlamaya yetmediğinden satış hukukunun birleştirilmesi ve bu şekilde yeknesaklığın sağlanması amacıyla olan uluslararası bir sözleşmenin hükümlerinin yorumlanmasını iç hukuklara bırakmak doğru bir yaklaşım olarak algılanmamaktadır; çünkü bu kuralların devletler tarafından farklı yorumlanmasının kaçınılmazlığı ortadadır ve bu kaçınılmazlık, üzerinde anlaşma sağlanmış kuralların yeknesak uygulanmasının hiçbir şekilde garanti altına alınmamış olacağını ortaya koymaktadır¹⁴². Aynı metnin birbirinden farklı yorumlanması

¹⁴⁰ **TUZCU**, Burcu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkelerinin Uygulama Alanı ve Özellikle Uluslararası Ticari Tahkimdeki Yeri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s. 149.

¹⁴¹ **TUZCU**, s. 150.

¹⁴² **FERRARİ**, Franco, "Uluslararası İctihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler", (Çeviren: Candan Yasan), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 37; **ERDEM**, Makaleler, s. 51.

riskini azaltmak için söz konusu metnin de birörnek şekilde yorumlanması sağlanmalıdır¹⁴³. Onlarca imzacı ülkenin CISG hükümlerini ayrı ayrı yorumlaması ve anlaması, uyumlaştırmadan elde edilmesi beklenen sonucun büyük ölçüde sekteye uğramasına neden olur¹⁴⁴. Bu nedenle CISG’ın yorumu büyük önem arz etmektedir. CISG m. 7/f. 1 antlaşma hükümlerinin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda bir düzenleme içermektedir. İlgili düzenleme şu şekildedir: “(1) Bu antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir ...”

CISG’ın 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca antlaşmanın yorumunda dikkate alınması gereken 3 ilke karşımıza çıkmaktadır: İlki antlaşmanın uluslararası niteliği, ikincisi antlaşmanın yeknesak uygulanmasının korunması, üçüncüsü uluslararası ticarete dürüstlük kuralının korunması olan bu üç ilkenin aşağıda ayrıntılı incelemesi yapılacaktır. Bu üç ilke antlaşmanın uygulanmasında yeknesaklığı sağlama amacına hizmet etmektedir. Antlaşmanın uluslararası niteliği ve antlaşma tarafı ülkelerde yeknesak uygulanmasının gerekliliği ulusal mahkemelerin Viyana Satım Antlaşmasını uygularken sadece ulusal mahkeme kararlarını ve doktrinini değil, aynı zamanda diğer antlaşma tarafı ülkelerin mahkeme kararlarını ve doktrinini de incelemelerini zorunlu kılmaktadır. CISG m. 7/f. 1 yorum ilkeleri içermekle birlikte yorum metotları hakkında bir hüküm içermemektedir, dolayısıyla Viyana Satım Antlaşmasının yorumlanmasında gözetilen ilkeler çerçevesinde uygun yorum metotlarının kullanılması gerekmektedir¹⁴⁵.

I. Yorum Hâkim Olan İlkeler

a. Antlaşmanın Uluslararası Niteliği

Usulüne göre yürürlüğe giren uluslararası antlaşmaların iç hukukun bir parçası olması ilkesine rağmen, Antlaşmanın “uluslararası niteliğinin” Antlaşmanın yorumunda gözetilmesinin, CISG’ın “otonom” yorumlanması, başka bir ifadeyle Viyana Satım Antlaşmasının iç hukukun göz ardı edilmesi yoluyla ulusal hukuk temelinde yorumlanmaması

¹⁴³ FERRARİ, s. 38.

¹⁴⁴ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 92.

¹⁴⁵ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 65-67.

anlamına geldiği ifade edilmektedir¹⁴⁶. Yorum yapılırken ulusal hukuklardaki geleneksel yorum ilkelerine ve yöntemlerine başvurulmamalı; Viyana Satım Antlaşmasında kullanılan kavramlara, ulusal hukuklarda yer alan kavramlar ile aynı anlam yüklenmemelidir¹⁴⁷. Otonom bir yorum yönteminin bu kadar önem arz etmesinin nedeni ancak bu yolla hukukun birörnekleştirilmesi amacının güvence altına alınmasının sağlanacak olmasıdır¹⁴⁸. CISG gibi yeknesak kurallar öngören antlaşmalarda kullanılan ifadelerin tarafsız olması amaçlandığından, bu ifadelerin iç hukuktaki kavramlardan bağımsız ve farklı değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁴⁹. Antlaşmanın otonom yorumlanmasını sağlayacak olanlar ulusal mahkemeler ve hakemlerdir. Ulusal mahkemelerin ve hakemlerin önlerine gelen uyuşmazlıkların çözümünde antlaşmaya taraf diğer devletlerde verilen kararları ve o uyuşmazlıkla ilgili doktrindeki görüşleri dikkate alarak amaçlanan yeknesaklığa ulaşmayı sağlamaları gerekir¹⁵⁰.

CISG’ın uluslararası niteliğinin Antlaşmanın yorumlanmasında gözetilmesine, yani CISG’ı yorumlarken iç hukuktaki kavramlara veya iç hukuka özgü yorum ilkelerine başvurulmaması yükümlülüğüne değinen kararları, bu yükümlülüğü gözetmen ve gözetmeyen kararlar olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür; ancak iç hukuka özgü kavramlara başvurulmadan CISG’ın uluslararası niteliğinin gözetilmesi yükümlülüğünü gözetmen kararlar açıkça ağır basmaktadır¹⁵¹.

Farklı ülkelerde ve dillerde verilen mahkeme ve bazı tahkim kararlarına ulaşılmasına imkân sağlayan UNCITRAL, UNILEX ve CISG-ONLINE gibi veri bankaları ulusal

¹⁴⁶ **FERRARI**, s. 40-41; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 93.

¹⁴⁷ **DAYIOĞLU**, Yavuz, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011, s. 10; İç hukuk metotlarına başvurmanın mümkün olmadığı yolunda bakınız **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHLECHTRIEM)**, s. 101, N. 19; **BONELL**, Konvansiyonun uluslararası niteliği ile konvansiyonun yorumunda, iç mevzuatın yorumlanmasında izlenen geleneksel tekniklere ve kurallara dayanılmasının önlenmesinin kastedildiğini belirtmektedir. [**BONELL**, Michael Joachim, “Article 7”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb7.html>), N. 2.2.1].

¹⁴⁸ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 93.

¹⁴⁹ **FERRARI**, s. 42.

¹⁵⁰ **ZEYİN**, CISG Hukuku, s. 68.

¹⁵¹ **FERRARI**, s. 43. Amerikan Mahkeme kararlarında CISG’ın ulusal hukuk temelinde yorumlanmasının Antlaşmayı hazırlayanların amaçladığı yeknesaklığı koruma çabasını zedeleyeceği ifade edilmiştir. Yine birçok İtalyan Mahkemesi kararında, İspanya Mahkemesi kararında ve yine İsviçre Mahkemesi kararında da belirtilmiştir. Alman Mahkemesi kararlarında da CISG’ın uluslararası niteliğinin gözetilerek yorum yapılması gerekliliği ifade edilmekle kalmamış, bazı kararlarda daha da ileri gidilerek CISG’ın iç hukuk niteliğindeki Alman Hukukundan farklı olduğu ve kural olarak Alman hukukuna ilişkin hüküm ve ilkelerin CISG’ın yorumunda kullanılmayacağı ifade edilmiştir. (**FERRARI**, s. 43 vd.)

uygulayıcıların otonom yorum için başvurabilecekleri temel kaynakları oluşturmaktadır ve bu veri bankalarının gelişmesi ve kararlara farklı dillerde karşılaştırmalı olarak ulaşılabilmesi Antlaşmanın yeknesak ve otonom yorumlanması bakımından yardımcı olacaktır¹⁵².

Antlaşmadaki tüm ifadelerin otonom olarak yorumlanamayacakları söylenmelidir; çünkü CISG'ı hazırlayanların amaçladıkları yeknesaklığa ulaşma çabasına gölge düşürecek olmasına rağmen, bazı kavramların “iç hukuk” bağlamında yorumlanması şarttır. Mesela CISG'da kullanılan “devletler özel hukuku” ifadesinden, CISG'da yer alan kurallar devletler özel hukuku kuralları olmadığından, forum devletinin devletler özel hukukuna yapılan bir atıf olduğu sonucu çıkarılmalıdır¹⁵³. Bunun yanında antlaşmanın uluslararası niteliği, onun ortaya çıkışındaki ulusal etkileri bütünüyle göz ardı etmeyi gerektirmez; çünkü antlaşmanın hazırlık aşamasında ulusal hukuk kuralları, kavramları ve ilkeleri etkili olmuştur. Antlaşmada kullanılan kavramlar “toplama kavram” olup Antlaşmanın amacı ve katılan hukuk sistemlerinin ilgili kurallarının tüm içeriği dikkate alınarak yorumlanabilirler¹⁵⁴.

Bu anlatılanlardan CISG'in otonom yorumlanması yükümlülüğünün mutlak olmadığı sonucu çıkarılmalıdır. Bu durum, otonom yorumlanamayan kavramların nasıl tespit edileceği gibi bir sorunu ortaya çıkarmaktadır; ancak CISG, bu hususta yol gösterici olmadığı gibi, Antlaşmanın kendisinin farklı otonom yorumlara yol açtığı durumlarda hangi yorumun tercih edileceğine dair bir ipucu da içermemektedir, dolayısıyla elde edilecek sonucun yeknesaklığı da kuşkulu olmaktadır¹⁵⁵.

b. Antlaşmanın Yeknesak Uygulanmasının Korunması

CISG'in hükümleri yorumlanırken gözetilmesi gereken başka bir ilke antlaşmanın yeknesak uygulanmasının korunmasıdır. Her ne kadar uygulamada bütün hâkimlerin CISG hükümlerini aynı şekilde yorumlaması zor gözüксе de, mahkemeler mukayeseli hukuk kapsamında iyi gerekçelendirilmiş yabancı mahkeme kararlarının ve doktrinin ikna edici bir

¹⁵² ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 68.

¹⁵³ FERRARI, s. 46.

¹⁵⁴ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 69.

¹⁵⁵ FERRARI, s. 47.

otoritesinin (persuasive authority) olduğunu gözeterek bu kaynaklardan karşılaştırmalı yorum yoluyla yararlanmalıdır¹⁵⁶.

Yeknesak bir antlaşmanın kabul edilmesi yeknesak bir hukuki uygulamanın sağlanması için önemli bir adım olmakla birlikte, tek başına Antlaşmanın yeknesak uygulanmasına yetmeyecektir; bu sebeple Antlaşmanın otonom olarak yorumlanmasının yanında, Antlaşmanın yeknesak uygulanmasının korunması ilkesi de kabul edilmiştir¹⁵⁷. CISG'in nihai hedefi olan yeknesaklığın sağlanması amacına ulaşmak için diğer yargı mercilerinin uygulamalarının dikkate alınması gerekmektedir; ancak yabancı içtihatların kolaylıkla ulaşılabilir olmaması, içtihatlar ulaşılabilir olsa da bu içtihatları yorumlayacak olan açılarından¹⁵⁸ yabancı bir dilde kaleme alınmış olmaları gibi engeller mevcuttur, bu engelleri bertaraf etmek için hem resmi hem de resmi olmayan önlemler alınmıştır¹⁵⁹. Antlaşmanın yeknesak uygulanmasını temin için hem Birleşmiş Milletler'de UNCITRAL nezdinde hem de çeşitli üniversiteler nezdinde veri bankaları oluşturulmuştur ve bu sayede tüm dünyada CISG'a ilişkin verilen mahkeme kararları toplanmaya başlamıştır¹⁶⁰. Bu internet veri bankalarından en önemlileri olarak Pace Hukuk Fakültesi Uluslararası Ticaret Hukuku Enstitüsü Veri Bankası¹⁶¹, Roma'daki Yabancı ve Karşılaştırmalı Hukuk Çalışmaları Merkezince, CISG'a ilişkin uluslararası bir kaynakçanın ve açıklamalı içtihat derlemesinin yayınlandığı¹⁶² UNILEX¹⁶³, Esas amacı Almanca konuşan dünyayı kapsamına alacak geniş bir bilgi bankası oluşturmak olan¹⁶⁴ CISG-ONLINE¹⁶⁵, UNCITRAL Viyana'nın Antlaşmaya ilişkin içtihat özetlerini yayınladığı CLOUT (Case Law on UNCITRAL Texts)¹⁶⁶ sayılabilir, bunlar antlaşmanın uygulanmasına dair mahkeme ve hakem kararlarının yer aldığı başvurulabilecek önemli kaynaklardır.

¹⁵⁶ DAYIOĞLU, s. 10; HUBER/MULLIS, s. 8; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHLECHTRIEM), s. 99, N. 14.

¹⁵⁷ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 70.

¹⁵⁸ Antlaşmayı yorumlayacak olanlar sadece hâkimler değil, aynı zamanda sözleşmenin taraflarıdır. (ENDERLEIN, Fritz/MASKOW, Dietrich, International Sales Law, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>), Article 7, N.3.

¹⁵⁹ FERRARI, s. 49.

¹⁶⁰ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 94.

¹⁶¹ www.cisg.law.pace.edu.

¹⁶² FERRARI, s. 50.

¹⁶³ <http://www.unilex.info>.

¹⁶⁴ MISTELIS, s. 11.

¹⁶⁵ <http://www.cisg-online.ch>.

¹⁶⁶ http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html.

CISG'nin bir maddesinin uygulanması hususunda yerleşik bir uluslararası içtihadın geliştiğinin kabul edilmediği tüm durumlarda, mahkeme, benzer olaydaki kararın yanlış olduğuna karar vererek kararının gerekçeli olması koşuluyla farklı bir sonuca varabilir, uluslar arası alanda uyumlu bir içtihadın gelişmesinin ancak gerekçelerin ortaya konulması ile sağlanacağı göz ardı edilmemelidir. CISG alanındaki yabancı mahkeme kararlarının göz önüne alınmaması CISG m. 7/f. 1'e aykırılık oluşturacağı için ilgili mahkeme kararı bakımından temyiz sebebi sayılacaktır¹⁶⁷.

c. Uluslararası Ticarete Dürüstlük Kuralının Korunması

CISG m. 7/f. 1 uyarınca antlaşmanın yorumunda, milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir. Dürüstlük kuralının korunması ilkesi, iki farklı görüş arasında uzlaşma sağlanması için kabul edilmiştir: Bazı delegelerce sözleşmenin kuruluşunda tarafların dürüst muamele ilkelerine ve dürüstlük kuralına uygun davranmak zorunda oldukları genel bir kural olarak savunulmaktadır. Diğerleri dürüst muamele ve dürüstlük kuralının kesin bir anlamı olmaması ve belirsizliğe yol açacağı düşüncesiyle ilk görüşe karşı çıkmaktadır¹⁶⁸. Dürüstlük kuralı CISG m. 7 çerçevesinde anlamı ve kapsamı belirsiz olarak kaleme alınmıştır, dolayısıyla yukarıda bahsedilen yorum ilkeleri çerçevesinde, dürüstlük kuralına da CISG'a uygun otonom bir anlam verilmesi gerekmektedir¹⁶⁹. Dürüstlük kuralı prensibinin konvansiyonu yorumlarken kullanılacak ilkelerden biri olarak sınırlı bir rolü vardır, bundan dolayı dürüstlük kuralı prensibi CISG hükümlerinden öncelikli olan bir üst kural olarak görülemez¹⁷⁰.

Dürüstlük kuralına sadece CISG'nin yorumunda mı başvurulması gerektiği, yoksa tarafların davranışları söz konusu olduğunda da dürüstlük kuralına başvurulup başvurulamayacağı tartışma konusudur¹⁷¹. Bir kısım yazarlar, konvansiyonun dürüstlük kuralının genel bir ilke olduğunu reddettiğini ve dürüstlük kuralını sadece sözleşme hükümlerini yorumlamak için kullandığını belirtmektedir¹⁷². Diğer bir kısım yazarlar ise

¹⁶⁷ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 95.

¹⁶⁸ **HONNOLD**, s. 146, N. 94.

¹⁶⁹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 96.

¹⁷⁰ **HUBER/MULLIS**, s. 8.

¹⁷¹ **FERRARI**, s. 62.

¹⁷² **HONNOLD**, s. 147, N. 94.

dürüstlük kuralının CISG’ın genel bir ilkesi olduğunu ifade etmektedir¹⁷³. Kanaatimizce dürüstlük kuralının antlaşmanın yorumlanmasında dikkate alınmasının yanında, sözleşmenin taraflarının iradelerinin, hak ve yükümlülüklerinin yorumlanmasında da uygulama alanı bulacağını kabul etmek gerekmektedir.

CISG m. 7/f. 1’in, uluslararası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereğinin gözetilmesinden bahsetmesi bu kavrama uluslar-üstü bir anlam verilmesi gereğini ortaya koymaktadır, dolayısıyla hâkimlerin kendi ulusal içtihatlarıyla bağlı olmadan bu kavramı, sınır aşan sözleşmelerin özellikleri bağlamında somutlaştırmaya çalışmaları gerekmektedir¹⁷⁴.

II. Yorum Metotları

CISG m. 7/f. 1’de yorum ilkelerine yer verilmiş olmasına rağmen, CISG yorum metotları bakımından herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Uluslararası yeknesak uygulama alanı bulan yorum metotları hali hazırda mevcut olmamakla birlikte, CISG’ın yorumunda kullanılan bazı yorum metotları ön plana çıkmış ve farklı hukuk sistemine taraf olan devletlerde uygulama alanı bulmuştur. Bu yorum yöntemleri aynı zamanda ulusal hukukta da uygulanmaktadır¹⁷⁵. Civil law sisteminde yasaların yorumu için geliştirilmiş olan yorum yöntemlerinin common law ülkelerini de bünyesinde toplayan CISG bakımından uygunluğuna şüpheli yaklaşılabilirse de bugünün mukayeseli hukuk verileri civil law ülkeleri arasında bu metotlar konusunda bir uzlaşma olduğunu ve common law ülkelerinde de bu yorum ilkelerinin uygulandığını ortaya koymaktadır¹⁷⁶. Lâfzî yorum, sistematik yorum, tarihsel yorum, amaçsal yorum ve karşılaştırmalı yorum metotlarıyla CISG hükümlerinin yorumlanmaya çalışıldığı görülmektedir¹⁷⁷.

D. Boşlukların Doldurulması

Tarafların uygulanacak hukuku belirlememeleri veya uygulanacak hukuk üzerinde anlaşmaya varamamaları durumunda, yeknesak bir hukuki yapının oluşturulması CISG’in

¹⁷³ **DORE**, Isaak I./**DEFRANCO**, James E., A Comparison of the Non-Substantive Provisions of the UNCITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dore.html>).

¹⁷⁴ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 97.

¹⁷⁵ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 73.

¹⁷⁶ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 97.

¹⁷⁷ CISG bakımından bu yorum yöntemlerinin uygulanmasıyla ilgili ayrıntılı inceleme için bakınız **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 97 vd; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 73 vd.

kabul edilme sebeplerinden biri olmasına rağmen, CISG ayrıntılı kurallar getirmez, yani satış sözleşmesinden kaynaklanabilecek tüm meselelere bir çözüm üretmez¹⁷⁸. Viyana Satım Antlaşmasının 4. maddesi uyarınca, Viyana Satım Antlaşması sadece satış sözleşmesinin kurulmasına [şekil, öneri (icap) ve kabul alanında] ve böyle bir sözleşmenin taraflar arasında doğurduğu hak ve borçlara uygulanır. Bunların dışında kalan, sözleşmenin tümünden veya bazı koşulları itibariyle geçerliliğine ve ticari örf ve âdetin geçerliliğine (m. 4/a) sözleşme tarafından yer verilmemiştir. Özellikle sözleşmenin kurulması anında ayırtım gücünün yokluğu, irade sakatlığı, ahlaka ve kanuna aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlüğün ya da iptal edilebilirliğin söz konusu olduğu, sözleşme koşullarının ilgili devletin genel işlem koşulları hakkındaki düzenlemesiyle çatıştığı haller için Viyana Satım Antlaşması uygulanabilecek bir norm içermez¹⁷⁹. Bununla birlikte sözleşmenin satılan malın mülkiyeti üzerindeki olası etkilerine (m. 4/b), satıcının malın neden olduğu cismani zararlardan veya ölümden doğan sorumluluğuna (m. 5) ilişkin konulara uygulanmaz. Bu sınırlı uygulama alanı, CISG’in eksikliğinden kaynaklanan meselelerin çözümlenmesi ihtiyacını doğurmaktadır¹⁸⁰. CISG’da bu ihtiyaca cevap vermek üzere 7. maddenin II. fıkrasında şu şekilde bir düzenleme getirilmiştir: *“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.”* Ancak bu düzenleme dâhili boşluk (lacuna praeter legem¹⁸¹) adı verilen ve CISG’in uygulama alanı içine girmelerine karşın haklarında açık bir hüküm veya düzenleme bulunmayan konulara ilişkin boşluklar içindir¹⁸². Bu durumda dâhili boşlukların öncelikle CISG’in temelinde bulunan genel prensiplere başvurulması, eğer böyle bir genel prensip tespit edilmezse kanunlar ihtilafı kurallarınca yetkili olan ulusal hukuk sistemine başvurulması gerekmektedir. Dolayısıyla “dâhili boşluklar” bakımından ulusal hukuk sistemine başvurulması, ancak ikinci aşamada boşluğu tamamlamak üzere CISG bünyesinde bir genel ilkenin tespit edilememesi durumunda mümkündür¹⁸³. Tamamen antlaşmanın uygulama alanı dışında bırakılmış olan konulara ilişkin boşluklar ise harici

¹⁷⁸ **FERRARI**, s. 67-68.

¹⁷⁹ **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 555-556.

¹⁸⁰ **FERRARI**, s. 68.

¹⁸¹ **SICA**, Lucia Carvalhal, “Gap-filling in the CISG: May the UNIDROIT Principles Supplement the Gaps in the Convention?”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sica.html>).

¹⁸² **AYOĞLU**, s. 217; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 101; **FERRARI**, s. 69.

¹⁸³ **AYOĞLU**, s. 218.

boşluklardır (lacuna intra legem¹⁸⁴) ve harici boşluklar, Antlaşmayı hazırlayanların zaten düzenlemek istemedikleri, yeknesak hukuk yaratmayı planlamadıkları alanlara ilişkindir. Harici bir boşluk söz konusu ise ilgili soruna doğrudan devletler özel hukuku kurallarına göre tespit edilecek olan ulusal hukukun normu uygulanacaktır¹⁸⁵.

Aşağıda dâhili boşluklar ve harici boşluklar üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

I. Antlaşmada Düzenlenen Konularda Boşluk Doldurma (Dâhili Boşluklar)

CISG m. 7/f. 2 uyarınca, *“Bu antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.”*

Dâhili boşluklar (lacuna praeter legem), Antlaşmanın uygulama alanı içinde bulunan, fakat antlaşmada açıkça düzenlenmemiş konulara ilişkindir¹⁸⁶. Bu noktada hâkimi zor bir görev beklemektedir, şöyle ki hem yeknesak hukuk yaratılması düşünülmemiş olan alanlarda (harici boşluk) Antlaşmaya dayanarak çözüm üretmemesi, hem de uyumlaştırılmak istenen bir alanda ulusal hukuklara başvurmak suretiyle bu uyumlaştırmayı önlememesi gerekir¹⁸⁷.

Antlaşmayı hazırlayanlar dâhili boşlukları doldurmak için, Antlaşmanın genel ilkeleri ile gerektiği takdirde devletler özel hukuku kurallarına başvurulmasını birleştiren bir yöntemi seçmiştir, bu seçim Antlaşmayı hazırlayanların iç hukuktan mutlak bağımsızlığın mümkün olmadığını bilincinde olduklarını ortaya koymaktadır¹⁸⁸. Bu halde antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelerin belirlenmesi gerekir. CISG’in dayandığı genel ilkelerin ilki ve belki de en önemlisi CISG m. 6’da ifadesini bulan irade serbestisidir, çünkü CISG’in emredici olmayan niteliğini ve böylelikle ikincil fonksiyonunu bu ilke sağlamaktadır¹⁸⁹. Dürüstlük kuralı (CISG m. 7), şekil serbestisi (CISG m. 11), hakkın kötüye kullanılması yasağı, tam

¹⁸⁴ SICA, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sica.html>).

¹⁸⁵ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 101-102.

¹⁸⁶ FERRARI, s. 69; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 109; AYOĞLU, s. 217.

¹⁸⁷ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 109.

¹⁸⁸ FERRARI, s. 69; FERRARI, Franco, “Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari11.html>), N. 4.1.

¹⁸⁹ FERRARI, s. 72.

tazmin ilkesi (CISG m. 74), gönderme ile hüküm doğması ilkesi¹⁹⁰, zararın artmasını engelleme külfeti (CISG m. 77/85/86)¹⁹¹, teamüllerle bağlılık (Taraflar CISG m. 9 uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği ya da bilmesi gereken ve uluslararası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenlerce yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak kullanılan teamüllerle bağlıdır), CISG çerçevesinde doğmuş alacakların takas edilebilirliği¹⁹², gecikme faizi hakkı (CISG m. 78), sözleşmenin ayakta tutulması ilkesi (favor contractus), güven ilkesi (m. 16/II, m. 29/II), mantıklı ve makul olanın ölçü alınması¹⁹³ ilkesi CISG'in temelinde yatan ilkelere örnek olarak gösterilebilir.

Eğer antlaşmanın temelinde yatan ilkelere ortaya çıkan boşluğun doldurulması mümkün değilse, ikincil nitelikte ve son çare (ultima ratio) olarak başvurulacak olan milletlerarası özel hukuk kurallarıdır. Hâkim bu durumda kendi forum devletinin milletlerarası özel hukuk kurallarına göre satış sözleşmelerine uygulanacak ulusal hukukta boşluğu dolduracak kuralları aramalıdır¹⁹⁴. Yani yalnızca genel ilkelerin mevcut olmadığı veya bu ilkeler uyarınca bir çözüme varılamadığı durumda uygulanması gereken milli hukuka başvurulabilir, hatta bu durumda devletler özel hukuku kurallarına başvurulması zorunludur¹⁹⁵.

Dâhili boşlukların (lacuna praeter legem) tamamlanmasında, UNIDROIT ilkeleri'nden, CISG'in üzerine kurulu bulunduğu temel ilkelerin tespitinde yararlanılıp yararlanılmayacağı doktrinde tartışma konusudur¹⁹⁶. BONELL'e göre öğretilerde görüş birliği yoktur. Bir yanda UNIDROIT ilkeleri'nin CISG'ı yorumlamak ya da tamamlamak için kullanılabilir olduğunu kabul etmeyenler bulunmaktadır. Kabul etmeyenlerin çok biçimci ve ikna edici olmayan savına göre, UNIDROIT ilkeleri CISG'den daha sonra yürürlüğe

¹⁹⁰ Bu ilkeye göre, bildirim, talep ya da diğer bir açıklama, uygun bir araç ile bildirimde bulunan tarafın hâkimiyet alanından çıkmakla hüküm doğurur. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bakınız **FERRARI**, s. 76.

¹⁹¹ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bakınız **HONNOLD**, s. 155, N. 101.

¹⁹² Takas kurumu CISG içinde düzenlenmemiştir, dolayısıyla Ferrari, takas meselesinin uygulanacak iç hukuka göre çözümlenmesi gerektiğini söylemektedir. (**FERRARI**, s. 78).

¹⁹³ Bonell herhangi bir özel düzenlemenin yokluğunda "makul" olma kriterinin tarafların davranışlarını değerlendirmek için genel bir ilke teşkil ettiğini belirtmektedir. Makul kişiye (CISG m. 8(2) ve (3); 25; 35(1)(b); 60; 72(2); 75; 77; 79(1); 85; 86; 88(2)), makul bir süreye (CISG m. 18(2); 33(3), 39(1); 43(1); 47; 49; 63; 64; 65; 73(2)) makul ve makul olmayan masraf veya zahmete değinilen hükümler (CISG m. 34; 37; 48; 87; 88(2) ve (3)) makul olma kriterinin genel bir ilke olduğunu ortaya koyan hükümlerdir. [**BONELL**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb7.html>), N. 2.3.2.2].

¹⁹⁴ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 78.

¹⁹⁵ **FERRARI**, s. 81.

¹⁹⁶ **AYOĞLU**, s. 218.

girmiştir¹⁹⁷. Diğer taraftan UNIDROIT ilkelerinin kullanımını sırf bu ilkeler uluslararası ticari sözleşmelerin genel ilkeleri olduğu için hararetle haklı çıkarmaya çalışanlar da vardır. BONELL, doğru bir çözümün bu iki uç nokta arasında yatmakta olduğunu görüldüğünü ifade etmektedir. Diğer bir deyişle, yazara göre UNIDROIT prensiplerinin CISG gibi önceden var olan uluslararası bir belgenin yorumlanması ve tamamlanması için kullanılmasında biraz şüphe olabilir, dolayısıyla ilkelerin dâhili boşlukların tamamlanmasında kullanılabilmesi için ilgili UNIDROIT kuralı CISG’ın temelinde yatan genel ilkelerden birinin ifadesi olmalıdır¹⁹⁸. Bu noktada ATAMER de BONELL’in uzlaştırıcı çözümüne katılmakta fayda gördüğünü belirtmektedir. Yazar, CISG’da genel olarak ifade edilen bir husus, UNIDROIT ilkelerinde ayrıntılı olarak ele alınmışsa bu normların CISG açısından da yol gösterici olmasının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁹⁹. Mesela sözleşmenin esaslı ihlali kavramı CISG m. 25’de sadece genel hatlarıyla tanımlanmışken, esaslı ihlal UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.1’de²⁰⁰ örnekler verilerek ve daha ayrıntılı olarak kaleme alınmıştır, şu halde hâkimlerin esaslı ihlalin ne olduğuna dair kuşkularının olması durumunda kavramı somutlaştırmak adına UNIDROIT ilkelerine başvurması mümkün olabilecektir²⁰¹.

PICHONNAZ ise, UNIDROIT ilkelerinin politik bakımdan tarafsız ve saygın bir konumda bulduklarını, buna ek olarak ilkeler ile CISG hükümlerinin büyük ölçüde örtüşüklerini ve boşluk olması durumunda ulusal hukuklara başvurmak yerine uluslararası nitelikte bir metne başvurmanın yeknesak hukuk yaratma amacına daha uygun düşeceğini belirterek ilkeleri, CISG’ın boşluklarını doldurmak için güvenilir bir kaynak olarak

¹⁹⁷ **BONELL**, Michael Joachim, “The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, (<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2-bonell-e.pdf>).

¹⁹⁸ **BONELL**, (<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2-bonell-e.pdf>).

¹⁹⁹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 122.

²⁰⁰ **MADDE 7.3.1 (Fesih Hakkı):** (1) Bir taraf, diğer tarafın sözleşmeyi ihlalinin esaslı olması durumunda sözleşmeyi feshedebilir.

(2) Esaslı bir ihlal olduğunun tespiti için aşağıdaki hal ve şartlar özellikle dikkate alınır:

a) Borçlunun öngörmediği veya makul olarak bu sonucu öngöremediği durum hariç, ihlal alacaklıyı sözleşmeden beklediği menfaatten esaslı noktalarda mahrum bırakırsa,

b) Borcun kesin ifası sözleşmenin özünü oluşturursa,

c) İhlal kasıtlı veya dikkatsizce oluşursa,

d) İhlal alacaklıya ileride sözleşmenin ifasına güvenemeyeceği inancını verirse,

e) Borçlu, fesih halinde sözleşmenin hazırlanması veya ifasından dolayı aşırı bir kayba uğramayacaksa.

(3) İfanın gecikmesi halinde, borçlu 7.1.5’te öngörülen ilave sürede ifayı yerine getirmese alacaklı da sözleşmeyi feshedebilir. (**DAYINLARLI**, Kemal, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler”, Ankara 2005, s. 122; **SÜRAL**, s. 130-131, her iki yazar da ademi ifanın esaslı olmasından bahsetmiştir; ancak ademi ifa “hiç ifa etmeme” anlamına geldiğinden “hiç ifa etmemenin” esaslı olmasından söz edilemez. Dolayısıyla biz sözleşmenin ihlalinin esaslı olması ifadesini kullanmayı uygun buluyoruz).

²⁰¹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 122.

gördüğünü ortaya koymaktadır²⁰². KRUISINGA da UNIDROIT ilkeleri'nin CISG'in tamamlayıcısı olarak kabul edilmesi gerektiğini ve iç hukuka başvurmadan ilkelere başvurmakta yarar bulunduğunu savunmaktadır²⁰³.

SICA, UNIDROIT ilkelerinin CISG'in dâhili boşluklarını tamamlamak için değil ancak yorumlamak için kullanılabileceklerini savunmaktadır. Yazara göre, CISG'taki genel ilkelerden bazıları ile UNIDROIT ilkelerindeki bazı ilkeler ortaktır. Diğerleri ise çelişen yönleri de olan farklı ilkelere. Bu anlamda, UNIDROIT ilkelerinin CISG ile çelişen prensipleri "Sözleşmenin dayandığı ilkeler" olmadığı gerçeği nedeniyle, CISG'in uygulama alanındaki bir sözleşme için uygulanmamalıdır. Ortak ilkeler "Sözleşmenin temel aldığı ilke" oldukları için CISG'in uygulama alanındaki sözleşmeler için geçerlidir. Bununla birlikte, ortak ilkelerin her iki belgede aynı kelimelerle tarif edilmediği bir gerçektir. CISG hükümlerinin yorumlanması gerektiği durumda daha ayrıntılı olan UNIDROIT ilkeleri'ne başvurulması söz konusu olabilir²⁰⁴.

Kanaatimizce CISG m. 7/f. 2 hükmü, antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup antlaşmada açıkça cevaplanmamış soruların Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere göre çözümleneceğini belirttiği için artık UNIDROIT ilkelerine başvurulması olanağı yoktur; ancak CISG kurallarının uygulanması ile varılan sonucu desteklemek ve CISG'in temelinde yatan ilkelerin gerçek anlamını tespit etmek için UNIDROIT ilkelerine başvurulabilecektir²⁰⁵.

II. Antlaşmada Düzenlenmeyen Konularda Boşluk Doldurma (Harici Boşluklar)

Antlaşmada düzenlenmeyen ve antlaşmanın kapsamına girmeyen bir sorunun cevaplandırılmasının gerektiği durumda karşımıza harici boşluk (lacuna intra legem) çıkmaktadır²⁰⁶. Konvansiyonun hazırlayıcıları, harici boşluk oluşturan konularda düzenleme yapmak istememişlerdir ve yeknesak hukuk yaratmayı planlamamışlardır²⁰⁷. CISG tarafından düzenlenmeyen hususların, öncelikle genel ilkelerin varlığı araştırılmadan doğrudan

²⁰² PICHONNAZ, Pascal, Impossibilité et Exorbitance, Etude Analytique des Obstacles a l'Exécution des Obligations en Droit Suisse (art. 119 CO et 79 CVIM), Fribourg 1997, no. 1463 vd. (Aktaran AYOĞLU, s. 219).

²⁰³ KRUISINGA, s. 21.

²⁰⁴ SICA, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sica.html>).

²⁰⁵ Aynı yönde FERRARI, s. 80.

²⁰⁶ AYOĞLU, s. 217; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 76; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 102; SICA, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sica.html>).

²⁰⁷ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 101.

uygulanacak milli hukuka göre çözümlenmesi gerekir²⁰⁸. Antlaşmanın bu konularda sorunun çözümünü ulusal hukuklara bırakmasının nedeni, genelde ilgili konuların kamu düzenini ilgilendiriyor olmasıdır ya da hukuk tarihinden kaynaklanan kökleşmiş farklılıkların aşılarak bir uyumlaştırmaya gidilmesinin zorluğudur²⁰⁹. Sözleşmenin tümünden veya bazı koşulları itibariyle geçerliliğine²¹⁰ ve ticari örf ve âdetin geçerliliğine (m. 4/a) sözleşme tarafından yer verilmemiştir. Özellikle sözleşmenin kurulması anında ayırtım gücünün yokluğu, irade sakatlığı, ahlaka ve kanuna aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük ya da iptal edilebilirliğin söz konusu olduğu, sözleşme koşullarının ilgili devletin genel işlem koşulları hakkındaki düzenlemesiyle çatıştığı haller için Viyana Satım Antlaşması uygulanabilecek bir norm içermez²¹¹. Bununla birlikte sözleşmenin satılan malın mülkiyeti üzerindeki olası etkilerine (m. 4/b)²¹², satıcının malın neden olduğu cismani zararlardan veya ölümden doğan sorumluluğuna (m. 5)²¹³ ilişkin konulara da uygulanmaz. Antlaşmada açıkça anılan bu haller

²⁰⁸ **FERRARI**, s. 81.

²⁰⁹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 102.

²¹⁰ Sözleşmenin geçerliliğine ilişkin ayırım, biçimsel geçerlilik ve maddi geçerlilik olmak üzere ikiye ayrılarak yapılmaktadır. Viyana Satım Antlaşması m. 11, m. 12 ve m. 29 şekle ilişkin kurallar içermektedir. [**ENDERLEIN/MASKOW**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>), Article 4, N.5.1.]. Viyana Satım Sözleşmesi m. 11 ile şekil serbestisi ilkesini benimsemiştir; bu nedenle sözleşmenin şekli geçerliliğine ilişkin olarak Viyana Satım Sözleşmesi yerine herhangi bir ülkenin iç hukuk kuralları uygulanamaz. Viyana Satım Sözleşmesinin m. 4(a) bendinde geçen geçerlilik kavramı ise maddi geçerliliği ifade etmektedir. Tarafların ehliyetleri, yetkisiz temsil, yanılma (sözleşmenin niteliğinde yanılma dışında), aldatma, korkutma nedeniyle oluşan irade sakatlıkları, aşırı yararlanma, ahlaka ya da kanuna aykırılık sebebiyle kesin hükümsüzlük veya iptal edilebilirliğin meydana gelmesi, kamu düzenine aykırı haller gibi yukarıda da belirttiğimiz durumlar taraflar arasındaki satış sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin başlıca hususlardır. (**TOKER**, s. 112-113).

²¹¹ **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 555-556.

²¹² Mülkiyetin geçişine ilişkin meselelerin Antlaşmanın uygulama alanı dışında bırakılmasında, Antlaşmanın hazırlık aşamalarında mülkiyetin geçişinin sözleşmenin kurulmasından sonra ve bağımsız olarak gerçekleştiği Alman Hukuku ile mülkiyetin sözleşmenin kurulması anında geçtiği Fransız ve İngiliz Hukukları arasındaki farkların aşılmasının etken olduğu belirtilmektedir. (**KAYA**, s. 27) .

²¹³ Birçok ülkenin bu konuya ilişkin özel düzenlemelerinin bulunması ve tazminat talebinin temelinde haksız fiilin mi yoksa sözleşme hukukunun mu yattığı konusunda farklı sistemlerin varlığı bu alanın antlaşmanın kapsamı dışında bırakılmasında etkili olmuştur. Bu husus Fransa, Finlandiya ve ABD'nin teklifiyle CISG'nin uygulama alanı dışında bırakılmıştır. (**ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 106; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 60-61; **TOKER**, s. 116; **ERAUW**, Johan/**FLECHTNER**, Harry M., "Remedies Under the CISG and Limits to their Uniform Character", The International Sale Of Goods Revisited, Edited by Petar Sarcevic and Paul Volken, Kluwer Law International 2001, s. 65). Maddenin CISG'nin düzenleme alanı dışında bıraktığı husus satış konusu mal yüzünden alıcının ya da üçüncü bir kişinin ölmesi veya yaralanması durumudur, buna karşılık doktrindeki hâkim fikre göre kusurlu malın sebep olduğu malvarlığına ilişkin zararlar hakkında Viyana Satım Antlaşması uygulama alanı bulacaktır. (**TOKER**, s. 118; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 107; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 61; **DEMİRELLİ**, Korhan, "11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satışı Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması İmalatçının Akdi Sorumluluğunda Uygulama Alanı Bulabilir mi?", İzmir Barosu Dergisi 1991, Sayı 4, s. 62-Yazara göre, malvarlığındaki zararları maddi ayıba karşı tekeffül hükümlerinden ayrı düşünmek zordur ve bu konular da Antlaşma'da düzenlenmişlerdir. **ENDERLEIN/MASKOW**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>), Article 5, N. 1.2.; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER** (**SCHLECHTRIEM**), s. 78, N. 8, madde 5'in maddi hasar taleplerini etkilemeyeceğini belirtmişlerdir). **BELL**,

dışında da bazı konuların CISG’ın uygulama alanına girmediği konusunda şüphe yoktur; çünkü CISG m. 4 “özellikle” düzenlenmeyen konuları anmak yoluyla sınırlı bir sayımı amaçlamadığını ortaya koymaktadır²¹⁴. Bu itibarla her ne kadar CISG’da düzenlenmediği açıkça ifade edilmiş olmasa da temsil, alacağın devri, borcun üstlenilmesi, zamanaşımı, alacaklılar ve borçlular arasında teselsül, sözleşmenin üçüncü kişiler açısından doğurabileceği sonuçlar²¹⁵ gibi sözleşmenin kurulması ve borcun ifasıyla ilgili olarak ortaya çıkabilecek bir dizi başka soruna da CISG içinde cevap bulmak mümkün olmayacaktır²¹⁶.

III. Boşluk Türü Tartışmalı Olan Konular

Baştaki imkânsızlık ve iptal kabiliyeti CISG bakımından ne tür boşluk oluşturduğu tartışmalı konulardır. CISG açıkça sözleşmelerin hükümsüzlüğü sorununu düzenleme alanı dışında bırakmışsa da (harici boşluk), CISG’ın geçerli saydığı satış sözleşmelerini, ulusal hukuklardaki aksine düzenlemeler sebebiyle hükümsüzlük yaptırımına tabi tutmak mümkün değildir²¹⁷. CISG m. 4’te, Antlaşma’nın sadece satış sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenleyeceği belirtilmiş; ancak sözleşmenin veya sözleşme hükümlerinin ya da teamüllerin geçerliliği ve sözleşmenin, satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkilerini düzenlemediği ifade edilmiştir. Bu halde sonraki imkânsızlığın sözleşmeye aykırılık hallerinden biri olması sebebiyle, alıcının imkânsızlık sebebiyle sahip olacağı hakların Viyana Satım Antlaşması kapsamında kalacağı söylenebilecektir; ancak baştaki imkânsızlık bakımından doğrudan bir sonuca varmak mümkün olmayacaktır²¹⁸. Türk/İsviçre Borçlar Kanunu’nda hala geçerli olan “impossibilium nulla est obligatio” ilkesi gereğince baştaki imkânsızlık sözleşmenin geçerli olarak doğmasına

malvarlığı zararı ve bir kimsenin yaralanmasının veya ölümünün aynı olayda ortaya çıkması durumunda malvarlığı zararının konvansiyonun hükümlerine göre çözüleceğini; buna karşılık cismani zararlar ya da ölümle ilgili taleplerin iç hukuka başvurmak suretiyle çözüleceğini ifade etmiştir. (BELL, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bell.html>).

²¹⁴ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 102-103; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 59.

²¹⁵ Üçüncü kişinin haklarının Sözleşmenin kapsamı dışında bırakıldığı açıkça düzenlenmemiştir; ancak üçüncü kişinin hakları hakkında Viyana Satım Sözleşmesi uygulanamaz, bu sonuca m. 4’ün birinci cümlesinden dolayı olarak varılmaktadır. Sözleşme bir bütün olarak incelendiğinde sözleşmenin sadece alıcı ile satıcı arasındaki hak ve borçları düzenlediği açıktır. (TOKER, s. 110).

²¹⁶ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 108; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 77.

²¹⁷ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 110.

²¹⁸ GÜNDOĞDU, Fatih, “Birleşmiş Milletler Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Viyana Konvansiyonuna Göre İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, Yıl 10, Cilt 10, Sayı 2, s. 338.

engel olmaktadır, yeni Alman ifa engelleri hukukunda imkânsızlıkla ilgili olarak getirilen yeni hükümler çerçevesinde baştan (konuda) imkânsızlık artık kesin hükümsüzlüğe yol açmamaktadır. Daha doğru bir ifadeyle imkânsızlıkta, artık objektif-sübjektif imkânsızlık ayrımı yapılmadığı gibi, baştan- sonradan imkânsızlık ayrımı da kalkmıştır ve baştaki imkânsızlık sözleşmenin geçerli olarak meydana gelmesine engel olmamaktadır²¹⁹. CISG m. 68 c. 3 gereğince Viyana Satım Antlaşması bakımından da aynı sonuca varmak mümkün olacaktır. Baştaki imkânsızlık bakımından özel bir hasarın geçişi düzenlemesi öngören CISG m. 68 c. 3'e göre, "...Satım sözleşmesinin akdi anında malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır." O halde Viyana Satım Antlaşmasına göre baştaki imkânsızlığın sözleşmenin geçerliliğini etkileyen bir unsur olarak değil, bir ifa engeli olarak kabul edildiği ve alıcının bu sebeple zarara uğraması durumunda bunu Antlaşmanın hükümlerine göre talep edebileceği söylenebilecektir²²⁰.

İkinci tartışılmalı husus olan irade sakatlığı halleri bakımından ise bir ayırım yapılması gerekecektir. Antlaşmada düzenlenmediği açık olan aldatma (hile), korkutma (tehdit) ve aşırı yararlanma (gabin) açısından ulusal hukuk düzenlerine başvurmak mümkün olacaktır; ancak yanılma (hata) açısından olaya yaklaşırken ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Şöyle ki, eğer nitelik hatası (vasıfta hata) varsa CISG m. 4 c. 1 uyarınca açıkça Antlaşmanın düzenleme konusu içine giren sözleşmeye aykırı ifa sorunu vardır ve Antlaşma hükümleri tek başına uygulanacaktır; buna karşılık diğer yanılma (hata) halleri bakımından ulusal hukuk düzenlerinin kuralları devreye girecektir²²¹.

²¹⁹ **SEROZAN**, Rona, "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)", İÜHFİM 2000, Cilt 58, Sayı 1-2, s. 241. İfa engelleri alanını yenileyip iyileştirmede mal alım satımına ilişkin uluslararası anlaşma (CISG), Avrupa Birliği'nin Principles of European Contract Law'u ve UNIDROIT'in Principles of International Commercial Contracts'ı örnek almıştır. (**SEROZAN**, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, s. 233); **GÜNDOĞDU**, İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları, s. 338; Reform Kanunu öncesinde Alman Medeni Kanunu'nda da Türk-İsviçre Borçlar Kanunu sistemine benzer şekilde başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrı maddelerde yer almaktaydı ve başlangıçtaki imkânsızlık eski § 306 BGB'de düzenlenmişti. Buna göre imkânsız bir edime dayanarak kurulan bir sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olmaktadır. (**TOPUZ**, Seçkin/**CANBOLAT**, Ferhat, "Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi", AÜHFİM 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 688; **ALTUNKAYA**, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005, s. 61).

²²⁰ **GÜNDOĞDU**, İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları, s. 338.

²²¹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 113.

§ 4. VİYANA SATIM ANTLAŞMASININ UYGULAMA ALANI

Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı "Uygulama Alanı ve Genel Hükümler" başlığı altındaki birinci kısmının birinci bölümünde 1'inci ila 6'ncı maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı dört başlık altında incelenecektir: ilk olarak Viyana Satım Antlaşması'nın yer bakımından uygulama alanına ilişkin açıklamalara yer verilecektir. CISG m. 1'de antlaşmanın yer bakımından uygulama alanı düzenlenmektedir. Yer bakımından uygulanmanın koşulları incelenirken 1'inci maddeyi CISG 92 vd. maddelerinde yer alan taraf ülkelerin getirebilecekleri çekincelerle birlikte okuma zorunluluğu vardır. Ayrıca Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanmasında dikkate alınmayan hususlar da yer bakımından uygulanma alanı başlığı altında incelenecektir.

İkinci olarak Viyana Satım Antlaşması'nın konu bakımından uygulama alanına değinilecektir. Viyana Satım Antlaşması'nın konu bakımından uygulama alanı "mal satışına ilişkin sözleşmeler" olarak antlaşmanın 1'inci maddesinde ifade edilmiştir. Buna karşılık mal satışına ilişkin olmakla beraber birtakım sözleşme türleri CISG m. 2 ile kapsam dışında bırakılmıştır. Viyana Satım Antlaşması'nın 3'üncü maddesinde ise satış sözleşmesiyle benzerlik gösteren sözleşmeler kaleme alınmıştır.

Üçüncü olarak Viyana Satım Antlaşması'nın zaman bakımından uygulama alanı incelenecektir. Zaman bakımından uygulama alanı antlaşmanın IV'üncü kısmında 99-101. maddeler arasında düzenlenmiştir. CISG m. 99 Antlaşmanın yürürlüğe gireceği tarihe, m. 100 taraflar arasındaki sözleşmenin kuruluşu ve borcun ifası hakkında Antlaşmanın uygulama alanı bulması için gerçekleşmesi gereken zaman koşuluna, m. 101 ise Antlaşmadan çekilme usulüne yer vermiştir.

Dördüncü ve son olarak Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanması bakımından taraf iradelerinin rolü açıklanacaktır. CISG irade özerkliği ilkesine öncelik tanınması dolayısıyla taraflara uygulanacak hukuku belirleme özgürlüğü tanımaktadır²²²; bu sebeple Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı bakımından taraf iradeleri önem taşımaktadır.

²²² ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 35.

A. Viyana Satım Antlaşması'nın Yer Bakımından Uygulama Alanı

Viyana Satım Antlaşması m. 1'de antlaşmanın yer bakımından uygulama alanını düzenlemiştir. Burada yer bakımından uygulanma temel bir koşula bağlanmıştır. Bu koşula göre antlaşma, işyerleri farklı devletlerde olan taraflar arasında uygulanır. Ancak antlaşmanın yer bakımından uygulama alanı bulması sadece bu şarta bağlı değildir. Bununla beraber alıcı ve satıcının iş yerlerinin bulunduğu devletlerden her biri antlaşmaya taraf devlet olmalı veya milletlerarası özel hukuk kuralları, antlaşmanın tarafı olan bir devletin hukukunun uygulanmasını göstermelidir. CISG iki farklı tipte uygulanırlık öngörmektedir. İlki CISG m. 1/f. 1 (a) bendi uyarınca gerçekleşen doğrudan uygulanırlık, ikincisi CISG m. 1/f. 1 (b) bendi uyarınca gerçekleşen dolaylı uygulanırlıktır. CISG'in doğrudan uygulama alanı bulabilmesi için alıcı ve satıcının işyerlerinin farklı taraf devletlerde bulunması, söz konusu sözleşmenin uluslararası satış sözleşmesi niteliğinde olması ve tarafların CISG'in uygulanmayacağı yönünde anlaşmamış olmaları şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir²²³. Satış sözleşmesinin taraflarından birisinin veya her ikisinin de işyerinin antlaşmanın tarafı olan ülkelerden birinde bulunmaması durumunda antlaşma hükümleri, forum ülkesinin devletler özel hukuku normlarının, CISG'a taraf devletlerden birinin hukukunun uygulanmasını göstermesi nedeniyle dolaylı olarak uygulanmaktadır. CISG m. 1/f. 1 (b) bendinin Antlaşmada yer almasına karşı çıkılmış ve bu noktada CISG m. 95 hükmü ile devletlere çekince koyma imkânı tanınmıştır²²⁴.

Viyana Satım Antlaşması'nın 1'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunduğu sözleşmeden, sözleşmenin yapılması anında ya da sözleşmeden önce gerçekleşmiş olan görüşmelerden veya verilmiş olan bilgilerden anlaşılamiyorsa tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunması şartı gerçekleşmiş sayılmayacağından antlaşma uygulama alanı bulmaz. Antlaşmanın uygulanması açısından uluslararası satış sözleşmeleri esas alınmıştır ve uluslararası satış sözleşmesi için sözleşmenin kurulduğu anda tarafların işyerlerinin farklı devletlerde olması yeterlidir. Tarafların iş yerleri aynı devlette ise satış sözleşmesi, tarafların tabiiyeti, sözleşmenin ifa yeri, sözleşmenin kurulduğu yer gibi birçok yabancı unsur içerse bile sözleşmenin uygulanması bakımından

²²³ MISTELIS, s. 17.

²²⁴ MISTELIS, s. 18; CISG m. 95 uyarınca çekince koymuş ülkelerin listesi için bakınız <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>.

uluslararası satış kabul edilemez²²⁵. CISG objektif koşul olarak sadece tarafların işyerlerinin ayrı ülkelerde olmasını, subjektif koşul olarak da tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunduğunun taraflar bakımından anlaşılır olmasını yeterli görmüştür²²⁶.

Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanmasında önem taşımayan hususlar 1'inci maddenin son fıkrasında belirtilmiştir; buna göre tarafların vatandaşlığı, tacir olup olmadıkları veya sözleşmenin adi ya da ticari nitelikte olması dikkate alınmamaktadır. Aşağıda CISG m. 1 açısından önem taşıyan tüm bu hususlar ayrıntısıyla açıklanacaktır.

I. İşyerlerinin Farklı Ülkelerde Bulunması

CISG m. 1/f. 1'de yer alan tarafların iş yerlerinin farklı ülkelerde bulunması gerekliliği Viyana Satım Antlaşması'nın yer bakımından uygulanabilmesi için gereken şartı ortaya koymaktadır; çünkü anılan hüküm, sadece, alıcının ve satıcının iş yerlerinin farklı ülkelerde bulunması durumunda sözleşmenin uygulanabileceğini öngörmektedir. Viyana Satım Antlaşması kural olarak ulusal satışlara uygulanamaz ve bir sözleşmeye uluslararası nitelik kazandıran tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunması şartıdır²²⁷. ULIS m. 1'deki düzenlemeden farklı olarak satılan malın bir devlet sınırını geçmemesi, öneri (icap) ve kabul beyanının aynı ülkede yöneltilmesi ya da malın sözleşmenin kurulduğu ülkede teslim edilmesi işlemin uluslararası niteliğini belirlemede önem taşımamaktadır²²⁸. Bu sebeple CISG'in uygulama alanı ULIS'a kıyasla daha geniştir. Mesela satıcının işyerinin Fransa'da, alıcının işyerinin de ABD'de olması ve tarafların bunu bilmesi aralarında akdedecekleri bir sözleşmenin uluslararası nitelikte olmasına yetmektedir. Satılan malın Fransa sınırlarını

²²⁵ TİRYAKİOĞLU, Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları, s. 194.

²²⁶ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 48; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHLECHTRIEM), s. 25, N. 7.

²²⁷ ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 556; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 42; TİRYAKİOĞLU, Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları, s. 194; BELL, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bell.html>); BORISOVA, Bojidara, "Geographic Sphere of Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/borisova.html>).

²²⁸ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 48. ULIS m. 1 (1) şu şekildedir: "Bu sözleşme, işyerleri farklı ülkelerde bulunan taraflar arasındaki mal satımlarına aşağıdaki durumların her biri bakımından uygulanır:

- (a) Taraflar arasındaki sözleşmenin yapıldığı anda bir ülkeden başka bir ülkeye taşınacak veya taşınmakta olan malın satımını içeren sözleşme,
- (b) İcap ve kabulü oluşturan eylemlerin farklı ülkelerde yapılmış olması,
- (c) Malların icap ve kabulün gerçekleştirildiği ülkelerden başka bir ülkeye teslim edilecek olması".

geçmesi, önerinin (icap) ve kabulün farklı ülkelerde gerçekleşmiş olması ya da malın sözleşmenin kurulduğu ülkeden farklı bir ülkede teslim edilmiş olması aranmaz²²⁹.

İşyerlerinin farklı devletlerde bulunması koşulu antlaşmanın yersel uygulama alanının yanında kişisel uygulama alanını da düzenlemektedir, bu sebeple bu koşul “temel koşul” olarak adlandırılmaktadır²³⁰. Bu temel koşul bir yandan geniş, diğer yandan dar bir kapsam getirmektedir. Geniş bir kapsam getirmektedir; çünkü malın üretiminden satışına ya da tüketimine kadar üretildiği devleti hiç terk etmediği satışları da kapsamaktadır, yani satış sözleşmesine konu olan malın ülke dışına çıkıp çıkmamasının bir önemi yoktur. Aynı zamanda dar bir kapsam getirmektedir; çünkü konvansiyon uygulanma alanından iş yerleri aynı devlette olan taraflar arasında yapılan her türlü satışı dışlamaktadır²³¹.

Tarafların işyerinin bulunduğu ülkenin Viyana Satım Antlaşması’na taraf olup olmadığını bilmemesi bu sözleşmenin uygulanmasında bir değişiklik yaratmamaktadır. Viyana Satım Antlaşması’nın uygulama alanı bulmasına engel olan husus tarafların işyerinin farklı ülkede bulunduğunu bilmemeleridir, yoksa tarafların işyerlerinin bulunduğu ülkenin Viyana Satım Antlaşması’na taraf olmadığı yolunda hukuki bir hataya düşmelerinin bir önemi bulunmamaktadır²³².

CISG m. 1/f. 1’de sözü edilen işyeri ve farklı ülke kavramlarını incelemek gerekmektedir.

a. İşyeri Kavramı

İşyeri kavramı²³³ Antlaşma projesinin incelenmesi esnasında birçok delegasyon tarafından anlaşılmasız bulunmuş ve muhtemel yorum farklılıklarının önlenmesi amacıyla nihai

²²⁹ **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 557.

²³⁰ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 42; **BERNASCONI**, Christophe, “The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1)”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bernasconi.html>), N. 2.1.

²³¹ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 42-43; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 97; **VOLKEN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/volken.html>).

²³² **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 559.

²³³ “...Mesleki faaliyet kişinin özel ve aile hayatı yanında önemli bir yerleşme yeridir. Bu yer Avrupa bütünleşmesinde ve pazarın dünyalaşmasında kişinin hareketliliği bakımından önemli bir yer teşkil etmektedir. Bu kavram yeni değildir. Uzun zamandan beri hukuki uygulama, kişinin özel hayatı ile mesleki faaliyetlerinin varlığı arasında bölünmüştür. Eğer bir ikametgâh mutad meskenle birleşiyorsa mesleki hayatın merkezi özel hayata üstün gelmektedir. Gerçekte kişiye istikrarlı bir bağlama noktası aramaktan kaynaklanmaktadır. Yeni olarak ikametgâh ve mutad meskenin yanında işyeri başka bir yaklaşım teşkil etmektedir...”(**ÖZKAN**, İşil,

metinde bir tanım verilmesi arzulanmıştır²³⁴. Ancak işyeri kavramı (place of business)²³⁵ açıkça tanımlanmamıştır, bunun en önemli sebebi Antlaşma taraflarının ortak bir tanım üzerinde anlaşamamış olmalarıdır²³⁶. Uluslararası Ticaret Odası temsilcisi işyerini, mal ya da hizmet satmak amacıyla memurlardan ve bürolardan oluşan sürekli bir ticari organizasyon olarak tanımlamıştır²³⁷. HONNOLD'a göre, CISG m. 1'de kullanıldığı şekliyle işyeri, iş ilişkilerinin sürekli ve düzenli olarak görüldüğü yerdir ve ad hoc ilişkiler süresince geçici olarak bulunan yerleri kapsamaz²³⁸. JAYME de iş yerini, devamlı ve istikrarlı bir iş organizasyonunun bulunduğu yer olarak tanımlamıştır ve tek bir sözleşmenin hazırlık çalışmalarının yapıldığı yeri kapsamadığını ifade etmiştir²³⁹. ERDEM'e göre, işyerini, ticari işlemlerde bulunmak amacıyla oluşturulan, devamlı ve düzenli bir organizasyonun bulunduğu yer olarak tanımlamak mümkündür²⁴⁰. İşyerinin bağımsız bir yetki alanının bulunması gerektiği ancak tüzel kişiliğe sahip olma gibi hukuki bağımsızlığın aranmadığı belirtilmelidir²⁴¹.

Söz konusu tanımlamalardan yola çıkılarak doktrinde işyeri kavramı için, iş ilişkilerinin düzenli ve sürekli olarak görülmesi ve bağımsız yetki alanına sahip olunması

Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s. 44).

²³⁴ ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 43; Arjantin ve Belçika delegasyonları ortak bir önerge ile sözleşme projesinin 9'uncu maddesine (nihai metinde 10. madde) yeni bir paragraf eklenerek bir tanım getirilmesini teklif etmişlerdir. "İş yeri tarafların kendi adlarına alım satım sözleşmeleri kurmak ya da müzakere etmek yetkisine sahip olarak ellerinde bulundurdukları sürekli iş merkezidir". Bunun yanında 6. oturumda Mısır delegesi SCHAFIK'ın sözleşmeye iş yeri konusunda bir tanım eklenmesi ve bu öneri uygun bulunduğu takdirde bir çalışma grubu kurulması yolundaki teklifi ile birlikte Arjantin'in ve Belçika'nın ortak önerisi de 5 çekimser, 17'ye karşı 23 oyla reddedilmiştir. Bu konu hakkında bakınız ERDEM, Uygulama Alanı, s. 94, dnp. 22.

²³⁵ Erdem, Tekinalp'in iş ikametgâhi kavramını kullanmasına karşılık (TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2004, s. 337.) iş ikametgâhi kavramının amaca yeteri kadar hizmet etmeyeceği endişesi ve terim kargaşası yaratmamak amacıyla daha kolay anlaşılır bir kavram olan iş yeri kavramını kullanmayı tercih ettiğini belirtmiştir. Sözleşmenin hazırlık çalışmaları ve diplomatik konferans esnasında değişik hukuk sistemleri arasında çelişki yaratmamak için hukuki bir kavram vermekten çok fiili durumu anlatan bir kavram verilmesi görüşü ağırlık kazanmıştır; bu sebeple Erdem, teknik-hukuki anlamda ikametgâhi çağrıştırabilecek iş ikametgâhi kavramını benimsemediğini ifade etmiştir. (ERDEM, Uygulama Alanı, s. 94, dnp. 21; Aynı yönde ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 48, dnp. 68). Tekinalp de iş ikametgâhi kavramını kullanmaktan vazgeçmiş görünmektedir. (TEKİNALP/ÇAVUŞOĞLU, s. 437). YILMAZ da iş ikametgâhi kavramını benimsemiştir (YILMAZ, s. 574).

²³⁶ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 43; ZEYTİN, CISG'in Uygulama Alanı, s. 236.

²³⁷ ERDEM, Uygulama Alanı, s. 94-95; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 43.

²³⁸ HONNOLD, s. 79, N. 43.

²³⁹ JAYME, Eric, "Article 1", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/jayme-bb1.html>), N. 2.3.

²⁴⁰ ERDEM, Uygulama Alanı, s. 95.

²⁴¹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 49.

unsurlarının arandığı söylenebilecektir. Bu konuda yasal bir tanımın yokluğuna rağmen iş yeri kavramının çok tartışmalı olmadığı görülmektedir²⁴².

b. Tarafların Birden Çok İşyerinin Olması

Uluslararası işlemlerle uğraşan tarafların yoğun iş ilişkisi içinde buldukları devletlerde daha iyi teşkilatlanmalarını sağlamak için çoğunlukla farklı devletlerde birden fazla iş yeri bulunmaktadır²⁴³. Antlaşma iş yeriyle ilgili bir tanım vermemekle beraber, antlaşmanın 10'uncu maddesinde tamamlayıcı bir düzenleme getirilmiştir²⁴⁴. Buna göre, taraflardan birinin birden fazla iş yerinin olması durumunda, sözleşmenin yapılması sırasında ya da öncesinde taraflarca bilinen ya da dikkate alınan koşullar değerlendirilerek sözleşme ve onun ifasıyla en yakın irtibat içinde olan işyeri esas alınır [CISG m. 10/f. 1 (a)].

Satış sözleşmesi taraflarının birden fazla işyerinin bulunması durumunda dikkate alınması gereken husus, sözleşmenin taraflarının, sözleşmenin yapılmasından önce ya da en geç sözleşmenin yapılması esnasında bildikleri veya bilebilecek durumda oldukları olgulardır ve bu olgular sayesinde taraflar, birden çok iş yerinin arasından hangisinin sözleşme ve onun ifasıyla sıkı ilişki içinde olduğunu doğru olarak saptayabilirler. Tarafların birbirlerinin işyerleri hakkında bilgi sahibi olabilecekleri en uygun zaman sözleşmenin yapılması anıdır²⁴⁵. Sözleşmenin imzalanmasından sonra tarafların iş yerinin değişmesinin önemi bulunmamaktadır²⁴⁶. Hâkim tarafların farklı ülkelerde işyerlerinin bulunup bulunmadığını değerlendirirken sözleşmenin kurulması anındaki durumu dikkate almalıdır; çünkü tarafların yaptıkları işlemin CISG'a tabi olup olmayacağını bu anda anlamaları aranmaktadır²⁴⁷.

Tarafların sözleşmenin kuruluşu aşamasında bildikleri ve dikkate aldıkları hususların değerlendirilmesi suretiyle sözleşmenin tarafının sahip olduğu birden fazla işyerinden hangisinin sözleşmeyle ve onun ifasıyla en yakın irtibat içinde²⁴⁸ bulunduğu saptanır. Mesela

²⁴² **BORISOVA**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/borisova.html>).

²⁴³ **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 95; **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 44.

²⁴⁴ **ZEYİN**, CISG Hukuku, s. 43.

²⁴⁵ **TOKER**, s. 38-39.

²⁴⁶ **FERRARI**, Franco, "Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>).

²⁴⁷ **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 558; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 49.

²⁴⁸ En sıkı ilişki içinde bulunulan işyerinin tespitiyle ilgili çeşitli ihtimaller hakkında ileri sürülen görüşler için bakınız **TOKER**, s. 39 vd.

sipariş ana merkeze gönderilmiş olmasına rağmen, mallar şube tarafından teslim edilecek ve bedel de bu şubeye ödenecekse, özellikle şubenin ayıptan sorumluluk (ayıba karşı tekeffül) hükümlerinin de muhatabı olması durumunda şubenin bulunduğu yer, ilgili satış sözleşmesi bakımından işyeridir. Şube ve alıcı aynı ülkedeysen artık CISG uygulanmaz²⁴⁹.

c. Taraflardan Birinin İşyerinin Bulunmaması

Viyana Satım Antlaşması'nın 10'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendinden taraflardan birinin hiçbir işyerinin olmaması durumunda da antlaşmanın uygulama alanı bulabileceği anlaşılmaktadır; bu halde mutata meskenin esas alınacağı görülmektedir.

CISG m. 10/f. 1 (b) bendi düzenlemesiyle mutata mesken iş yeri kavramına alternatif bir kavram olarak kullanılmıştır; bu sebeple taraflar arasındaki satış sözleşmesinin uluslararası niteliği, "iş yeri ölçütü" ile belirlenemezse bu ölçütün alternatifi olan "mutata mesken" ölçütüyle belirlenir²⁵⁰.

II. Farklı Ülke

Tarafların farklı devletlerde işyerinin veya bunun bulunmaması durumunda mutata meskeninin bulunmasının antlaşmanın yer bakımından uygulanmasına yetip yetmediğinin cevabı CISG m. 1/f. 1'de yer almaktadır. Sözleşmenin taraflarının iş yerlerinin bulunduğu farklı ülkelerin aynı zamanda Antlaşmanın tarafı olması aranacak mıdır? CISG m. 1/f. 1 Antlaşmanın yer bakımından uygulanabilmesi için iki alternatif koşuldan birinin varlığını aramaktadır. Tarafların iş yerlerinin bulunduğu farklı devletlerin Viyana Satım Antlaşması'nın tarafı olması ya da ilk şart sağlanamıyorsa milletlerarası özel hukuk kurallarının sözleşme tarafı bir ülkenin hukukuna atıf yapması gerekmektedir.

Tarafların iş yerlerinin farklı devletlerde²⁵¹ bulunması olgusu sözleşmeden ya da sözleşmenin kurulması sırasında ya da öncesinde gerçekleşmiş olan görüşmelerden veya verilmiş bilgilerden anlaşılmadıkça dikkate alınmayacaktır. İşyerinin farklı devletlerde bulunması olgusu CISG m. 1/f. 2'de sayılan bu kaynakların dışında başka bir kaynaktan

²⁴⁹ **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 558; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 49.

²⁵⁰ **TOKER**, s. 40; **BORISOVA**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/borisova.html>).

²⁵¹ Her iki tarafın işyeri Viyana Satım Sözleşmesine taraf olan aynı ülkede bulunuyorsa antlaşmanın uygulanması söz konusu olmayacaktır (**YILMAZ**, s. 574).

anlaşılabilir olsa da dikkate alınmaması gerekir. Mesela sözleşme tarafı olmayan bir üçüncü kişinin verdiği bilgi CISG m. 1/f. 2 kapsamında değerlendirilemez; ancak antlaşmanın uygulama alanının çok daraltılmaması açısından da sayılan kaynakların geniş yorumlanması gerekmektedir²⁵².

Tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunması maddede belirtilen bu devletlerin sözleşmeye taraf devletlerden olması ya da milletlerarası özel hukuk kurallarının sözleşme tarafı bir ülkenin hukukuna atıf yapması durumlarından hiçbirine uymuyorsa bu halde Viyana Satım Antlaşması değil, devletler özel hukuku kuralları da dâhil olmak üzere ulusal hukuk uygulama alanı bulur²⁵³.

a. Tarafların İşyerlerinin Bulunduğu Devletlerin Viyana Satım Antlaşmasının Tarafı Olması

Viyana Satım Antlaşması'nın yer bakımından uygulama alanının belirlenmesinde CISG m. 1/f. 1 (a) bendinde yer alan ilk alternatif koşul tarafların işyerlerinin bulunduğu farklı devletlerin Viyana Satım Antlaşması'na taraf olmasıdır. Mesela işyeri ABD'de ve İtalya'da bulunan taraflar arasında yapılan bir satış sözleşmesi CISG m. 1/f. 1 (a) bendi uyarınca antlaşmanın yer bakımından uygulama alanı kapsamında olacaktır²⁵⁴. CISG m. 1/f. 1 (a) bendindeki kural sözleşmenin yersel uygulama alanının maddi veya otonom çehresini belirtir²⁵⁵.

İhtilaf konusu satış sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin Viyana Satım Antlaşması'na taraf ülkelerde bulunduğunun tespit edilmesi halinde hâkim devletler özel hukuku normlarına başvurmaksızın doğrudan CISG hükümlerini uygulamak durumundadır²⁵⁶. Doğrudan uygulanırlık için farklı ülkelerde işyerinin bulunması ve bunun taraflarca anlaşılır olmasının

²⁵² ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 44.

²⁵³ ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 45; ERDEM, Uygulama Alanı, s. 96; VOLKEN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/volken.html>).

²⁵⁴ ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 45; ERDEM, Uygulama Alanı, s. 98; İtalya'daki satıcının Almanya'daki alıcısıyla ayakkabı satışı konusunda yaptığı sözleşme her iki tarafın işyeri antlaşmaya taraf devlette olduğu için doğrudan m. 1/f. 1 (a) bendi gereği CISG'ın uygulanması sonucunu doğuracaktır. (BERNSTEIN/LOOKOFKY, s. 13, N. 2.3).

²⁵⁵ ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 45; BERNASCONI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bernasconi.html>), N. 3.1.

²⁵⁶ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 51.

yanında taraflardan ikisinin de işyerinin Viyana Satım Antlaşması'na taraf olan ülkelerde bulunması ve sözleşmenin uygulanırlığının taraflarca engellenmemiş olması gerekmektedir²⁵⁷.

Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere belirli bir maddi hukuku seçtikleri durumda, CISG'in uygulanmasını istemediklerini ayrı bir kloz ile belirlemeleri önem taşımaktadır; çünkü mahkemeler sadece hukuk seçimini CISG'in dışlandığı şeklinde yorumlamamaktadır²⁵⁸.

Satış sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin Viyana Satım Antlaşması'na taraf ülkelerde bulunması durumunda antlaşmanın doğrudan uygulama alanı bulmasındaki amaç sözleşmecilerde bulunan mahkemeler için kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmak ihtiyacını ortadan kaldırmaktır²⁵⁹. Bu sebeple CISG m. 1/f. 1 (a) bendinde yer alan işyerlerinin farklı Antlaşmaya taraf devletlerde bulunması şartı yalnızca sözleşmeye taraf olan mahkemelerin hâkimlerini bağlamaktadır; dolayısıyla Viyana Satım Antlaşması'na taraf olmayan bir ülke mahkemesinde davanın açılmış olması durumunda ilgili şart gerçekleşse bile hâkim Viyana Satım Antlaşması'nı uygulamak zorunda değildir²⁶⁰. Antlaşmaya taraf devlette bulunmayan üçüncü ülke hâkimi devletler özel hukuku kuralları yardımıyla kendi hukukunu ya da Antlaşmaya taraf devletlerden olmayan dördüncü bir ülkenin hukukunu uygulayabilir²⁶¹.

Viyana Satım Antlaşması m. 1/f. 1 (a) bendi aracılığıyla uygulandığı takdirde belli bir devletin hukuku olarak değil, tüm hukuk düzenlerinden bağımsız olarak uygulanır²⁶². Günümüzde Viyana Satım Antlaşmasını imzalayan devletlerin sayısının gittikçe artması nedeniyle CISG m. 1/f. 1 (a) bendindeki kural sıklıkla uygulama alanı bulmaktadır²⁶³.

²⁵⁷ **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 559.

²⁵⁸ **MISTELIS**, s. 17.

²⁵⁹ **BELL**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bell.html>).

²⁶⁰ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 51; **TİRYAKİOĞLU**, Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları, s. 195; **TOKER**, s. 42; **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 565; **FERRARI**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>).

²⁶¹ **BELL**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bell.html>).

²⁶² **TİRYAKİOĞLU**, Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları, s. 195.

²⁶³ **WILL**, s. 24.

b. Forum Ülkesinin Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarının Taraf Ülke Hukukuna Gönderme Yapması

Satış sözleşmesinin taraflarından birisinin ya da her ikisinin işyerinin Viyana Satım Antlaşması'na taraf olan ülkelerden birinde bulunmaması durumunda antlaşma doğrudan uygulama alanı bulamayacaksa da CISG m. 1/f. 1 (b) bendi aracılığıyla dolaylı olarak uygulama alanı bulabilecektir. Bu alternatif koşula göre, forum ülkesinin milletlerarası özel hukuk kurallarının Viyana Satım Antlaşması'na taraf bir ülkenin hukukuna atıf yapması gerekmektedir. Antlaşmanın dolaylı uygulanırılığı için de tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması yani uluslararası bir satışın varlığı aranmaktadır; buna karşılık farklı ülkelerin sözleşmenin tarafı olması bu alternatifte aranmayacaktır²⁶⁴.

CISG m. 1/f. 1 (b) bendi Viyana Satım Antlaşması'nın en ilgi çekici hükümlerinden biridir; çünkü antlaşmaya taraf olmayan bir devletin hâkimi, devletler özel hukuku kuralları antlaşma tarafı bir ülkenin hukukunun uygulanmasını öngördüğü takdirde Viyana Satım Antlaşmasını uygulamak zorunda kalacaktır. Bu halde Antlaşmanın uygulanma alanının oldukça genişlediği görülmektedir, bununla birlikte uygulanma alanının bu şekilde genişlemesi devletler özel hukuku kurallarının birleştirilmediği ölçüde bu hükmün hâkimin hukukuna öncelik tanınmasından dolayı bir tehlike olarak da görülebilir²⁶⁵. CISG m. 1/f. 1 (b) bendinin Antlaşmada yer almasına karşı çıkılmış²⁶⁶ ve CISG m. 95 hükmü ile devletlere çekince koyma imkânı tanınmıştır. Amerika Birleşik Devletleri ve Çin çekince koyan ülkeler arasında yer aldığından bu çekincenin değeri küçümsenmemelidir²⁶⁷.

III. Tarafların İşyerlerinin Farklı Ülkelerde Olduğunun Anlaşılır Olması

CISG m. 1/f. 2 uyarınca tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunması olgusu sözleşmeden ya da sözleşmenin kurulması aşamasında veya öncesinde gerçekleşmiş olan görüşmelerden veya verilmiş olan bilgilerden anlaşılamiyorsa işlemin uluslararası niteliğinin açık olmamasından dolayı CISG uygulama alanı bulamaz. Bu hükümlerle, Antlaşmanın taraflara

²⁶⁴ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 52; **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 561; **TOKER**, s. 44.

²⁶⁵ **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 98-99; **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 46.

²⁶⁶ Çek ve Doğu Almanya sadece her iki tarafın işyerinin antlaşmaya taraf devletlerde olması durumunda CISG'in uygulanabilir olması gerektiğini söylemiştir. (**EORSI**, Gyula, "A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi3.html>).

²⁶⁷ **MISTELIS**, s. 18.

sürpriz bir şekilde uygulanmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır²⁶⁸. Kendi ülkesinde satış sözleşmesi yapan taraf, sözleşmenin karşı tarafının işyerinin başka bir ülkede olduğunu sözleşmenin yapılmasından sonra öğreniyorsa bu madde sebebiyle Viyana Satım Antlaşması uygulama alanı bulamayacaktır²⁶⁹.

İşlemin uluslararası karakterini belirlemek için objektif bir kriter kullanılır. Bir tarafın bildiği veya somut durumda gereken dikkati gösterseydi sözleşmenin uluslararası niteliğini anlayabileceği bir durumda CISG hükümleri uygulanır²⁷⁰. Uyuşmazlık durumunda tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde bulunduğunu bilmediğini iddia eden taraf, satış sözleşmesinin karşı tarafının işyerinin farklı ülkede bulunduğunun anlaşılmasının mümkün olmadığını ve bu sebeple Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı bulmaması gerektiğini ispatlamak zorundadır²⁷¹.

Son olarak CISG m. 1/f. 2 hükmünün, maddede açıkça ifade edilmemiş olmasına rağmen CISG m. 10/f. 1 (b) bendinde geçen mutlak mesken bakımından da uygulanması gerektiğini belirtmekte fayda görüyoruz²⁷².

IV. Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulanmasında Dikkate Alınmayan Konular

CISG m. 1/f. 3 Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanmasında dikkate alınmayan hususları belirtmiştir. İlgili düzenleme gereğince tarafların vatandaşlığı, tacir olup olmadıkları ya da sözleşmenin adi ya da ticari nitelikte olması sözleşmenin uygulanmasında dikkate alınmaz. Bu, tamamlayıcı bir koşuldur²⁷³. İki tarafın da milliyetinin aynı olması ya da üye devletin vatandaşı olmamaları, işyerlerinin farklı ve CISG'a taraf ülkelerde bulunması şartıyla işlemin CISG'a tabi olmasını engellemez; bununla beraber tarafların tacir olması, satış sözleşmesinin ticari veya alelade satış olarak nitelendiriliyor olması da önem taşımaz²⁷⁴.

²⁶⁸ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 44.

²⁶⁹ TOKER, s. 53-54.

²⁷⁰ BERNASCONI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bernasconi.html>), N.2.2.

²⁷¹ TOKER, s. 54; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 44; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 50; ATAMER, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 558; FERRARI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>).

²⁷² ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 45.

²⁷³ ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 47.

²⁷⁴ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 54.

Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanmasında dikkate alınmayan hususlar ikili bir ayrımla incelenmeye çalışılacaktır.

a. Tarafların Vatandaşlığı

Satış sözleşmesinin taraflarının vatandaşlığı önem taşımamaktadır. İşlemin uluslararası niteliğini belirleyen işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması olgusu tarafların vatandaşlığından etkilenmez.

Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanması bakımından tarafların vatandaşlığının önem taşımaması antlaşmanın evrensel normları dikkate aldığı göstermektedir. Zira Viyana Satım Antlaşması, vatandaşlığından dolayı hiç kimseyi kapsamından çıkarmamış ve hiç kimseye vatandaşlığından ötürü ayrıcalıklı haklar tanımamıştır²⁷⁵.

b. Tarafların Tacir Olması Veya Satış Sözleşmesinin Ticari Niteliği

Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanması açısından tarafların tacir olmasının bir önemi yoktur; bu sebeple serbest meslek sahiplerinin akdettikleri sınır aşan satış sözleşmeleri de CISG'a tabi olacaktır²⁷⁶.

Viyana Satım Antlaşması'nın, antlaşmanın uygulanmasında tarafların tüccar olup olmamasını dikkate almamasının ve sözleşmenin adi veya ticari niteliği arasında ayırım yapmamasının sebebi Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu şeklinde iki ayrı kanunu olan ülkelerin yanılığa düşmelerinin önüne geçilmek istenmesidir²⁷⁷. CISG m. 1/f. 3 hükmü sözleşmenin sadece ticari nitelikte satışları düzenlediği ya da sözleşme tarafının hukuku gereğince tacir kabul edilen taraflar arasında yapılan satışları kapsadığı yolundaki yorumları saf dışı bırakmaktadır. Üstelik ilgili düzenleme sayesinde tarafların satış sözleşmesinin

²⁷⁵ TOKER, s. 55.

²⁷⁶ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 54. Doktor ya da avukat gibi profesyonellerin taraf olduğu bir sözleşme hakkında da Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır. Mesela işyeri Hamburg'da bulunan bir avukat işyeri Danimarka'da bulunan bir satıcıdan büro mobilyası satın alsın taraflar arasındaki satış sözleşmesi hakkında da Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır. Bu örnek hakkında bakınız SCHLECHTRIEM, Peter, "Uniform Sales Law-The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlech2.html>).

²⁷⁷ HONNOLD, s. 94, N. 48.

niteliği konusunda bir tartışma yaratarak kendileri için elverişsiz gördükleri bir zamanda Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanmasından kurtulmaya çalışmaları da engellenmiştir²⁷⁸.

V. Çekinceler

Viyana Satım Antlaşması'nın yer bakımından uygulanmasına engel olabilecek çeşitli çekinceler öngörülmüştür. Taraf ülkelere çekince koyma imkânının tanınmış olması uluslar arasındaki çıkar çatışmalarını bağdaştırma, devletleri olabildiğince tatmin etmek yoluyla daha fazla katılımı ve böylece hukukun yeknesaklaştırılmasını sağlama fikrine dayanmaktadır²⁷⁹.

Bir ülkenin CISG'ı onaylamış olduğu tespit edildiğinde bu ülkenin Antlaşmaya herhangi bir çekince koyup koymadığını da kontrol etmek gerekmektedir²⁸⁰. CISG m. 92'de düzenlenen çekince uyarınca, Antlaşmanın II. kısmının ya da III. kısmının kabul edilmemesi mümkündür. II. kısım sözleşmenin kurulmasını, III. kısım ise malların satışını düzenlemektedir. Bu çekinceyi koyan antlaşma tarafı ülkeler, çekincenin konulduğu kısım ile ilgili olarak antlaşma tarafı ülke olarak kabul edilmezler²⁸¹.

CISG m. 93'te federal ülkelere ilişkin çekince kabul edilmiştir. Antlaşmanın 93. maddesinde öngörülen bu çekince ile federal veya benzeri bir yapılanma nedeniyle ülkenin tamamında geçerli bir hukuk sistemine sahip olmayan antlaşma tarafı ülkelerde antlaşmanın ülkenin sadece belirli bölgelerinde uygulanması sağlanabilmektedir²⁸². Bütün federal devletler imza, onay, kabul, uygun bulma ya da katılım anında antlaşmanın tüm ülkesel birimlere veya bunlardan sadece bir ya da birkaçına uygulanabileceğini beyan edebileceklerdir. Antlaşma tarafı devletin bu yönde bir çekince bildirmesi durumunda antlaşma bütün federe devletlere uygulanmayacaktır. Satış sözleşmesinin taraflarından birinin iş yeri çekince bildiren bir devlette ise, antlaşmanın uygulanması bakımından bu iş yeri, antlaşmanın uygulama alanı bulacağı bir federe devlette bulunması durumu hariç, antlaşmaya taraf devlette bulunuyor sayılmayacaktır; ancak birinci fıkra hükmüne uygun olarak bir çekince bildirilmediği takdirde

²⁷⁸ ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 47; ERDEM, Uygulama Alanı, s. 96.

²⁷⁹ ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 50; ERDEM, Uygulama Alanı, s. 101.

²⁸⁰ MISTELIS, s. 14.

²⁸¹ Çekincenin CISG m. 1 (1) a ve m. 1 (1) b bakımından etkisinin ne olduğu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız TOKER, s. 58 vd.

²⁸² ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 40.

antlaşma, antlaşma tarafı devletin tüm ülkesel birimleri için uygulanacaktır (CISG m. 93/III, IV).

CISG m. 94 bölgesel birleşmelere ilişkin çekinceyi düzenlemiştir. CISG m. 94/f. 1'e göre, Viyana Satım Antlaşması'nda düzenlenen konular hakkında aynı ya da birbirine çok yakın hukuki kurallara sahip olan iki ya da daha fazla antlaşmaya taraf devlet, Viyana Satım Antlaşması'nın işyerleri bu ülkelerde bulunan taraflar arasındaki satış sözleşmelerine ya da bu sözleşmelerin kuruluşuna uygulanmayacağını her zaman beyan edebilirler. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, Antlaşmada düzenlenen konular hakkında Antlaşmaya taraf olmayan bir ya da birden çok devletle aynı ya da birbirine çok yakın hukuki kurallara sahip olan bir antlaşma tarafı devlet, Viyana Satım Antlaşması'nın işyerleri bu ülkelerde bulunan taraflar arasındaki satış sözleşmelerine ya da bu sözleşmelerin kuruluşuna uygulanmayacağını her zaman beyan edebilir.

Viyana Satım Antlaşması'nın 95. maddesine göre, her devlet onay, kabul, uygun bulma ya da katılım belgesinin tevdi edilmesi anında, Antlaşmanın 1'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi ile bağlı olmayacağını beyan edebilecektir. Bu çekincenin beyan edilmesi durumunda da CISG m. 1/f. 1 (a) bendi aracılığıyla antlaşma uygulama alanı bulabilecektir. Viyana Satım Antlaşması'nın 95'inci maddesindeki çekincenin nasıl anlaşılması gerektiği yolunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür²⁸³. Biz de CISG m. 95'teki çekincenin sınırlı bir şekilde anlaşılması gerektiği yolundaki görüşe katılmaktayız. Buna göre, bu çekinceyi kullanan devletin hâkimi, kanunlar ihtilafı kuralları belirli bir satış sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak kendi hukukunun uygulanmasını öngörüyorsa Viyana Satım Antlaşmasını uygulamak mecburiyetinde değildir; yani CISG m. 95'teki çekincenin onu kullanan ülkeye etkisi, forum ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarının yine o ülkenin maddi hukukunu göstermesi durumunda hâkimin Viyana Satım Antlaşması'nın yerine kendi milli hukukunu uygulayabilmesi şeklinde olmaktadır²⁸⁴.

B. Viyana Satım Antlaşması'nın Konu Bakımından Uygulama Alanı

Viyana Satım Antlaşması'nın yer bakımından uygulanması için gereken koşullar incelenmiştir. Antlaşmanın yer bakımından uygulanabilirlik şartlarının sağlanması antlaşmanın

²⁸³ Bu görüşler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız **TOKER**, s. 66 vd; **AYOĞLU**, s. 182 vd.

²⁸⁴ **TİRYAKİOĞLU**, Milletlerarası Unsurlu Satım Akitleri, s. 111.

uygulanması bakımından yeterli olmamaktadır. Akdedilen bazı sözleşmeler CISG’ın yer bakımından uygulama alanına dâhil olmakla beraber konu itibariyle CISG’ın uygulama alanı dışında bırakılmış olabilir. Bu sebeple yer bakımından uygulanırlıkla beraber konu itibariyle uygulanırlığın da mevcut olması aranmaktadır²⁸⁵. Antlaşmanın konu bakımından uygulama alanı ise “mal satışına ilişkin sözleşmeler” olmak üzere m. 1/f. 1’de belirtilmiştir. CISG satış sözleşmelerini, özellikle malların satışına ilişkin sözleşmeleri kapsamına almıştır; ancak hakların ve taşınmazların satışı açısından CISG uygulama alanı bulmamaktadır²⁸⁶. Mal satışına ilişkin olmakla beraber bir takım sözleşme türleri de CISG m. 2 uyarınca kapsam dışında bırakılmıştır. Antlaşmanın 3’üncü maddesi ise “mal satışı sözleşmesi” gibi kabul edilen sözleşmelere yer vererek kapsamı genişletmiştir. Aşağıda antlaşmanın konu bakımından uygulanması açısından önem taşıyan satış sözleşmesi ve mal kavramı üzerinde durulacaktır. Ayrıca CISG m. 2 tarafından istisna edilen satışlarla, CISG m. 3’te belirtilen satış sözleşmesiyle benzerlik gösteren sözleşmeler bahsine de değinilecektir.

I. Satış Sözleşmesi Kavramı

Satış sözleşmesi kavramı, CISG’da açık bir şekilde tanımlanmamıştır; ancak Antlaşma kendisinden birçok tanım üretilebilecek normlar içermektedir. Buna göre satış sözleşmesi, satıcının malları teslim etmek, mallara ilişkin belgeleri alıcıya vermek ve malların mülkiyetini alıcıya geçirmekle (CISG m. 30), alıcının ise bedeli (semeni) ödemek ve malları teslim almakla yükümlü olduğu (CISG m. 53) sözleşmedir²⁸⁷. Ancak sadece bu temel tanıma bağlı kalmak yeterli değildir; çünkü aşağıda görüleceği üzere CISG satış sözleşmesi kavramını bazı yerlerde genişletmiş bazı yerlerde ise daraltmıştır²⁸⁸.

Sözleşmenin koşula (şarta) ya da vadeye bağlanmış olması satış nitelendirmesini değiştirmemektedir. Antlaşma art arda teslimli satış sözleşmeleri (m. 73), örnek (numune)

²⁸⁵ **HEIDERHOFF**, Bettina, “CISG’ın Uygulama Alanı: Konu Bakımından”, (Çeviren: Ajda Gençsoy), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 25.

²⁸⁶ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 36.

²⁸⁷ **HERGÜNER**, s. 97; **ÇETİNER**, Bilgehan, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile BM Satım Hukuku’nun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi”, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2007, s. 3141; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 36; **HEIDERHOFF**, s. 26; **TOKER**, s. 76; **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 50; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 101; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 47; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER**, (SCHLECHTRIEM), s. 26, N. 14; **KAYA**, s. 25; **DAYIOĞLU**, s. 12.

²⁸⁸ **HEIDERHOFF**, s. 26.

üzerine satış (m. 35/f. 2 c bendi), gönderme borcu içeren satış gibi satış sözleşmelerinin birçok türünü de kapsamaktadır ve bunların hepsi esas alındığında yukarıda belirttiğimiz türden bir tanıma ulaşmak mümkün olmaktadır²⁸⁹.

Viyana Satım Antlaşmasında hangi tür satışların düzenlendiği açıkça belirtilmemiştir, yani bu konuda açık bir hükme rastlamamaktayız²⁹⁰. Bununla birlikte CISG m. 2’de Antlaşmanın uygulama alanı dışında bıraktığı mal türleri açıkça belirtilmiştir.

II. Viyana Satım Antlaşması’nın Uygulama Alanının Dışında Bırakılan Satış Sözleşmesi Türleri

Viyana Satım Antlaşması’nın konu bakımından uygulama alanına dâhil olabilecek bazı satış türleri 2’nci madde düzenlemesi ile kapsam dışında bırakılmıştır²⁹¹. İlgili düzenleme uyarınca tüketici satış sözleşmeleri; açık arttırma ya da icra yoluyla yapılan satışlar; menkul kıymet, kambiyo senedi ve para konulu satış sözleşmeleri; gemilerin, teknelerin, hava yastıklı taşıt ya da hava taşıt araçlarının satışı ve elektrik satışı Antlaşmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Bu maddede sayılan mallar sınırlı olarak sayılmıştır, dolayısıyla bu madde hükmünde sayılan malların geniş yorumlanması ve böylece Viyana Satım Antlaşması’nın uygulama alanının daraltılması kabul edilemez²⁹². Aşağıda sırasıyla bu konular incelenecektir.

a. Tüketici Satış Sözleşmeleri

CISG m. 2/f. 1 (a) bendi şu şekilde bir düzenleme getirmiştir: “*Bu Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz: (a) Kişisel veya ailevi ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması; meğerki satıcı, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmesin ve bilmesi gerekmesin*”... Bir başka ifadeyle tüketici satışları, yani ticari bir zincirin sonunda yer alıp da malları tekrar satmak ya da ticari amaçla kullanmak niyeti olmadan alan kimselere yapılan satışlar Viyana Satım Antlaşması’nın konusu dışında kalmaktadır²⁹³. Bu tanımda hangi tür ihtiyaçlar için satışın yapılacağı sayılarak objektif bir ölçüt benimsenmiştir; ancak bu objektif ölçüt satıcının, alıcının tüketici olduğunu bilmemesi

²⁸⁹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 36; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 47.

²⁹⁰ **TOKER**, s. 78; **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 50; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 101.

²⁹¹ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 52.

²⁹² **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 53; **ZEYTİN**, CISG’in Uygulama Alanı, s. 247.

²⁹³ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 52; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 102.

gibi kısmen sübjektif ve olumsuz bir ölçüt tarafından da tamamlanmıştır²⁹⁴. Viyana Satım Antlaşması'nın bu şekilde sadece uluslararası ticaret kapsamında ele alınacak satışlara ilişkin olacağı henüz hazırlık aşamasında genel kabul görmüştür²⁹⁵.

Tüketici satışlarının kapsam dışı kalması için satıcının sözleşmeden önce ya da sözleşmenin kuruluşu sırasında malların böyle bir kullanım için alındığını bilmesi ya da bilmesinin gerekmesi aranacaktır. Satın alınan malların miktarı, teslim edileceği adres ya da satış sözleşmesiyle ilgili diğer bir takım hususlar tüketici satışları için alışılmış değilse satıcının yaptığı sözleşmenin bilincinde olduğu kabul edilir ve Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanmasından kaçınılamaz. Satıcının yaptığı sözleşmenin Viyana Satım Antlaşması tarafından mı yoksa iç hukuk tarafından mı idare edileceğini bilebilmesi için en geç sözleşmenin kurulması sırasında gerekli bilgilere sahip olması aranacaktır²⁹⁶.

aa. Tüketici Satışı Kavramı

Tüketici hukukunun gelişmesine paralel olarak tüketici sözleşmeleri kavramı da büyük önem kazanmış ve uluslararası ve çeşitli yabancı ulusal düzenlemelerde tüketici hukukunun temel kavramlarından biri olarak yerini almıştır. Hem yasal düzenlemeler boyutunda, hem de getirilen çeşitli tüketici sözleşmesi tanımlarında farklı noktalara temas edilmesine karşın, en önemli ortak nokta olarak görülen tüketicinin ticari veya mesleki olmayan, özel ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik bir hukuki işlem iradesiyle hareket etmesi hususu özel bir önem arz etmektedir²⁹⁷.

Viyana Satım Antlaşması ise tüketici satışını sadece mala ilişkin kullanım amacını göz önüne alarak tanımlamaktadır ve buna göre, malın özel kullanım amaçları için temin edilmesi durumunda sözleşmenin CISG'a tabi olmayacağı anlaşılmaktadır. Alıcının tacir olup

²⁹⁴ **TİRYAKİOĞLU**, Milletlerarası Unsurlu Satım Akitleri, s. 113.

²⁹⁵ **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 554-555.

²⁹⁶ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 52-53; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 103.

²⁹⁷ **OZANOĞLU**, Hasan Seçkin, "Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)", AÜHFD 2001, Cilt 50, Sayı 1, s. 61, 65. Tüketici Sözleşmesi tanımları için bakınız **ÖZEL**, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999, s. 30 vd; **GEZDER**, Ümit, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998, s. 13 vd.

olmaması gibi kişisel özellikleri ya da malın özellikleri bu değerlendirmede önem taşımamaktadır²⁹⁸.

Tüketici satışının Viyana Satım Antlaşması'nın m. 2/f. 1 (a) bendi ile kapsam dışı bırakılması tüketime konu olan malların satışının kapsam dışı bırakıldığı anlamına gelmemektedir. Önemli olan alıcının malı satın alma amacıdır. Mesela bir perakendeci yabancı bir üreticiden mutfak malzemeleri satın aldığı anda bu satış konusu mallar tüketim malı olmasına rağmen perakendeci bu malları tekrar satmak için satın aldığından dolayı taraflar arasındaki satış sözleşmesi hakkında Viyana Satım Antlaşması uygulama alanı bulacaktır²⁹⁹.

Kişisel ya da ailevi ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mi malın satın alındığı, alıcının satın alma anındaki amacına göre tayin edilmektedir³⁰⁰. Alıcının sözleşmenin kuruluşu anında bilinen ticari bir amaçla kullanma niyeti varsa daha sonra ilgili malları ticari olmayan bir amaçla kullansa bile CISG uygulanacaktır³⁰¹. Özellikle mesleki kullanım için araç alınması ya da tekrar satmak için mal alınması durumunda taraflar arasında yapılan sözleşmenin ticari niteliğinin var olduğu kabul edilir ve Viyana Satım Antlaşması uygulama alanı bulur³⁰². Hâkimin somut işlemi değerlendirirken alıcının kişisel alanı ile mesleki alanını tespit etmesi ve sözleşmenin bunlardan hangisine dâhil olduğuna karar vermesi gerekmektedir. Mesela ancak bir fırında kullanılacak bir hamur makinesinin ticari amaçlarla alınmış olması asıldır; ancak evde pasta, çörek yapmak için kullanılacak şekilde küçük bir hamur makinesi alınması durumunda bu tüketici sözleşmesi sayılır³⁰³. Aynı şekilde yurt dışından mesleki kitapların sipariş edilmesinde Viyana Satım Antlaşması kural olarak uygulama alanı bulurken mesleki kitaplar dışındaki edebiyat eserleri, eğlence ve kültür dergi ve kitaplarının satın alınmasında alıcının bu durumu ispat etmesi durumunda Viyana Satım Antlaşması uygulama alanı bulamayacaktır³⁰⁴.

Satıcı, sözleşmenin yapılması sırasında veya sözleşmenin yapılmasından önce yapılan satışın tüketici satışı niteliğinde olduğunu bilmiyor ve bilmesi gerekmiyorsa tüketici satışı

²⁹⁸ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 40.

²⁹⁹ **TOKER**, s. 82.

³⁰⁰ **HONNOLD**, s. 97, N. 50.

³⁰¹ **FERRARI**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>), dpn. 485.

³⁰² **TOKER**, s. 81-82.

³⁰³ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 41.

³⁰⁴ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 55.

niteliğindeki satışlar için bile olsa Viyana Satım Antlaşması uygulama alanı bulacaktır. Bu halde Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı bulabilmesi için satıcının, yapılan sözleşmenin tüketici satışı olduğunu bilmediğinin ortaya konulması gerekmektedir ve dolayısıyla bu konuda ispat yükünün sözleşmenin hangi tarafında olduğunun belirlenmesi gerekmektedir³⁰⁵. Alıcı malı hangi amaçla satın aldığını kesin olarak tayin edebilecek durumdadır; bu yüzden ticari bir satış gibi gözükken bir halin aslında tüketim yönünün ağır basması söz konusu ise bunu alıcının ispat etmesi gerekmektedir. Alıcının ispatlaması durumunda da artık satıcı bunu bilmediğini ya da bilebilecek durumda olmadığını ispatlayarak Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanmasını sağlayabilir³⁰⁶.

bb. Tüketici Satışının Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulama Alanı Dışında Bırakılmasının Nedenleri

Tüketici satışlarının Viyana Satım Antlaşması'nın kapsamı dışında bırakılmasının ilk nedeni, CISG m. 1/f. 3 ile sözleşmenin uygulanması bakımından tarafların tacir ya da satışın ticari olup olmadığının önem taşımadığı belirtilmesine rağmen Viyana Satım Antlaşması'nın sadece uluslararası ticaret kapsamında ele alınacak satışlara ilişkin olacağının hazırlık aşamasında genel kabul gören bir husus olmasıdır. Tüketici satışları daha çok iç satışlardır ve Viyana Satım Antlaşması bu satışların uluslararası sayılabileceği ikametgâhı yabancı ülkede olan bir turistin yaptığı satış sözleşmesi ya da yabancı devletten posta yoluyla yapılan satışlar gibi çok ender durumları düzenlemekten kaçınmıştır³⁰⁷. Bu görüş sonucu, tüketiciyle yapılan satış sözleşmelerine uygulanacak hukukun her ülkenin devletler özel hukuku normları tarafından tespit edilmesi söz konusudur³⁰⁸.

Tüketici satışlarının kapsam dışında bırakılmasının ikinci nedeni, bu satışların birçok devlette kamu düzeninden sayılması sonucu emredici hükümlerle düzenlenmiş olmasıdır³⁰⁹.

³⁰⁵ **TOKER**, s. 84. İspat yükünün sözleşmenin hangi tarafına ait olduğu konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız **TOKER**, s. 84 vd.

³⁰⁶ **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 555.

³⁰⁷ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 52; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 103.

³⁰⁸ **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 555.

³⁰⁹ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 52; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 102; **TİRYAKİOĞLU**, Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları, s. 201; **HONNOLD**, s. 97, N. 50; **HEIDERHOFF**, s. 27.

Böylelikle sözleşme ile tüketiciyi korumak için konulan iç hukuklardaki emredici hükümler arasında meydana gelebilecek çatışma önlenmek istenmiştir³¹⁰.

Tüketici satışlarının Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı dışında tutulmasının diğer bir nedeni mahalli yasaların devletten devlete çok büyük değişiklik göstermesidir. Tüketici satışı kavramı çeşitli hukuk sistemleri tarafından farklı şekilde tanımlanmaktadır. Bununla birlikte kimi ülkelerde vatandaşlara sınırlı bir koruma sağlanırken diğer bazı ülkelerde ise satıcılara daha özenli davranmaları görevi verilmektedir³¹¹.

b. Açık Arttırma veya İcra Yoluyla Yapılan Satışlar

CISG m. 2/f. 1 (b) ve (c) bentleri uyarınca açık artırma yoluyla yapılan satışlarla cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satışlar Viyana Satım Antlaşması'nın kapsamı dışındadır. Açık artırma yoluyla yapılan satışlarda sözleşme kuruluşunda çok farklı mekanizmalar geçerli olmaktadır³¹². Artırma ile satışlar çoğu devlette iç hukukun emredici hükümleriyle düzenlenmiştir ve ihale üzerinde kalan kimsenin işyeri başka bir devlette olsa bile bağlı oldukları iç hukukla idare edilmeleri amaçlanmıştır. Bu istisna birçok devletin bu konuda kendi iç hukukunu bağlayıcı kabul etmesi hususuyla da doğrulanmaktadır³¹³. Üstelik uluslararası ticaret açısından bu tür satışlar büyük bir rol de oynamamaktadır³¹⁴. Bu satışlarda satıcının artırma sona erene kadar kimin alıcı olacağını bilmesi mümkün olmayacağı için bu sözleşmeye konvansiyonun uygulanıp uygulanmayacağı da genellikle artırma sonuna kadar belirsiz kalmaktadır. Dolayısıyla Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanmasını böyle tesadüf bir olaya bırakmamak uygun bir çözüm tarzı olmuştur³¹⁵.

³¹⁰ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 52; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 102-103; **TİRYAKİOĞLU**, Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları, s. 201, dpn. 17; **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 555; **TOKER**, s. 80; **BELL**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bell.html>); **VOLKEN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/volken.html>).

³¹¹ **BELL**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bell.html>); Bu kavramın çeşitli hukuk sistemlerinde farklı anlamlar taşıdığı hakkında bakınız **HONNOLD**, s. 97, N. 50.

³¹² **HEIDERHOFF**, s. 26.

³¹³ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 53; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 103.

³¹⁴ **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 555.

³¹⁵ **TİRYAKİOĞLU**, Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları, s. 201; Aynı şekilde, satıcının kimin yüksek teklif vererek alıcı olacağını artırma sona erene kadar bilemeyeceği yolunda bakınız **HONNOLD**, s. 98, N. 51.

Cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satışların Viyana Satım Antlaşması'nın kapsamı dışında bırakılma nedeni de bu satışların i hukukların emredici dzenlemelerine tabi olmalarıdır³¹⁶.

III. Satış Sözlöşmesine Konu Olan Mal

a. Viyana Satım Antlaşması Bakımından Mal Kavramı

Viyana Satım Antlaşması'nda, başlığından itibaren, 1964 tarihli Lahey Sözlöşmelerinin aksine maddi taşınır kavramı yerine mal kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Antlaşma metninde bu şekilde maddi taşınırlar kavramının yerine mal kavramının kullanılması, maddi taşınırlar kavramının mal kavramına göre daha bilimsel ve hukuki olduğu gerekçesiyle çok eleřtirilmiřtir³¹⁷.

Genel olarak satış sözlöşmeleri bakımından mal kavramı her türlü taşınır ve taşınmazı kapsar, hatta satış konusu olan malın maddi ya da cismani varlığı olması gerekmez. Bu bakımdan para ile değiştirilmesi mümkün olan ve ekonomik değeri bulunan her türlü maddi ve maddi olmayan varlığın satılması mümkündür; ancak Viyana Satım Antlaşması bakımından mal kavramı bu kadar geniş deđildir³¹⁸.

Mal kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair CISG'da herhangi bir tanım bulunmamaktadır; ancak mal kavramı Antlaşmada tanımlanmamış olmakla beraber, içeriğinin CISG hükümleri uyarınca doldurulması, yani otonom yorum yöntemiyle tespit edilmesi önemlidir³¹⁹. Bununla birlikte CISG m. 2'de Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı dışında bıraktığı mallar açıkça belirtilmiştir. CISG kapsamında yer alan satış konusu mallar maddi taşınır mallardır ve sözlöşmede geçen mal kavramı taşınmaz malları ya da sınaı mülkiyet hakları gibi maddi olmayan malların satışını kapsamamaktadır³²⁰. LOEWE, 1980

³¹⁶ **ERDEM**, Viyana Satım Sözlöşmesi, s. 53; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 103; **TİRYAKİOĞLU**, Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları, s. 201; **ATAMER**, Uluslararası Uygulama Alanı, s. 555.

³¹⁷ **ERDEM**, Viyana Satım Sözlöşmesi, s. 51; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 102; **TOKER**, s. 88.

³¹⁸ **ERDEM**, Viyana Satım Sözlöşmesi, s. 51; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 102.

³¹⁹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlölükleri ve Sözlöşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 43; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 48.

³²⁰ **FERRARI**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>); **HEIDERHOFF**, s. 32.

tarihli Viyana Satım Antlaşması'na göre, hacmi olan ve taşınabilir her şey maldır ve bu malların satış anında nakledilebilir olması yeterlidir, demektir³²¹.

Cevaplanması zorluk arz eden bir husus, malların cisimleşmiş ve somut olma zorunluluğunun olup olmadığı hususudur ve bu noktada yazılım programlarının hangi durumlarda CISG kapsamına girdiği tartışmalı bir konudur³²². Söz konusu program kalıcı bir veri taşıyıcısı üzerinde kayıtlı olarak satışa sunulmuşsa cisimleşmiş olma unsuru zaten gerçekleşmiş olur ve dolayısıyla CISG'in uygulanması da söz konusu olur; ancak internet üzerinden yapılan satış sözleşmelerinde bilgisayar yazılımının da doğrudan internet üzerinden ilgili alıcının bilgisayarına yüklendiği hallerde sorun halen son derece tartışmalı bir durumdadır³²³.

Cismani varlığı bulunmayan bilgisayar yazılımları dışındaki alacak hakları, patent, marka, lisans hakları ve benzer haklar, satış sözleşmesine konu olsalar bile Viyana Satım Antlaşması kapsamında kabul edilmemektedir³²⁴. Ortaklıklar ya da ortaklık paylarının satışı da CISG kapsamında değerlendirilmemektedir³²⁵.

b. Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulama Alanı Dışında Bıraktığı Satış Konusu Mallar

Satış sözleşmesinin konusu olan bazı malların satışı da Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı dışında bırakılmıştır. CISG m. 2 (d), (e), (f) bentlerinde 3 grup altında satışı kapsam dışında bırakılan mallar gösterilmiştir. Buna göre menkul kıymet, kambiyo senedi ve para (d bendi); gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satışı (e bendi) ve elektrik satışı (f bendi) Antlaşmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

³²¹ **LOEWE**, Roland, "The Sphere of Application of the UN Sales Convention", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Loewe.html>).

³²² **HEIDERHOFF**, s. 32-33.

³²³ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 44; Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bakınız **KAPLAN**, Yavuz, "1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde, İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 2002, Yıl 22, Sayı 2, s. 342 vd.

³²⁴ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 50; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 45.

³²⁵ **HEIDERHOFF**, s. 32.

aa. Menkul Kıymet, Kambiyo Senedi ve Paranın Satışı

“Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para”nın satışına ilişkin sözleşmeler Viyana Satım Antlaşması’nın uygulama alanı dışında kalmaktadır.

ULIS’in m. 5/f. 1 (a) bendinde de³²⁶ menkul kıymetlerin, hisse senetlerinin ve paranın satışı ULIS’in uygulama alanı dışında bırakılmıştır; bu sebeple Viyana Satım Antlaşması’nın m. 2/f. 1 (d) bendinde bu satışların Antlaşmanın kapsamı dışında bırakılması uluslararası satış hukuku açısından getirilmiş bir yenilik değildir³²⁷.

Bu tür satışlar birçok devlette emredici iç hukuk kurallarıyla düzenlenmiştir ve CISG kurallarıyla iç hukukun emredici kuralları arasındaki çatışma önlenmek istenmiştir³²⁸. Üstelik bazı hukuk sistemlerinde kıymetli evrak mal olarak kabul edilmemektedir, eğer bu satışlar Antlaşmanın uygulama alanı dışında bırakılmasaydı hukukun birleştirilmesi amacıyla olan bir sözleşmenin uygulanmasında büyük farklılıklar meydana gelebilirdi³²⁹.

Bir malı temsil eden konişmento ya da emtia senetleri Viyana Satım Antlaşması’nın uygulama alanına girmektedir; ancak menkul kıymetler gibi para şeklindeki değişim araçlarını konu edinen satış sözleşmeleri de Viyana Satım Antlaşması’nın kapsamı dışındadır³³⁰. CISG m. 2/f. 1 (d) bendi eşyayı temsil eden senetlerle yapılan satışları, bazı devletlerde bu tür satışlar ticari senetlerin satışı olarak kabul edilmesine rağmen uygulanma alanının dışında bırakmamıştır³³¹.

CISG m. 2/f. 1 (d) bendiyle paranın satışı da açıkça Antlaşmanın uygulama alanının dışında bırakılmıştır. Viyana Satım Antlaşması anlamında para, kanunen tedavülde bulunan parayı ifade etmektedir; dolayısıyla artık kullanımda olmayan bir paranın satışının Antlaşmanın uygulama alanının dışında olmasının bir nedeni yoktur. Aynı şekilde sadece

³²⁶ Antlaşmanın tam metni için bakınız <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html>.

³²⁷ TOKER, s. 91.

³²⁸ FERRARI, Franco, “What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One Has to Look Beyond the CISG”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari15.html>); FERRARI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>).

³²⁹ ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 53; ERDEM, Uygulama Alanı, s. 104.

³³⁰ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 53; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 45; FERRARI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>).

³³¹ ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 53-54; ERDEM, Uygulama Alanı, s. 104.

tarihsel veya sanatsal değeri olan hisse senedinin satışının CISG'a tabi olmaması için de bir neden yoktur³³².

bb. Gemilerin, Teknelerin, Hava Yastıklı Taşıtlar veya Hava Taşıtlarının Satışı

Viyana Satım Antlaşması'nın 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasının (e) bendi uyarınca gemi, tekne, hava yastıklı taşıtlar veya hava taşıtlarının satışı Antlaşmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu hüküm 1964 tarihli "Maddi Taşınırın Satımı Hakkında Yeknesak Kanun"un m. 5/f. 1 (b) bendi düzenlemesinden oldukça farklıdır; çünkü anılan madde sadece tescilli gemilerin, hava taşıtlarının ya da hava yastıklı taşıtlarının satışını hariç tutmaktayken Viyana Satım Antlaşması bu konuda bir ayırım gözetmemiştir ve tescilli olup olmadıklarına bakmadan hepsini kapsam dışı bırakmıştır³³³. Gerek hava gerekse deniz taşıtlarının birçok hukuk düzeninde taşınmaz gibi muamele görmesi, genelde bir sicile kayıtlı olmaları ve satışlarına ilişkin özel düzenlemelerin var olması sebebiyle bu malların satışına da CISG hükümleri uygulanmaz³³⁴. Birçok hukuk düzeninde bu taşıtların bu şekilde özel bir tescile bağlı olması ve tescil usulünü düzenleyen iç hukukların birbirlerinden çok farklı olması nedeniyle yaratacağı sıkıntı düşünülerek bu taşıtların satışı CISG'ın kapsamına alınmamıştır. Zira satış sırasında hangi taşıtların tescile tabi olacağını hangilerinin olmayacağını, tescile hangi hukukun uygulanacağını saptanması konusunda çıkması olası tartışmalara meydan vermemek adına tüm bu taşıtların satışı kapsam dışında bırakılmıştır³³⁵.

Deniz taşıtlarının iç sularda ya da açık denizde kullanılacak olması, tonajı, motor ya da rüzgâr gücüyle hareket ediyor olması önem taşımamaktadır³³⁶. Bir aracın sadece boyutundan hareketle onu gemi ya da tekne olarak nitelemek mümkün değildir; boyutla beraber aracın diğer bazı özellikleri ve fonksiyonu da dikkate alınmalı ve tüm bunlara göre aracı gemi (ya da tekne) olarak nitelemek mümkünse Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı dışında

³³² **FERRARI**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>).

³³³ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 54; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 104.

³³⁴ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 45; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 53; **ZEYTİN**, CISG'ın Uygulama Alanı, s. 247; **ENDERLEIN/MASKOW**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>), Article 2, N. 7.1.

³³⁵ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 54; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 104.

³³⁶ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 45.

bırakılmalıdır³³⁷. Küçük spor kayıkları, kano, kürekli ya da pedallı kayıklar, şişme bot gibi hobi amaçlı kullanılan araçların bir spor şirketi tarafından satın alınması durumunda CISG'ı uygulamamak için bir neden yoktur. Yine köprü ve yüzen platform gibi hareket amacı olmayan, yüzen mekânların satışının da CISG kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir³³⁸. Aynı durum hava taşıtları için de geçerlidir. Taşıma amaçlı olan hava taşıtları Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı dışında kalırken, sportif, eğlence, araştırma ve benzeri amaçlarla kullanılan planörler, model uçaklar, uydular ve benzeri hava taşıtları için Antlaşma uygulama alanı bulabilmektedir³³⁹.

cc. Elektrik Satışı

CISG m. 2/f. 1 (f) bendine göre elektrik satışı Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı dışında kalır.

ULIS m. 5/f. 1 (c) bendinde de elektrik satışları Antlaşmanın kapsamı dışında bırakılmıştır, dolayısıyla bu hususta da Viyana Satım Antlaşması ile getirilmiş bir yenilik söz konusu değildir.

Bazı hukuk sistemlerinde elektrik mal olarak kabul edilmemekte³⁴⁰ ve maddi veya gayri maddi mi olduğu yolunda tartışmalar devam etmektedir. Ayrıca uluslararası elektrik satışları çoğunlukla uluslararası mal satışlarının gösterdiği sorunlardan farklı sorunlar göstermektedir ve uluslararası elektrik satış sözleşmelerinin getirdiği ayrıntılı hükümler Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanma gerekliliğini yok etmektedir³⁴¹.

Gaz³⁴², petrol ve benzeri enerji kaynaklarının satışı açısından bir sınırlama getirilmemiştir ve bunların satışı hakkında Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanması mümkün kılınmıştır³⁴³.

³³⁷ **TOKER**, s. 94; Mal veya yolcu taşımacılığı için özgülenmemiş deniz taşıtlarının satışının CISG tarafından dışlanmadığı hakkında bakınız **FERRARI**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>).

³³⁸ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 45; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 54; **ZEYTİN**, CISG'in Uygulama Alanı, s. 248.

³³⁹ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 54; **ZEYTİN**, CISG'in Uygulama Alanı, s. 248.

³⁴⁰ **FERRARI**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>).

³⁴¹ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 54-55; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 104-105.

³⁴² Heiderhoff, gazın genelde mal kavramına dâhil edildiğini ve sadece elektrik enerjisinin satışını kapsam dışında bırakan düzenlemenin mefhumu muhalifinden gaz satışının Antlaşmanın kapsamında olduğu sonucuna varılması gerektiğini belirtmiştir. (**HEIDERHOFF**, s. 32).

IV. Satış Sözleşmesi İle Benzerlik Gösteren Sözleşmeler

Viyana Satım Antlaşması'nın 3'üncü maddesinde satış sözleşmesi kavramı daha ayrıntılı olarak tanımlanmıştır ve bunun yanında anlamı genişletilmiştir.

CISG m. 3/f. 1 düzenlemesi uyarınca imal edilecek ya da üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler, bunları sipariş eden tarafça imalat veya üretim için gerekli malzemenin esaslı bir bölümünün temin edileceği taahhüt edilmiş bulunmadıkça, satış sözleşmesi sayılacak ve dolayısıyla bunlar hakkında Viyana Satım Antlaşması uygulama alanı bulacaktır.

CISG m. 3/f. 2 düzenlemesi ise Viyana Satım Antlaşması'nın mal temin eden tarafın ediminin ağırlıklı olarak, işgücü ya da diğer bir hizmetin sağlanmasından oluşan sözleşmelere uygulanmayacağını belirtmektedir. Aşağıda, maddedeki düzenleniş sırasına uygun olarak satış sözleşmesiyle benzerlik gösteren sözleşmelerle ilgili bu iki farklı durum incelenecektir.

a. Viyana Satım Antlaşması m. 3/1'de Belirtilen Üretilecek veya İmal Edilecek Malların Teslimine İlişkin Sözleşmeler

Viyana Satım Antlaşması'nın üçüncü maddesinin ilk fıkrasındaki düzenleme uyarınca sipariş veren tarafın malın üretimi ya da imali için gereken malzemenin esaslı bir kısmını karşılamayı taahhüt ettiği durumda taraflar arasındaki sözleşme satış sözleşmesi olarak kabul edilmediğinden bu tür satışlar Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı dışında kalacaktır; ancak üretim veya imalat için sipariş veren tarafın gerekli malzemenin esaslı bir kısmını karşılamayı taahhüt etmediği hallerde ortada bir satış sözleşmesinin olduğu kabul edilerek Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanması yoluna gidilecektir.

Sipariş veren tarafın ilgili malların üretilmesi için gerekli olan malzemenin esaslı bir kısmını sağladığı durumda taraflar arasındaki sözleşmede eser sözleşmesi niteliği³⁴⁴ ağır basacak ve Viyana Satım Antlaşması uygulama alanı bulamayacaktır³⁴⁵.

³⁴³ ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 55; ERDEM, Uygulama Alanı, s. 105; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 46; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 54; ZEYTİN, CISG'in Uygulama Alanı, s. 248; FERRARI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>).

³⁴⁴ Türk Hukuku bakımından CISG m. 3/f. 1'de düzenlenen imal edilecek veya üretilecek malın teslimine ilişkin sözleşme eser sözleşmesi sayılmaktadır ve madde metnindeki gerekli malzemenin esaslı bir kısmını sağlamama şartının gerçekleşmesiyle taraflar arasındaki eser sözleşmesi satış sözleşmesi sayılarak Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulmaktadır (TOKER, s. 99). Türk Hukuku'na göre, sözleşme yapıldığı sırada teslimi istenen

CISG m. 3/f. 1 düzenlemesinde yer alan “esaslı bir bölüm” kavramından ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır ve bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür³⁴⁶. Bu ileri sürülen görüşler içinde kabul gören görüş, taraflarca sağlanan malzemenin değerinin ekonomik olarak kıyaslanması yönündeki görüş olmuştur³⁴⁷. Şüphesiz bu değeri belirli bir rakam olarak anlamamak ve her olayın özelliğine göre bir sonuca varmak en doğru çözüm yoludur³⁴⁸.

CISG m. 3/f. 1 uyarınca Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanırılığını etkileyen husus sipariş veren tarafın imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmesidir. Yani sipariş verenin katkısının malzeme olması gerekmektedir, malzeme dışındaki imalat ya da üretimin planlanması, teknik bilgi sağlanması, kalıplar, taslaklar ve bunun gibi katkılar “malzeme” kavramının kapsamına girmemektedir³⁴⁹. Ayrıca sipariş verence sağlanan bu malzeme “imalat ve üretim” için gerekli olmalıdır. Satıcının diğer yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından gerekli olan mesela paketlenme ve taşıma işini görmeyi sağlayan malzemenin sipariş veren tarafından sağlanması durumunda Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanmasından kaçınılamaz³⁵⁰.

b. Viyana Satım Antlaşması m. 3/2'de Belirtilen Sözleşmede Satıcının Ediminin Ağırliğini Bir İşçilik veya Diğer Herhangi Bir Hizmet Ediminin Oluşturması

CISG m. 3/f. 2 başka bir anlam genişlemesine neden olmuştur. İlgili madde işgücü ve hizmet sağlanması unsurlarını içeren sözleşmeleri konu edinmektedir. Satış sözleşmesi

şey mevcutsa bu halde çoğunlukla satış sözleşmesinden bahsedilir; ancak bir şeyin üretilip teslimi gerekiyorsa yani sözleşme yapıldığı sırada mevcut olmayan bir şeyin teslimi sözleşmenin konusunu oluşturmaktaysa bu halde de çoğunlukla eser sözleşmesinden bahsedilir. Bu noktada da ileride üretilecek bir malın tesliminin söz konusu olduğu hallerde eser sözleşmesiyle satış sözleşmesini ayırt etme sıkıntısıyla karşı karşıya kalınmaktadır. Mesela henüz hazır olmayan ancak seri halde üretilen bir otomobilin teslimi taahhüdü satış sözleşmesinin konusunu oluşturur (TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul 1989, s. 42). Ayrıca eser sözleşmesinin satış sözleşmesiyle karşılaştırılması hakkında bakınız GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2012, Cilt 2, s. 8-9; YAKUPPUR, Sendi, Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul 2009, s. 16 vd; ZEVLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. EMRE, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2013, s. 473-474.

³⁴⁵ TOKER, s. 100.

³⁴⁶ Bu konuda ileri sürülen görüşler için bakınız HEIDERHOFF, s. 28 vd.

³⁴⁷ HEIDERHOFF, s. 31.

³⁴⁸ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 39.

³⁴⁹ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 52; HEIDERHOFF, s. 30, Yazar istisnai olarak bu katkıların malzemeye değer katması durumunda farklı bir değerlendirmeye gidilebileceğini söylemektedir.

³⁵⁰ SCHROETER, Ulrich G., “Vienna Sales Convention: Applicability to "Mixed Contracts" and Interaction with the 1968 Brussels Convention”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter1.html>), N.2.1.

kavramı önce genişletilmiş ve kavramın karma sözleşmeler³⁵¹ dediğimiz sözleşme çeşidine vurgu yapar nitelikte belirli bir hizmetin ifasını içeren sözleşmeleri de kapsamına alması yoluna gidilmiştir. Ancak hizmet sağlanmasının sözleşme içindeki oranının ağır basması durumunda sözleşmenin artık satış sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceği belirtilerek bu genişlemeye bir sınır da getirilmiştir³⁵². Bu şekilde bir sınırlamanın getirilmesini doğal karşılamak gerekmektedir; çünkü Viyana Satım Antlaşması uluslararası satış hukukunu birörnek haline getirmek için kodifiye edilmiştir³⁵³.

Montaj, reklam, eğitim gibi başka yükümlülükler de içeren satış sözleşmeleri bakımından göz önüne alınması gereken hangi edimin ağır bastığıdır³⁵⁴. Bu düzenleme bakımından da “ağır basan kısım” kavramının açıklanmasına ihtiyaç vardır. “Ağırlıklı olarak” ifadesinden de anlaşılacağı üzere yapılan işin payı satış sözleşmesine konu olan malın gerçek değerinden daha fazla ise satış sözleşmesinin olmadığı kabul edilmelidir³⁵⁵. Sağlanan hizmetin değerinin satıcının yükümlülükleri toplamının (toplam değer) yüzde 50’sini aşması durumunda Viyana Satım Antlaşması uygulama alanı bulamayacaktır³⁵⁶.

Viyana Satım Antlaşması’nın, malı sağlayan tarafın ediminin işgücü ya da diğer bir hizmetin sağlanmasından oluşan sözleşmelere uygulanabilmesi için bu hizmetlerin taşınır malların satışına bağlı olması gerekmektedir; çünkü CISG m. 3/f. 2’den çıkan sonuca göre sadece bu hizmetler hakkında Viyana Satım Antlaşması uygulama alanı bulamayacaktır³⁵⁷.

C. Viyana Satım Antlaşması’nın Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Viyana Satım Antlaşması’nın zaman bakımından uygulama alanını düzenleyen maddeler “Dördüncü Kısım’da Son Hükümler” başlığı altında yer almaktadır. CISG m. 99, Sözleşmenin yürürlüğe gireceği tarihi; CISG m. 100, Viyana Satım Antlaşmasının taraflar

³⁵¹ Karma sözleşmeler, kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği tarzda bir araya getirilmesiyle meydana gelmektedir. Karma sözleşme kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız **YAVUZ**, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2012, s. 11; **ŞENYÜZ**, Doğan, Borçlar Hukuku- Genel ve Özel Hükümler, Bursa 2011, s. 235; **ARAL**, Fahrettin, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2010, s. 52; **AKINTÜRK**, Turgut/**KARAMAN ATEŞ**, Derya, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri), İstanbul 2012, s. 222.

³⁵² **HEIDERHOFF**, s. 27.

³⁵³ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 55; **ERDEM**, Uygulama Alanı, s. 105.

³⁵⁴ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 40.

³⁵⁵ **HEIDERHOFF**, s. 28.

³⁵⁶ **SCHROETER**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter1.html>), N.2.2.

³⁵⁷ **TOKER**, s. 106-107.

arasındaki sözleşme bakımından geçerli olacağı tarihi; CISG m. 101 ise Sözleşmeden çekilme usulünü düzenlemektedir.

Viyana Satım Antlaşması'nın 99'uncu maddesi ikili bir ayrımla Antlaşma'nın bütün devletler açısından yürürlüğe gireceği tarihle Antlaşmaya sonradan katılan devletler için yürürlüğe gireceği tarihi düzenlemiştir. CISG m. 99/f. 1 uyarınca Viyana Satım Antlaşması onuncu onay, kabul, uygun bulma ya da katılma belgesinin verildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir³⁵⁸. CISG m. 99/f. 2 uyarınca bir devletin Viyana Satım Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden sonra Antlaşmayı onaylaması, kabul etmesi, uygun bulması ya da Antlaşmaya katılması durumunda Antlaşma, o devlet bakımından onay, kabul, uygun bulma ya da katılma belgesinin verildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir³⁵⁹.

CISG m. 100/f. 1 uyarınca Viyana Satım Antlaşması, m. 1/f. 1 (a) ve (b) bentlerinde anılan taraf devletler bakımından Antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte ya da bu tarihten sonra ilgili sözleşmenin akdi konusunda yapılan önerinin (icabın) sonucunda meydana gelen sözleşmelerin kuruluşuna uygulanır. CISG m. 100/f. 2 uyarınca Viyana Satım Antlaşması sadece m. 1/f. 1 (a) ve (b) bentlerinde anılan taraf devletler bakımından Antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte veya bu tarihten sonra yapılan sözleşmelere uygulanır. Bu düzenleme ile Antlaşmanın geçmişe dönük etkisinin bulunmadığı ortaya konulmuştur³⁶⁰. Şu halde taraflar arasındaki sözleşme Viyana Satım Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmışsa artık Antlaşmanın ne ikinci (sözleşmenin kurulması) ne de üçüncü kısmı (sözleşmenin ifası) uygulama alanı bulacaktır, üstelik ikinci kısımdaki hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için taraflar arasındaki satış sözleşmesinin Viyana Satım Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılmasının yanında, ilgili sözleşme için yapılan önerinin

³⁵⁸ 11 Aralık 1986 tarihinde CISG'ı onaylayan ülke sayısının 11'e yükselmesi sonucunda 01.01.1988 tarihinde Viyana Satım Antlaşması yürürlüğe girmiştir. (HONNOLD, s. 47, N. 1).

³⁵⁹ Mesela Türkiye açısından katılma, onay, kabul ya da intikal tarihi 07/07/2010 olmakla beraber yürürlük tarihi 01/08/2011 olmuştur. Antlaşmaya taraf ülkelerin listesi için Bilgi Üniversitesi nezdinde oluşturulan internet sitesinden de yararlanılabilecektir. (http://cisg.bilgi.edu.tr/?page_id=312).

³⁶⁰ MISTELIS, s. 21; BORISOVA, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/borisova.html>); VOLKEN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/volken.html>).

(icabın da) de Antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihten sonra yapılması zorunluluk olarak belirmektedir³⁶¹.

CISG m. 101, Viyana Satım Antlaşması'nın tarafı olan ülkenin bu sözleşmeden çekilme usulünü düzenlemektedir. İlgili maddenin ilk fıkrası Antlaşmanın tarafı olan her ülkenin yazılı bir resmi bildirimle bu Antlaşmayı veya bu Antlaşmanın II. ya da III. kısmını feshedebileceğini belirtmektedir. CISG m. 101/f. 2 düzenlemesi ise çekilme bildiriminin geçerli olacağı tarihi belirtmektedir. Buna göre, taraf ülkenin Viyana Satım Antlaşması'ndan çekilmesi, bu konuya ilişkin bildirim tevdî makamına ulaşmasından itibaren on ikinci ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününden başlayarak geçerli olacaktır.

D. Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulanması Bakımından Taraf İradeleri

I. Tarafların Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulanmayacağını Kararlaştırmaları

Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanı bulması için gereken tüm koşullar gerçekleşmiş olsa bile tarafların iradelerinin CISG hükümlerinin aralarındaki satış sözleşmesine uygulanmayacağı yolunda uyuşması durumunda artık tarafların rızaları aksine Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanması mümkün olmayacaktır. Bu konuda tarafların iradelerinin açıkça³⁶² ya da zımni³⁶³ olarak uyuşması yeterlidir³⁶⁴. Bu uyuşma herhangi bir şekilde bağlı olmadığı gibi kapsamı konusunda da taraflar serbest bırakılmıştır; yani taraflar

³⁶¹ **TOKER**, s. 141.

³⁶² “Bu sözleşmede tarafların hakları ve borçları hakkında 1980 Uluslararası Mal Satımına İlişkin Viyana Sözleşmesinin hükümleri uygulanmaz” şeklindeki bir ifadenin tarafların akdettikleri sözleşmede yer alması durumunda iradelerin açıkça uyuştüğundan bahsedilir. (**HERGÜNER**, s. 99).

³⁶³ Viyana Satım Sözleşmesi'nin tarafların zımni iradeleriyle tamamen ya da kısmen kapsam dışında bırakılıp bırakılamayacağı tartışmalı bir konudur. Doktrinde ağır basan görüş tarafların zımni olarak da CISG'ın uygulanmasını bertaraf edebilecekleri yolundadır. Zımni irade uyuşmasının yeterli olduğu yolunda bakınız **EKŞİ**, “INCORPORATION”, s. 288; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 60, Atamer'e göre, CISG bakımından zımni bertaraf imkânı prensip olarak vardır; ancak bunu sadece tarafların iradesinin uyuştüğü konusunda şüphe olmadığı durumda kabul etmek uygun düşmektedir; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 63; **ENDERLEIN/MASKOW**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>), Article 6, N. 1.2.

³⁶⁴ **DAYIOĞLU**, s. 17; **EKŞİ**, “INCORPORATION”, s. 288.

CISG’ın hiç uygulanmayacağını kararlaştırabilecekleri gibi sadece bazı hükümlerinin uygulanmayacağını da kararlaştırabilirler³⁶⁵.

Taraflar Viyana Satım Antlaşması’nın uygulanmayacağını kararlaştırırken CISG yerine uygulanacak hukuka karar verebilecekleri gibi böyle bir hukuk seçimi yapmadan sadece CISG’ı uygulama alanı dışında da bırakabilirler. Taraflar sadece Viyana Satım Antlaşması’nın uygulanmayacağını kararlaştırmışlarsa devletler özel hukuku kuralları uyarınca saptanan ulusal hukuk kuralları uygulama alanı bulacaktır³⁶⁶. Forum ülkesinin devletler özel hukuku kuralları, Antlaşma’nın tarafı olan bir ülkenin hukukuna gönderme yapıyorsa bu takdirde o ülkenin CISG dışındaki hükümleri uygulama alanı bulacaktır³⁶⁷. Taraflar uygulanacak hukuk olarak Viyana Satım Antlaşmasına taraf olmayan bir ülkenin hukukunu gösteriyorlarsa antlaşmanın zımni olarak kapsam dışı bırakıldığı sonucuna varılmalıdır³⁶⁸.

Taraflarca başka bir açıklamaya yer verilmeden, Viyana Satım Antlaşması’na taraf olan bir ülke hukukunun uygulanacak hukuk olarak kararlaştırılması durumunda antlaşmanın uygulanmasının zımni olarak bertaraf edilmiş olup olmadığı hususu ise tartışmalıdır³⁶⁹. Doktrinde genel kabul gören görüş bu durumda Viyana Satım Antlaşması’nın uygulama alanı bulacağı yolundadır; çünkü CISG antlaşmaya taraf olan devletin iç hukukunun bir parçası haline gelir ve Viyana Satım Antlaşması’na taraf bir devletin hukukunun seçilmesi durumunda Antlaşma o devletin hukukunun parçası olarak doğrudan ve öncelikli olarak uygulama alanı bulur³⁷⁰. Tarafların hukuk seçimi yaparken, mesela “Alman Hukuku” yerine “Alman BGB” yolundaki ifadeleri açıkça Viyana Satım Antlaşması hükümlerinin dışlandığı şeklinde yorumlanabilecektir³⁷¹.

³⁶⁵ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 58; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 63; **TİRYAKİOĞLU**, Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları, s. 202; **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 58; **DAYIOĞLU**, s. 16; **KAYA**, s. 9; **HONNOLD**, s. 125, N. 74; **HERGÜNER**, s. 99.

³⁶⁶ **HONNOLD**, s. 126, N. 75.

³⁶⁷ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 60, 62.

³⁶⁸ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 60; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 64; **TOKER**, s. 126-127; **FERRARI**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>).

³⁶⁹ Bu konuda çeşitli görüşler hakkında bakınız **TOKER**, s. 127.

³⁷⁰ **WILL**, s. 24-25; **TOKER**, s. 127; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 61; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 64; **TİRYAKİOĞLU**, Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları, s. 202; **ÇELİKEL**, Aysel/**ERDEM**, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2012, s. 353; **ŞANLI/EKŞİ**, s. 35; **KAROLLUS**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/karollus.html>).

³⁷¹ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHLECHTRIEM)**, s. 89, N. 12.

Tarafların açıkça hukuk seçimi yapmadığı bir durumda, taraflar yetkili mahkemeyi tespit etmişlerse, bu seçimleriyle aynı zamanda mahkemenin bulunduğu yerin maddi hukukunun uygulanmasını istedikleri sonucuna varılabiliyorsa ve bu da antlaşmaya taraf bir devletin hukuku değilse CISG'ın uygulanmasını istemedikleri sonucuna varmak gerekecektir³⁷².

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki tarafların aralarındaki sözleşmede INCOTERMS gibi ticari terimlere yer vermeleri, Viyana Satım Antlaşması'nın dışlanması olarak anlaşılmalıdır³⁷³.

II. Tarafların Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulanmasını Kararlaştırmaları

Viyana Satım Antlaşması 6'ncı maddesinde, Antlaşma'nın uygulanmasının taraflarca engellenebileceğine dair açık bir düzenleme içermesine rağmen sözleşmenin taraflarının aralarında çıkabilecek ihtilaflar hakkında Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanmasına karar vermeleri durumunda bunun geçerliliğine ilişkin bir hükme yer vermemiştir. Ancak tarafların antlaşmaya taraf bir devletin hukukunu seçmek yoluyla CISG'ın uygulanmasını sağlamaları imkânı her zaman mevcuttur³⁷⁴.

Tarafların antlaşmaya taraf bir devletin hukukunu seçmek yerine aralarındaki sözleşmenin doğrudan CISG hükümlerine tabi olacağını kararlaştırmaları durumunda ne olacaktır? Taraflar akdettikleri sözleşmede açıkça Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanacağını kararlaştırmışlarsa tarafların bu yöndeki beyanları bir maddi hukuk atfı olarak kabul edilmektedir ve Viyana Satım Antlaşması'nın hükümleri, bir ülkenin seçilmiş hukuku olarak değil, taraflarca aralarındaki sözleşmeye yerleştirilmiş sözleşme şartları olarak uygulanmaktadır³⁷⁵. Böyle bir seçimle söz konusu kurallar sözleşme hükmü haline gelirler ve bu sıfatla sözleşmeye uygulanırlar. Buna devletler özel hukukunda "Incorporation" yani sözleşmeye dâhil etme denmektedir³⁷⁶. Taraflar Viyana Satım Antlaşması'nın hükümlerinin bir kısmını ya da tamamını aralarındaki satış sözleşmesine yazabilecekleri gibi Antlaşma'nın

³⁷² ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 62.

³⁷³ HONNOLD, s. 126, N. 76.

³⁷⁴ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 62.

³⁷⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s. 354; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 63; DAYIOĞLU, s. 17; HUBER/MULLIS, s. 66; EKŞİ, "INCORPORATION", s. 286.

³⁷⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 354.

satış sözleşmesinin bir eki olduğunu da ifade edebilirler³⁷⁷. Tarafların sözleşme hükmü haline getirdikleri bu kuralların geçerliliği esasa uygulanacak hukuka (lex causae) tabidir. Eğer bu kurallar esasa uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı ise bu hükümlerin uygulanmayacağı sonucuna varılacaktır; buna karşılık lex causae'nın yedek hukuk kurallarına ters düşmekteyse uygulanmaları bertaraf edilemeyecektir³⁷⁸.

³⁷⁷ EKŞİ, "INCORPORATION", s. 288.

³⁷⁸ EKŞİ, "INCORPORATION", s. 276.

II. BÖLÜM

GENEL OLARAK SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ İLE İLGİLİ KAVRAMLAR VE TÜRK BORÇLAR KANUNUNUN DÜZENLEMESİ

Ş 1. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ BAKIMINDAN ÖNEM TAŞIYAN KAVRAMLAR VE BUNLARIN BİRBİRLERİYLE İLİŞKİSİ

A. Genel Olarak Hasar ve Hasarın Geçiş Kavramları ve Benzer Kavramlarla İlişkisi

I. Hasar Kavramı

a. Genel Olarak

Roma Hukukunda “periculum” sözüyle ifade edilen bu kavram bizim hukukumuzda Arapça’dan hasar şeklinde geçmiştir. Periculum, köken olarak Latince “kendisiyle tecrübe yapılan şey”, “deneme”, “deneme yazısı” anlamlarına gelmekteyken daha sonra “risk”, “tehlike”, “hasar” ve hatta “dava”, “dava edilmek” ve “batma tehlikesi” anlamlarında da kullanılmıştır³⁷⁹. Bu nedenle hasar kavramı birden çok anlama gelecek şekilde kullanılmaktadır. Borçlar Hukuku anlamında hasar, genel olarak tesadüfî bir olay sonucunda bir kişinin malvarlığında azalma meydana gelmesi ihtimalini ifade etmektedir³⁸⁰.

Hasar kavramının, biri geniş ve alelade, diğeri daha dar ve teknik olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Geniş anlamda hasar, zorlu bir olay sonucunda meydana gelen kırılma, bozulma, kötüleşme, telef olma gibi zararı ifade etmektedir³⁸¹. Geniş anlamda hasar için aynı hasar kavramı da kullanılmaktadır. Dar ve teknik anlamda hasar kavramı ise sadece borç ilişkileri açısından kullanılmaktadır ve borcun doğumu ile ifası arasında geçen sürede edimin,

³⁷⁹ **AYİTER**, Kudret, “Roma Hukukunda Alım Satım Akdinde Hasarın İntikali”, AÜHFD 1957, Cilt XIV, Sayı 1-4, s. 122; Betti’ye göre de “periculum” yerine göre anlamı değişebilen bir kelimedir. Tarafların (biri ya da diğeri veya her ikisinin) öngördüğü karşılıklı çıkarların denkleştirilmesi (Interessenausgleich) yoluyla sözleşmeden elde etmeyi hesapladıkları yararın kaybını ifade etmektedir (**BETTI**, Emilio, “Her İki Tarafa Borç Yükleyen Akitlerde Hasarın Kime Ait Olacağı Meselesi”, (Çeviren: Belgin Erdoğan), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1968, Cilt 2, Sayı 3, s. 178).

³⁸⁰ **ALTAY**, Sabah, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş, İstanbul 2008, s. 3.

³⁸¹ **AKINTÜRK**, Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 21; **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt 1, İstanbul 1978, s. 199-200; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 32.

borçluya yüklenemeyen nedenlerle³⁸² imkânsızlaşması sonucunda ortaya çıkan ve taraflardan birini ya da diğeri tehdit eden tehlikeyi ifade etmektedir. Bu tehlike satış sözleşmesinde satıcı bakımından kendi borcundan kurtulmakla beraber “satış bedelini talep hakkını kaybetmek”, alıcı bakımından ise, satılanı hiç ya da sözleşmeye uygun olarak elde edememesine rağmen satılanın bedelini ödemek ve dolayısıyla “satış konusundan ya da karşı edimden yoksun kalmak” şeklinde görülmektedir. Bu çeşit hasara, borca ilişkin hasar da denmektedir³⁸³.

Borca ilişkin hasar, sözleşmenin tarafları arasındaki riziko dağılımını ifade etmektedir ve yabancı hukuk sistemlerinde de hasar bu şekilde ifade edilmektedir. Alman, Avusturya, İsviçre, Fransız ve İngiliz hukuklarında bu konuda zarar terimlerine yer verilmemiş; ancak daima bir tehlikeyi ifade eden (Alman Hukukunda) “Gefahr”, Fransız Hukukunda “risque” ve ABD ve İngiliz Hukukunda “risk” terimleri kullanılmıştır³⁸⁴. Roma Hukukunda *periculum*³⁸⁵ ve inceleme konumuzu oluşturan Viyana Satım Antlaşmasının İngilizce metninde de risk kelimesi kullanılmıştır.

Aşağıda doktrinde yapılan ayrıma uygun olarak önce aynı hasar, daha sonra borca ilişkin hasar kavramları incelenecektir.

³⁸² **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 73; CISG m. 66-70 arasında geçen hasarın konusu ziya ve zararlar, mücbir sebepten ya da taraflar (veya onların temsilcileri) dışındaki 3’üncü kişilerin davranışlarından kaynaklanmaktadır. [**BRIDGE**, Michael, “CISG Uyarınca Hasarın Geçmesi”, (Çeviren: Başak Başoğlu), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 194].

³⁸³ **AKINTÜRK**, s. 24, 204; **FEYZİOĞLU**, s. 200; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 32; **ÇAKIRCA**, İrem, “Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi”, İÜHFMD 2007, C. LXV, S. 1, s. 179; Romein’e göre de hasar, sözleşmenin kurulmasıyla borcun ifası arasında sözleşme konusu malın kaza sonucu zayi olması ya da zarar görmesi durumunda, alıcı veya satıcıdan hangisinin bu zarara katlanmak zorunda olduğunu gösteren bir kavramdır. Yazara göre, hasarın geçişine ilişkin kurallar hasarın hangi anda geçtiğini belirler ve alıcı malları teslim almamasına ya da en azından hasarsız teslim alamamasına rağmen bu anda bedeli ödemek zorunda kalır [**ROMEIN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>)].

³⁸⁴ **ÖZDEMİR**, Hayrunnisa, “Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 2011, s. 361; **AKINTÜRK**, s. 25; **ACAR**, Hasar Riski, s. 4; **SCHWARZ**, Andreas B., “Satış Akdinde Hasarın İntikali”, (Çeviren: Kudret Ayiter), AÜHFMD 1947, Cilt 4, Sayı 1-4, s. 159-160.

³⁸⁵ Hasar (*periculum*) kavramı, Roma yaşamına ilk olarak satış sözleşmesiyle birlikte girmiş ve sözleşmelerde hasara ilişkin genel bir sistem oluşturulurken sinallagma anlayışına ters düşen ve hasarı, satış sözleşmesinin kurulması anından itibaren alıcıya yükleyen *periculum est emptoris* (veya *res perit emptori*) çözümü benimsenmiştir. [**ERİŞGİN** Söğütü, Özlem, Tarihsel ve Dogmatik Açından *Periculum Est Emptoris* (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara 2010, s. 23].

b. Eşyaya İlişkin Hasar (Ayni Hasar)

Geniş anlamda hasar kavramı kelimenin günlük dilde ifade ettiği anlamı karşılamaktadır. Bu anlamdaki hasar genel olarak, “herhangi bir olayın yol açtığı kırılma, dökülme, yıkılma gibi zararları” ifade etmektedir³⁸⁶. Deprem, sel, büyük yangın, doğal afetler gibi insanüstü ve önlenmesi imkânsız mücbir sebep türünden ya da daha az şiddette ve yine kolaylıkla öngörülemeyen savaş, müsadere gibi olaylar ile üçüncü şahsın hareketlerinden kaynaklanan ve gerekli özenin gösterilmesiyle önlenebilecek olan fiiller sonucu meydana gelen zararı ifade etmek için günlük dilde “hasara sebep olmak” ya da “hasara uğramak” gibi deyimler kullanılmaktadır³⁸⁷. Mesela yağın şiddetli yağmurlar neticesinde taşınan nehrin köprüleri ve yolları tahrip etmek suretiyle büyük hasara sebep olduğu veya bir şehirde meydana gelen depremin şehri büyük çapta hasara uğrattığı yolundaki konuşmalara her zaman rastlamak mümkündür. Bu konuşmalarda geçen hasar kavramı ise daha çok doğal afetlerin neden olduğu maddi zararlara ilişkindir³⁸⁸. Geniş anlamda hasar kavramıyla herhangi bir şeyin, bir borç ilişkisine konu olup olmadığına bakılmaksızın, telef ve zayi olması ya da kötüleşmesi durumunun ifade edildiği görülmektedir³⁸⁹. Bu sebeple geniş anlamda hasara ayni hasar veya eşyaya ilişkin hasar da denilmektedir.

Eşyaya ilişkin hasar³⁹⁰, bir sözleşmesel borç ilişkisinin konusu olup olmadığına bakılmaksızın kişinin üzerinde ayni hakka sahip olduğu bir eşyanın bozulma, kırılma, parçalanma gibi nedenlerle uğradığı malvarlıksal azalmayı kimin malvarlığının taşıyacağına, bu malvarlıksal azalmanın kimin malvarlığında doğacağına ilişkin bir kavramdır. Eşya yok olduğunda veya telef olduğunda, bununla birlikte hak da sona ereceği ya da zarara uğrayacağı için, eşyaya ilişkin hasara eşyanın maliki katlanacaktır ve Roma Hukukunda bu esas “*casum sentit dominus*”³⁹¹ yani “hasara malik katlanır” şeklinde ifade edilmiştir³⁹². Sigorta hukuku

³⁸⁶ ALTAY, s. 4; ÖZDEMİR, H., s. 360; AKINTÜRK, s. 21; ACAR, Hasar Riski, s. 3; Ayrıca bakınız <http://www.tdkterim.gov.tr/?kelime=hasar&kategori=terim&hng=md>.

³⁸⁷ ALTAY, s. 4; AKINTÜRK, s. 21.

³⁸⁸ AKINTÜRK, s. 21-22; ÖZDEMİR, H., s. 360.

³⁸⁹ AKINTÜRK, s. 22; ÖZDEMİR, H., s. 360.

³⁹⁰ Gümüş, eşya hasarı ve eşyaya ilişkin hasar şeklinde bir ayrıma yer vermiştir ve öğretide eşya hasarı kavramının kendi yaptığı ayırmada eşyaya ilişkin hasar kavramını karşıladığını belirtmiştir (GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012, s. 34, dñn. 121).

³⁹¹ Erişgin'e göre, *Casum sentit dominus* ya da *res perit domino* ifadelerinde geçen “*dominus*” kavramı ile sadece malik değil tüm ayni hak sahipleri anlaşılmalıdır (ERİŞGİN, s. 25; dñn. 3). Erişgin, bu durumda bir malın satış sözleşmesine konu olması sonucu satılanın alıcıya tesliminden sonra malın yok olması ya da malın vasfının bozulması, malın kötüleşmesi veya malda değer kaybı olması durumunda buna alıcının katlanacağını

açısından önem taşıyan ve yaygın olarak kullanılan hasar terimi de teknik olarak, eşyaya ilişkin hasardır (ayni hasardır)³⁹³.

c. Borca İlişkin Hasar

Hasar kavramı borç ilişkileri bakımından kullanıldığı zaman başka türlü ve teknik bir anlam kazanmaktadır. Dar anlamda hasar, geniş anlamdaki hasarın aksine eşya üzerindeki bir ayni hakka dayanmaz, alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin varlığına dayanır ve bu nedenle borca ilişkin hasar (*periculum obligationis*) da denilmektedir³⁹⁴. Borca ilişkin hasar kavramı da edim hasarı ve karşı edim hasarı olarak ikiye ayrılmaktadır. Aşağıda ilk olarak borca ilişkin hasar kavramı üzerinde durulacak, daha sonra ise edim hasarı ve karşı edim hasarı kavramları ele alınacaktır.

aa. Borca İlişkin Hasar Kavramı

Dar ve teknik anlamda hasar kavramından bahsedebilmek için bir borç ilişkisinin varlığına ihtiyaç vardır. Borç ilişkisi genellikle kullanılan anlamıyla, taraflar arasında çeşitli borçların kaynağını teşkil eden hukuki ilişkiyi ifade etmektedir ve bir borç ilişkisi, asli ve yan borçların yanı sıra yenilik doğuran hakları, def'ileri ve yetkileri de bünyesinde toplayabilmektedir. Bir borç ilişkisini meydana getiren en önemli kaynak ise sözleşmelerdir³⁹⁵. Bir borcun normal şekilde sona ermesini sağlayan husus borcun borç

belirtmiştir. Çünkü bu durumda alıcının ya malın maliki olduğunu veya en azından, malın onun egemenlik alanında iken hasara uğradığını ifade etmiştir (**ERİŞGİN**, s. 25). Klasik Roma'da *res perit domino* ilkesinin kabul edilmesinin nedeni olarak herhangi bir sigorta güvencesinin olmadığı bu dönemde satıcılar için mesafe satışlarının riskli olması yüzünden satıcıları teşvik etmek gayesinin güdülmesi gösterilmektedir. [**ERAUW**, Johan, "CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing It", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erauw.html>), dpn. 10].

³⁹² **GÜMÜŞ**, Cilt 1, 2012, s. 34; **ÖZDEMİR**, H., s. 360; **ALTAY**, s. 4-5; **ATAMER**, Yeşim, "Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s. 131, Yazar mesela bir ambar dolusu buğdayın yıldırım düşmesi sonucu yanması durumunda buğdayın ve ambarın maliklerinin hasarı da taşıyacaklarını ve kural olarak kimseden tazminat talebinde bulunmalarının mümkün olmadığını belirtmiştir. (**ATAMER**, Hasarın İntikali, s. 132).

³⁹³ **GÜMÜŞ**, Cilt 1, 2008, s. 60; **ALTAY**, s. 5.

³⁹⁴ **AKINTÜRK**, s. 24; **ALTAY**, s. 6.

³⁹⁵ **OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012, s. 3 vd; Eren'e göre, borç ilişkisi alacaklı ile borçlu arasında mevcut olan bir ya da birden fazla alacak hakkı ile beraber bunların karşılığını oluşturan asli ve yan borçları (asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülüklerini), özellikle yenilik doğuran haklarla def'i haklarının sayılabileceği ikincil hakları, faiz ve ceza koşulu gibi yan hakları, yan yükümlülükleri ve hak ve yükümlülükler dışında bazı külfetleri içerebilir. (**EREN**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 22 vd.) Benzer yönde **ANTALYA**, Borçlar, s. 8; **ARAL**, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s. 30.

ilişkinine uygun olarak ifa edilmesidir³⁹⁶; ancak henüz borç ifa edilmeden, yani borcun doğumu ile ifasının tamamlanması arasındaki sürede edimin yerine getirilmesinin borçluya yüklenemeyen sebeplerle imkânsızlaşması olgusu gerçekleşebilmektedir. Borca ilişkin hasar kavramı, bu ifa imkânsızlığının sonuçlarına alacaklı ve borçludan hangisinin katlanacağını belirlemektedir. Borca uygun şekilde yapılan ifa ile borç sona ereceği, ortadan kalkacağı ve taraflar arasındaki asıl borç ilişkisi çözüleceği için borca uygun ifadan sonra artık borca ilişkin hasardan bahsedilemeyecektir³⁹⁷.

Borca ilişkin hasar, genel olarak taraflar arasında meydana gelmiş bulunan bir borç ilişkisinde borcun doğumu ile ifasının tamamlanması arasında geçen devrede edimin borçluya yüklenemeyen sebeplerle imkânsızlaşması durumunda ortaya çıkan ifa engelinin olumsuz sonuçlarının, borç ilişkisinin taraflarından hangisinin malvarlığında doğacağını belirlenmesiyle ilgilidir³⁹⁸. Bu bağlamda borca ilişkin hasar sözleşme tarafları arasındaki riziko dağılımının nasıl olacağını ortaya koymaktadır³⁹⁹. Bu risk, borçlunun borcunu kendi kusuru olmaksızın yerine getirememesi olgusunun olumsuz malvarlıksal sonuçlarına katlanma riskidir ve bu riskin ne olduğu, kusursuz sonraki imkânsızlığın borç ilişkisi üzerindeki etkisine ve meydana getirdiği hukuki sonuçlara göre şekillenmektedir⁴⁰⁰.

Dar ve teknik anlamda hasar yani borca ilişkin hasar, borç konusunun telef olması ya da kötüleşmesi anlamında olmayıp edimin, borçluya yüklenemeyen sebeplerle imkânsızlaşması durumunda ortaya çıkan ve taraflardan birini ya da diğerini tehdit eden tehlike olarak anlaşılmalıdır⁴⁰¹. Viyana Satım Antlaşması bağlamında hasarın geçişi sorunu incelenirken göz önünde tutulması gereken hasar da borca ilişkin hasar olacaktır.

³⁹⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 276; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 532; Borçlar Kanunumuz borçları sona erdiren genel sebepleri hükme bağlamıştır ve borcu sona erdiren sebepler olarak ibra, yenileme, birleşme, ifa imkansızlığı, aşırı ifa güçlüğü, takas ve ayrıca zamanaşımına yer vermiştir. Eski Borçlar Kanunumuz borçların sona ermesine ilişkin sebepler arasında ibraya yer vermemiştir. (OĞUZMAN/ÖZ, s. 541 vd; KILIÇOĞLU, s. 829 vd.)

³⁹⁷ ALTAY, s. 8.

³⁹⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 32; ÖZDEMİR, H., s. 361; AKINTÜRK, s. 24; GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 34; TANDOĞAN, Borçlar, s. 106; ACAR, Hasar Riski, s. 4.

³⁹⁹ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 34; ÖZDEMİR, H., s. 361; ALTAY, s. 7.

⁴⁰⁰ ALTAY, s. 7.

⁴⁰¹ AKINTÜRK, s. 24; UYAR, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 1, Ankara 2012, s. 1198; FEYZİOĞLU, s. 200.

bb. Edim Hasarı-Karşı Edim Hasarı Ayrımı

Edim hasarı, taraflar arasında borcun doğumundan sonra fakat ifasının gerçekleştirilmesinden önce, borçlunun sorumlu olmadığı haller sebebiyle edimin gereği gibi ifasının imkânsızlaşması durumunda, borçlunun borcundan kurtulup kurtulamayacağı yani alacaklının imkânsızlık halinin varlığına rağmen borçludan borçlandığı edimi yerine getirmesini talep edip edemeyeceği ile ilgilidir. Borçlunun borcundan kurtulması edim hasarına alacaklının katlanması anlamına gelirken, edimin borcun doğumundan sonra borçluya yüklenemeyen nedenlerle imkânsızlaşması durumunda bile borçlunun borcunu ifa ile yükümlü olması (asli edim yükümü veya onun yerine geçen tazminat yükümü şeklinde olması fark etmeden ifa yükümünün devam etmesi) edim hasarına borçlunun katlanması anlamına gelmektedir⁴⁰². Edim hasarı hem tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hem de iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ortaya çıkabilmektedir⁴⁰³. Doktrinde, edim hasarı kavramından söz edilebilmesi için meydana gelmesi zorunlu olan edimin sonraki imkânsızlığı olgusunun ancak parça borçlarında mümkün olabileceği, çeşit borcunda ise imkânsızlığın söz konusu olamayacağı kabul edilmektedir⁴⁰⁴. Parça telef olduğu takdirde telafi edilmez, mesela “belirli Van kedisi öldüğü takdirde borcun ifası imkânsızlaşır ve edimi yineleme zorunluluğu olmadığından edim hasarına alacaklı katlanacaktır. Ancak çeşit borcu, telef olanı tedarik etme zorunluluğu doğurmaktadır ve borçlunun, kaybolanın, eksilenin veya bozulanın yerine yenisini koyması gerekmektedir⁴⁰⁵. Çeşit borcu “nevi telef olmaz” (genus non perit) kuralı uyarınca imkânsızlığa konu olmaz ve borçlu temerrüdü hükümlerine tabi olur⁴⁰⁶. Bu anlatılanların ışığında çeşit borcunda edim hasarını borçlunun, parça borcunda ise alacaklının üstleneceği söylenmelidir⁴⁰⁷. Sınırlı çeşit borçlarında ise eşyanın yer aldığı stokun ya da depodaki çeşidin tamamının imkânsızlaştığı durumlarda borç da sona erer. Bu bakımdan

⁴⁰² GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 34; ÖZDEMİR, H., s. 363; TANDOĞAN, Borçlar, s. 107; ALTAY, s. 10-11; ARAL, Borçlar Hukuku, s. 75; ANTALYA, Borçlar, s. 42.

⁴⁰³ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 75; AKINTÜRK, s. 27; ACAR, Hasar Riski, s. 9; TANDOĞAN, Borçlar, s. 107; ÇAKIRCA, Edim, s. 180.

⁴⁰⁴ ALTAY, s. 25; ANTALYA, Borçlar, s. 42; OĞUZMAN/ÖZ, s. 9; (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt), SEROZAN, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, s. 82, §7 N 7; DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, s. 137 vd.

⁴⁰⁵ SEROZAN, İfa Engelleri, s. 82, §7 N 7; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012, s. 206.

⁴⁰⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 9; ANTALYA, Borçlar, s. 42; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2012, s. 23, s. 313.

⁴⁰⁷ ANTALYA, Borçlar, s. 42; SEROZAN, İfa Engelleri, s. 82, §7 N 7.

sınırlı çeşit borcunda imkânsızlık söz konusu olabilmektedir⁴⁰⁸. Çeşit borcundan farklı olarak sınırlı çeşit borcunda borçlunun başka bir stoktan temin etme zorunluluğu yoktur ve stokun tamamen yok olması durumunda edim hasarı alacaklıya ait olmaktadır⁴⁰⁹. Buna karşılık, stokun belirli bir kısmı hasara uğramışsa kalan kısım alacaklıya yapılacak ifayı bütünüyle karşılayabiliyorsa satıcının ifa yükümü devam eder, kısmen karşılaması ihtimalinde ise karşılanamayan kısma ait hasar alacaklıya ait olur⁴¹⁰.

Karşı edim hasarı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusudur ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borcun ifasının, borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle imkânsızlaşması durumunda edimini elde edemeyen alacaklının, karşı edim niteliğindeki kendi edimini ifa etmek zorunda olup olmadığıyla ilgilidir⁴¹¹.

Edim hasarı ve karşı edim hasarı kavramları arasında mantıki açıdan zorunlu bir bağıllık bulunmaktadır. Karşı edim hasarını kimin taşıyacağı sorununun doğması için ön koşul, edim hasarının alacaklıya geçmiş olmasıdır. Edim hasarı borçluda olduğu sürece, yani kendisi yeni bir mal temin edip ifa etmek zorunda olduğu sürece karşı edim hasarı sorunundan bahsedilemez; çünkü karşı edim hasarı sorunu borçlunun borcunu ifa edememesine rağmen alacaklının borcunu ifa etme yükümlülüğünde olup olmadığına yönelik bir sorundur. Borçlu borcunu ifa yükümlülüğü altında olduğu ve dolayısıyla alacaklının borcunu elde edememe riskinin olmadığı bir zaman diliminde alacaklının maruz kalacağı bir risk henüz doğmamıştır ve bu zaman diliminde karşı edim hasarı riski bulunmamaktadır⁴¹². Bu sebeple hasarın geçişi sorunu temelde karşı edim hasarının kime ait olacağı sorundur⁴¹³.

Edim hasarı ve karşı edim hasarının geçişi sorunu, satıcının borcunun, satış sözleşmesi kurulduktan sonra ancak borcun ifasından önce umulmayan bir hal sebebiyle imkânsızlaştığı

⁴⁰⁸ **ANTALYA**, Borçlar, s. 42; **SEROZAN**, İfa Engelleri, s. 82, §7 N 7; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 9; **ATAMER**, Hasarın İntikali, s. 140; **HATEMİ/GÖKYAYLA**, s. 206.

⁴⁰⁹ **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 143.

⁴¹⁰ **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 82; Aynı şekilde alacaklının hakkını karşılayan kısmın ifasını talep hakkına sahip olduğu yolunda bakınız **ANTALYA**, Borçlar, s. 42.

⁴¹¹ **GÜMÜŞ**, Cilt 1, 2012, s. 35; **ÖZDEMİR**, H., s. 363; **ACAR**, Hasar Riski, s. 10; **TANDOĞAN**, Borçlar, s. 107.

⁴¹² **ACAR**, Hasar Riski, s. 10-11; **GÜMÜŞ**, Cilt 1, 2012, s. 35; **ATAMER**, Hasarın İntikali, s. 133; **ÖZDEMİR**, H., s. 364; **ALTAY**, s. 12.

⁴¹³ **GÜMÜŞ**, Cilt 1, 2012, s. 35; **ÖZDEMİR**, H., s. 364; **ACAR**, Hasar Riski, s. 11; **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 75.

haller ile sınırlıdır⁴¹⁴. Buradaki umulmayan hal kavramı, teknik anlamda umulmayan hal kadar mücbir sebep ya da üçüncü kişinin fiilini de (ifa yardımcısı sayılmayan) kapsamaktadır⁴¹⁵.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri genellikle bir şeyin verilmesini, yapılmasını ya da yapılmamasını borçlanırken diğer tarafın borcu genellikle belli bir bedelin ödenmesidir. Bu sebeple satış, kira, eser sözleşmesi gibi sözleşme türlerinde karşı edim hasarına “bedel hasarı ya da semen hasarı” adı da verilmektedir⁴¹⁶. Satış sözleşmesinde hasar ve yarardan söz edilince, bunu satış konusu mal bakımından ele almak gerekmektedir; diğer bir deyişle satış parasının hasar ya da yararından söz edilmemektedir. Ancak satış sözleşmesinde “bedele ilişkin hasar” söz konusu olabilmektedir. Bu ifade aldatıcı gelse de bedele ilişkin hasar, edimin ifasının kısmen ya da tamamen mümkün olmadığı durumlarda hasarın alıcıya ait olduğu kuralı gereği, bedelin istenmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple hasarın ancak satılan mala ilişkin olabileceğini ve bedelin hiçbir zaman hasara uğramadığını vurgulamak gerekmektedir⁴¹⁷. O halde bedel hasarı ya da bedele ilişkin hasar, satış sözleşmesinde edim hasarına katlanan ve böylece satıcıdan satılanın kendisine sözleşmede öngörüldüğü gibi teslim edilmesine ilişkin talep hakkını kaybederek satılanı hiç elde edemeyen veya kötüleşmiş olarak teslim alan alıcının, satış bedelini sözleşmede öngörüldüğü üzere tamamen ödemekle yükümlü olup olmadığı sorunu ile ilgilidir⁴¹⁸.

II. Hasarın Geçişi Kavramı

Hasarın geçişi kavramı ile şeye ya da borca ilişkin bir tehlikeye hangi tarafın hangi andan itibaren katlanacağı problemi kastedilmektedir⁴¹⁹. Eğer alıcı, malın umulmayan bir hal sebebi ile telef olması durumunda da satış bedelini ödemeye mecbur ise hasarın ona (yani alıcıya) ait olduğu söylenir. Aksi halde, alıcı aynı şekilde satış bedelini ödeme zorunluluğundan kurtulmuşsa ve bundan dolayı satıcının eline bir şey geçmiyorsa, satıcının bedelden mahrum kalma tehlikesini üzerine aldığından ve hasarın satıcıya ait olduğundan söz

⁴¹⁴ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, 2008, s. 61.

⁴¹⁵ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 35.

⁴¹⁶ ACAR, Hasar Riski, s. 11; ALTAY, s. 19; ANTALYA, Borçlar, s. 42.

⁴¹⁷ AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalân, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 61.

⁴¹⁸ ALTAY, s. 31; VALIOTI, Zoi, “Passing of Risk in international sale contracts: A comparative examination of the rules on risk under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and INCOTERMS 2000”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N.3.C.ii.

⁴¹⁹ FEYZİOĞLU, s. 200.

edilir⁴²⁰. Dolayısıyla satış sözleşmesinde hasarın geçişi meselesi, esas olarak ifası ya da gereği gibi ifası satıcıya yüklenemeyen haller sebebiyle imkânsızlaşan teslim borcu karşısında, satış bedelinin akıbetinin yani bedelin hala ödenip ödenmeyeceği ya da daha önce ödenmişse geri alınıp alınmayacağı hususunun tespit edilmesinden ibarettir⁴²¹.

AKINTÜRK, hasarın geçişi kavramını incelerken geniş anlamda hasar ve dar anlamda hasar ayırımına paralel olarak geniş anlamda hasarın geçişi ve dar anlamda hasarın geçişi ayırımını yapmıştır. Buna göre geniş anlamda hasarın geçişi ile borç ilişkileri dışında kalan bir malın uğradığı zararların kime ait olduğu; dar anlamda hasarın geçişi ile de bir borç ilişkisinde edimin borçluya yüklenemeyen haller sebebiyle imkânsızlaşması durumunda ortaya çıkan tehlikeye kimin katlanacağı hususu ifade edilmek istenmektedir⁴²². Sözleşmeden doğan borçlarda hasarın geçişi kavramı ise taraflar arasında kurulan sözleşmenin tek tarafa⁴²³ ya da tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme⁴²⁴ niteliğinde olmasına göre farklı anlamlar taşımaktadır. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bedel hasarı söz konusu olamaz ve bu nedenle borcun ifasının sonradan imkânsızlaşmasının hukuki sonucu, alacaklının kendisine taahhüt olunan edimin ifasını talep hakkının sona erip ermeyeceğine ilişkin olup, bu da edim hasarına alacaklının mı yoksa borçlunun mu katlanacağı sorusuna cevap oluşturmaktadır⁴²⁵. Satış sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hem edim hasarı hem bedel hasarı söz konusu olabilmektedir ve tam iki tarafa borç yükleyen bu tür sözleşmelerde hasarın geçişi deyimi, edimin sonraki imkânsızlığı nedeniyle borcundan kurtulan borçlunun bir de karşı edimi talep edebilip edemeyeceği ile ilgili olmaktadır⁴²⁶.

⁴²⁰ SCHWARZ, s. 160.

⁴²¹ AKINTÜRK, s. 11-12; ÖZDEMİR, H., s. 361; FEYZİOĞLU, s. 200.

⁴²² AKINTÜRK, s. 62 vd.

⁴²³ Bağışlama vaadi gibi “Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler” taraflardan yalnız birine borç yüklemektedir. (OĞUZMAN/ÖZ, s. 46; KILIÇOĞLU, s. 47).

⁴²⁴ Satış sözleşmesi, kira sözleşmesi, hizmet sözleşmesi gibi bir sözleşmede her iki tarafın da birbirlerine asli bir edimi ifayla yükümlü oldukları (tarafların birbirlerine karşı hem alacaklı hem borçlu oldukları), taraflardan her birinin diğer tarafın edimini elde etmek için borç altına girdiği, taraflardan her birinin borcunun diğer tarafın borcunun karşılığını teşkil ettiği ve bir edim değişiminin söz konusu olduğu karşılıklı sözleşmelere “tam iki taraflı sözleşmeler” ya da “karşılıklı edimler içeren sözleşmeler” adı verilir. (OĞUZMAN/ÖZ, s. 337; SEROZAN, İfa Engelleri, s. 63, §6 N 1; NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 24).

⁴²⁵ AKINTÜRK, s. 64; ALTAY, s. 13.

⁴²⁶ ALTAY, s. 15.

III. Hasar Kavramının İmkânsızlıkla İlişkisi

a. Genel Olarak

Edim hasarı, imkânsızlık durumunda borçlunun hala ifayla yükümlü olup olmadığı sorusuna cevap veren ve bu riske kimin katlanacağını ortaya koyan bir kavramdır. Bu nedenle edimin sonraki imkânsızlığı hasar kavramıyla iç içedir⁴²⁷. Aynı şekilde satış sözleşmesinde bedel hasarının ortaya çıkabilmesi için satış sözleşmesinin varlığından başka teslim borcunun ifasının ya da gereği gibi ifasının imkânsızlaşması gerekmektedir⁴²⁸. Dolayısıyla imkânsızlık kavramının ve imkânsızlık türlerinin incelenmesine ihtiyaç vardır. Aşağıda sırasıyla imkânsızlık kavramına ve imkânsızlık türlerine yer verilecektir.

b. İmkansızlık Kavramı

Roma hukukundan günümüze kadar birçok hukuk sisteminde kanuni düzenlemelere konu olan imkânsızlık kurumu, borçlar hukuku bakımından büyük önem taşımaktadır; çünkü imkânsızlık, bir sözleşmenin geçerli olup olmadığı ya da sözleşme ilişkisinden kaynaklanan bir borcun sona erip ermediği ile doğrudan ilgilidir⁴²⁹. Ancak şu kadarını belirtmek gerekir ki common law sisteminde imkânsızlık, borcun sona erme sebebi olarak kabul edilmemiştir ve *Sanctity of Contract* teorisi uyarınca sözleşme alacaklıya hakkı olanı elde edeceğine dair verilen bir garanti olarak nitelendirildiğinden sözleşme ile borç altına giren kişinin bununla her koşulda bağlı kabul edildiği görülmektedir. Mahkemeler ilk zamanlardan itibaren bu kuralın uygulanmasında birincisi, iş görme sözleşmelerinde borçlunun ölümü ya da ağır hastalığı nedeniyle borcun ifasının imkânsızlaşması; ikincisi, sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan bir kanun değişikliği sebebiyle borcun ifasının hukuka aykırılık teşkil etmesi olmak üzere iki istisnanın varlığını kabul etmişler, sonrasında ise İngiliz mahkemeleri örtülü şart ve yorumlayıcı şart teorileri ile istisna sayılan durumları genişletmişlerdir⁴³⁰.

İmkânsızlık, birçok hukuk sisteminde düzenlenmiş olmasına rağmen imkânsızlığın kanuni bir tanımı bulunmamaktadır. İmkânsızlık konusunda doktrinde çeşitli tanımlar vardır. Doktrinde bir görüş imkânsızlığı, edimin, içeriği değişmeden (aliud'a dönüşmeden yani

⁴²⁷ ALTAY, s. 85.

⁴²⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız AKINTÜRK, s. 30 vd.; ALTAY, s. 84 vd.; ACAR, Hasar Riski, s. 39.

⁴²⁹ TOPUZ/CANBOLAT, s. 675.

⁴³⁰ BAŞOĞLU, Başak, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012, s. 53 vd.

başkalaşmadan) borçlunun etkinliği ile aynen ifasının sürekli olarak olanak dışı bulunması olarak tanımlamaktadır⁴³¹. EREN'e göre, imkânsızlık kavramı, dar anlamda yorumlanmalı ve daha çok edim sonucuna ilişkin olmalıdır. Bu sebeple imkânsızlık, edim sonucunun hem borçlu hem üçüncü kişiler tarafından yerine getirilmesinin sürekli ve objektif olarak mümkün olmaması halinde söz konusu olur⁴³². PALANDT'a göre imkânsızlık, mantıki ve tabii ilimler alanında hiçbir şekilde yapılmasına imkân olmayan bir edimdir⁴³³. Bir başka görüş ise imkânsızlığı, bir borcun ya baştan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da doğduktan sonra ifasını engelleyen maddi ve hukuki engellere verilen isim olarak tanımlamaktadır⁴³⁴. OĞUZMAN/ÖZ ise, ifa imkânsızlığını, mevcut bir borcun ifasının cebri icra yoluyla elde edilemeyecek duruma girmesi olarak tanımlamıştır. İfanın öneminin borçludan çok alacaklı bakımından olduğunu belirterek her ne sebeple olursa olsun alacaklının kesinlikle ifayı elde edemeyeceği bütün durumların imkânsızlık sayılması gerektiğini ifade etmişlerdir⁴³⁵. Genel olarak, ifa edilemeyen ya da ifa edilemez duruma gelen bir edim imkânsızdır⁴³⁶.

İmkânsızlık bir ya da birden fazla edimi kapsayabilir. Ayrıca, edimin ifasının imkânsızlığı, asli edimlerin yanı sıra yan edimler bakımından da söz konusu olabilir. İmkânsızlık genellikle edim sonucuna⁴³⁷ ilişkin olmalıdır; yani edim sonucunun hem borçlu

⁴³¹ SEROZAN, İfa Engelleri, s. 163, §14 N 2.

⁴³² EREN, s. 1037.

⁴³³ PALANDT, Otto, (Bearbeitet von Danckelmann, Gramm, Hoche, Keidel, Santerbach.) 22 Neubearbeitete Auflage, München und Berlin 1963, s. 23, Aktaran: ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970, s. 9.

⁴³⁴ ERZURUMLUOĞLU, Edimin Yerine Getirilememesi, s. 9; AKINTÜRK, s. 33; YÜCER, İpek, "Impossibility in Turkish Law", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010, Cilt 14, Sayı 2, s. 172; Arıkan da benzer şekilde imkânsızlığın, edimin maddi ya da hukuki bir sebepten dolayı yerine getirilememesi anlamına geldiğini belirtmiştir. Buna göre eğer edim, maddi bir sebepten ötürü yerine getirilemiyorsa maddi imkânsızlıktan, hukuki bir sebepten ötürü yerine getirilemiyorsa hukuki imkânsızlıktan söz edilir (ARIKAN, Mustafa, "Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı ve Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, Cilt 16, Sayı 2, s. 266).

⁴³⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 389.

⁴³⁶ DURAL, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 7; DURAL, Mustafa, "İmkânsızlık Kavramı ve Türleri", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1973, Cilt VII, Sayı 1, s. 13; ALTUNKAYA, s. 89; BUZ, Vedat, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması", AÜSBFD, Ocak-Haziran 1994, Cilt 49, Sayı 1 (İlhan Öztürk'a Armağan, Ankara 1994), s. 23; ALTAŞ, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002, s. 184.

⁴³⁷ Edim, borçlunun alacaklıya yarar sağlayan belirli bir davranıştır. Edim kavramı, çift anlam taşır. Gerçekten edim kavramı hem edim fiilini hem de edim sonucunu ifade eder. Edim sonucu, alacaklının borç ilişkisiyle amaçlanan menfaate, değere fiilen kavuşmasıdır. Örneğin, satış sözleşmesinde, alıcının satılan şeyin zilyetlik ve mülkiyetini kazanması böyledir ve bu sonuç fiilen gerçekleşmediği sürece, borçlu bu amaçla her türlü gayret ve özeni göstermiş olsa da borç ifa edilmiş sayılmaz. Edim fiili ise, borçlunun, karşı tarafın borç ilişkisinden beklediği sonucun elde edilmesi amacıyla gerekli faaliyetleri yerine getirmesini ifade eder ve bu noktada borçlunun borç ilişkisinin gereği olan faaliyetlerde bulunması yeterli olup bir sonuç elde edilmesi önemli

hem üçüncü kişiler tarafından yerine getirilememesi imkânsızlık kavramını doğurur. Ancak bazı hallerde imkânsızlık edim fiiline ilişkin de olabilir. Mesela hizmet sözleşmesinde işçinin borçlandığı edim, bir edim fiilidir. İşçinin iş göremez hale gelmesi durumunda imkânsızlık edim fiiline ilişkin olmaktadır⁴³⁸.

İmkânsızlık parça borcu, sınırlı cins borcu ve kişisel iş görme edimlerinde gündeme gelmektedir; ancak çeşit borçlarında ve gayri şahsi iş görme edimlerinde pek rastlanmamaktadır, para borçlarında ise asla söz konusu olamayacağı doktrinde ifade edilmektedir⁴³⁹. Ancak çeşit borcuna konu olan malın devrinin yasaklanması gibi istisnai durumlarda devir borcunun ifası imkânsızlaşmış olur⁴⁴⁰. Yapmama edimlerinde de imkânsızlık söz konusu olabilir, mesela, imar mevzuatına göre yapılacak binaların yüksekliği konusunda kanuni düzenleme bulunduğu için komşu aynı yüksekliğe uyacağını taahhüt etmişse bir yapmama edimi vardır ve eğer komşu, böyle bir taahhüde aykırı olacak şekilde bir edim yüklenmişse başlangıçtaki imkânsızlığın varlığından dolayı herhangi bir borç doğmaz⁴⁴¹.

Doktrinde imkânsızlık türleri konusunda çeşitli ayrımlar yapılmıştır. Bu ayrımların başlangıçtaki-sonraki imkânsızlık, objektif-sübjektif imkânsızlık, sürekli-geçici imkânsızlık,

değildir. Mesela hizmet ve vekâlet sözleşmelerinde edim fiili borçlanılmıştır ve yürüttüğü davada gerekli dikkat ve özeni gösteren bir avukat ilgili davayı başarıyla sonuçlandıramadığı takdirde bile borcunu yerine getirmiş olur. (Ayrıntılı açıklama için bakınız **ARAL**, İfa, s. 61 vd).

⁴³⁸ **ALTUNKAYA**, s. 90; Serozan da ifa imkânsızlığının borçlunun edim eylemlerini yerine getirmek yoluyla edim sonucunu gerçekleştirmesinin “doğal mantık” veya “hukuksal mantık” bakımından kesin ve sürekli olarak olanaksızlaşması anlamına geldiğini belirtmektedir (**SEROZAN**, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 260).

⁴³⁹ **SEROZAN**, İfa Engelleri, s. 162, §14 N 2; **ALTUNKAYA**, s. 90; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 9, s. 558 vd; **ERZURUMLUOĞLU**, Edimin Yerine Getirilememesi, s. 12; Barlas’a göre, sembol olarak para, çok sayıda mevcut ve piyasadan her zaman temin ve tedarik edilmesi mümkün olan bir nesne olduğuna göre, esas itibarıyla para borçlusu borcunu dürüstlük kuralı çerçevesinde serbestçe belirleyeceği, nominal değerlerinin toplamı borç miktarına eşit paralarla ifa edebilir ve bu sebeple para borcunun cins borcu niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Ancak Barlas parada yerleşik soyut mali gücün taşıdığı önem ve paranın arz ettiği özellikler sebebiyle çeşit borcunun özel bir türü olduğunu belirtmektedir (**BARLAS**, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s. 10). Dural da para borcunun çeşit borcu olduğunu ve çeşit olarak da para hiçbir zaman ortadan kalkmayacağına göre objektif olarak imkânsızlaşmasının söz konusu olamayacağını belirtmiştir (**DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 144); Aynı yönde **BAŞOĞLU**, Başak, “Borcun İfasındaki İmkânsızlık”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 323.

⁴⁴⁰ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 559.

⁴⁴¹ **ALTUNKAYA**, s. 90; Bu konuda verilen başka bir örnek şu şekildedir: Belli bir marka malı belli bir piyasada satmama şeklinde bir rekabet etmeme yükümünde bu malın üretiminin ya da ithalinin yasaklanması üzerine, esasen artık rekabet etmeme borcu da imkânsızlaşmış sayılabilecektir (**GÜNDOĞDU**, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 60).

tam-kısmi imkânsızlık ve kusurlu-kusursuz imkânsızlık şeklinde yapıldığı görülmektedir. Bu noktada belirtmelidir ki Alman hukukunda imkânsızlık sisteminde yapılan değişikliklerle imkânsızlık kavramıyla ilgili tüm ayrımlar kaldırılmış ve BGB § 275'te bütün imkânsızlık halleri bir arada düzenlenmiştir⁴⁴². Biz aşağıda imkânsızlık türlerinden önce objektif-sübjektif imkânsızlık ayrımını, sonra tam-kısmi imkânsızlık, hukuki imkânsızlık ve zamansal imkânsızlık durumlarını ele alacağız.

c. İmkansızlığın Türleri

aa. Objektif ve Sübjektif İmkânsızlık

Objektif-sübjektif imkânsızlık kavramlarının tanımlarına kanunlarda yer verilmemiştir. Üstelik doktrinde de bu kavramlar yönünden görüş birliği bulunmamaktadır. Bir kısım yazarlar bu ayrımı kabul ederlerken diğerleri reddetmektedirler⁴⁴³. Objektif ve sübjektif imkânsızlık ayrımını kabul eden yazarlara bakıldığında iki ayrı tanım yapıldığı görülmektedir. Doktrinde objektif-sübjektif imkânsızlık ayrımında kullanılan ilk ölçüt, edimi, sadece borçlunun mu, yoksa herkesin mi yerine getirip getiremeyeceği ile ilgilidir. Buna göre edim, borçlu tarafından yerine getirilememesine rağmen üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebiliyorsa sübjektif imkânsızlık bulunmaktadır. Buna karşılık edim, borçlu da dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından yerine getirilemiyorsa, objektif imkânsızlık söz konusu olmaktadır⁴⁴⁴. Ancak sübjektif imkânsızlık bakımından edim, herhangi bir üçüncü kişi tarafından değil, edim sonucuna ulaşabilen bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilebilir olmalıdır ve bunun pratik açıdan önemi, borçlunun tasarruf yetkisinin eksik olduğu durumlarda kendisini göstermektedir. Mesela borçlu kendisine ait olmayan bir malı satmıştır,

⁴⁴² **BAYSAL**, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009, s. 121; **ERGÜNE**, Mehmet Serkan, “Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları”, İÜHF 2004, Cilt LXII, S. 1-2, s. 351; **SEROZAN**, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, s. 241.

⁴⁴³ **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 79; **DURAL**, İmkânsızlık Kavramı, s. 28-29; **ALTUNKAYA**, s. 111.

⁴⁴⁴ **ALTUNKAYA**, s. 114; **TOPUZ/CANBOLAT**, s. 677; **ARAL**, İfa, s. 70; **ARIKAN**, s. 267; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 392; **NOMER**, s. 63; **CANBOLAT**, Ferhat, Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi, Çökmesi ve Boşa Çıkması, Ankara 2012, s. 130-131; **BUZ**, Eser Sözleşmesi, s. 24; **KAPLAN**, İbrahim, Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), Ankara 2012, s. 144; **REİSOĞLU**, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012, s. 139; **KIRKBEŞOĞLU**, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011, s. 156; **İNAN**, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, s. 148; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 1969, s. 178-179; **BAŞPINAR**, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 119; **ALTAŞ**, s. 184-185; **KURT**, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 123.

aynı şekilde aynı saat diliminde çalışılması gereken iki adet iş sözleşmesi yapılmıştır. Bu noktada teorik olarak bile borçlunun edim yükümlülüğünü yerine getirememesi söz konusudur⁴⁴⁵.

Objektif ve sübjektif imkânsızlık ayırımında kullanılan bu ilk ölçüt esas alındığında ölmüş bir atın satılması veya devri daim makinesinin yapılmasının taahhüt edilmesi ya da zaten alacaklıya ait bir şeyin mülkiyetinin yine ona devredilmesi taahhüdü gibi fiilen kimse tarafından yerine getirilemeyecek hususlar objektif imkânsızlık meydana getirir. Buna karşılık genel anlamda borçlunun tasarruf yetkisinin bulunmadığı haller yukarıda belirttiğimiz üzere sübjektif imkânsızlık olarak kabul edilmektedir. Mesela, borçlunun başkasına ait olan bir malı satması durumunda, onun mülkiyeti devir borcu tasarruf yetkisi bulunmadığı için sübjektif imkânsızlık oluşturmaktadır⁴⁴⁶.

Doktrindeki diğer bir kısım yazarlar⁴⁴⁷ tarafından kabul edilen ikinci tanımda ölçü ise, imkânsızlığın edim konusundan mı yoksa borçlunun şahsından mı doğduğudur. Yani imkânsızlığın sebebi, borçlunun şahsında mı bulunmaktadır yoksa borçlunun şahsının dışında kalan sebepler mi imkânsızlığı doğurmaktadır? Bu görüşü savunan yazarlara göre, imkânsızlık borçlunun kişisel durumundan doğmuşsa başkalarının yani üçüncü kişilerin edimi ifa edemedikleri durumda bile sübjektif imkânsızlık olabilir. Bu durumda objektif imkânsızlığın söz konusu olabilmesi için edimin başkaları tarafından da ifa edilememesi yetmemektedir, bunun yanında imkânsızlığın borçlunun şahsından da doğmamış olması gerekmektedir. Eğer başkaları tarafından da ifa edilemeyecek olan bir edim borçlunun şahsından kaynaklanan bir sebeple imkânsız olmuşsa bu halde sübjektif imkânsızlık tercih edilmelidir⁴⁴⁸. Görüldüğü üzere kullanılan ilk ölçütte, edimle üçüncü kişi arasında bir ilişki kurulurken ikinci ölçütte doğrudan doğruya borçlu ile edim arasında ilişki kurma yoluna gidilmektedir⁴⁴⁹.

⁴⁴⁵ CANBOLAT, s. 131 ve s. 131, dpn. 22.

⁴⁴⁶ DURAL, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 81; DURAL, İmkânsızlık Kavramı, s. 30; BAŞPINAR, s. 120 vd.

⁴⁴⁷ TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 908.

⁴⁴⁸ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 908.

⁴⁴⁹ DURAL, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 83; DURAL, İmkânsızlık Kavramı, s. 31; ALTUNKAYA, s. 113.

bb. Tam ve Kısmi İmkânsızlık

Tam veya kısmi imkânsızlık, edimin tamamen veya kısmen imkânsızlaşması durumunda ortaya çıkmaktadır. İmkânsızlık, borçlanılan edimin tamamının yerine getirilmesine engel olduğu takdirde tam imkânsızlık vardır; buna karşılık edimin belirli bir kısmı ifa edilemiyorsa kısmi imkânsızlık söz konusu olur⁴⁵⁰. Tam imkânsızlık durumunda sözleşme bütünüyle hükümsüz (batıl) olur⁴⁵¹.

Kısmi imkânsızlığın söz konusu olabilmesi için borcun konusunu oluşturan edimin bölünebilir olması gerekir⁴⁵². Bölünebilir edim, edimin konusunu teşkil eden şeyin, niteliğinde bir değişiklik ya da ekonomik değerinde esaslı bir azalma olmaksızın parçalara bölünebilmesi demektir⁴⁵³. Üzerinde durulması gereken nokta bir edimin ne zaman bölünebilir sayılacağıdır. Bir edimin ne zaman bölünebilir olduğu tarafların iradelerine, sözleşmenin yorumuna, borçlanılan edimin niteliğine veya ticari hayatın kurallarına göre belirlenir⁴⁵⁴. Bu nedenle özellikle parça borcunda, edim konusunun bir araç, tablo, belirli bir at veya antik vazo olduğu durumda edim niteliği bakımından parçalara ayrılamayan, bölünemeyen bir edim olduğundan kısmi imkânsızlıktan söz edilemeyecektir; ancak cinsiyle belirli ya da birden fazla aynı nitelikte parçayı içeren edimler bölünebileceğinden bu durumlarda kısmi imkânsızlık gündeme gelebilecektir⁴⁵⁵. Niteliği gereği yani maddeten bölünebilen her edim mutlaka kısmi imkânsızlık doğurmaz, bazı durumlarda edim kısmen imkânsızlaşsa bile tam imkânsızlık sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada tarafların iradesi veya sözleşmenin amacı göz önünde tutulmalıdır; çünkü tarafların iradesiyle edimin bölünemez duruma gelmesi mümkündür. Mesela edim bölünebilen bir edim olmasına rağmen

⁴⁵⁰ ALTAY, s. 95; ALTUNKAYA, s. 127; DURAL, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 90; DURAL, İmkânsızlık Kavramı, s. 37; KIRKBEŞOĞLU, Kısmi Hükümsüzlük, s. 159; GÜNDOĞDU, Borca Aykırılık, s. 99; EREN, s. 1041.

⁴⁵¹ ALTUNKAYA, s. 127.

⁴⁵² DURAL, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 90; DURAL, İmkânsızlık Kavramı, s. 37; ALTUNKAYA, s. 128; ALTAY, s. 96; TOPUZ/CANBOLAT, s. 680; EREN, s. 1301; KIRKBEŞOĞLU, Kısmi Hükümsüzlük, s. 159; GÜNDOĞDU, Borca Aykırılık, s. 100; ALTAŞ, s. 187; KURT, s. 122; BAYGIN, Cem, “Türk Borçlar Kanunu’nun Borç İlişkinin Hükümleri- Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler”, EÜHFD 2010, Cilt 14, Sayı 3-4, s. 140.

⁴⁵³ ALTUNKAYA, s. 128; TOPUZ/CANBOLAT, s. 680; KILIÇOĞLU, s. 6; CANBOLAT, s. 132; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, “Kısmi İfa”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 607; TUNÇOMAĞ, s. 45; EREN, s. 1041; BAYGIN, s. 140.

⁴⁵⁴ DURAL, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 91; DURAL, İmkânsızlık Kavramı, s. 37-38; ALTUNKAYA, s. 128; EREN, s. 1301; KIRKBEŞOĞLU, Kısmi Hükümsüzlük, s. 159; ALTAŞ, s. 187.

⁴⁵⁵ ALTAY, s. 96.

edimin tamamı düşünülerek sözleşme yapılmışsa edim artık bölünemez duruma gelmiştir. Aynı şekilde bölünmezlik niteliğine sözleşmenin amacıyla da karar verilebilir⁴⁵⁶.

Son olarak belirtilmelidir ki Türk Borçlar Kanunu 137'nci maddesinde kısmi imkânsızlığı açıkça düzenlemiştir. İlgili düzenleme şu şekildedir: “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşırsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, bu kısmi ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer./Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmi ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır*”. Bu düzenleme ile tarafların kısmi imkânsızlığı öngörselerdi böyle bir sözleşmeyi yapmayacaklarının anlaşılması durumunda borcun tamamının sona ereceği ölçütü benimsenmiştir; ancak hükmün ikinci fıkrası karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler açısından önemli bir istisna getirmektedir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kısmi imkânsızlık hükümlerinin mi uygulanacağı, yoksa tam imkânsızlığın mı söz konusu olacağını belirleme yetkisi tamamen alacaklıya bırakılmış durumdadır⁴⁵⁷.

cc. Hukuki İmkânsızlık

Hukuki imkânsızlık ifanın hukuki bir sebepten dolayı mümkün olmaması anlamını taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle borçlanılan edim mevcut olmasına rağmen emredici bir hukuk normu nedeniyle borçlu da dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından yerine getirilemiyorsa hukuki imkânsızlık söz konusu olmaktadır⁴⁵⁸. Aslında edimin ifası, mantık kurallarına göre ve fiilen mümkün olmakla beraber ifaya bir hukuk normu engel olmakta ve kaynağı hukuk normu olan ayrı bir imkânsızlık türü ortaya çıkmaktadır⁴⁵⁹. Mesela aynı haklarda geçerli olan “sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi” nedeniyle tarafların kanunda bulunan aynı haklardan

⁴⁵⁶ DURAL, İmkânsızlık Kavramı, s. 38; DURAL, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 91 vd; Mesela taraflar elde edilecek sonucun temin edilebilmesi için iradeleriyle satılan 10 ton kömürün tümünün teslim edilmesini kararlaştırmışlarsa bunun kısmen yok olması tam imkânsızlık doğurur ya da birlikte koşması için yetiştirilmiş dört koşum atının satılmasında bunlardan birinin ölümü sözleşmenin gayesi gereği tam imkânsızlık doğurur (DURAL, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 92); ALTUNKAYA, s. 128.

⁴⁵⁷ BAŞOĞLU, Armağan, s. 342.

⁴⁵⁸ AKINTÜRK, s. 37; ALTAY, s. 89; ALTUNKAYA, s. 95.

⁴⁵⁹ ALTUNKAYA, s. 95; BAŞPINAR, s. 113; DURAL, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 10-11; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 906; TUNÇOMAĞ, s. 179.

başka bir aynı hak üzerinde anlaşarak bu aynı hakkı tapu siciline tescil ettirmek istemeleri hukuken mümkün değildir⁴⁶⁰. Bir hukuk kuralı edimi yasaklamışsa artık o fiilen de imkânsızlaşmıştır. Mesela bir ithal veya ihraç yasağının bulunduğu durumlarda⁴⁶¹ edimin yerine getirilmesi artık fiilen söz konusu olamayacağı için imkânsızlık bulunmaktadır⁴⁶². Doktrinde sonradan ortaya çıkan ahlaka ve hukuka aykırılığın imkânsızlık yaratıp yaratmayacağı tartışılmaktadır.

Doktrinde bu hususta ileri sürülen bir görüş, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan hukuka aykırılığın bir imkânsızlık yaratmayacağını savunmaktadır ve bu görüş uyarınca sonradan ortaya çıkan hukuka aykırılık sözleşmenin hükümsüz sayılmasını veya o yasağın hükmünde farklı bir yaptırım bulunmaktaysa o yaptırımın uygulanmasını gerektirmektedir⁴⁶³. Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş uyarınca tarafların sözleşmeyi yaptığı sırada hukuka aykırı olmayan bir edimin, sözleşmenin kurulmasından sonra emredici bir hukuk normuyla yasaklanması yani hukuka aykırı hale gelmesi durumunda ifasının sonradan imkânsızlaştığı kabul edilmelidir⁴⁶⁴. Mesela taahhüt edilen inşaatın imar mevzuatındaki değişiklik sonucu

⁴⁶⁰ **ALTUNKAYA**, s. 96; **EREN**, s. 1038.

⁴⁶¹ Bir mal hakkında ithal veya ihraç yasağının mevcut olması halinde, sözleşmenin hukuki imkânsızlık sebebiyle mi, yoksa hukuka aykırılık nedeniyle mi sakat olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, böyle bir halde hukuki imkânsızlık vardır, çünkü ithal yasağı olan malın ithali, mantık kurallarına göre mümkün olduğu gibi objektif yönden de mümkündür (**DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 23). Bazı yazarlar ise, konuyu ikiye ayırarak incelemektedir. Yaptıkları ayırma göre, sözleşmenin konusu ithali yasaklanmış yabancı kaynaklı mallar ise sözleşmenin konusu sadece hukuka aykırıdır. Buna karşılık aynı ithali yasaklanmış yabancı kaynaklı mallara kamu otoritesi tarafından el konuluyor ya da istirdat ediliyorsa sözleşmenin konusu imkânsızdır (**AKYOL**, Şener, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s. 155). Diğer bir görüşe göre ise, ithal ve ihraç yasağına aykırı sözleşmeler, hukuki imkânsızlık nedeniyle değil, hukuka aykırılık nedeniyle sakattır; çünkü burada ifaya engel olan yasaklayıcı hukuk kuralıdır. Yasaklayıcı norma rağmen edimin ifa edilmesi bu normu ihlal eder ve dolayısıyla hukuka aykırı olur. Aynı şekilde ithal ve ihraç yasağına rağmen, bu yasağı aykırı olarak yapılmış olan bir sözleşme, bir kanun hükmünü ihlal ettiğinden hukuka aykırıdır. Eğer, bu durum imkânsızlık hükümleri çerçevesinde değerlendirilirse sözleşmeye uygulanacak olan kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımı, bir yasağına rağmen yapılan sözleşmeden ötürü tarafları sorumluluktan kurtarır ve bu durum da Borçlar Kanunu'nun (818 Sayılı EBK m. 20) 27. maddesinde düzenlenen imkânsızlık hükmünün istismar edilmesine sebep olur (**YÜCER**, Zeynep İpek, Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmelerde Başlangıçtaki İmkânsızlık, Hüküm ve Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 6).

⁴⁶² **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 23; **DURAL**, İmkânsızlık Kavramı, s. 25.

⁴⁶³ **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 23; **BAŞPINAR**, s. 114.

⁴⁶⁴ **ALTAY**, s. 91; **ALTUNKAYA**, s. 96; Hatemi, sözleşmenin konusunun sonradan hukuka aykırı hale gelmesinde Dural'dan farklı olarak BK m. 27 (EBK m. 20) hükmünün değil, BK m. 136/f. 1 (EBK m. 117/f. 1) hükmünün uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir (**HATEMİ**, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, s. 46, dnp. 18); **ATEŞ**, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007, s. 157, dnp. 431.

yasaklanması hukuki imkânsızlık oluşturmaktadır⁴⁶⁵. Aynı şekilde yabancı bir devletin vatandaşı olan kimselerin taşınmaz satmaları yasak edildiği için satış vaadinde bulunan bir kimsenin bu taahhüdünü yerine getirememesi ya da belli tonajdan fazla ağırlıktaki kamyonların yurda ithalinin yasak edilmesi sonucu böyle bir kamyonun alıcısına teslim edilememesi bu tür bir hukuki imkânsızlığa örnek verilebilecektir⁴⁶⁶.

Doktrinde ileri sürülen bir görüş uyarınca sonradan ahlaka aykırı hale gelen edimler bakımından imkânsızlık değil kesin hükümsüzlük söz konusu olacaktır; çünkü ahlak görüşünün önceden var olması ile sonradan değişmesi arasında bir fark bulunmamaktadır ve kanunkoyucu ahlaka aykırı edimlerin kesin hükümsüz olduğu yolunda genel bir hüküm koymuştur⁴⁶⁷. Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre sözleşmenin konusunun sonradan ahlaka aykırı hale gelmesi durumunda sözleşme borçlusu açısından kusursuz imkânsızlık var olduğu kabul edilerek BK m. 136/f. 1 (EBK m. 117/f. 1) gereğince işlem yapılacaktır⁴⁶⁸. Kanaatimizce sonradan hukuka ya da ahlaka aykırı hale gelen edimler bakımından imkânsızlık olduğu kabul edilmelidir; çünkü tarafların sözleşmeyi yaptıkları andaki iradeleri hukuka ya da ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleştirilmesine yönelik değildir.

Geçici bir engel kural olarak hukuki imkânsızlığa sebep olmayacağı için edimin hukuki imkânsızlığının söz konusu olabilmesi için sürekli bir hukuki engel nedeniyle yerine getirilememesi gerekir⁴⁶⁹.

dd. Zamansal İmkânsızlık Halleri-Sürekli ve Geçici İmkânsızlık

Her borcun sözleşmede kararlaştırıldığı gibi belirli bir süre içinde ifa edilmesi gerekir; ancak ifa süresi içinde edimin yerine getirilmesini engelleyen bazı hususlar ortaya çıkabilir. Bu engellerden bazısı bir süre sonra ortadan kalkabilir ve bundan sonra edim yerine

⁴⁶⁵ **ÖZ**, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 164 vd.; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 558; **KURT**, s. 132; Aynı şekilde inşaatın kamu makamlarınca yasaklanması hukuki imkânsızlığa neden olur (**SEROZAN**, İfa Engelleri, s. 184, §15 N 1).

⁴⁶⁶ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 906.

⁴⁶⁷ **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 24.

⁴⁶⁸ **HATEMİ**, s. 46, dpn. 18.

⁴⁶⁹ **ALTUNKAYA**, s. 97.

getirilebilir. Bazı engeller ise süreklidir, yani ortadan kalkmaları imkânı yoktur ve bunlar edimin ifasını imkânsız hale getirir⁴⁷⁰.

Borçlanılan edimin zaman yönünden nihai olarak ifa edilemez halde bulunması veya ifa edilemez hale gelmesi, sürekli imkânsızlığı meydana getirir ve sürekli imkânsızlığı doğuran nedenin zaman içinde ortadan kalkması mümkün değildir⁴⁷¹.

Sözleşmede tarafların belirledikleri ifa süresi içinde edimin yerine getirilmesini engelleyen bazı durumlar sözleşmenin yürürlükte olduğu zaman içerisinde ortadan kalkar ve edim ifa edilebilir hale gelirse “geçici imkânsızlık” söz konusu olur. Diğer bir deyişle, borcun ifasını engelleyen imkânsızlık, sürekli olmayıp ifadan önce ortadan kalktığı zaman, edimin ifası mümkün oluyorsa, geçici imkânsızlık ortaya çıkar⁴⁷². Mesela hastalığı nedeniyle bir gün piyano dersine gelemeyen öğretmenin edimi geçici olarak imkânsızlaşmıştır; çünkü iyileştikten sonra edimi yerine getirmesi mümkündür⁴⁷³. Geçici imkânsızlığı doğuran engel ortadan kalktığı zaman, borcun ifası mümkün hale gelir⁴⁷⁴.

Burada üzerinde durulması gereken ve özellik arz eden bir husus mutlak kesin vadenin⁴⁷⁵ varlığıdır. Mutlak kesin vade tarafların anlaşmasına ya da edimin niteliğine göre borçlunun edimini belirli zamanda ifa etmesinin sözleşmenin esaslı unsuru niteliğini taşıdığı ve edimin belirlenen zamanda yerine getirilmemesinin sonucunda artık ifanın imkânsızlaştığı halleri ifade etmektedir, ayrıca vade geçtikten sonra ifa edilecek olan edim artık taahhüt edilen edim değildir⁴⁷⁶. Mesela saat 10’da havalanacak Ankara uçağına yetişmek için, bir

⁴⁷⁰ **DURAL**, İmkânsızlık Kavramı, s. 45; **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 100; **ALTUNKAYA**, s. 118.

⁴⁷¹ **TOPUZ/CANBOLAT**, s. 679; **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 100; **BAŞPINAR**, s. 121.

⁴⁷² **ALTUNKAYA**, s. 120; **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 100; **GÜNDOĞDU**, Borca Aykırılık, s. 90; **BAŞOĞLU**, Armağan, s. 334.

⁴⁷³ **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 100; **DURAL**, İmkânsızlık Kavramı, s. 45; **ALTUNKAYA**, s. 120.

⁴⁷⁴ **TOPUZ/CANBOLAT**, s. 679.

⁴⁷⁵ Doktrinde kesin vadeli işlemler nispi ve mutlak kesin vadeli işlemler olmak üzere ikiye ayrılmıştır ve uygulanacak hükümler hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar İsviçre/Türk Hukuku’nda kesin vadeli işlemlerle ilgili yapılan ayrımı reddetmektedirler ve mutlak kesin vadeli işlemlerin imkânsızlık yaratması fikrine bu hallerde temerrüt söz konusu olacağı gerekçesiyle karşı çıkmaktadırlar (Ayrıntılı bilgi için bakınız **DURAL**, İmkânsızlık Kavramı, s. 48-49; **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 102 vd.; **ALTUNKAYA**, s. 121 vd; **KURT**, s. 127).

⁴⁷⁶ **ALTAY**, s. 95.

taksi tutulmuşsa, bu taksinin zamanında gelmemesi durumunda artık sonradan ifa imkânı sona erer; çünkü taksinin daha sonra gelmesi sözleşme ile güdülen amacı gerçekleştirmez⁴⁷⁷.

Sürekli borç ilişkilerinde⁴⁷⁸ sürekli edimin kararlaştırılan ifa süresi içinde yerine getirilmemesi durumunda ne olacağı tartışmalıdır. Doktrindeki hâkim görüş⁴⁷⁹ uyarınca sürekli borç ilişkisinde edimin yerine getirilmesi sözleşmenin kurulmasından sonra kesin ve objektif olarak imkânsızlaşırsa ifa imkânsızlığı ortaya çıkar; ancak böyle bir durumda edimin sonradan ifa edilme ihtimali varsa imkânsızlık değil borçlunun temerrüdü söz konusu olur. Sürekli edim, geçici bir süre için imkânsız olmuşsa, kural olarak devam ettiği süre için kısmi imkânsızlık sonucunu doğurur ve kısmi hükümsüzlük yaptırımını uygulanır. Eğer geçici imkânsızlık, borç ilişkisinin tüm süresi boyunca devam etmekteyse ya da böyle olmamakla birlikte alacaklının beklemesi kendisinden istenemezse geçici imkânsızlık sürekli imkânsızlığa eşit sayılarak ifa imkânsızlığı doğurur⁴⁸⁰.

İmkânsızlığın ortaya çıkma zamanına göre başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrımı da yapılmaktadır. Başlangıçtaki imkânsızlık, sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç sözleşmenin kurulması anında edimin ifasının mümkün olmamasıdır. Sonraki imkânsızlık ise, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra ortaya çıkan bir engelin sürekli ve kesin olarak edimin ifasını önlemesidir⁴⁸¹.

⁴⁷⁷ **DURAL**, İmkânsızlık Kavramı, s. 48; **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 104; **KESKİN**, A. Dilşat, “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, Cilt 11, Sayı 1-2, s. 216; **SELİÇİ**, Özer, “Kesin Vadeli İşlemler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1968, Cilt 2, Sayı 3, s. 93.

⁴⁷⁸ Borçlunun borcunu zaman içinde devamlı ve aralıksız yani sürekli bir davranışla ifa edebildiği hallerde sürekli edim söz konusudur. Bir borç ilişkisinde asli borçlardan en az biri sürekli edimi gerektiriyorsa o borç ilişkisine sürekli borç ilişkisi adı verilir. Bu tarz ilişkilerin tipik örneği olarak kira sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi verilebilir. (**OĞUZMAN/ÖZ**, s. 12); Seliçi'ye göre, borç ilişkisini “sürekli borç ilişkisi” olarak nitelendirmek için edim sonucunun, yani alacaklının menfaatinin edimin yerine getirilmesi ile gerçekleşmesinin, bir defada aniden mi olduğuna yoksa bir zaman sürecine mi yayıldığına bakmak gerekmektedir (**SELİÇİ**, Özer, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 7); Ormancı'ya göre, sürekli borç ilişkileri, karakteristik edimin kapsamının ancak ifa süresine bağlı olarak tespit edilebildiği borç ilişkileri olarak tanımlanabilecektir (**ORMANCI**, Pınar Altınok, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011, s. 13).

⁴⁷⁹ **ALTUNKAYA**, s. 126; **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 105; **EREN**, s. 1041; **BAŞPINAR**, s. 122.

⁴⁸⁰ **ALTUNKAYA**, s. 126; **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, s. 106; **DURAL**, İmkânsızlık Kavramı, s. 49.

⁴⁸¹ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bakınız **GÜNDOĞDU**, Borca Aykırılık, s. 80 vd; **CANBOLAT**, s. 131-132; **TOPUZ/CANBOLAT**, s. 678-679; **EREN**, s. 1040; **İNAN**, s. 147.

IV. Hasar Kavramının Mücbir Sebep İlişkisi

a. Genel Olarak

Daha önce açıklandığı üzere⁴⁸² dar anlamda hasar yani borca ilişkin hasar, sadece borç ilişkilerinde borcun doğumu ile ifası arasında edimin borçluya yüklenemeyen sebepler dolayısıyla imkânsızlaşması halinde söz konusu olmaktadır. İfanın ya da gereği gibi ifanın mümkün olamaması mücbir sebepten ileri geldiği takdirde borçluya yüklenemeyen hallerden doğan bir imkânsızlık söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla hasar kavramıyla mücbir sebep kavramı arasında sıkı bir bağıllık vardır. Hasara yol açan sebeplerden birinin mücbir sebep olması bu kavramın incelenmesini zorunlu kılmaktadır. Aşağıda mücbir sebep kavramına ve mücbir sebebin unsurlarına değinilecektir.

b. Mücbir Sebep Kavramı ve Mücbir Sebebin Unsurları

Roma hukukunda, mücbir sebep *Vis major, Damnum fatale, Casus majores* tabirleriyle ifade edilmiştir. Vis Latince casus, olay, hal anlamına gelmekte iken, major büyük, mücbir anlamını taşımaktadır ve bu iki kelimenin birleşmesinden meydana gelen “mücbir hal” kavramı dilimize “mücbir sebep” şeklinde yerleşmiştir⁴⁸³.

Almanca “Höhere Gewalt”, Fransızca “Force Majeure” terimleriyle anılmaktadır⁴⁸⁴.

Türk Hukuku’nda mücbir sebebin kanuni tanımı yapılmamıştır⁴⁸⁵. Buna karşılık Yargıtay’ın birçok kararında mücbir sebepten ne anlaşılması gerektiği açık bir şekilde ifade edilmiştir. Yargıtay’ın bir kararında⁴⁸⁶ mücbir sebep şöyle tanımlanmaktadır: “...Mücbir sebebin söz konusu olabilmesi için önceden tahmin edilememiş bulunması, borçluya kabili isnat olmaması ve önlenemeyen, giderilemeyen, yenilemeyen bir nitelik taşıması ve borcun

⁴⁸² Bu konu hakkında bakınız Bölüm II, § 1 A I/c.

⁴⁸³ **GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat, Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1977, s. 22.

⁴⁸⁴ **GÖZÜBÜYÜK**, s. 22; **ERZURUMLUOĞLU**, Edimin Yerine Getirilememesi, s. 14; **BERKİN**, Necmeddin M., “Senedle İspata İmkan Bırakmayan Mücbir Sebep ve Fevkalade Haller”, İÜHF 1969, Cilt 35, Sayı 1-4 (Ord. Prof. Dr. Kemalettin Birsen’e Armağan), s. 215.

⁴⁸⁵ **AKINTÜRK**, s. 51; **BİNGÖL**, s. 183; **ERZURUMLUOĞLU**, Edimin Yerine Getirilememesi, s. 16.

⁴⁸⁶ Yarg. T.D., 16.12.1976, 5406/5406 Karar için bakınız **SELİÇİ**, Özer, “Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”, İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu 1979, İstanbul 1980, s. 64.

ifasını imkânsız bir hale getirmesi gerekir.” Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin⁴⁸⁷ tanımı da şu şekildedir: “Zorunlu sebep deyimi altında oluşumuna ve biçimine nazaran hayatın normal akışından çıkması beklenebilecek tesadüfî olaylar sınırını açık bir şekilde aşan ve elden gelen bütün çarelere başvurmak suretiyle bile borçlu tarafından önüne geçilemeyen bir olay anlaşılır.”

Doktrinde de mücbir sebebin çeşitli tanımları yapılmıştır. Bu konuda yapılan kapsamlı bir tanımlamaya göre, mücbir sebep, bir sorumluluğun yerine getirilmesini kısmen ya da tamamen, geçici veya daimi olarak engelleyen, bu niteliği sebebiyle sorumluluğu kaldıran, yerine getirilmesini ve vadesini geciktiren, sorumluluğun niteliğini değiştiren, kişinin önceden beklemediği ve tahmin edemeyeceği, beklese ve tahmin etse bile engelleyemeyeceği, dıştan gelen olağanüstü nitelikte bir olay, olgu ya da durumdur⁴⁸⁸.

Modern doktrin ve içtihatlarda mücbir sebep ve umulmayan olay kavramlarının nitelikleri tartışma konusu olmuştur. Bu konuda bir kısım doktrin ve içtihatlar göre bu iki terim bir ve aynı kavramı ifade etmektedir ve her ikisinin hukuki nitelikleri birdir; diğer bir kısım doktrin ve içtihatlar ise bu iki terimin iki ayrı kavramı anlattıklarını ve hukuken aralarında fark olduğunu ileri sürmektedir⁴⁸⁹. Mücbir sebep ve umulmayan olay kavramlarının hukuki niteliği ile ilgili olarak modern hukukta birtakım görüşler ileri sürülmüştür. Bu teorilerden ilki Goldschmidt tarafından kurulan sübjektif teori, ikincisi ise Avusturyalı hukukçu Exner tarafından savunulan objektif teoridir. Sübjektif teori, sorumluluğu tespit edilen borçlunun davranışlarını esas almaktadır ve bu teori uyarınca insan davranışlarından bağımsız olarak gelişen olayların mücbir sebep oluşturabilmesi için içinde bulunulan şartlara

⁴⁸⁷ Yarg. 15. HD., 5.6.1975, 787/2913 Karar için bakınız **SELİÇİ**, Mücbir Sebep, s. 64; Yargıtay daha sonraki bir kararında ise mücbir sebebi şöyle tanımlamıştır: “...Mücbir sebep ise; Önceden görülemeyen sorumlu kişinin işletmesi veya faaliyeti dışında kalan ve karşı konulamayacak bir şiddetle kendisini gösteren olağanüstü bir olaydır. Mücbir sebebe konu olaylar tabiat olayları olabileceği gibi, insan tarafından meydana getirilen olaylar da olabilir. Tabiat olayları örneğin, olağanüstü bir sel felaketi; insan faktörüne bağlı olay ise, iç savaş veya isyandır. Mücbir sebep teşkil eden olayın sonuçlarının tahmin edilmesi imkânsızdır. Alınan bütün tedbirlere sahip olunan her türlü imkân ve araca rağmen, olayın sonuçlarının önlenmesi mümkün olmamalıdır. Teknik ve bilimin o anda mevcut bütün olanaklarının kullanılmasına ve her türlü tedbirin alınmasına ve özenin gösterilmesine rağmen olayın sonuçlarını meydana getirmesi önlenememektedir...” (Yarg. 19. HD., 25.11.1997, E. 1997/6415, K. 1997/10192 Karar için bakınız <http://www.kararevi.com/karars/708183>). Yargıtay’ın daha yeni tarihli bir kararında ise şöyle tanımlanmıştır: “...Mücbir sebep, doğal, sosyal ya da hukuksal kaynaklı, öngörülme olasılığı bulunmayan oluşumlardır. İthal ve ihraç yasakları, bunlara olanak vermeyen sınır kapatmaları, hukuksal kaynaklı mücbir sebeplerdendir...” (Yarg. 19. HD., 25.10.2002, E. 2002/4558, K. 2002/6953 Karar için bakınız **GÜNAY**, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 524.

⁴⁸⁸ **AYDOĞDU/KAHVECİ**, s. 61.

⁴⁸⁹ **GÖZÜBÜYÜK**, s. 24; **BERKİN**, s. 216 vd.

göre mümkün olan en ileri düzeydeki özen gösterilmiş olmasına rağmen zarar önlenememiş olmalıdır. Objektif teoride ise sübjektif teorinin tersine olayın mücbir sebep oluşturması sorumlu şahıs açısından değil, olayın niteliği açısından değerlendirilir ve buna göre mücbir sebebin borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde ihlaline yol açan öngörülmesi, önlenmesi ve dayanılması mümkün olmayan olağanüstü bir olay olduğu söylenir⁴⁹⁰. İki kavram karşılaştırılırken umulmayan olayın sorumlunun faaliyet alanında meydana gelebildiği (satıcının işyerinde yangın çıkması gibi), buna karşılık mücbir sebebin sorumlunun faaliyeti dışında olan öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olay olduğu söylenebilecektir⁴⁹¹.

İsviçre Federal Mahkemesi mücbir sebebi şu şekilde tanımlamıştır: Herhangi bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için meydana gelen olayın kaçınılması mümkün olmayan, karşı konulamayan, öngörülemeyen ve taraflardan hiçbirinin sorumluluğunu gerektirmeyen nitelikte olması gerekir⁴⁹².

Mücbir sebep, Viyana Satım Antlaşması'nın 79'uncu maddesinde düzenlenmiştir; ancak bu maddede açıkça mücbir sebep ifadesine yer verilmeyerek sorumluluktan kurtulma durumu düzenlenmiştir. Ancak CISG m. 79/f. 1 bakımından muafiyetten yararlanılması için gereken şartlar "*force majeure*"un yani mücbir sebebin geleneksel öğelerini de oluşturmaktadır⁴⁹³. Burada common law'un söylemi değil, Fransız Hukuku'nun söylemi kabul edilmiştir⁴⁹⁴.

Kanaatimizce mücbir sebep, sorumlu kişinin hukuka aykırı davranışta bulunmasına neden olan harici, kaçınılmaz ve öngörülüp engellenemeyen olağanüstü bir olaydır⁴⁹⁵. Bu tanımdan hareketle mücbir sebebin varlığı için gerekli unsurları olağanüstü bir olay olması⁴⁹⁶,

⁴⁹⁰ İNAL, Tamer, "Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları", Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s. 14 vd; Ayrıca bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız AKINTÜRK, s. 51 vd; ERZURUMLUOĞLU, Edimin Yerine Getirilememesi, s. 17 vd; GÖZÜBÜYÜK, s. 29 vd.

⁴⁹¹ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 61.

⁴⁹² BİNGÖL, s. 185.

⁴⁹³ TALLON, Denis, "Article 79", (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>), N. 2.6.

⁴⁹⁴ NICHOLAS, Barry, "Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas1.html>), § 5.02 [1].

⁴⁹⁵ ANTALYA, Borçlar, s. 530.

⁴⁹⁶ Gözübüyük, bir olayın olağanüstülüğünün mücbir sebebi oluşturan unsurlardan biri olmadığını ifade etmiştir. Yazara göre, çoğu zaman mücbir sebebi oluşturan olaylar olağanüstü olsalar da mücbir sebebe neden olan olayın

harici bir olay olması, kaçınılmaz bir olay olması ve olayın sonuçlarının öngörülmez olması⁴⁹⁷ şeklinde sıralamak mümkündür⁴⁹⁸.

Mücbir sebebin birinci unsurunu meydana getiren olay doktrin ve içtihatlarda kabul edildiği üzere yıldırım, pek şiddetli yağmur, su taşkını, don, fırtına, kış, kuraklık gibi doğa olayları; savaş, abluka, isyan, genel grev gibi siyasi ve sosyal bir olay; kanun, kararname, tahdit ve yasaklar, devlet tarafından verilen imtiyazın geri alınması, el koyma, istimlâk, işgal, istila, ambargo gibi devlet emri ve eylemleri olabilir⁴⁹⁹. Mücbir sebep oluşturan olaylar mutlak nitelikte değildir; çünkü belirli nitelikteki olaylar her zaman için mücbir sebep oluşturmamaktadır. Mesela kiralanmış bir atın üzerine bir yıldırım düştüğünde sözleşme uyarınca bir mücbir sebep halinin meydana geldiği kabul edilecektir; ancak patlayıcı madde deposu olarak kullanılan bir binaya yıldırım düştüğü takdirde yıldırım unsuruna rağmen mücbir sebebin varlığı ileri sürülemeyecektir⁵⁰⁰. Mücbir sebep nispi bir kavram olduğu için bir olay meydana geldiği yerin, şartların ve zamanın özelliklerine göre mücbir sebep niteliğini alabilmektedir ya da almamaktadır⁵⁰¹. CISG m. 79 anlamında bakıldığı takdirde engel oluşturan olaylar arasında deprem, fırtına gibi doğal felaketleri ve ambargo, abluka, savaş ve ihracat yasakları gibi olayları saymak mümkün görünmektedir; ancak kişisel yetersizlik gibi ya da hukuki vasıfta hataya düşülmesi gibi tamamen kişisel koşullar CISG m. 79 anlamında bir engel oluşturmamaktadır⁵⁰².

olağanüstü olması gerekmez, üstelik bir olayın olağanüstü olması o olayın sezilemez ve karşı konulamaz duruma gelmesine yetmez. Bu sebeple mücbir sebep olayı grev gibi olağanüstü karakterde olmayan ve fakat ani olarak meydana gelen bir olay da olabilecektir. (**GÖZÜBÜYÜK**, s. 76).

⁴⁹⁷ **AYAN**, s. 237; **ANTALYA**, Borçlar, s. 530 vd; **SELİÇİ**, Mücbir Sebep, s. 64 vd; **TANDOĞAN**, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 464 vd.; **EREN**, s. 558 vd.

⁴⁹⁸ CISG m. 79 bakımından muafiyetten yararlanılması için gereken şartlar da dört başlık altında toplanmıştır. Buna göre ilk şart bir engelin var olması, ikinci şart engelin satıcının kontrolü dışında olması, üçüncü şart öngörülemmez olması ve son şart da kaçınılmaz olması şeklinde belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bakınız **SOUTHERINGTON**, Tom, "Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html>), N.3.3.2; Magnus bu dört unsura ek olarak beşinci bir unsura nedensellik bağına (causation) yer vermiştir (**MAGNUS**, Ulrich, "Force Majeure and the CISG", The International Sale Of Goods Revisited, Edited by Petar Sarcevic and Paul Volken, Kluwer Law International 2001, s. 18).

⁴⁹⁹ **EREN**, s. 558; **ERZURUMLUOĞLU**, Edimin Yerine Getirilememesi, s. 37; **AKINTÜRK**, s. 53; **GÖZÜBÜYÜK**, s. 26 vd; **ANTALYA**, Borçlar, s. 531; CISG m. 79'a göre "engel" oluşturan olayları sıralamanın imkânsız olduğu, ancak deprem, fırtına gibi doğal felaketlere ve ambargo, abluka, savaş ve ihracat yasakları gibi olaylara atıf yapılabileceği belirtilmektedir. (**TALLON**, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>, N. 2.6.7).

⁵⁰⁰ **İNAL**, Mücbir Sebep, s. 22-23; **İNAL**, Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2009, s. 303-304.

⁵⁰¹ **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 1004.

⁵⁰² **SOUTHERINGTON**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html>), N.3.3.2.

Uygulama ve öğreti, haricilik⁵⁰³ unsuru uyarınca mücbir sebep oluşturan olayın sorumlu tutulmak istenen kişinin işletme çevresi dışında oluşmasını aramaktadır⁵⁰⁴. İşletme ve faaliyet kavramını geniş anlamda kabul etmek gerekir. Mesela bir fabrikada kazan patlaması, otel içinde herhangi bir nedenden ötürü yangın çıkması durumunda mücbir sebep söz konusu değildir⁵⁰⁵. Viyana Satım Antlaşması'nın 79. maddesindeki muafiyetten yararlanılabilmesi için de bu engelin borçlunun denetimi dışında gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Satıcının sorumluluk alanı içinde bulunan ve bu sebeple denetim imkânının olduğu kabul edilen yerlerde, özellikle işyeri, işletmesi, fabrikası gibi yerlerde üretimin ya da iş akışının sorunsuz yürümesi için gerekli olan bütün önlemleri almak ve sözleşmenin gereği gibi ifası için gerekli olan iş gücü ve teknik teçhizatı sağlamak ve bunları düzenli olarak denetleyerek çıkabilecek olası sorunlara karşı önceden çözümler üretmek satıcının sorumluluğu kapsamında olduğu için bu alanlarda gerçekleşen bir ifa engeli onun CISG m. 79'daki muafiyetten yararlanmasına yetmemektedir⁵⁰⁶. Ayrıca CISG m. 79 bağlamında engel tarafların tutum ve davranışlarından kaynaklanmamalıdır, bu sebeple tarafların kusurundan, kişisel durumlarından ya da istihdam ettikleri kişilerin veya yardımcılarının tutum ve davranışlarından ileri gelen nedenler “engel” olarak kabul edilememektedir⁵⁰⁷.

Mücbir sebebin esas unsurunu kaçınılmazlık oluşturmaktadır. Mücbir sebebin unsurunu oluşturan kaçınılmazlık, umulmayan olayın bir unsurunu oluşturan kaçınılmazlıktan farklıdır. Umulmayan olayda anılan kaçınılmazlık nisbi yani sadece borçlu yönündendir; ancak mücbir sebebin esas unsurunu oluşturan kaçınılmazlık kesin ve objektiftir⁵⁰⁸. Kaçınılmazlık kavramının mücbir sebebin karşı konulamaz ve önlenemez unsurunu da kapsadığını belirtmek gerekmektedir⁵⁰⁹. CISG m. 79 anlamında da kaçınılmazlık

⁵⁰³ Mücbir sebebin daima harici bir kuvvetin eseri olduğu yolunda bakınız **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 1004; Benzer şekilde Erzurumluoğlu da mücbir sebebin en açık kıstasının borçlunun faaliyet ve işletmesine yabancılık kıstası olduğunu belirtmiştir (**ERZURUMLUOĞLU**, Erzan, “Umulmayan Hal, Mücbir Neden ve Grev”, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi 1969, Cilt 1, Sayı 2, s. 29).

⁵⁰⁴ **İNAN**, s. 489; **EREN**, s. 559; **TANDOĞAN**, Mesuliyet Hukuku, s. 464; **SELİÇİ**, Mücbir Sebep, s. 67; **ERZURUMLUOĞLU**, Edimin Yerine Getirilememesi, s. 38; **ANTALYA**, Borçlar, s. 531; CISG m. 79 anlamında engelin satıcının kontrolü dışında olması gerektiği hakkında bakınız **SOUTHERINGTON**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html>), N.3.3.2 (2).

⁵⁰⁵ **ERZURUMLUOĞLU**, Edimin Yerine Getirilememesi, s. 38; **TANDOĞAN**, Mesuliyet Hukuku, s. 465; **EREN**, s. 559.

⁵⁰⁶ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 459.

⁵⁰⁷ **ERDEM**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 98.

⁵⁰⁸ **ERZURUMLUOĞLU**, Edimin Yerine Getirilememesi, s. 40.

⁵⁰⁹ **ANTALYA**, Borçlar, s. 531; **EREN**, s. 560.

sorumluluktan kurtulmanın bir şartıdır⁵¹⁰ ve sorumluluktan kurtulabilmek için “engelden kaçınmak” yani engel oluşmasını önleyecek gerekli tüm tedbirleri almak gerekmektedir⁵¹¹.

Öngörülemezlik kavramından ise, doktrindeki baskın görüş uyarınca olayın değil, olayın doğuracağı sonuçların borçlu tarafından öngörülememesi gerektiği sonucu çıkarılmalıdır⁵¹². CISG m. 79/f. 1 hükmü de “Sözleşmenin kurulması aşamasında taraflardan birinin engeli hesaba katmasının veya sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceği” ifadesini içermektedir; ancak mahkemeler bu ibareyi öngörülemezlik ve kaçınılmaz olma olarak yorumlamaktadırlar. Öngörme zamanı sözleşmenin kurulma anı olup⁵¹³ öngörme ölçütü objektiftir. Mesela her yıl meydana gelen sel, kasırga ya da hortum sebebiyle satışa konu olan hasatın zarar görmesi, bu doğal felaketler “yüzyılın seli” ya da “yüzyılın kasırgası” olarak nitelendirilmediği müddetçe, mazur görülmeyecektir⁵¹⁴. Aciz içinde olma genellikle bir engel olarak kabul edilmediği için iflas nadiren CISG m. 79’daki muafiyetten yararlanma imkânı verecektir⁵¹⁵. Ayrıca belirtmek gerekir ki CISG m. 79 anlamında öngörülemezlik sadece engelin niteliğini öngörülemezlik olarak düşünülmemelidir, aynı zamanda bu engelin ne zaman ortaya çıkacağını da öngörülemezlik gerekir⁵¹⁶. CISG m. 79/f. 1 engelin makul⁵¹⁷ olarak öngörülemezliğini aramaktadır. Makul kişiye yapılan bu referans “*the bon père de famille*” (iyi aile babası) niteliğinde, her türlü felaketi öngören müzmin kötümser ile en ufak bir felaketin bile kendisini bulmayacağını düşünen sebatkâr bir iyimser arasındaki kişiyi gösterir⁵¹⁸.

Mücbir sebep oluşturan olay sebebiyle zarar veren, bir davranış normunu ihlal etmiş ya da sözleşmeden doğan bir borca aykırı davranmış olmalıdır. Bu mücbir sebep oluşturan

⁵¹⁰ SOUTHERINGTON, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html>), N.3.3.2 (4).

⁵¹¹ TALLON, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>), N. 2.6.4.

⁵¹² ANTALYA, Borçlar, s. 531; BİNGÖL, s. 199; Gözübüyük ise olay ve olayın sonuçlarının birbirinden ayrı şeyler olmadığını, dolayısıyla öngörülme hususunun olayın kendisinde değil, doğuracağı sonuçlarda aranması gerektiği yolundaki tartışmanın gereksiz olduğunu belirtmiştir. (GÖZÜBÜYÜK, s. 69).

⁵¹³ MAGNUS, Force Majeure, s. 18.

⁵¹⁴ MAGNUS, Ulrich, “CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma”, (Çeviren: Cüneyt Sözel), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 305; MAGNUS, Force Majeure, s. 18.

⁵¹⁵ TALLON, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>), N. 2.7.2.

⁵¹⁶ BİNGÖL, s. 204-205.

⁵¹⁷ Engelin makul olarak öngörülemezliği ifadesi tacirleri akla getirmektedir; çünkü tacirler bakımından yapılacak makul değerlendirmesiyle tacir olmayanlar bakımından yapılacak makul değerlendirmesi farklı olacaktır (SARAÇ, Senem, “Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)’ın 79. Maddesi Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi 2010, Cilt 84, Sayı 3, s. 1677).

⁵¹⁸ TALLON, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>), N. 2.6.3.

olayla zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır ve mücbir sebep oluşturan olay, zarar verenin kendisi, faaliyeti ve tesisiyle zararlı sonuç arasındaki bağı kesmelidir⁵¹⁹. İliyet bağının bulunması gerektiğine ilişkin bir ifade CISG m. 79 hükmünde yer almamakla beraber sözleşmeye aykırılığın öne sürülen engelden kaynaklanması gerektiği açıktır. Mesela, teslim yapılmaması ambargodan ileri gelmelidir⁵²⁰.

§ 2. HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN UYGULANAN SİSTEMLER

A. Mülkiyetin Nakliyle Hasarın Geçişi

Hasar ve mülkiyetin ayrılmazlığından hareket eden doğal hukukçular, hasarı mülkiyetle bağlantılı olarak düşünmüşlerdir ve bu bağlamda “*res perit domino*” kuralı en önemli temsilcilerini doğal hukuk çevresinde bulmuştur⁵²¹. Bu kuralın kökeni Roma Hukuku olup Grotius, Pufendorf gibi doğal hukukçular tarafından 17. yy’da geliştirilmiştir⁵²². Bu prensibi benimseyen Fransız, İtalyan ve İngiliz yasal sistemlerinde riskin geçişinin bağlandığı mülkiyetin geçişi de sözleşmenin yapılması sırasında gerçekleşmektedir⁵²³. Satış sözleşmesi kurulduktan sonra mal telef olsa, Fransız hukukuna göre müşterinin malı telef olmuştur ve bu bakımdan onun bedeli ödemesi gerekmektedir. Burada casum sentit dominus = umulmayan olayın sonuçlarına malik katlanır prensibi uygulanmaktadır⁵²⁴.

Malların mülkiyetinin geçişi için teslim şartının aranmadığı, sözleşmenin yapılmasıyla mülkiyetin geçtiği hukuk sistemlerinde kabul edilen bu prensip alıcıyı mallar üzerinde henüz fiili hâkimiyet elde etmeden hasar riskine katlanma durumuyla karşı karşıya bırakmaktadır ve bu durum, satıcı ile alıcı arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara neden olmaktadır⁵²⁵.

B. Teslimle Hasarın Geçişi

Bu teoriye göre mallar kimin fiili hâkimiyetinde bulunmaktaysa hasar riskine de o katlanmaktadır ve bu anlayış hasar riskini mallar üzerinde hâkimiyet sahibi olan tarafın

⁵¹⁹ ANTALYA, Borçlar, s. 530; EREN, s. 560; TANDOĞAN, Mesuliyet Hukuku, s. 465.

⁵²⁰ ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 98.

⁵²¹ ERİŞGİN, s. 148.

⁵²² HOFFMANN, Bernd Von, “Passing of Risk in International Sales of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html>).

⁵²³ HOFFMANN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html>).

⁵²⁴ SCHWARZ, s. 161.

⁵²⁵ ACAR, Hasar Riski, s. 13.

taşıması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Bu sebeple mallar üzerindeki mülkiyetin kimde olduğu önemli değildir⁵²⁶. Mesela hasarın geçişini, mülkiyetin geçip geçmediğine bakmaksızın teslimle bağlayan Alman Hukuku'nda (§ 446 BGB), hasarın geçişinin saptanmasında, satışın sinallagmatik niteliği ve tehlikeye egemen olma konumu ölçüt olarak alınmıştır⁵²⁷. Hasarın maddi bir olgu olan teslimle ilgili olarak alıcıya geçeceğinin kabulü Alman Hukuku'nu Roma Hukukundan ayıran en önemli özelliktir. Alman Hukuku'nda da Roma Hukuku'nda olduğu gibi mülkiyetin geçişiyle hasarın geçişi farklı zaman noktalarına bağlı olarak tasarlanmıştır; ancak Alman Hukuku'nda hasarın geçiş anı Roma Hukuku'nda kabul edilen sözleşmenin kuruluşu anından daha ileri bir zaman dilimine yani teslim anına kaydırılmıştır⁵²⁸.

Doktrinde hasar riskinin teslimle geçişinin olumlu görülmesinin birkaç nedeni üzerinde durulmuştur. Bu nedenlerden ilki olarak, satıcı malların fiziksel sahibi olduğundan malların zayi olması ya da zarar görmesi riskinin önlenmesi bakımından gerekli tedbirleri yalnızca onun alabileceği gösterilmiştir. İkinci olarak mallar satıcının tesislerinde (iş yerinde) olduğu sürece satıcının risk sigortası (mesela yangın sigortası) tarafından karşılanmaktadır. Son olarak satıcı bakımından sigorta şirketinden talepte bulunmak daha kolaydır⁵²⁹.

Eski Hukukumuzda Mecelle'de hasarın geçişi bakımından "teslim" önem taşımaktadır: mal, teslimden önce satıcıdayken telef olmuşsa hasar satıcıya aittir⁵³⁰ ve teslimle beraber hasar alıcıya geçmektedir; ancak Mecelle'de hasarın geçişi teslimle bağlandığı halde mülkiyetin geçmesi sözleşmenin yapılmasıyla gerçekleşmektedir⁵³¹. Mecelle'de hasar ve yararın geçişi bu şekilde birbirinden ayrılmıştır ve bu çok eleştirilmektedir. Mecelle'nin 236'ncı maddesine göre, satılan şeyde meydana gelen semere ve fazlalıklar sözleşmenin kurulmasıyla ve teslimden önce alıcıya geçmektedir⁵³². Mesela bir hayvan satıldıktan sonra

⁵²⁶ ACAR, Hasar Riski, s. 14.

⁵²⁷ ERİŞGİN, s. 181.

⁵²⁸ ERİŞGİN, s. 181.

⁵²⁹ HOFFMANN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html>).

⁵³⁰ Mecellenin 293'üncü maddesi şu şekildedir: "Mebi kabl'el-kabz bayiin yedinde telef olsa müşteri hakkında bir şey tereddüb etmeyip zarar bayie ait olur." Bakınız ARSLANLI, Halil, "Mecellede Hasar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1948, Cilt 14, Sayı 1-2, s. 256; KAŞIKÇI, Osman, "İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle", İstanbul 1997, s. 258.

⁵³¹ BAKIR, Turan, "Alım-Satım Akdinde Hasar Problemi", Adalet Dergisi 1954, Yıl 45-Sayı 9, s. 1095.

⁵³² ARSLANLI, Mecellede Hasar, s. 271; BAKIR, s. 1095.

fakat teslim edilmeden önce yavrularsa hayvanın yavrusu alıcıya ait olacaktır⁵³³. Doktrinde sözleşmenin yapılmasıyla mülkiyetin alıcıya geçmesinin mantıklı bir sonucu olarak menfaatin de bu anda alıcıya geçmesi Fransız Hukuku'na da uygun görülmüştür; ancak Mecelle'nin bu düzenlemesinin, hasarın teslimden sonra alıcıya ait olması bakımından Fransız Hukuku'ndan ayrıldığı gibi mülkiyetin geçişini sözleşmenin yapılması zamanına bağlamış olması bakımından da bizzat kendi içerisinde bir ahenksizlik arz ettiği söylenmiştir ve doktrin tarafından bu düzenleme şeklinin adeta dördüncü bir sistem oluşturduğu belirtilmiştir⁵³⁴.

Alman hukukçusu Larenz'e göre, ister mülkiyet ilkesi, ister teslim ilkesi, isterse sözleşme ilkesi hasarın alıcıya geçmesine dayanak tutulmuş olsun, bunların arka planında, yararı alıcıya geçirilmiş olan malın hasarını satıcının sırtında bırakmanın haksız, hakkaniyete aykırı olacağı düşüncesi yatmaktadır. Yazara göre mülkiyet ve sözleşme ilkeleri, bu hakkaniyete aykırı durumu hukuksal bir görünüş yaratmakla yani hukuksal bir dayanakla hallettikleri inancını taşımaktadırlar; hâlbuki teslim ilkesinde sadece hukuksal görünüşü kurtarmanın yeterli olmadığı, bunun maddi gerçeklikte de böyle olması gerektiği fikri hareket noktasını oluşturmaktadır⁵³⁵.

C. Sözleşmenin Kurulmasıyla Hasar Riskinin Geçişi

Temellerinin Roma Hukuku'na dayandığı iddia edilen bu teoride satış sözleşmesinde hasarın geçişinden, satış sözleşmesinin yapılmasıyla borcun ifası arasındaki zaman diliminde satıcıya yüklenebilir bir sebep olmadan satılanın yok olması veya kötüleşmesi durumunda alıcının bedeli tam olarak ödemeye zorunlu olması anlaşılmaktadır⁵³⁶. Roma Hukuku'nda, Justinianus'un Corpus Juris'inde yer alan, hasarın geçişi meselesi hakkındaki meşhur cevap şu şekildedir: Hasar alacaklıya aittir, "*periculum ad emptorem pertinet*" ya da "*periculum emptoris est*" yani belirli bir şey hakkında satış sözleşmesi meydana gelir gelmez (satıcı ve alıcı anlaşmakla) hasar alıcıya geçmiş olur⁵³⁷. Bu kural Avrupa'da benimsenmiştir, mesela Hollanda (B.W. Art. 1496), İspanya (C.c. Art 1452), İsviçre (O.R. Art. 185) örnek

⁵³³ KAŞIKÇI, s. 258.

⁵³⁴ ANSAY, Sabri Şakir, "Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese", AÜHFD 1953, Cilt 10, Sayı 1-4, s. 455-456.

⁵³⁵ LARENZ, K., Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II: Besonderer Teil, 11. Aufl., München 1977, s. 81, dph. 1 (Aktaran ERİŞGİN, s. 182).

⁵³⁶ ERİŞGİN, s. 111.

⁵³⁷ SCHWARZ, s. 160; FRANKO, Nisim, "Satım Akdinde Hasarın İntikali", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 349-350.

verilebilir⁵³⁸. Hasarın sözleşmeyle alıcıya geçişi prensibine “sözleşme prensibi” denilmektedir⁵³⁹.

Doktrinde, hasar riskinin, sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçişi prensibinin Roma Hukuku’na dayanmadığını iddia eden yazarlar da bulunmaktadır. Mesela Ayiter’e göre *periculum est emptoris*’in durumunu şu şekilde açıklamak mümkündür: Hasar teslimle geçmektedir. Hasar teslim anına kadar satıcının, teslimden sonra ise alıcındır. Buna karşılık satıcı eğer malın korunmasını tekeffül etmişse ya da alıcı mal üzerinde kontrol imkânını elde etmişse veya alacaklının temerrüdü durumu oluşmuşsa hasar alıcıya geçmektedir⁵⁴⁰. Bakır da sözleşmenin kurulmasıyla, mal alıcıya teslim edilmeden önce telef olsa bile, alıcının bedeli ödemek zorunda olması kuralının çeşit borçlarında uygulanmadığını, bu çeşit mallarda satıcının teslim anına kadar hasardan sorumlu tutulacağını belirtmektedir⁵⁴¹.

Roma Hukuku’nda geçerli *periculum est emptoris* kuralı bugün gittikçe karmaşıklaşan satış ilişkilerinde doğru çözümleri sunmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu eleştiri doğrultusunda bir taraftan satış sözleşmesinin sadece borçlandırıcı bir nitelik taşıdığı ve bu borçların bir sinallagma ilişkisi içinde bulunduğu düşüncesinin yerleştiği belirtilirken, diğer taraftan da Roma Hukuku’nda *periculum est emptoris* kuralını hafifleten, satıcının sıkı bir nezaret yükümüne tabi tutulması düşüncesinin kaybolması ile artık bu kuralın günümüz hukuk dogmatikinde savunulabilir bir yanının kalmadığı ifade edilmektedir⁵⁴².

§ 3. SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN ALICIYA GEÇİŞİNİN FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

A. Roma Hukukunda Hasarın Geçişine İlişkin Düzenleme

Bir parça satışında satış tamamlanmış fakat mal henüz satıcı tarafından alıcıya teslim edilmemişken satıcının kusuru olmadan telef olmuşsa zarar kime ait olacaktır? Hasar meselesi

⁵³⁸ HOFFMANN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html>).

⁵³⁹ FRANKO, s. 350.

⁵⁴⁰ AYİTER, s. 142.

⁵⁴¹ BAKIR, s. 1095; Aynı yönde Atamer de Roma Hukuku’nda geçerli *periculum est emptoris* kuralının pazarda nakit karşılığı akdedilen ve bir parça borcunu konu edinen satış sözleşmesini esas aldığını belirtmiştir (ATAMER, Hasarın İntikali, s. 145). Franko da Roma Hukuku ile kabul edilen bu prensibin sadece parça satışlarında geçerli olduğunu buna karşılık çeşit (nevi) satışında bu prensibin yerine “Genus non perit” yani “çeşit yok olmaz” esasının cari olduğunu belirtmiştir (FRANKO, s. 350).

⁵⁴² ATAMER, Hasarın İntikali, s. 146.

budur. Hasarın kime yani alıcıya mı satıcıya mı ait olacağı meselesi Roma Hukukunda satıcı lehine çözümlenerek malın zararına alıcı katlanmaktadır⁵⁴³.

Sözleşmenin kurulmasıyla hasar riskinin geçişi prensibinde de ifade edildiği üzere *periculum est emptoris* kuralı ile ifade edilen Roma Hukuku çözümüne göre alıcı satış sözleşmesinin kurulmasından sonra ve traditio'dan yani teslimden önce malı hiçbir biçimde (tam hasar) veya asıl haliyle (kısmi hasar) elde edememesine rağmen malı elde etmişçesine satış bedelini tam olarak ödemekle yükümlüdür. Alıcı satış bedelini ödemişse geri alma hakkına da sahip değildir ve bu kural, satış sözleşmesinin (emptio venditio) kurulması ile birlikte hasarın alıcıya ait olacağını ortaya koymaktadır⁵⁴⁴.

Roma Hukuku'nda satış sözleşmesinin ne zaman tamamlanmış sayıldığı belirlenmesi de önem taşımaktadır; çünkü hasar ancak satışın tamamlanmış olmasıyla (emptio perfecta⁵⁴⁵) alıcıya geçmektedir. Genel olarak satış sözleşmesinin kurulmasıyla sözleşmenin tamam olması eş zamanlı olarak gerçekleştiği için *periculum est emptoris* kuralı, sözleşmenin kurulması anında hasarın geçişine ilişkin bir kural olarak değerlendirilmektedir⁵⁴⁶.

Periculum est emptoris kuralının uygulanabilmesi için satıcıya herhangi bir sorumluluğun yükletilememesi gerekmektedir. Satış sözleşmesinin iyiniyet sözleşmesi olması ve iyiniyet davası (bonae fidei iudicium) ile korunmasından dolayı, satıcı, malın yok olmasında ya da kötüleşmesinde dar ve teknik anlamda kastından (dolus) değil, iyiniyetin

⁵⁴³ **UMUR**, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s. 360; **TAHİROĞLU**, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2012, s. 203.

⁵⁴⁴ **ERİŞGİN**, s. 26; **RADO**, Türkan, Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku, İstanbul 2011, s. 96; **TAHİROĞLU**, s. 204.

⁵⁴⁵ Betti, Klasik hukuk dönemiyle Justinianus hukuku dönemini birbirinden ayırmıştır ve hasarın kime yükleneceğini belirleyen ölçünün iki devre göre değişmesinin emptio perfecta kavramının değişik görüşüne tabi olmasından kaynaklandığını belirtmiştir. Buna göre klasik hukuk dilinde bir satış sözleşmesi malın devredildiği anda perfecta (tamam) olarak kabul edilirken Bizans dilinde emptio perfecta için neyin ve kaç satıldığının anlaşılması gerekli ve yeterli kabul edilmekteydi. Tartışmalı metinlerin dublex interpretatio (çift yorum) ile Klasik hukuk veya Justinianus hukukuna göre değerlendirilmesi anlamlar arasındaki farklılığı yaratmaktadır. (**BETTI**, s. 182); Erdoğan da *periculum est emptoris* kuralının uygulama alanı bulabilmesi için satış sözleşmesinin perfecta olması gerektiğini belirtmiştir. Bu kelimenin sözlük anlamı tam, mükemmel iken, hukukta ise sözleşmenin ifa edilebilirliğini gösterir. Taraflar satılan mal ve ödenecek bedel konusunda henüz tam anlamıyla anlaşamamışlarsa hukuk anlamında bir perfectio yoktur (**ERDOĞMUŞ**, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, s. 80).

⁵⁴⁶ **ALTAY**, s. 105.

(bona fides) karşıtı anlamında kullanılan dolus'undan yani kötünıyetinden (mala fides, dolus malus) ve böylece sözleşmeyi ihlal eden her türlü fiilinden sorumludur⁵⁴⁷.

Malın kötüleşmesi veya yok olması sebebiyle satıcıya herhangi bir davanın açılabilđiğı durumda hasardan söz edilemez. Mesela mal ayıplı ise ya da ayıp sebebiyle mal kötüleşmiş veya tamamen yok olmuşsa satıcı kusurludur ve hasar da söz konusu değildir⁵⁴⁸. Ayrıca sözleşmenin kurulmasından sonra fakat satılanın tesliminden önce satıcı satılan mala ilişkin olarak sadece kusurundan sorumlu olmayıp ağır "custodia"⁵⁴⁹ yani nezaret sorumluluğuna sahiptir. Diğeri bir ifadeyle satıcıyı sorumluluktan ancak mücbir sebep (vis maior) halleri kurtarmaktadır, mücbir sebep dışındaki hallerde özellikle satılanın çalınmaması ya da diğeri kaza durumlarında ise hasar alıcıya geçmemektedir⁵⁵⁰.

Hasarın alıcıya yükletilmesi parça borçlarında olur, çeşit borçlarında devreye girmez; çünkü çeşit borçları bakımından çeşit telef olmaz kuralı geçerlidir; diğeri bir deyişle çeşit satıcının aleyhine telef olur⁵⁵¹.

Hasarın alıcıya geçmesi için edimin somut, ifa edilebilir hale gelmesi gerekmektedir. Mesela geciktirici koşulun gerçekleşmesi (bozucu koşulda koşulun gerçekleşmesi aranmaz, bozucu koşula bağılı bir sözleşme, kurulduğı anda hükümlerini de doğurmaya başlar), seçimlik edimlerden birinin seçilmesi gibi şartların gerçekleşmesi gerekir⁵⁵².

Bu anlatılanlar ışığında Roma Hukuku'nda satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçmesi kuralının uygulanabilmesi için satış sözleşmesinin kesin olarak kurulması, sözleşmeye konu olan malın telef ya da yok olması, söz konusu hasarın satıcının kusurundan

⁵⁴⁷ ERİŞGİN, s. 26-27.

⁵⁴⁸ ERİŞGİN, s. 27.

⁵⁴⁹ Custodia (gözetim) sorumluluğı, kullanım ödücü (ariyet), satış, eser gibi sözleşmeler gereğı başkasına ait bir malı herhangi bir amaçla elinde tutan kişinin mala gelecek olan birtakım zararlardan yani hırsızlık (furtum) ve üçüncü kişilerin vermiş oldukları zararlardan kusuruna bakılmaksızın sorumlu olmasını gerektirmektedir (ZİLELİOĞLU, Hilal, "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", AÜHFD (Yıl 1982-87), Cilt 39, Sayı 1-4, s. 250).

⁵⁵⁰ RADO, s. 95; ALTAY, s. 106; Aynı yönde ERİŞGİN, s. 27-28 [Bu dönemde satıcı, kullanım ödücü (ariyet) alan gibi değerlendirilerek satılanın yok olmasından ya da zarara uğramasından gözetim sıfatıyla sorumlu tutulmuştur].

⁵⁵¹ ERDOĞMUŞ, s. 80-81; RADO, s. 96; TAHİROĞLU, s. 208.

⁵⁵² ERDOĞMUŞ, s. 81.

değil beklenmedik bir olay veya mücbir sebepten meydana gelmesi ve satıcının malın tesliminde temerrüde düşmemesi gerektiği söylenmelidir⁵⁵³.

Periculum est emptoris kuralı emredici hukuk kuralı değildir, yedek hukuk kuralıdır (ius dispostivum), dolayısıyla taraflar hasarın kime ait olacağını serbestçe kararlaştırabilmektedirler⁵⁵⁴. Mesela tarafların anlaşma ile hasarın satıcıya ait olabileceğini kararlaştırmaları mümkündür ve bu durumda *periculum est emptoris* kuralının uygulama alanı bulması satıcının teslim kadar malın hasarını taşıyacağına ilişkin bir vaatte bulunmamış olmasına bağlı olmaktadır⁵⁵⁵.

Günümüz Roma hukukçularının büyük çoğunluğu tarafından benimsenen egemen görüşe göre *periculum est emptoris* çözümü, Roma'nın hem klasik hukuk döneminde hem de Iustinianus döneminde satışın perfecta olması koşuluyla istisnasız uygulanmıştır⁵⁵⁶.

B. İsviçre Hukuk Sistemine Göre Hasarın Geçişine İlişkin Düzenleme

Roma Hukukunda geçerli olan ve İsviçre Hukukuna⁵⁵⁷ da girmiş olan *Periculum est emptoris* kuralı Kara Avrupa'sı ülkelerinden hiçbirinde bugün bu şekliyle uygulanmamaktadır. En yakın benzerlik Fransız ve Anglo-Amerikan Hukukları ile kurulmaktaysa da İsviçre Hukuk sisteminden önemli bir farklılık göze çarpmaktadır. Bu hukuk sistemlerinde hasar satış sözleşmesinin kurulmasıyla alıcıya geçmekle beraber mülkiyet de satış sözleşmesiyle alıcıya geçmektedir. Alman Hukuk çevresinde ise hasar malın alıcıya teslim edilmesiyle geçmekte ve buna paralel bir düzenlemeyle mülkiyet de mal üzerinde zilyetliğin alıcıya devri ile geçmektedir. İşte İsviçre Hukuku tam ikisinin ortasında

⁵⁵³ ÇAKIRCA, Edim, s. 183-184; TAHİROĞLU, s. 208.

⁵⁵⁴ ERDOĞMUŞ, s. 80; TAHİROĞLU, s. 208.

⁵⁵⁵ ERİŞGİN, s. 34-35.

⁵⁵⁶ ERİŞGİN, s. 107; ALTAY, s. 107; bu görüşü savunan yazarların listesi için bakınız ERİŞGİN, s. 107, dpn. 359.

⁵⁵⁷ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Resmi Gazetede 04.02.2011 tarihinde yayınlanmış olup 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir (md. 648). Aynı gün 818 sayılı Borçlar Kanunu da yürürlükten kalkmıştır. 6098 Sayılı Kanunla köklerini Roma Hukuku'ndan alan hasarı sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçiren *Periculum est emptoris* kuralı değişime uğramıştır ve 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda m. 183/f. 1'de yer alan bu kuraldan ayrılarak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 208'inci maddesinde taşınır ve taşınmazları kapsamak üzere hasarın geçişi konusunda yeni bir hüküm getirilmiştir. Böylelikle Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki hasarın geçişi sisteminden bu madde ile ayrılmış olmaktadır (ÖZDEMİR, H., s. 364). Biz aşağıda 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ve İsviçre Borçlar Kanunu düzenlemesiyle paralellik taşıyan 818 Sayılı EBK'nın hasarın geçişine ilişkin düzenlemesine ayrıntılı olarak yer vereceğiz.

yer alan bir düzenlemeyle hasarın satış sözleşmesinin kurulması anında, mülkiyetin ise malın zilyetliğinin devri anında alıcıya geçeceğini kabul etmiştir⁵⁵⁸.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 185'inci maddesinin ilk fıkrasında parça satışında hasarın –Roma Hukuku'nda olduğu gibi- sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçeceği öngörülmüştür⁵⁵⁹. 185'inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca hasar, çeşit satışında satılanın ayırt edilmesiyle⁵⁶⁰ ve gönderilmesi söz konusu ise gönderilmek üzere taşıyıcıya teslim edilmesiyle alıcıya geçmektedir. Gönderme suretiyle satışların yani mesafe satışlarının özel olarak belirtilmiş olması bu hükmün özelliğidir⁵⁶¹.

İsviçre hukukunda hasardan, satılanın tam ya da kısmen yok olması veya kötüleşmesinin sonucu olarak alacaklının malvarlıksal bir kayba uğraması tehlikesi anlaşılır. Taşınacak bir hasarın varlığı için satılanın tam veya kısmen yok olması ya da kötüleşmesinin sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen umulmayan olayın, mücbir sebep niteliğindeki bir olayın ya da üçüncü kişinin fiilinin sonucu olması gerekmektedir. Bu anlamda hasar malın yok olması, parçalanması, nitelik veya niceliğini kaybetmesi, malın çalınması, kamulaştırılması veya müsadere edilmesi gibi eşyanın durumunda herhangi bir değişiklik meydana gelmesi durumunda ortaya çıkmaktadır⁵⁶².

Satış sözleşmesinde hasarın geçişi meselesinin düzenlenmesinde “sözleşme prensibi”nin kabul edilmesinin doğru olmadığı doktrinde ifade edilmiştir. Ayrıca İsviçre kanun koyucusunun uzun tereddütlerden sonra Roma Hukuku'nda bile kaynağı ihtilafli olan “*periculum est emptoris*” kuralını tercih etmesinin nedenlerini anlamının zor olduğu belirtilmiştir⁵⁶³.

⁵⁵⁸ **ATAMER**, Hasarın İntikali, s. 137.

⁵⁵⁹ **ERİŞGİN**, s. 123.

⁵⁶⁰ Ayırt etmeden ne anlaşılması gerektiği uzun süre tartışma konusu olmuştur; ancak ayırt etmenin basit bir şekilde satıcı tarafından yapılması yeterli görülmüştür (Ayrıntılı bilgi için bakınız **ERİŞGİN**, s. 125).

⁵⁶¹ **ALTAY**, s. 113.

⁵⁶² **ERİŞGİN**, s. 123.

⁵⁶³ **AKINTÜRK**, s. 113; **ERİŞGİN**, s. 147; **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 77; **ANSAY**, s. 456; **TANDOĞAN**, Borçlar, s. 110-111; **FEYZİOĞLU**, s. 203; **ARSLANLI**, Mecellede Hasar, s. 270; Ayrıca İsviçre doktrininde “sözleşme prensibini” eleştiren yazarlar hakkında bakınız **ALTAY**, s. 114, dpn. 304.

C. Alman Hukukunda Hasarın Geçişine İlişkin Düzenleme

Alman hukukunun hasara ilişkin kurallarının özelliği Alman Medeni Kanunu'nda karşı edim (bedel) hasarının geçişinin yanında edim hasarının geçişinin de düzenlenmiş olmasıdır⁵⁶⁴.

Alman Medeni Kanunu'nda hasar riskinin geçişi genel olarak § § 275, 323-325'de düzenlenmiştir ve özellikle malların satışında hasar riskinin geçmesi § § 446 ve 447'de yer bulmuştur. § 275 edim hasarını düzenlemiştir ve bedel hasarı da § 323'de (2002'deki değişiklikle § 326'da) kaleme alınmıştır. BGB § 446 taşıma içermeyen yani gönderme borcu doğurmayan satışlar hakkında hasarın geçişini düzenlemektedir; buna karşılık BGB § 447 sözleşme malların taşınmasını gerektirmekteyse uygulanmaktadır⁵⁶⁵.

Alman Medeni Kanunu § 446/cümle 1'e göre, "satılanın teslimiyle şeyin kazaen (umulmayan olay sonucunda) yok olması ya da kötüleşmesi hasarı alıcıya geçer". Bu hüküm hasarın malın yok olmasından veya kötüleşmesinden kaynaklanması arasında ayırım gözetmeyerek, aynı malvarlığına isabet eden kayıp tehditleri olarak bunların aynı anda alıcıya geçmesini sağlamaya çalışmıştır⁵⁶⁶. Görüldüğü üzere Alman Medeni Kanunu hazırlayıcıları, satışta hasarın geçişine ilişkin kuralları düzenlerken, Roma Hukuku'nda genel kabul görmüş "periculum est emptoris" ilkesini kabul etmeyerek teslim prensibini kabul etmişlerdir⁵⁶⁷.

Gönderme suretiyle satışlar hakkında bedel hasarının satılanın taşıyıcıya teslimiyle birlikte alıcıya geçeceği düzenlenmiştir (BGB § 447/I). Burada alıcıya değil, üçüncü kişi taşıyıcıya teslim söz konusudur⁵⁶⁸. BGB § 447/I, taşıma işleri komisyoncusu (forwarding agent), taşıyıcı veya sevkiyatı yürütmeye tahsis edilmiş başka bir kişi veya kurumdan bahsetmektedir ve Romein'e göre, CISG sisteminin aksine malların taşıma işleri komisyoncusuna verilmesi hasar riskinin geçişini sağlamaya yetmektedir⁵⁶⁹. Aynı hükmün ikinci paragrafına göre eğer alıcı malın taşınma şekline ilişkin olarak özel bir talimat vermiş

⁵⁶⁴ ERİŞGİN, s. 173; ALTAY, s. 112.

⁵⁶⁵ ROMEIN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>).

⁵⁶⁶ ERİŞGİN, s. 175.

⁵⁶⁷ ALTAY, s. 111.

⁵⁶⁸ ERİŞGİN, s. 178.

⁵⁶⁹ ROMEIN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>).

ve satıcı da geçerli bir sebep olmadan buna aykırı hareket etmişse bu sebeple doğacak olan zarardan sorumlu tutulmuştur⁵⁷⁰.

D. Viyana Satım Antlaşması'nda Hasarın Geçişine İlişkin Düzenleme

Viyana Satım Antlaşması'nın bu tezin konusunu oluşturan ve aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olan hasarın geçişine ilişkin düzenlemesinin CISG 66'nı ila 70'inci maddeleri arasında yer aldığı görülür. CISG m. 66 hasarın sözleşmesel sonuçlarını düzenlerken 67'nci ile 69'uncu maddeler arasındaki hükümler hasarın alıcıya hangi anda geçtiğini ortaya koymaktadır. CISG m. 67 uluslararası satışlarda en fazla karşılaşılan durum olan malların nakliyesinin gerekli olduğu durumlara ilişkindir. CISG m. 68 ise pek sık uygulama alanı bulmayan nakil halinde malların satılmasına yer vermektedir. 69'uncu madde düzenlemesine bakıldığında ise, ilgili düzenlemenin yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğu ve bir olayın madde 67-68 kapsamına girmemesi durumunda uygulanacak olan kuralı gösterdiği görülür⁵⁷¹.

Viyana Satım Antlaşması aşağıda görüleceği üzere hasar kavramının tanımına yer vermemiştir; ancak CISG m. 66'da bedel hasarı riski tanımlanmış ve herhangi bir tereddüde yer vermeyecek şekilde nasıl anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Bu doğrultuda hasar riski alıcıya geçtikten sonra malların kısmen ya da tamamen yok olması durumunda bile alıcı mal bedelini ödemek zorunda kalacaktır; ancak meydana gelen hasar, satıcının bir fiili veya ihmali sonucunda ortaya çıkmışsa alıcının mal bedelini ödeme yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır⁵⁷².

Viyana Satım Antlaşması m. 67/f. 1 uyarınca gönderme borcu doğuran satış sözleşmelerinde hasarın geçiş anı malın ilk taşıyıcıya teslimi anıdır. Çeşit borcunu konu alan gönderme satışında taşıyıcıya teslimine rağmen ayırma henüz gerçekleşmemişse m. 67/f. 2 uyarınca hasar ancak ayırmanın gerçekleşmesiyle alıcıya geçer. Ayırma anı esas alındığından hasarın geçişi geriye etkili olarak gerçekleşmez⁵⁷³. Satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile bu hasarın geçişi açısından önem taşımamaktadır.

⁵⁷⁰ ALTAY, s. 112.

⁵⁷¹ BRIDGE, s. 201.

⁵⁷² ACAR, Hasar Riski, s. 75-76.

⁵⁷³ ATAMER, Hasarın İntikali, s. 157.

CISG m. 68 genel kural olarak malların taşınması esnasında satılması halinde hasarın satış sözleşmesinin kurulduğu anda alıcıya geçeceğini belirtmektedir; ancak koşulların haklı göstermesi halinde hasarın geçmişe etkili olarak malların taşıyana tesliminden itibaren alıcıya geçeceğine ilişkin bir istisna da mevcuttur. Buna karşılık, 68'inci maddenin devamında satış sözleşmesinin kurulması anında satıcının malın zayi olduğunu ya da zarar gördüğünü bilmesi ve bu hususu alıcıya açıklamaması durumunda ziya veya zarar riskinin satıcının üzerinde kalacağı ifade edilmiştir⁵⁷⁴.

CISG m. 67 ve m. 68'in kapsamına girmeyen tüm diğer haller bakımından hasarın geçişi m. 69'da düzenlenmiştir. CISG madde 69 hükmünün malların satıcının işyerinde ya da işyeri dışında bir yerde teslim edildiği haller olarak ikiye ayrılarak incelenmesi gerekmektedir. Aranılacak borçlar açısından hasarın geçişi malın alıcıya teslim edilmesine (CISG m. 69/f. 1), diğer tüm hallerde ise malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasına (CISG m. 69/f. 2) bağlanmıştır⁵⁷⁵.

E. Incoterms

I. Genel Olarak

Incoterms, dış ticaret alanında, özellikle uluslararası satışlarda malların sevk ve tesliminde en yaygın olarak kullanılan ticari terimlerin yorumu için geçerli olmak üzere, MTO tarafından oluşturulmuş bir dizi uluslararası kuraldır⁵⁷⁶.

Incoterms uluslararası ticaretin aktörleri sayesinde ve pratik sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Incoterms'in bu gelişim şekli, uluslararası ticari satışların temel özelliğinin, iç hukukun aksine uygulanabilir hal almış terimlerin üzerine kurulu olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁷⁷. Incoterms kuralları, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından ilk defa 1936 yılında oluşturulmuştur ve bu tarihte yürürlüğe girmiştir; ancak daha sonra uluslararası ticaretin gelişimine ayak uydurmak amacıyla ilk kez 1953 yılında değiştirilmiştir ve sonra aynı nedenle Incoterms versiyonları sırasıyla 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 ve 2010 yıllarında

⁵⁷⁴ **BRIDGE**, s. 209.

⁵⁷⁵ **ŞAMLI**, Yetiş Kübra, "Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali", İÜHF 2007, Cilt LXV, S. 1, s. 338; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 270.

⁵⁷⁶ **ERDEM**, Ercüment, SİF Satışlar (CIF Sales), İstanbul 1999, s. 14; **POROY/YASAMAN**, s. 181.

⁵⁷⁷ **KUYUCU**, Aslıhan Sevinç, INCOTERMS, İstanbul 2011, s. 19.

değişikliklere uğramıştır⁵⁷⁸. Incoterms sözleşme özgürlüğü prensibine dayalı olarak gelişmiş ve anlaşıldığı üzere günümüze kadar aktüelleştirilerek gelmiştir⁵⁷⁹. Bugün için yürürlükte bulunan Incoterms 2010, MTO'nun 715 numaralı broşüründe düzenlenmiştir

Incoterms düzenlemelerinin amacı dış ticarete satış sözleşmelerinde kullanılan terimlerin uygulanmasında yeknesaklığı sağlamaktır. Uluslararası özellik arz eden satış sözleşmeleri, uygulamada aralarında mesafe bulunan ve farklı hukuk sistemlerine tabi olan kimseler arasında gerçekleşmekte ve bu özellik ticaretin gerektirdiği hızlılık ve güven ihtiyacını zedeleyebilmektedir. Bu kurallar sayesinde yabancı unsurlu satış sözleşmelerinde terminolojiye ilişkin birbirinden farklı yorumların yol açabileceği hukuk güvensizliğinden büyük ölçüde sakınılmakta ve uluslararası ticaretin yürütülmesi kolaylaştırılmaktadır⁵⁸⁰.

Incoterms, hukuki niteliği itibariyle, ihtiyari kurallardır; ancak ilgili kurallar sözleşmenin taraflarınca sözleşmeye dâhil edildiği zaman, sözleşmenin bir parçası haline gelmektedir⁵⁸¹.

Incoterms, alıcı ile satıcı arasındaki satış sözleşmesi uyarınca malların nerede teslim edilmesi gerektiğini, ithalat ve ihracat işlemlerinin kimin tarafından yapılacağını, hasarın hangi andan itibaren alıcıya geçeceğini, taşıma masraflarının taraflar arasında nasıl paylaşılacağını ve teslimi gereken belgelere ilişkin yükümlülükleri düzenlemektedir; buna karşılık mallar üzerindeki mülkiyetin geçişi, sözleşmeye aykırılık halleri ve yaptırımları, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin konular (esasa uygulanacak hukuk, yetkili mahkeme ve tahkim klozu gibi) ise Incoterms'in kapsamı dışında kalmaktadır. Bu konularda, taraflar

⁵⁷⁸ **KUYUCU**, s. 1 vd, s. 20 vd; **AYOĞLU**, s. 317 vd; **ALTAY**, s. 154 vd; **YILMAZ**, Mutlu/**ÖZKEN**, Ahmet/**ŞAHİN**, Necmettin, "INCOTERMS 2000 ve 2010'un Mukayeseli Analizi ve Türkiye Uygulamalarındaki Eksiklikler", Journal of Yasar University, No 23, Cilt 6, <http://journal.yasar.edu.tr/arsiv/vol-6/no23-vol6/>, s. 3815; **ERDEM**, Makaleler, s. 223; Ayrıca Incoterms'in tarihi gelişimi hakkında bakınız **OBERMAN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>).

⁵⁷⁹ **DOĞAN**, s. 337.

⁵⁸⁰ **DOĞAN**, s. 337; **CANER**, Oğuz, "INCOTERMS 2010 (ICC RULES FOR THE USE OF DOMESTIC AND INTERNATIONAL TRADE TERMS)", 10. Yıl'a Armağan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 11, Sayı 22, Güz 2012/2, s. 231.

⁵⁸¹ **KAZMA**, Sedef Burçin, "INCOTERMS 2000, INCOTERMS 2010 Değişiklikleri ve Türk Ticaret Hukukunda INCOTERMS", İstanbul 2011, (http://www.agchukuk.com/dosyalar/uluslararasi_ticari_satislarda_teslim_klozlari_incoterms-20.PDF).

arasındaki sözleşmeye ve kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan hukuk sistemine başvurulması gerekmektedir⁵⁸².

Incoterms kural olarak uluslararası satış işlemleri düşünülerek hazırlanmış olmasına karşın, A2-B2 hükümlerinde ithalat-ihracat izinleri ile gümrük işlemlerine ilişkin olarak öngörülen düzenlemelerin devre dışı bırakılması koşuluyla iç ticaret işlemlerinde de kullanılabilmesi mümkündür⁵⁸³.

Incoterms'in uygulanması, tarafların aralarındaki sözleşmeye Incoterms'in uygulanması yönünde iradelerinin bulunması ve bu hususun sözleşmede belirtilmiş olması halinde mümkündür. Taraflar uluslararası ticari satış ilişkileri çerçevesinde, satış sözleşmelerinde Incoterms dâhilinde bulunan herhangi bir terime atıfta bulunarak bu terimin Milletlerarası Ticaret Odası tarafından kabul olunan ve yayımlanan tüm sonuçlarını da sözleşme hükmü haline getirmiş olurlar. Ayrıca belirtmek gerekir ki taraflar sözleşmede Incoterms'in uygulanması yönündeki iradelerinin yanı sıra hangi versiyonunun uygulanmasını istediklerini göstermelidirler⁵⁸⁴.

Incoterms ile CISG kuralları arasındaki ilişkiye bakılacak olursa RAMBERG, Incoterms'in uluslararası mal satışlarında önemli bir rolü olmasına rağmen bu kuralların CISG içine alınmasının uygun görülmediğini söylemektedir. Uluslararası ticari uygulamalar, yere ve zamana göre sıklıkla değişebilmektedir ve dolayısıyla yazara göre, bu şartlar altında, bu terimlerin uluslararası bir konvansiyon içerisine alınması pratik değildir ve böyle bir uygulamaya gidilmesi değişen ticari hayata uyum sağlamak bakımından gerekli esnekliği sağlamaya yetmeyecektir. Viyana Satım Antlaşmasının kapsamına giren konularda esas itibarıyla Incoterms, Antlaşmanın 31 ve 67 ila 69'uncu maddeleri ile bağlantılı düzenlemeler içermektedir. Genellikle taraflar arasındaki satış sözleşmesinin ihlalinin sonuçları Incoterms'in kapsamı dışında kalmaktadır. Bununla beraber bazı durumlarda Incoterms'in, Viyana Satım Antlaşmasından farklı olduğu görülmektedir. Konvansiyonun, CISG m. 6 hükmü ile sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde tarafların kendi düzenlemelerinden ayrılmasına izin verdiği görülmektedir ve bu durumda Incoterms Viyana Satım

⁵⁸² AYOĞLU, s. 318 vd; KUYUCU, s. 23; Incoterms ile düzenlenen konular ve kapsam dışında bırakılan konular hakkında ERDEM, Makaleler, s. 228 vd.

⁵⁸³ AYOĞLU, s. 320.

⁵⁸⁴ KUYUCU, s. 22.

Antlaşmasından öncelikli olarak uygulanır hale gelmektedir. RAMBERG, belki de Incoterms ile CISG arasındaki en önemli farkın EXW'deki satıcının yükümlülükleri ile ilgili olduğunu söylemiştir. Incoterms 2000 EXW kuralına göre satıcı, sadece malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmakla yükümlüdür. EXW 2000 uyarınca hasarın geçişi anı hazır bulundurma anıdır ve hasar, alıcı malların kendisi için hazır olduğuna vakıf olmasa bile, alıcıya geçmektedir. Bununla beraber, riskin geçmesi için satıcının malların usulüne uygun olarak sözleşmeye tahsis edildiğini kanıtlamak zorunda olduğunu belirtmiştir (EXW B5). Satıcının tahsis için malları ya açıkça kenara koyması veya başka şekilde tahsis etmesi gerekmektedir. Normal şartlar altında EXW A7 uyarınca malın hazır olduğunun alıcıya ihbar edilmesi gerekmektedir. Böyle bir ihbarın yapılmaması halinde alıcının, bu hususu sözleşmeye aykırılık olarak iddia edip CISG m. 74 uyarınca ihlalin sebep olduğu zarar dolayısıyla tazminat talebinde bulunması mümkün görülmektedir⁵⁸⁵. Bununla beraber doktrinde hasarın geçişinin düzenlenmesi açısından tüm Incoterm terimlerinin 1980 Viyana Satım Antlaşması ile tam bir paralellik gösterdiğini ve hasarın geçişinin her iki düzenlemede de teslim kavramına bağlandığını belirten bir görüş de bulunmaktadır⁵⁸⁶.

Incoterms 2010, “tüm taşıma türlerini kapsayan terimler” ve “deniz ve içsu taşımalarına özgü terimler”⁵⁸⁷ olmak üzere iki ana gruba ayrılan toplam on bir terimden oluşmaktadır ve her bir terimde tarafların hak ve borçları, 10 başlık altında sunulmaktadır. Ayna sistemi (“mirror system”) olarak isimlendirilen bu sistemde satıcının borçları A kolonu altında, alıcının borçları ise B kolonu altında gösterilmektedir⁵⁸⁸. Incoterms 2000 yapı olarak dört temel unsurdan oluşmaktaydı. Bunlar E grubu (EXW), F grubu (FCA, FAS, FOB), C grubu (CFR, CIF, CPT, CIP) ve D grubuydu (DAF, DES, DEQ, DDU, DDP) ve gruplandırma içerisindeki teslim şekillerinin sayısı da 13'tü⁵⁸⁹. Incoterms 2010'un terimleri, malları taşıma şeklini esas alan iki gruba ayırmasının nedeni, nitelikleri gereği sadece deniz ve içsu

⁵⁸⁵ RAMBERG, Jan, “CISG and INCOTERMS 2000”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ramberg2.pdf>, s. 399-400.

⁵⁸⁶ KUYUCU, s. 60, dpn. 267.

⁵⁸⁷ Konuyla ilgili tablo için bakınız YILMAZ/ÖZKEN/ŞAHİN, s. 3818; ÖZKAN, Ömer, “INCOTERMS 2010 İle Getirilen Yenilikler”, Akademik Bakış Dergisi, Sayı 31, Temmuz-Ağustos 2012, <http://www.akademikbakis.org>, s. 6.

⁵⁸⁸ AYOĞLU, s. 319.

⁵⁸⁹ YILMAZ/ÖZKEN/ŞAHİN, s. 3817; INCOTERMS 2000 kuralları hakkında bakınız DOĞAN, s. 354 vd; ERÇİN, Ferhat, “INCOTERMS 2000 Kurallarının Işığı Altında Uluslararası Alım-Satımlarda Uygulanan Teslim Biçimleri, Risk ve Hasarın Geçişi-Masrafların Kime Ait Olacağı Sorunu Üzerine Bir İnceleme”, Legal Mali Hukuk Dergisi 2005, Cilt 1, Sayı 12, s. 3249 vd; 2000 INCOTERMS kurallarında riskin geçişi hakkında bakınız VALIOTI, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>, N. 4.B.iii.

taşımalarında kullanılabilen terimleri (FAS, FOB, CFR ve CIF) diğerlerinden ayırmaktır; çünkü bu gruptaki taşıma aracı mutlaka bir deniz ya da içsu gemisi olmak zorundadır. Ancak uygulamada bu terimlerin de niteliklerine uygun olmasa bile diğer taşıma şekilleri için de kullanıldığı görülmektedir ve bu yeni gruplandırma ile hatalı kullanımların önüne geçilmek istenmektedir⁵⁹⁰.

Incoterms 2000’de yer alan teslim şekillerinden DAF, DES, DEQ, DDU kaldırılarak, yerlerine iki adet yeni terim getirilmiştir (DAT ve DAP). DAF, DES, DEQ, DDU terimlerinin Incoterms 2010’den çıkarılmış olması bunların artık kullanılmayacağı anlamına gelmemektedir. Taraflar sözleşmelerinde yine bu terimlere atıfta bulunabileceklerdir; ancak taraflar bu terimlerle beraber Incoterms 2010’a atıfta bulunurlarsa asıl olarak Incoterms 2000’e atıfta buldukları farz edilecektir⁵⁹¹. En son hazırlanan Incoterms daha önce yürürlükte bulunan Incoterms’i ortadan kaldırmamaktadır. Sözleşmede aksine bir düzenleme olmadığı takdirde 1 Ocak 2011 tarihinden sonra imzalanan ve yılı belirtilmeden atıf yapılan Incoterms’e yer veren sözleşmelerin Incoterms 2010’a tabi olacağı kabul edilecektir⁵⁹². Aşağıda sırasıyla bu terimlerin özellikle hasarın geçişi konusunda getirdikleri düzenlemelere yer verilecektir.

II. Incotermlerin Türleri

a. Tüm Taşıma Türlerinde Geçerli Olan Terimler

aa. Ex Works (EXW-İşyerinde Teslim)

EXW terimi, on bir Incoterms teriminin içinden satıcıya en sınırlı yükümlülüğü getiren terimdir ve malların satıcının işyerinde teslim edilmesini öngörmektedir⁵⁹³.

EXW teslim şekli teknik olarak “işyerinde teslim” şeklinde Türkçeye çevrilmiştir. Incoterms 2000 kuralları içerisinde EXW teslim şekli şöyle ifade edilmiştir: “İşyerinde teslim

⁵⁹⁰ ERDEM,ERCÜMENT, “INCOTERMS 2010”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul 2010, Cilt 1, s. 230.

⁵⁹¹ ERDEM, INCOTERMS 2010, s. 227.

⁵⁹² ÖZALP, ABDURRAHMAN, “ICC INCOTERMS 2010”, Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 2012, Cilt 1, Sayı 1, s. 142.

⁵⁹³ AYOĞLU, s. 326; DOĞAN, s. 356; KUYUCU, s. 54; ERDEM, Makaleler, s. 233; ACAR, Hasar Riski, s. 104; VALIOTI, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>, N. 4.B.iii; SÜRAL, s. 43; RAMBERG, Jan, ICC Guide to Incoterms 2010, Paris 2011, s. 50; ÖZALP, s. 147.

terimi, satıcının malları kendi mahallinde veya başka bir ismen belirlenmiş yerde (mesela işyerinde, fabrikada, depoda vb.) gümrükleme işlemleri yapılmamış ve hiçbir taşıyıcıya yüklenmemiş bir şekilde, alıcının tasarrufuna bırakılmasını ifade eder”. Incoterms 2010 kuralları açısından EXW teslim şekli ise şöyledir: “İş yerinde teslim terimi, satıcının malları, kendi iş mahallinde veya ismen belirlenmiş başkaca bir yerde (mesela işyerinde, fabrikada, depoda vb.) alıcının tasarrufuna bırakarak teslim etmesini ifade eder. Satıcı malları herhangi bir taşıma aracına yüklemek zorunda olmadığı gibi, malların ihracatı için gümrükleme işlemleri gereken hallerde bu gümrükleme işlemlerini yerine getirmek zorunda değildir”⁵⁹⁴. Sözleşmeye uygun nitelikteki malların sağlanması, satıcının malları teslim yükümlülüğünün temel unsurudur⁵⁹⁵.

EXW terimine göre, satıcının yegâne yükümlülüğü, malları, teslim tarihinde, kendi iş yerinde veya sözleşmede belirlenen başka bir yerde alıcı tarafından teslim alınması için hazır halde bekletmekle sınırlıdır. Satıcı, malları alıcı tarafından sağlanan araca yüklemek zorunda olmadığı gibi, malların ihracı için gümrükleme işlemlerinin yapılması gereken durumlarda bu işlemleri yerine getirmek zorunda da değildir⁵⁹⁶. Malların sözleşmede belirlenen noktadan teslim alınması ile birlikte hasar riski ve masraflar alıcıya geçmektedir⁵⁹⁷. Bununla beraber, teslimin gerçekleşmesinden sonra ortaya çıksa bile, satıcıya ait bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi veya eksik olarak yerine getirilmesinden doğan hasardan sorumluluk yine satıcıya ait olmaktadır⁵⁹⁸. Taraflar yaptıkları sözleşmede aksini kararlaştırmadıkları sürece, malların taşıyıcının aracına yüklenmesi sırasındaki risk de alıcının üzerindedir. Taşıma sözleşmesinin akdedilmesi, malların satıcının ülkesinden ihracı ve alıcının ülkesine ithali için gereken izinlerin alınması ve gümrük işlemlerinin yapılmasıyla teslimden sonraki taşıma işlemlerinin tamamı alıcının sorumluluğunda olduğu için malların satıcının işyerinde teslim alınmasından itibaren tüm masraflara alıcı katlanmaktadır⁵⁹⁹.

Malların sözleşmede kararlaştırılan teslim anı gelmesine rağmen alıcının malları teslim almaması mümkün olduğundan, bu ihtimal göz önüne alınarak belirli bir tarihin

⁵⁹⁴ YILMAZ/ÖZKEN/ŞAHİN, s. 3822; RAMBERG, Incoterms 2010, s. 50.

⁵⁹⁵ KUYUCU, s. 55.

⁵⁹⁶ POROY/YASAMAN, s. 183; DOĞAN, s. 356.

⁵⁹⁷ AYOĞLU, s. 326; KUYUCU, s. 64.

⁵⁹⁸ KUYUCU, s. 60.

⁵⁹⁹ AYOĞLU, s. 326.

belirlenmiş olmasına rağmen malların alıcı tarafından teslim alınmaması veya alıcının teslim için uygun zamanı satıcıya ihbar mecburiyetinin olduğu hallerde bu mecburiyetin yerine getirilmemesi durumunda, hasar yükümlülüğünün, teslim gerçekleşmemiş olsa bile malların teslim alınması gereken zamanda alıcıya geçeceği düzenlenmiştir. Böyle bir durumda hasar yükümlülüğünün alıcıya geçebilmesi için malların açıkça kenara koyulması veya başka bir yolla sözleşmeye tahsis edilmiş olması gerekmektedir⁶⁰⁰.

Satıcının hasara katlanma yükümlülüğünü düzenleyen A5 hükmü, B5 hükmünü saklı tutmuştur. Buna göre, tarafların belirlediği teslim tarihinde teslimin gerçekleşmemesi halinde teslim tarihinden itibaren B7 hükmü uyarınca alıcının teslim tarihini belli süre içinde satıcıya ihbar etmesi gerekip bu ihbarda bulunmaması durumunda sürenin sona erme tarihinden itibaren malların, ferdileştirilmiş olmaları şartıyla hasar sorumluluğu erken olarak satıcıya geçmektedir⁶⁰¹.

bb. Free Carrier (FCA- Taşıyıcıya Teslim)

F harfi ile başlayan (INCOTERMS 2000'in ifadesiyle "F" grubunu oluşturan) terimler, satıcının sorumluluğunun, malların alıcının belirlediği taşıyıcıya teslim edilmesiyle son bulduğu terimlerdir. Taşıma sözleşmesinin akdedilmesi alıcının sorumluluğundadır ve hasar da malların taşıyıcıya teslimiyle alıcıya geçmektedir⁶⁰².

Bu teslim şekli her türlü taşımada kullanılabilir. Bu terim INCOTERM'lerin 1980 güncelleştirmesi sırasında, metnin eski şeklinde yer alan FOR/FOT ve FOB Airport terimlerinin yerini alacak şekilde değiştirilmiştir. Bu terim çok vasıtalı (multimodel) olanlar da dâhil olmak üzere taşımanın bütün şekil ve birleşimleri ile çeşitlerini kapsamaktadır. 2000 revizyonu esnasında 1990 revizyonunda benimsenen ve her bir taşıma şekli için farklı bir teslim yeri öngören düzenleme kaldırılmıştır. Bunun yerine sözleşmede teslim yeri olarak belirtilen yerin satıcının işyeri olması durumunda, teslimin mallar alıcının aracına (collecting

⁶⁰⁰ KUYUCU, s. 65; AYOĞLU, s. 326, dpn. 1058; Ayrıca "premature passing of risk" hakkında bakınız VALIOTI, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>, N. 4.B.iv.

⁶⁰¹ KUYUCU, s. 61.

⁶⁰² AYOĞLU, s. 327

vehicle) yüklendiğinde, diğer hallerde de malların satıcının aracından boşaltılmamış olarak alıcının tasarrufuna bırakılmasıyla tamamlandığı düzenlenmiştir⁶⁰³.

FCA terimi, malların, ihracat için gümrük işlemlerinin satıcı tarafından tamamlanmış olması şartıyla, sözleşmede kararlaştırılan yerde ve tarihte, alıcının belirlediği taşıyıcıya⁶⁰⁴ veya alıcı tarafından belirlenmiş başka bir kişiye teslim edilmeleriyle beraber hasar ve masrafların alıcıya geçeceğini öngörmektedir⁶⁰⁵. FCA satışlarda satıcı masrafını ve riskini kendisi karşılamak üzere malların ihracatıyla ve gümrük işlemleri ile ilgisi olan tüm formaliteleri yerine getirmek borcu altındadır. Satıcının malların taşınması ile ilgili bir taşıma sözleşmesi yapma borcu yoktur ve bu sebeple malların sigortalanmasından da sorumlu olmayacaktır. Malların taşınması ile ilgili sözleşmeyi yapma borcu, masraflarına da kendisi katlanmak şartıyla alıcının üzerindedir⁶⁰⁶. Mallar satıcının işyerinde teslim edilecekse, taşıyıcının aracına yükleme yapıldıktan sonra ancak başka bir yerde teslim edilecekse, malların bu yerde satıcının aracından boşaltılmalarına gerek bulunmaksızın, alıcı tarafından belirlenen taşıyıcının tasarrufuna bırakılmaları ile birlikte hasarın alıcıya geçtiği kabul edilmektedir (A4).

Mallara ilişkin hasar riski satıcıdan alıcıya geçtikten sonra hasar ortaya çıksa bile, hasar ile satıcının hasar yükümlülüğünü taşıdığı dönem arasında bağlantı kurulabiliyorsa yine satıcının sorumluluğu gündeme gelecektir⁶⁰⁷.

cc. Carriage Paid To (CPT- Taşıma Ücreti Ödenmiş Olarak)

CPT terimi, sözleşme konusu malların demiryolu, denizyolu, havayolu, içsular ya da bunlardan birkaç tanesinin kombine edilmesiyle yapılan her tür çok modelli taşımacılıkta kullanılmaktadır⁶⁰⁸.

⁶⁰³ ERDEM, Makaleler, s. 237; ÖZKAN, Ö., s. 8; INCOTERMS 1980 metnindeki en önemli ekleme “free carrier” terimidir (RAMBERG, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ramberg2.pdf>, s. 395).

⁶⁰⁴ Incoterms taşıyıcı teriminden ne anlaşılması gerektiğini şöyle açıklamıştır: “Taşıyıcı, bir taşıma sözleşmesinde malların demiryolu, karayolu, denizyolu, havayolu, içsular ya da bu yolların bir arada kullanılarak taşınmasını ya da bunun ifasını sağlamayı yükümlenen herhangi bir kişiyi ifade eder”. (ERDEM, Makaleler, s. 237, dpn. 38).

⁶⁰⁵ AYOĞLU, s. 327; ERDEM, Makaleler, s. 237; VALIOTI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valiotti1.html>), N. 4.B.iii.

⁶⁰⁶ ACAR, Hasar Riski, s. 106; AYOĞLU, s. 327.

⁶⁰⁷ KUYUCU, s. 74.

⁶⁰⁸ ACAR, Hasar Riski, s. 110; AYOĞLU, s. 325; KUYUCU, s. 136.

C harfi ile başlayan (INCOTERMS 2000'in ifadesiyle "C" grubunu oluşturan) terimlerde taşıma sözleşmesini kurmak satıcının yükümlülüğündedir. Bu gruba dâhil olan bazı terimlerde (CIF ve CIP), satıcı, taşıma sözleşmesini akdetmenin yanında taşıma esnasında oluşabilecek risklere karşı da sigorta yaptırmak yükümlülüğü altındadır⁶⁰⁹. "C" grubundaki terimlerde taşıma işleminin riskine alıcının, maliyetine ise satıcının katlandığı belirtilmelidir. Diğer bir deyişle "transportun masrafına satıcı ancak rizikosuna alıcı katlanmaktadır"⁶¹⁰. Bu grupta yer alan terimlerden "CPT" (Carriage Paid To-Taşıma Ücreti Ödenmiş Olarak Teslim) ve "CIP" (Carriage and Insurance Paid To-Taşıma Ücreti ve Sigorta Ödenmiş Olarak Teslim) terimleri, tarafların tercih ettikleri taşıma türü ne olursa olsun, kombine taşımalar da dâhil olmak üzere kullanılabilir. "CFR" (Cost and Freight-Mal Bedeli ve Navlun Ödenmiş Olarak Teslim) ve "CIF" (Cost Insurance and Freight-Mal bedeli, Navlun ve Sigorta Ödenmiş Olarak Teslim) terimleri ise deniz ve içsu taşımalarına ilişkin terimlerdir⁶¹¹.

"CPT" teriminde hasar, mallar taşıyıcıya ya da birden fazla taşıyıcı bulunması durumunda ilk taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçmektedir⁶¹². Ancak malların, sözleşmede belirlenen varma yerinde alıcıya teslim edilecekleri bölgeye kadar tüm taşıma masraflarının satıcıya ait olmasının yanı sıra ihracat için gereken izinlerin alınmasıyla gümrük işlemlerinin yapılması satıcının sorumluluğundadır. Buna karşılık, malların varma yeri ülkesine ithali için gereken işlemlerin yapılması alıcıya aittir. Alıcı masrafı kendisine ait olmak üzere sigorta yaptırabilir; çünkü satıcının sigorta yaptırma yükümlülüğü yoktur. Bu anlatılanların ışığı altında denilebilir ki hasar ve masrafların geçiş anı birbirinden ayrılmıştır. Malların varma limanına kadar taşınması için gereken tüm masrafları satıcı üstlenirken, hasar malların taşıyıcıya teslimiyle alıcıya geçmektedir⁶¹³.

"CPT" klozu Viyana Satım Antlaşmasının 67'nci maddesinin 1'inci fıkrasına benzer bir çözüm tarzı ile satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasarın, malların ilk taşıyıcıya teslimi ile alıcıya geçeceğini öngörmüştür.

⁶⁰⁹ DOĞAN, s. 360-361; Ayrıca bu terimler bakımından satıcının yükümlülüğü hakkında bakınız ÖZKAN, Ö., s. 10, 13.

⁶¹⁰ DOĞAN, s. 360; AYOĞLU, s. 327-328; POROY/YASAMAN, s. 183.

⁶¹¹ AYOĞLU, s. 328.

⁶¹² ERDEM, Makaleler, s. 244; KUYUCU, s. 138; ÖZKAN, Ö., s. 9; SÜRAL, s. 44; VALIOTI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N.4.B.iii.

⁶¹³ AYOĞLU, s. 328.

dd. Carriage and Insurance Paid To (CIP- Taşıma Ücreti ve Sigorta Ödenmiş Olarak)

“CIP” klozu çok vasıtalı olanlar da dâhil olmak üzere her türlü taşıma şekli için kullanılabilir⁶¹⁴. “CIP” teriminde, “CPT” teriminde olduğu gibi, malların varma yerinde alıcıya teslim edileceği bölgeye kadar tüm taşıma masrafları satıcıya aittir ve ihracat için gereken izinlerin alınması ile gümrük işlemlerinin yapılması da yine satıcının sorumluluğu dâhilindedir. Ancak “CPT” terimine ek olarak satıcı sigorta sözleşmesini akdetmekte ve sigorta primlerini ödemektedir⁶¹⁵.

“CIP” klozu kapsamında hasar riski malların taşıyıcıya teslimiyle birlikte alıcıya geçmektedir. “CPT” klocunda olduğu gibi “CIP” klocunda da birden fazla taşıyıcının söz konusu olması durumunda hasar riskinin geçiş anı malların ilk taşıyıcıya teslim edilmesi anı olarak görülmektedir⁶¹⁶.

“CIP” klocunda da aynen “CPT” klocunda olduğu gibi Viyana Satım Antlaşmasının 67’nci maddesinin 1’inci fıkrasına benzer bir durum söz konusudur. İlgili düzenleme bakımından da malların alıcıya ulaştırılması amacıyla ilk taşıyıcıya teslimi anında risk alıcıya geçmektedir.

ee. Delivered at Terminal (DAT-Terminalde Teslim)

2000 metnindeki D Kurallarının sayıları azaltılarak birleştirilme yoluna gidilmiştir. Delivered at Terminal (DAT) ve Delivered at Place (DAP) olmak üzere iki yeni kural eklenmiş ve DAF, DES, DEQ ve DDU isimli kurallar metinden çıkarılmıştır. Yeni eklenen her iki kural da taşıma şekline bakılmaksızın bütün taşıma türlerinde kullanılmaya elverişlidir⁶¹⁷.

“DAT” teriminde satıcı, malları kararlaştırılan tarih ya da süre içerisinde, varma yerinde ya da limanında veya belirlenen terminalde, taşıma aracından boşaltılmış şekilde

⁶¹⁴ KUYUCU, s. 142; AYOĞLU, s. 325; ERDEM, Makaleler, s. 245.

⁶¹⁵ AYOĞLU, s. 328; ERDEM, Makaleler, s. 245; POROY/YASAMAN, s. 184.

⁶¹⁶ VALIOTI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N.4.B.iii.

⁶¹⁷ CANER, s. 243; SUNAY, Nesrin Akın, “INCOTERMS 2010 Kuralları Hakkında Genel Bilgi ve Bu Kurallar Kapsamında DAT ve DAP Ticari Terimleri”, e-akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Eylül 2012-Sayı 126, s. 9.

alıcının tasarrufuna bırakmakla malları teslim etmiş sayılacaktır. “Terminal” terimi, rıhtım, depo, konteynır alanı ya da hava kargo terminali gibi çevrili olan ya da kara yolu, tren yolu gibi çevrili olmayan herhangi bir yeri ifade etmektedir⁶¹⁸.

Satıcı usulüne uygun olarak teslim yükümlülüğünü gerçekleştirene kadar malın kaybindan ya da hasarından doğan tüm risklere, B5 hükmünde belirtilen koşullardan kaynaklanan kayıp ve hasar hariç olmak üzere katlanmak zorundadır⁶¹⁹.

Alıcı, sözleşmede açık olarak tanımlanan satış konusu malın usulüne uygun şekilde teslim işleminin gerçekleşmesi halinde malları teslim almalıdır. Ayrıca alıcı riskine ve masrafına katlanarak her türlü ithalat lisansını almalı ve diğer resmi yetkilendirmeyi sağlamalıdır ve malın ithalatı için gerekli formaliteleri yürütmelidir. Alıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda mala gelen kayıptan ve hasardan kaynaklanan bütün risklere katlanması söz konusu olacaktır veya alıcının, B7 hükmü uyarınca satıcıya yapması gerekli olan bildirimleri yapmaması durumunda kararlaştırılan tarihten ya da teslim için kararlaştırılan sürenin sona ermesinden itibaren mala ilişkin her türlü kaybın ya da hasarın risklerine katlanması gerekecektir⁶²⁰.

ff. Delivered at Place (DAP- Varma Yerinde Belirlenen Noktada)

“DAP” terimi de birden çok taşıma türünün söz konusu olduğu haller dâhil her türlü taşımada kullanılabilen bir terimdir⁶²¹.

Bu terim, satıcının, malları varma yerinde tarafların belirlediği teslim noktası veya alanında, taşıma aracı içerisinde, boşaltılmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna bırakmakla teslim etmiş sayılacağını kabul etmektedir. Satıcı, malların varma yerinde belirlenen noktaya getirilmesine ilişkin tüm taşıma masraflarını ve hasar riskini üstlenecektir⁶²². Alıcının malı teslim almadan inceleme imkânı yoktur. Diğer bir deyişle mal zarar görmüş ise alıcı bunu ancak malı teslim aldıktan sonra fark edebilecektir. Bu durumda da maldaki zararın teslimden

⁶¹⁸ KUYUCU, s. 175; SUNAY, s. 13; AYOĞLU, s. 331; ÖZALP, s. 150; TANGÜN, Kürşat, “INCOTERMS 2010 İle Getirilen Yenilikler”, Legal Hukuk Dergisi 2012, Cilt 10, Sayı 119, s. 120.

⁶¹⁹ KUYUCU, s. 176; 178; AYOĞLU, s. 331; SUNAY, s. 14; Satıcının malların terminalde boşaltılmasına kadar gerçekleşebilecek tüm riskleri üstlendiği konusunda bakınız POROY/YASAMAN, s. 185.

⁶²⁰ SUNAY, s. 14-15; Ayrıca alıcının yükümlülükleri için bakınız KUYUCU, s. 178 vd.

⁶²¹ RAMBERG, INCOTERMS 2010, s. 59.

⁶²² AYOĞLU, s. 331-332; POROY/YASAMAN, s. 185; CANER, s. 245-246; ÖZALP, s. 150.

önce mi yoksa sonra mı meydana geldiğinin tespit edilmesi sorun yaratabilecektir. DAP teriminin yerini aldığı DAF, DES ve DDU terimlerinde de teslim aynı şekilde ifade edilmekteydi. DAP teriminde taşıma aracı bir gemi, varma yeri olarak belirlenen yer de bir liman olabilir. Bu durumda DAP terimi DES teriminin kullanıldığı durumlarda da sorunsuzca kullanılabilir⁶²³.

Alıcı, sözleşmede açık olarak tanımlanan satış konusu malların usulüne uygun şekilde teslim işleminin gerçekleştirilmesi halinde ilgili malları teslim almalıdır. Ayrıca alıcı riskine ve masrafına katlanarak her türlü ithalat lisansını almalı ve diğer resmi izinleri sağlamalıdır ve malın ithalatı için gerekli formaliteleri yerine getirmelidir. Alıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda mala gelen kayıptan ve hasardan kaynaklanan bütün risklere katlanacağı söylenmelidir veya alıcının, B7 hükmü uyarınca satıcıya yapması gerekli olan bildirimleri yapmaması durumunda kararlaştırılan tarihten ya da teslim için kararlaştırılan sürenin sona ermesinden itibaren mala ilişkin her türlü kaybın ya da hasarın risklerine katlanması gündeme gelecektir⁶²⁴.

gg. Delivered Duty Paid (DDP-Gümrük Vergileri Ödendikten Sonra Teslim)

EXW teriminin satıcı için en az yükümlülüğü öngörmesinin aksine DDP terimi satıcı için en fazla yükümlülüğü öngörür⁶²⁵. Satıcı malları belirlenen varma yerinde, ithalat için gümrük işlemleri tamamlanmış olarak, taşıma aracı içerisinde boşaltmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna bırakmakla teslim etmiş sayılmaktadır ve satıcı, malların belirlenen varma yerine getirilmesine ilişkin bütün masraflar ile hasar riskine katlanmaktadır. Ayrıca satıcı malların sadece ihracı için değil, ithali için de gümrükleme işlemlerini yapmakla, ihracat ve ithalat için gerekli her çeşit vergi, resim ve harcı ödemekle ve bütün gümrük formalitelerini yerine getirmekle yükümlü kabul edilmektedir⁶²⁶.

Hasar riski malların varma yerinde, taraflarca belirlenen teslim noktasında, taşındıkları vasıta içerisinde boşaltılmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna bırakıldıkları an itibarıyla

⁶²³ ERDEM, INCOTERMS 2010, s. 225.

⁶²⁴ SUNAY, s. 18; Alıcının yükümlülükleri konusunda bakınız KUYUCU, s. 182.

⁶²⁵ ERDEM, Makaleler, s. 251; DOĞAN, s. 363; ÖZALP, s. 151; Oberman EXW terimi satıcı için asgari yükümlülük getirirken DDP teriminin azami yükümlülük getirdiğini ifade etmiştir. Bakınız (OBERMAN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>))

⁶²⁶ AYOĞLU, s. 332; OBERMAN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>).

alıcıya geçmektedir. Dolayısıyla alıcı mallar emrine amade hale getirildiğinde onları teslim almalıdır⁶²⁷. Diğer “D” grubu terimlerde olduğu gibi, “DDP” teriminde de satıcının taşıma esnasında oluşabilecek risklere karşı sigorta yaptırma zorunluluğu bulunmamaktadır⁶²⁸.

“DDP” terimi bakımından Viyana Satım Antlaşmasının 69’uncu maddesinin 2’nci fıkrasıyla benzerlik bulmak mümkündür⁶²⁹.

b. Deniz ve İçsularda Taşıma İçin Kullanılan Terimler

İlk grupta yer alan tüm taşıma türlerini kapsayan terimlerin aksine ikinci grupta yer alan Incoterms 2010 kurallarında, malların alıcıya teslim noktası ve alıcıya teslim için taşındığı yer liman olup bu kurallar denizde ve iç sularda taşımalara yöneliktir. Deniz ve içsularda taşıma için kullanılan terimler dört adettir. Bunlar “FAS” (Free Alongside Ship-Yükleme Limanında Gemi Doğrultusunda Teslim), “FOB” (Free on Board-Yükleme Limanında Gemide Teslim), “CFR” (Cost and Freight-Mal Bedeli ve Navlun Ödenmiş Olarak Teslim) ve “CIF” (Cost Insurance and Freight-Mal bedeli, Navlun ve Sigorta Ödenmiş Olarak Teslim) terimleridir.

Incoterms’de teslim ve hasarın geçişi kural olarak aynı yerde gerçekleşmektedir. Nitekim A5 hükmü hasarın, malların A4 hükmü uyarınca teslim edildiği anda alıcıya geçmesini öngörmektedir; ancak Incoterms 2000 versiyonu da (önceki versiyonlarla beraber) dâhil olmak üzere bu genel kurala 3 istisna getirilmişti. FOB, CFR ve CIF terimlerinde hasar malların teslimiyle değil, malların küpeşteyi aşmasıyla alıcıya geçmekteydi. Incoterms 2000’nin hazırlık çalışmaları esnasında da hasarın bu şekilde geçmesi eleştiri konusu yapılmıştır; fakat ilgili düzenlemenin uygulamada köklü şekilde benimsenmesi karşısında bir değişikliğin yarardan çok karışıklık yaratacağı endişesiyle Incoterms 2000’de CFR, FOB ve CIF terimlerinde hasarın geçişi açısından bir değişiklik yapılmamıştır. Karadaki masraflar ve borda masraflarının paylaşılmasına imkan veren gemi küpeştesi kavramı, hücresel koyteyner gemilerinin ve ro-ro gemilerinin gelişimiyle beraber kademeli olarak kullanımdan kalkmıştır. Ayrıca teslimat ile hasarın satıcıdan alıcıya geçtiği göz önüne alındığında, gemi bordasında

⁶²⁷ **OBERMAN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>).

⁶²⁸ **AYOĞLU**, s. 332-333; **ACAR**, Hasar Riski, s. 114; **OBERMAN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>).

⁶²⁹ **OBERMAN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>).

teslim anıyla küpeşteden kesin geçme anındaki hasarın geçişinin birbirinden farklı olması çok tutarlı görülmemekteydi. Bu sebeple Incoterms 2010'da A4 maddesinde teslimin gemide ya da zaten bu şekilde teslim edilmiş mallar tedarik edilerek yapılacağı belirtilmiştir ve A5 maddesinde de hasarın teslimle beraber alıcıya geçeceği öngörülmüştür. Böylece çok uzun süredir anlamını ve işlevini yitiren hasarın geçiş noktası olarak “küpeştenin aşılması” kavramı terk edilmiştir⁶³⁰.

aa. Cost and Freight (CFR- Malın Bedeli ve Navlun Ödenmiş Olarak)

“CFR” terimi yukarıda da ifade edildiği üzere sadece deniz ve içsu taşımacılığında kullanılabilen bir teslim şeklidir.

“CFR” teriminde satıcı, malların varış limanına mutad koşullar dâhilinde ve mutad bir rota izlenerek taşınmaları için, masrafı kendisine ait olmak üzere bir navlun sözleşmesi akdetme borcu altındadır. İhracat için gereken izinlerin alınması, gümrük işlemlerinin tamamlanması ve malların yükleme limanında gemiye yüklenmesi için yapılan masraflar ile navlun ücreti satıcıya aittir. Buna karşılık satıcının malları sigorta ettirme yükümlülüğü ise yoktur, alıcı dilerse masrafı kendisine ait olmak üzere sigorta yaptırabilir⁶³¹.

2010 revizyonundan önce CFR bakımından malların kaybı veya zararı riskinin geçişi için kabul edilmiş olan *ship's rail*⁶³² esas 2010 metninde *on board* esasına bağlanmıştır. Diğer bir deyişle Incoterms 2010 metninde FOB ve CIF kurallarının yeni versiyonlarında olduğu gibi CFR terimi bakımından da mallar yükleme limanında belirlenmiş olan gemiye (geminin bordasına) yüklendikleri andan itibaren her türlü hasar riskine alıcı katlanmaktadır⁶³³.

⁶³⁰ TANGÜN, s. 121; ERDEM, INCOTERMS 2010, s. 227 vd; SUNAY, s. 9; CANER, s. 247-248.

⁶³¹ AYOĞLU, s. 335; POROY/YASAMAN, s. 184.

⁶³² 2010 revizyonundan önce ilgili terimler bakımından hasarın geçişi hakkında bakınız OBERMAN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>); VALIOTI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N.4.B.iii; ROMEIN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>).

⁶³³ AYOĞLU, s. 335; CANER, s. 248; SUNAY, s. 9; ÖZKAN, Ö., s. 6.

Malların varna limanının bulunduğu ülkeye ithal edilmeleri için gereken izinlerin alınması, gümrük işlemlerinin yapılması ve ithalatla bağlantılı vergi, harç ve diğer masrafların ödenmesi ise alıcının sorumluluğu altındadır⁶³⁴.

2010 revizyonu ile FOB, CIF ve CFR terimlerinde yapılan değişiklikle bu üç kuraldaki hasarın geçişi ile ilgili esas CISG m. 67'deki düzenlemeye uygun hale getirilmiştir. Ayrıca doktrinde zincirleme satışlarla ilgili olarak Viyana Satım Antlaşmasının 68'inci madde hükmüne özellikle CFR ve CIF kurallarının uyumlu hale getirilmesi çabasının vurgulanmasının da yerinde olacağı ifade edilmiştir⁶³⁵.

bb. Cost, Insurance, Freight (CIF- Malın Bedeli, Sigorta ve Navlun Ödenmiş Olarak)

“CIF” terimi, “FOB” terimi ile birlikte uluslararası ticarete en eski ve en yaygın olarak kullanılan terimlerden biridir⁶³⁶.

Bu terim, prensip olarak tarafların yükümlülüklerinin CFR teriminde öngörülen yükümlülüklerle benzer olduğu satışları ifade etmektedir. İki terim arasındaki fark bu terimde satıcının ayrıca CFR'deki borçlarına ek olarak malları taşıma rizikolarına karşı sigortalamakla yükümlü olmasıdır⁶³⁷.

Hasarın geçişi de CFR satışlardaki sistemi izlemektedir. Dolayısıyla hasarın geçişi bakımından CFR teriminde olduğu gibi, malların yükleme limanında gemiye (geminin bordasına) yüklendikleri andan itibaren her türlü hasar riskine alıcının katlanacağı söylenebilecektir (B5)⁶³⁸.

CIF ve CFR kuralları bakımından B5 kurallarının ikinci fıkrasında alıcının ihtar yükümlülüğünü yerine getirmeme ihtimali düzenlenmiştir. Alıcının, B7'ye uygun olarak ihtar vermemesi durumunda, kararlaştırılmış olan tarihten itibaren ya da kararlaştırılan sürenin

⁶³⁴ AYOĞLU, s. 335; KUYUCU, s. 125.

⁶³⁵ CANER, s. 250.

⁶³⁶ ERDEM, Makaleler, s. 239; AYOĞLU, s. 335.

⁶³⁷ ERDEM, Makaleler, s. 242-243.

⁶³⁸ AYOĞLU, s. 336; CANER, s. 249; ÖZKAN, Ö., s. 13; Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere 2010 revizyonundan önce CIF terimi bakımından hasarın geçişi hakkında bakınız ERDEM, Sif Satışlar, s. 16-17; Ayrıca Valioti de Incoterms 2000'de klasik CIF klozu uyarınca riskin malların gemi küpeştisini aşınca alıcıya geçeceğini belirtmiştir (VALIOTI, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>, N. 4.B.iii).

bitiminden itibaren sözleşmede gösterilmiş olan mallara gelen ziya ve hasardan sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

Son olarak CIF satışlarla ilgili olarak, 6762 sayılı eski Türk Ticaret Kanunu'nun üçüncü kısmında yer alan "denizaşırı satış sözleşmeleri" arasında FOB ve CIF satışlara yer verilmiş olduğu belirtilmelidir. Buna karşılık 6762 Sayılı eski TTK'da, bu iki teslim şekli dışındaki diğer teslim şekillerine yer verilmemiş olduğu görülmektedir. İlgili düzenlemeler kaynağını INCOTERMS 1936'dan almıştı. Eski Türk Ticaret Kanunu, Milletlerarası Ticaret Odası'nın bu kayıtlarda sonraki yıllarda yaptığı değişiklikleri kapsamına almamıştı. Bu sebeple tarafların sözleşmelerinde sadece bu kayıtların ismine yer verip Milletlerarası Ticaret Odasına atıfta bulunmamaları durumunda, eski Türk Ticaret Kanunu'nun söz konusu hükümleri yorumlayıcı ve/veya tamamlayıcı hukuk kuralları olarak uygulama alanı bulmaktaydı; ancak Eski Türk Ticaret Kanunu'nun denizaşırı satış sözleşmeleri hakkındaki 1138 -1149. madde hükümleri 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na bu kuralların çağdaş gelişmelerin gerisinde kalması sebebiyle alınmamıştır. Belirtmek gerekir ki 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girdikten sonra da ICC INCOTERMS'in, taraflar arasındaki sözleşmenin hükmü olarak uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır. Sadece ilgili kuralların, tarafların yapacakları sözleşmede atıf yoluyla kararlaştırılması uygun görülmüştür⁶³⁹.

cc. Free Alongside Ship (FAS-Geminin Yanında Teslim)

"F" harfi ile başlayan (Incoterms 2000'in ifadesiyle "F" grubunu oluşturan) terimler, satıcının sorumluluğunun, malların alıcı tarafından belirlenen taşıyıcıya teslim edilmesiyle son bulduğu terimlerdir ve bu gruba dahil olan terimlerde, taşıma sözleşmesini akdetmek alıcının sorumluluğunda olup hasar da malların taşıyıcıya teslimiyle beraber alıcıya geçmektedir⁶⁴⁰. Incoterms'in 2000 versiyonunda en önemli maddi değişikliklerden biri "FAS" teriminde yapılmış ve ihracat için gerekli gümrükleme işlemlerini alıcının yerine getirmesini

⁶³⁹ SUNAY, s. 5; Türk Hukukun'da Sif Satışlar hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız ERDEM, Sif Satışlar, s. 48 vd; ÖZALP, s. 141.

⁶⁴⁰ AYOĞLU, s. 333; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 84; ERDEM, Makaleler, s. 234.

öngören düzenleme yerine bu işlemleri satıcının yerine getirmesi benimsenmiştir; çünkü en yaygın uygulama bu yükümü alıcıdan ziyade satıcının üzerine yıkmaktadır⁶⁴¹.

Tarafların bu terimi yükleme limanının adıyla beraber kullanmaları durumunda, bu aynı zamanda teslim işlemlerinin yeri ile noktasını da belirtmiş olacaktır. Böylece mesela FAS İskenderun olarak yapılan bir satışta, satıcı malları İskenderun Limanında geminin doğrultusunda teslim etmek zorundadır⁶⁴².

FAS terimine göre, malların, yükleme limanında gemi doğrultusunda rıhtıma veya mavnaya yerleştirilmeleriyle beraber hasar ve masraflar alıcıya geçmektedir. Malların yükleme limanına getirilmelerine ilişkin masraflara satıcı katlanırken yükleme limanından varma limanına kadar taşınmaları için gereken navlun sözleşmesini yapmak ve masraflarına katlanmak alıcının yükümlülüğü altındadır⁶⁴³.

Bu kuralın CISG m. 67/f. 1, 2'nci cümledeki kuralı içerdiği iddia edilebilir. CISG m. 67/f. 1, 2'nci cümlesine göre, satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmemektedir. FAS terimi uyarınca satıcı belirli bir yerde yani malları gemi doğrultusunda yerleştirdiği zaman teslim etmiş olmaktadır. Diğer bir deyişle satıcı malları gemi doğrultusunda rıhtıma ya da mavnaya yerleştirdiğinde teslim etmiş olmaktadır. Teslim işleminin hangi noktasında riskin geçeceği sorusu sorulabilir. Tavsiye edilen teslim işleminin sonunda riskin alıcıya geçmesidir⁶⁴⁴.

dd. Free on Board (FOB- Yükleme Limanında Gemide Teslim)

FOB terimi en eski ve en yaygın olarak kullanılan ticari terimlerden bir tanesidir⁶⁴⁵. FOB türü teslim şekli, INCOTERMS 1990'a kadar kara, hava ve demiryolu taşımacılığında da kullanılmaktaydı. Hava taşımacılığında ismi FOA (Free on Air), karayolu ile taşımacılığında FOT (Free on Truck), demiryolu taşımacılığında ise FOR (Free on Rail) idi;

⁶⁴¹ ERDEM, Makaleler, s. 238; ÖZKAN, Ö., s. 11; POROY/YASAMAN, s. 183; 2000 revizyonundan önce FAS teriminde alıcının yükümlülüklerinin ne olduğu konusunda bakınız OBERMAN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>).

⁶⁴² ÖZKAN, Ö., s. 11; ERDEM, Makaleler, s. 239.

⁶⁴³ AYOĞLU, s. 333.

⁶⁴⁴ OBERMAN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>).

⁶⁴⁵ ERDEM, Makaleler, s. 239.

ancak INCOTERMS 1990’la FOA, FOT ve FOR türleri yürürlükten kaldırılmıştır. FOB terimi ise artık sadece deniz ve içsu taşımalarına özgü olarak kullanılmaktadır⁶⁴⁶.

FOB teriminin FAS teriminden farkı, hasar ve masrafların, malların yükleme limanında gemi doğrultusunda rıhtım veya mavnaya yerleştirilmesinden sonra değil, sonraki bir aşama olan malların gemiye (geminin bordasına) yüklenmesinden sonra alıcıya geçmesini öngörmesidir⁶⁴⁷.

Bu INCOTERMS kuralında satıcı malları belirlenen yükleme limanında alıcı tarafından gönderilen gemiye yükleyerek gemide ya da zaten gemide bulunan malları tedarik ederek teslim eder ve mallara ilişkin hasar ve masraflar mallar gemide teslim veya tedarik edildikten sonra alıcıya geçer, bundan önceki hasar ve masraflar ise satıcıya aittir. Satıcı sadece ihracat için uygulandığı ölçüde gümrüklemeyi yapar; ancak ithalat gümrüklemesine ilişkin satıcının herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶ **ERÇİN**, s. 3257; 6762 Sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu’nda “denizaşırı satış sözleşmeleri” arasında “FOB” satışlara da yer verilmişti. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız **ERDEM**, Ercüment, “Denizaşırı Satış Olarak FOB Satış”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1996, Cilt 18, Sayı 4, s. 38 vd.

⁶⁴⁷ **AYOĞLU**, s. 334; FOB terimi bakımından hasarın geçişine ilişkin düzenleme hakkında bakınız **RAMBERG**, INCOTERMS 2010, s. 174.

⁶⁴⁸ **ÖZALP**, s. 152.

§ 4. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NA GÖRE HASARIN GEÇİŞİ VE MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI'NIN TÜRK BORÇLAR KANUNU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

A. Genel Kural Olarak TBK m. 136 Düzenlemesi

Borçlar Kanunu'nun 136'ncı maddesinin⁶⁴⁹ ilk fıkrası şu şekildedir: “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa borç sona erer*”. Bu sebeple Borçlar Hukuku sistemimizde edim hasarı m. 136/f. 1 uyarınca alacaklıya aittir⁶⁵⁰.

Borçlar Kanunu m. 136/f. 2'de “*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar bu hükmün dışındadır.*” ifadesi yer almaktadır. Böylece karşılıklı sözleşmelerde karşı edime ilişkin hasarı borçlunun taşıması söz konusu olmaktadır⁶⁵¹.

Borçlunun borcu bir çeşit borcu ise, “çeşit yok olmaz” kuralı nedeniyle borçlunun çeşit üzerinden belirlenmiş borcunun imkânsızlığından söz edilemez ve bu sebeple çeşit borçlarında borçlu borcunu ifa edene kadar edim hasarını kural olarak borçlu taşır, edim hasarını borçlu taşıdığı sürece karşı edim hasarının geçişi diye bir sorun da gündeme gelmez⁶⁵².

818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun hasarın geçişinde genel kural olan 117'nci madde düzenlemesine göre ise, “*Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olur./Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikân almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve*

⁶⁴⁹ Borçlunun sorumlu tutulamayacağı sonraki ifa imkânsızlığı 6098 Sayılı Kanunun 136'ncı maddesinde düzenlenmektedir ve maddede borçlunun sorumlu olmadığı sonraki ifa imkânsızlığı 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi borcun sona erme sebepleri arasında yer almaktadır (HAVUTÇU, Ayşe, “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan 2011, s. 335).

⁶⁵⁰ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 36; ÖZDEMİR, H., s. 366.

⁶⁵¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 33; GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 36.

⁶⁵² GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 36.

kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur. Kanun veya akit ile borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır". EBK'nın 117'nci maddesinin ilk fıkradaki düzenlemesi uyarınca tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerle eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından hasarın alacaklıya ait olduğu söylenebilecektir⁶⁵³. 117'nci maddenin ikinci fıkradaki düzenlemesine göre taraflardan birinin borcu sözleşme ilişkisinin kurulmasından sonra, ancak borçların ikisinin de ifasından önce tarafların hiçbir kusuru olmadan imkânsız duruma gelmişse karşılıklı borçlar sona erer ve sözleşme çözülür. Şu halde kural, edim hasarını alacaklının (edimi elde edemeyecek), bedel hasarını da (karşı edim hasarını) borçlunun taşımasıdır⁶⁵⁴. AKINTÜRK, Türk hukukunun iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasarı borçluya yüklediğini; çünkü iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde hasarın geçişinin bedel hasarıyla ilgili olduğunu söylemiştir⁶⁵⁵. EBK döneminde kiralayan kiraladığı şeyin kazara yok olması durumunda o şeyi kullanmaya elverişli halde kiracının yararlanmasına bırakma borcundan kurtulursa da artık kira bedelini talep edemezdi. Mesela kiralanan ev teslimden önce yanmışsa kira bedelinin hiç istenemeyeceği, eğer sözleşmenin devamı esnasında yanmışsa yanma anından itibaren işleyecek kiranın talep edilemeyeceği belirtilmişti⁶⁵⁶. Borçlu karşı edimi daha önce almışsa bunu sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek zorunda kalacağı da ifade edilmekteydi⁶⁵⁷.

EBK döneminde kanun koyucu hasarın geçişi açısından, iki tarafa borç yükleyen tüm sözleşmeler için koymuş olduğu ana kuraldan ayrılarak, satış sözleşmesinde hasarı istisnai olarak düzenlemişti. EBK m. 117 emredici bir hüküm olmadığı için tarafların kanundaki düzenlemenin aksini kararlaştırmaları mümkündür⁶⁵⁸. EBK'nın 117'nci maddesinin ikinci fıkrası borcun ifasına kadar hasarın borçluya ait olduğu kuralını getirmişken m. 183/f. 1 düzenlemesi bu kuralı tersine çevirerek sözleşmenin kuruluşundan itibaren hasarın alıcıya geçeceğini tespit etmişti⁶⁵⁹.

⁶⁵³ TANDOĞAN, Borçlar, s. 108; AKINTÜRK, s. 64-65.

⁶⁵⁴ ATAMER, Hasarın İntikali, s. 133-134.

⁶⁵⁵ AKINTÜRK, s. 65.

⁶⁵⁶ TANDOĞAN, Borçlar, s. 108.

⁶⁵⁷ AKINTÜRK, s. 66; FEYZİOĞLU, s. 201.

⁶⁵⁸ ŞAMLI, s. 307.

⁶⁵⁹ FRANKO, s. 351.

B. Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişine İlişkin Düzenleme

I. Genel Olarak

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 208'inci maddesinde taşınır ve taşınmazları kapsamak üzere hasarın geçişi konusunda yeni bir düzenleme getirmiş ve Roma Hukuku'na dayanan "*periculum est emptoris*" yani hasarın sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçmesi kuralını terk etmiştir. İlgili düzenleme şu şekildedir: "*Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık haller dışında, satılanın yarar ve hasarı taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir./Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer./Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer*". Bu düzenleme ile Alman-Avusturya hukukuna benzer bir çözüm tarzı kabul edilmiştir⁶⁶⁰. Ayrıca 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 208'inci madde düzenlemesinin, 818 Sayılı Eski Türk Borçlar Kanunu'nun 183'üncü madde düzenlemesinden, hasarın sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçmesi kuralını değiştirmesinin yanı sıra bir farkının da, 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun 183'üncü maddesinin satılanın hasarının hangi anda alıcıya geçeceğini düzenlemiş olmasına rağmen, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 208'inci maddesinin hasarın hangi ana kadar satıcıya ait olacağını düzenlemesi olduğu görülmektedir⁶⁶¹. Anılan hüküm uyarınca, yarar ve hasar açısından satışa konu mallar sadece taşınır ve taşınmaz olarak ayrılmış ve başka bir özellik aranmamıştır⁶⁶².

Yeni getirilen hükümlerle alıcı açısından bazı adaletsizliklerin de önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Yeni Türk Borçlar Kanunu parça ve çeşit borcu ayrımı yapmadan tüm taşınır satışlarında yarar ve hasarın zilyetliğin devri anında alıcıya geçeceğini öngörmektedir. Kanun koyucu burada taşınır mülkiyetinin teslim dışında zilyetliğin devrine ilişkin diğer yollarla da geçeceği hususunu dikkate alarak hasarın geçişi anını teslim anı ile sınırlandırmamıştır.

⁶⁶⁰ ÜREM, Müge, "Satım İçin Bırakma Sözleşmesinde Hasarın Geçişi", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 711.

⁶⁶¹ UYAR, s. 1196; ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2012, s. 31.

⁶⁶² ERZURUMLUOĞLU, Sözleşmeler Hukuku, s. 32.

Alman BGB m. 446 ve CISG m. 69’da hasarın geçtiği an olarak satış konusunun alıcıya teslim anı esas alınmışsa da bu hükümlere ilişkin doktrin açıklamaları ve yargı uygulaması teslim kavramının geniş yorumlandığını ve alıcıya dolaylı zilyetliğin sağlandığı durumlarda da hasarın geçişi bakımından teslim koşulunun gerçekleştiğinin kabul edildiğini göstermektedir⁶⁶³.

Türk Borçlar Kanunu’nun 208’inci maddesine yeni eklenmiş ikinci fıkrası ile alacaklı temerrüdü halinde satış sözleşmesi özelinde hasarın ne zaman geçeceği sorusuna bir cevap üretilmektedir. Doktrinde, ilgili düzenlemenin alacaklı temerrüdüne ilişkin TBK m. 106 içinde yer almasının aslında daha anlamlı olacağı çünkü aynı sorunun başka sözleşmelerde de doğduğu ve alacaklının temerrüde düştüğü bütün hallerde hasarın ve yararın ne zaman geçeceği sorusunun genel hükümlerde açık kaldığı ifade edilmektedir⁶⁶⁴.

Türk Borçlar Kanunu’nun 208’inci maddesinin üçüncü fıkrasında ise parça ve çeşit borcu ayırımı yapılmadan, her türlü borç tipi açısından, gönderme borcu kararlaştırılan hallerde malın zilyetliği henüz alıcıya devredilmeden, malların ilk taşıyıcıya teslimi aşamasında hasarın geçişine izin verilmiştir. Böylelikle bir gönderme borcu kararlaştırılmış olması yani alıcının isteği ile malın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi durumunda yolculukta malın başına gelebileceklerin rizikosunu alıcının taşımasının daha makul görülmesi nedeniyle hasarın ve yararın geçişi anı öne çekilmiştir⁶⁶⁵.

Türk Borçlar Kanunu’nun 208’inci madde hükmü, 136’ncı maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde belirtilen hasar sorununu özel olarak ele alan düzenlemelerden birisini oluşturmaktadır. Aşağıda sırasıyla parça satışında hasarın geçişi, çeşit satışında hasarın geçişi, koşula bağlı satışta hasarın geçişi anlatılacak ve son olarak hasarın geçişine ilişkin kuralın istisnalarına yer verilecektir.

⁶⁶³ **ÇETİNER**, Bilgehan, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, İÜHFİM 2009, Cilt LXVII, Sayı 1-2, s. 99-100.

⁶⁶⁴ **ATAMER**, Yeşim M., “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, s. 192.

⁶⁶⁵ **ATAMER**, Tebliğler, s. 192-193.

II. Parça ve Çeşit Satışında Hasarın Geçişi

a. Parça Satışında Hasarın Geçişi

Satıcının borcunun bir parça borcu olarak belirlendiği satış sözleşmelerinde karşı edim hasarının geçişi bakımından esas alınacak zaman Türk Borçlar Kanunu m. 208/f. 1 uyarınca belirlenir ve hasar ve yarar taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anında geçer. Hükümde geçen hasar ifadesini karşı edim/bedel hasarı olarak kabul etmek gerekmektedir⁶⁶⁶.

Doktrinde TBK m. 208/f. 1 hükmünün taşınır satışları için teslim kavramı yerine “zilyetliğin devri” kavramı üzerinden kaleme alınmasının doğru bir tercihi yansıttığı belirtilmiştir⁶⁶⁷. Teslim zilyetliğin geçirilmesi hallerinden sadece birini teşkil etmektedir, dolayısıyla zilyetliğin teslimsiz kazanıldığı diğer durumlarda da hasarın geçeceği kabul edilmiştir. Ancak bilinçli olarak zilyetliğin devri ifadesinin kullanılmasının doğru bir tercihi yansıttığının belirtilmesine rağmen daha sonra üzerinde duracağımız üzere TBK m. 208 düzenlemesi çeşitli zaafı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir⁶⁶⁸.

TBK m. 208/f. 1 hükmünün asıl uygulama alanını yerinde satışlar oluşturmaktadır. Satıcının satılanı teslim etme yükümlülüğü açısından aranacak borçların söz konusu olduğu hallere doktrinde yerinde satış adı verilmektedir⁶⁶⁹. Yerinde satış (Platzkauf), satılan malın satıcı ya da onun yardımcı şahsı tarafından doğrudan doğruya alıcıya veya onun yardımcı şahsına ifa yerinde teslim edildiği satıştır; diğer bir ifadeyle bu tür satışta teslim alıcı ile satıcı arasında üçüncü bir kişi girmeksizin gerçekleşmektedir⁶⁷⁰. Yerinde taşınır eşya satışında satıcının borcunun bir parça borcu olduğu durumda karşı edim hasarı, satış konusunun “aynı akde dayalı olarak zilyetliğinin devredilmesi” yoluyla alıcıya geçecektir⁶⁷¹. Hükümün gerekçesinde “...Türk İsviçre Borçlar Kanunu’nda satılanın mülkiyetinin borçlandırıcı işlem niteliğindeki satış sözleşmesinin kurulduğu anda değil, tasarruf işlemi niteliğindeki zilyetliğin

⁶⁶⁶ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 37.

⁶⁶⁷ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 38; ÖZDEMİR, H., s. 368.

⁶⁶⁸ Bu eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 38 vd; ATAMER, Tebliğler, s. 193 vd.

⁶⁶⁹ ALTAY, s. 119; ARAL, Borçlar Hukuku, s. 80.

⁶⁷⁰ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 80; Akıntürk, aynı mahaldeki satış olarak nitelendirdiği kavramı, satılanın alıcının maddi hâkimiyet ve iktidar alanına girebilmesi için belirli bir mesafeyi aşmak zorunda olmadığı, yani satıcı ve alıcı ayrı ayrı yerlerde bulunsalar bile satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesinin gerekmediği satışlar olarak tanımlamıştır (AKINTÜRK, s. 131).

⁶⁷¹ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 40.

devri veya tescil işleminin gerçekleştiği anda alıcıya geçtiği halde, onun henüz maliki olmadığı bir malın hasarına katlanmak ve bedeli ödemek zorunda bırakılması, hakkaniyete aykırı görülerek öğretide haklı olarak eleştirilmektedir. Uluslararası taşınır malların satışına ilişkin sözleşmelere uygulanacak kurallarda da, hasarın teslim anında alıcıya geçmesi kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle Yeni Borçlar Kanununda yapılan düzenleme ile Eski Borçlar Kanunundaki düzenlemeden farklı olarak satış sözleşmesinde hasarın taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise, tescil anına kadar satıcıya ait olduğu kural haline getirilmiştir...” ifadesine yer verilmiştir. Gerekenin kaleme alınış şekli kanun koyucunun “zilyetliğin devri” kavramı ile aslında taşınır mülkiyetinin devri için yapılan tasarruf işlemini kastettiğini ortaya koymaktadır. Doktrindeki hâkim görüş taşınır mülkiyetinin devri için yapılan tasarruf işlemini aynı akid ve zilyetliğin devri⁶⁷² olarak kabul ettiği için biz de maddede geçen zilyetliğin devri ifadesini “aynı akid” ve “teslim veya alıcı kabul ederse teslim dışında bir yolla zilyetliğin devri”⁶⁷³ olarak okumak gerektiği yolundaki görüşe katılmaktayız⁶⁷⁴. Bu görüşü destekler nitelikte ATAMER de, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki 208’inci madde düzenlemesinin hasar ve yararın taşınırlarda zilyetliğin devri ile taşınmazlarda ise tescil anında yani mülkiyetle beraber geçeceği kuralını getirdiğini ifade etmiştir⁶⁷⁵. Doktrinde YAVUZ/ACAR/ÖZEN tarafından ileri sürülen diğer bir görüş ise taşınır zilyetliğinin alıcıya devredilmesinin, alıcının mülkiyeti kazanmasından bağımsız olarak satıcının karşı edim hasarını taşımaktan kurtulmasını sağladığını belirtmiştir. Bu görüşlerini “Taşınır zilyetliğinin alıcıya devredilerek (veya satılanın alıcıya teslim edilmek üzere bağımsız bir taşıyıcıya teslim edilerek) ifa fiilinin gerçekleştirilmesi, ifa sonucunun gerçekleşmesinden (alıcının mülkiyeti kazanmasından) bağımsız olarak satıcının karşı edim

⁶⁷² OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ ÖZDEMİR-OKTAY, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 738; ERMAN, Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 2012, s. 122; AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul 2012, s. 157, § 9, N. 44-45; SEROZAN, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2007, s. 256; Aynı akid, taşınırlarda mülkiyetin devri ya da diğer aynı hakların kurulması için gerekli olan ve zilyetliğin devri ile beraber tasarruf işlemini oluşturan bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bakınız ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara 2008, s. 292 vd.

⁶⁷³ Zilyetliğin devren kazanılması teslim ile kazanma veya teslimsiz kazanma olarak iki şekilde gerçekleşmektedir. Zilyetliğin teslimsiz kazanıldığı haller olarak kısa elden teslimle zilyetliğin kazanılması, hükmen teslim yoluyla zilyetliğin kazanılması, zilyetliğin havalesi yoluyla zilyetliğin kazanılması ve uzak elden teslimle (zilyedlik sözleşmesi) zilyetliğin kazanılması ve emtiayı temsil eden senetlerin teslimi yoluyla zilyetliğin kazanılması durumlarını sayabiliriz. Bu tasnif hakkında bakınız ÖZEN, Burak, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, s. 134; SEROZAN, Taşınır Eşya, s. 125; Ayrıca ayrıntılı açıklamalar için bakınız ESENER/GÜVEN, s. 67 vd; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 71 vd.

⁶⁷⁴ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 38-39.

⁶⁷⁵ ATAMER, Tebliğler, s. 190.

hasarını taşımaktan kurtulmasını sonuçlandırmaktadır”⁶⁷⁶, şeklinde ifade etmişlerdir. Mülkiyetin devrine yol açmamış bir zilyetliğin devrinin karşı edim hasarının geçişine yol açmayacağını⁶⁷⁷ kabul ettiğimiz için ilgili görüşe katılmamaktayız.

Mesafe satışı tarafların, satılanın, kanuni ifa yerinden başka bir yere gönderilmesini kararlaştırdıkları bir satışır⁶⁷⁸. Yani satış konusu mal taşıyıcı ya da taşıma işleri komisyoncusu aracılığı ile başka bir yerdeki alıcıya gönderilecekse “mesafe satışı” vardır⁶⁷⁹. Mesafe satışı gönderme borcu ya da götürme borcu doğurmasına göre adi mesafe satışı ve nitelikli mesafe satışı şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Sözleşmenin ifasını gerçekleştirmek için satılanın, ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi yoluyla yapılan mesafe satışlarına adi mesafe satışı veya gönderme suretiyle satış adı verilmektedir. Sözleşme konusunun (satılanın) ifa amacıyla, sözleşmenin ifa edileceği yere götürülmesinin gerektiği mesafe satışları ise nitelikli mesafe satışı veya mevsuf gönderme suretiyle satış şeklinde ifade edilmektedir. Adi mesafe satışından farklı olarak nitelikli mesafe satışında gönderme borcunun yerini bir götürme borcu almaktadır. Diğer bir ifadeyle, adi mesafe satışında, gönderme ifa yerinden başka bir yere yapılmaktadır; buna karşılık nitelikli mesafe satışında satılan ifa yerine götürülmektedir⁶⁸⁰. Aşağıda sırasıyla götürülecek borçlarda (nitelikli mesafe satışında) ve gönderilecek borçlarda (adi mesafe satışında) hasarın geçişi konusu incelenecektir.

818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu’nda açık veya örtülü bir işareti bulunmayan götürülecek borçlarda, satıcının satılanı ifa yerinde alıcıya ifa olarak arz etmesiyle hasarın alıcıya geçtiği kabul edilmekteydi⁶⁸¹. Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun m. 208/f. 1 düzenlemesi götürme satışlarında da uygulama alanı bulacağı için satılan taşınır eşyanın götürüldüğü yerde alıcıya “aynı akde dayalı zilyetliğin devri” ile birlikte karşı edim hasarı geçecektir⁶⁸².

Türk Borçlar Kanunu’nun 208’inci maddesinin 3’üncü fıkraya hükmüne göre satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse (gönderme borcu doğuran parça ve çeşit satışında) yarar ve hasar satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya

⁶⁷⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 35.

⁶⁷⁷ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 39.

⁶⁷⁸ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 82; ACAR, Hasar Riski, s. 54.

⁶⁷⁹ DOĞANAY, İsmail, Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri, Ankara 2003, s. 306.

⁶⁸⁰ YILDIRIM, Abdülkerim, “Mesafe Satımı ile Mesafeli Satım Kavramları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, Cilt 9, Sayı 1-2, s. 131.

⁶⁸¹ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 76; ERİŞGİN, s. 143.

⁶⁸² GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 40.

gececektir. Burada EBK düzenlemesinden farklı olan⁶⁸³ tek husus madde metnine “alıcının isteği üzerine” ifadesinin eklenmiş olmasıdır. Bu ekleme BGB § 447’de yer alan düzenleme esas alınarak yapılmıştır ve satılanın gönderilmesinin alıcının rızası olmaksızın ya da rızası hilafına olamayacağını vurgulamaktadır⁶⁸⁴. Ayrıca satıcının gönderme borcunun sadece sözleşmede kararlaştırılmış olduğu durumlarla sınırlandırılması söz konusu değildir ve eskisi gibi gönderme borcunun ticari örf ve adetten ya da taraflar arasında uzun süreden beri devam eden, istikrar kazanmış uygulamadan kaynaklanması mümkündür⁶⁸⁵. Ancak Alman hukukunda mesafe satışının söz konusu olabilmesi için eşyanın teslim edildiği taşıyıcının bağımsız olması ve sadece gönderme borcunun üstlenilmiş olması aranmaktadır. Borçlar Kanunumuzda ise mesafe satışlarında taşıyıcının bağımlı veya bağımsız olması hakkında bir açıklık bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, önemli olan nokta mesafe satışlarında satılan malın gönderilmesi olup taşıyıcının bağımsız olmasına gerek yoktur. İlgili görüş uyarınca buradaki çıkış noktası taşıyıcının kusurlu hareket edip etmediği olmalıdır; çünkü taşıyıcı satıcıya bağımlı ise ifa yardımcısı sıfatıyla hareket edeceğinden, taşıyıcının kusuru satıcının kusuru gibi algılanacak ve böylece satıcı, taşıyıcının satılan malda kusuru ile neden olduğu zarardan sorumlu olacaktır. Satıcıya ve taşıyıcıya yüklenebilen bir kusur yoksa taşıyıcıya teslim anından itibaren hasara alıcı katlanmalıdır. Üstelik ortada kusur olan hallerde, hasardan değil zarardan ve sözleşmeye aykırılıktan söz edileceği için taşıyıcının kusurlu olduğu durumda hasar probleminin olduğu bile söylenemeyecektir⁶⁸⁶. Ancak bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Hem Alman hukukunda hem de artık Türkiye’nin de taraf olduğu Viyana Satım Antlaşması’nda kabul edildiği üzere hasarın geçebilmesi için taşıyıcının bağımsız olması gerekmektedir. Taşıyıcının bağımsız olmasının gerekmediği yolundaki bu görüşe göre, taşıyıcı bağımsız bir kimse olsa bile (kargo ya da posta idaresi gibi) TBK m. 116 hükmüne kıyasen bağımsız taşıyıcının kusurunun da satıcının kusuru gibi değerlendirilmesi gerekir. Zira ilgili görüş uyarınca aksi kabul edilirse satıcı bağımsız taşıyıcının fiilinden sorumlu olmayacağını ileri sürebilecek, bağımsız taşıyıcı ise alıcı ile arasında sözleşme olmadığını gerekçe gösterebilecek ve böylece alıcı bedeli satıcıya ödemek zorunda kalarak sadece haksız

⁶⁸³ 818 Sayılı (eski) Borçlar Kanunu m. 183/f. 1’de parça borcunun üstlenildiği gönderme suretiyle satışlarda hasarın geçiş anına ilişkin bir açıklık bulunmamaktaydı. Parça-çeşit borcu ayırımı kaldıran Türk Borçlar Kanunu hasarın geçişi bakımından hem parça satışı hem çeşit satışı niteliğindeki gönderme satışlarında uygulanacak tarzda düzenlenmiştir.

⁶⁸⁴ ÇETİNER, Yarar ve Hasarın İntikali, s. 103.

⁶⁸⁵ ÇETİNER, Yarar ve Hasarın İntikali, s. 103-104.

⁶⁸⁶ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 75, s. 77.

fiil hükümlerine göre bağımsız taşıyıcıya başvurmak zorunda kalacaktır. Bunun da satış sözleşmesinde hasar bakımından istenmeyen sonuçlar doğuracağı açık olduğunu ve bu sebeple bağımsız taşıyıcının kusurlu olduğu her durumu satıcının bağımsız taşıyıcıyı seçmede gösterdiği özen eksikliği olarak kabul ederek satıcının da kusurlu olduğu ve bedelden indirim yapılması gerektiği sonucunu çıkarmak gerektiğini ifade etmişlerdir. Sonuç olarak bu halde satıcının bağımsız taşıyıcının kusurunun kendi kusuru gibi değerlendirilmemesi gerektiği yolundaki savunmasının dürüstlük kuralına aykırı görülerek reddedilmesinin ve satıcının hasarın alıcıya geçmiş olmasından ötürü kendisinin artık sorumlu olmadığını iddia edememesi ve alıcının bağımsız taşıyıcıya sadece haksız fiil hükümlerine göre başvurmak zorunda bırakılmaması bakımından TBK m. 116 hükmünün kıyasen uygulanmasının uygun olduğunu belirtmişlerdir⁶⁸⁷. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir; çünkü TBK m. 208/f. 3 hükmü, “alıcının isteği üzerine satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi”nden bahseder. O halde alıcının malın başına gelenlerin rizikosunu da taşıması gerekmektedir.

818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu’nun satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin 183’üncü maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: “*Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin inikadı anından itibaren alıcıya intikal eder*”. Kural olarak sözleşmenin kurulmasıyla bedel hasarı alıcıya ait olmaktadır; yani sözleşmenin kurulduğu an ile borcun ifa edildiği an arasında satılanın hasara uğraması durumunda alıcı satış sözleşmesiyle kararlaştırılan bedelin tamamını satıcıya ödemek zorunda kalmaktadır⁶⁸⁸. Alıcının satılan malı satıcının ikametgâhında teslim alacağı yerinde satışın bulunduğu hallerde EBK m. 183 kuralı aynen uygulanırdı. Satış sözleşmesinin kurulmasından sonra satıcıya düşen bir ifa hareketi kalmadığından bu anda edim hasarıyla beraber bedel hasarı da alıcıya geçmekteydi⁶⁸⁹. Bunun yanında yerinde satış adını almasa bile satılanın alıcıya ne satıcının ne de alıcının ikametgâhında yani üçüncü bir yerde teslim edileceği hallerde de alıcı açısından aranacak borcun varlığı söz konusudur. Bu durumda ilgili ifa yerine kadar satıcı için götürülecek, ilgili ifa yerinde satılanı teslim almak bakımından ise alıcı için aranacak borç söz konusu olmaktadır⁶⁹⁰. Doktrinde bu hallerde parça satışında bedel hasarının alıcıya ne zaman geçtiği tartışma konusu olmaktadır; ancak doktrindeki hâkim

⁶⁸⁷ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 78.

⁶⁸⁸ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 76; ERİŞGİN, s. 136; GÜMÜŞ, Cilt 1, 2008, s. 62-63.

⁶⁸⁹ ATAMER, Hasarın İntikali, s. 151.

⁶⁹⁰ ALTAY, s. 120.

görüş uyarınca bedel hasarının sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçeceği kabul edilmekteydi⁶⁹¹. Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş bedel hasarının, satılanın (satış konusunun) ifa yerine kadar götürülmesiyle ve bu yerde malın hazır bulundurulmasıyla alıcıya geçeceğini ifade etmekteydi⁶⁹².

Satıcının satılanı götürme borcunu, yani satılanı alıcının ikametgâhında ya da kararlaştırılan başka bir yerde ifa etmeyi üstlenmesi durumunda götürme borcu satıcının ifa fiillerinin bir parçasını oluşturur. Doktrindeki hâkim görüş bu halde karşı edim hasarının alıcıya teslim ile, daha doğrusu satış konusunun alıcıya, alıcının yerleşim yerinde ya da işyerinde veya kararlaştırılan diğer bir yerde ifa olarak sunulması ile birlikte geçeceğini kabul etmekteydi⁶⁹³. Bu bağlamda, götürülecek borçlarda parça satışı söz konusu olduğunda edim hasarı, edimin yapısı gereği sözleşmenin kurulması anında alıcıya geçerken, bedel hasarı malın satıcı tarafından ifa yerinde hazır bulundurulması ve teslim alınmak üzere sunulması anında alıcıya geçmelidir, denmekteydi⁶⁹⁴. Nitekim bu sonuca, 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun 183'üncü maddesinin ikinci fıkrasının yorumundan ya da sorunun m. 183/f. 1 anlamında "halin icabı" deyimini içinde değerlendirilmesinden varılmaktaydı⁶⁹⁵.

Eski Borçlar Kanunu, parça satışı niteliğindeki gönderme satışında hasarın geçişi konusunda bir düzenleme içermemekteydi; ancak m. 183/f. 2 çeşit satışı niteliğindeki gönderme satışında hem edim hem de karşı edim hasarının geçişi bakımından bir kural getirmişti⁶⁹⁶. İlgili düzenleme şu şekildedir: "*Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan satılanın ayırt edilmiş olması da lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise satıcının bu maksatla satılan üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır*". Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, EBK m. 183 kuralının gönderilecek parça satışları bakımından adaletsiz sonuçlara götürmesi sebebiyle bu hallerde de gönderilecek çeşit borcuna ilişkin düzenlemeye paralel olarak ancak taşıyıcıya teslim ile bedel hasarının alıcıya geçtiği ve bu andan sonra

⁶⁹¹ Bu konuda ortaya konulan görüşler hakkında bakınız **ALTAY**, s. 120.

⁶⁹² **ATAMER**, Hasarın İntikali, s. 152; **ALTAY**, s. 120; **GÜMÜŞ**, Cilt 1, 2008, s. 64.

⁶⁹³ **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 76; **GÜMÜŞ**, Cilt 1, 2008, s. 65; **ATAMER**, Hasarın İntikali, s. 152; **ALTAY**, s. 128; Satış sözleşmesinde bedel hasarının alıcıya geçişini düzenleyen EBK m. 183'te götürülecek borçlarda hasarın alıcıya geçtiği ana ilişkin bir düzenleme bulunmamasından dolayı götürülecek borcun varlığı durumunda bedel hasarının geçişi doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bu konuda ileri sürülen görüşler hakkında bakınız **ALTAY**, s. 127.

⁶⁹⁴ **ALTAY**, s. 127.

⁶⁹⁵ **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 76.

⁶⁹⁶ **GÜMÜŞ**, Cilt 1, 2008, s. 66.

alıcının malı elde edemese de bedeli ödeyeceği kabul edilmeliydi⁶⁹⁷. Çünkü her ne kadar kanun mesafe satışlarında çeşit borcunun varlığı açısından hasarın geçişini özel olarak düzenlemişse de, kanunun amacının, satılan malın alıcıya teslimi için üzerine düşen tüm edim yükümlülüklerini yerine getirmiş bulunan satıcının o andan itibaren hasarı yüklenmekten kurtarılması yolunda olduğu söylenmiştir. Diğer bir ifadeyle satıcının tüm ifa hareketlerini tamamlayana kadar hasarı taşıması gerektiğini ve hasardan kurtulmadan önce azami şekilde ifa hareketlerini yerine getirmesi gerektiğini belirtmişlerdi⁶⁹⁸. EBK döneminde doktrinde bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş ise, İsviçre Hukuku'nda ve EBK'da mesafe satışının (gönderme satışı) yalnızca çeşit satışına ilişkin olarak düzenlenmiş olduğu ve parça satışı niteliğindeki gönderme satışında hasarın EBK m. 183/f. 1 uyarınca sözleşmenin kuruluşu anında geçtiği yolundaydı⁶⁹⁹.

b. Çeşit Satışında Hasarın Geçişi

Türk Borçlar Kanunu çeşit satışı niteliğindeki yerinde satışlarda karşı edim hasarının geçişi için uygulanacak kuralı TBK m. 208/f. 1'de belirlemiştir ve satılanın aynı akde dayalı zilyetliğinin devri ile karşı edim hasarının alıcıya geçeceğini ifade etmiştir⁷⁰⁰. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, parça satışı niteliğindeki yerinde satışlarda alıcıya aynı akde dayalı zilyetliğin devri ile birlikte sadece karşı edim hasarı geçerken, çeşit satışı niteliğindeki yerinde satışlarda alıcıya aynı akde dayalı zilyetliğin devri ile birlikte sadece karşı edim hasarı değil, edim hasarı da geçmektedir⁷⁰¹. TBK m. 208 düzenlemesi parça borcu-çeşit borcu ayrımı yapmamış olsa da bu ayrımın önemini koruduğu belirtilmiştir. Çünkü hasarın zilyetliğin devri ile alıcıya geçeceği durumlarda ortada bir çeşit satışı varsa en geç bu anda ayırt etme gerçekleşmiş olacağından ayrıca ayırt etme gereğinden söz edilmediği, buna karşılık alıcının temerrüdünde hasarın alıcıya geçişi açısından ayırt etme olgusunun hala önemli olduğu ifade edilmiştir⁷⁰². ATAMER de Türk Borçlar Kanunu'nun en önemli zaafının çeşit borcu bakımından hasarın geçmesi için ayırt etme zorunluluğunu tamamen göz ardı etmesi olduğunu belirtmiştir; çünkü yazara göre zilyetliğin devri ile çeşidin zaten parçaya

⁶⁹⁷ ATAMER, Hasarın İntikali, s. 152; GÜMÜŞ, Cilt 1, 2008, s. 67.

⁶⁹⁸ ALTAY, s. 125.

⁶⁹⁹ AKINTÜRK, s. 138.

⁷⁰⁰ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 44.

⁷⁰¹ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 44.

⁷⁰² ÇETİNER, Yarar ve Hasarın İntikali, s. 102.

dönüştüğü ve dolayısıyla ayırt edilme gereğinin kalmayacağı düşüncesi olayların sadece bir bölümü için doğrudur. Sadece alıcının temerrüdü bakımından değil, çeşit borcunu konu alan gönderme satışları bakımından da hasarın alıcıya geçmesi için ayırt etme mecburiyetinin aynı şekilde devam ettiğini, zira Viyana Satım Antlaşması'nın hem m. 67/f. 2'de hem de m. 69/f. 3'te çok açık bir şekilde bu hususu ortaya koyduğunu ifade etmiştir. Mesela aranacak borcun kararlaştırıldığı hallerde vade gününde alıcının gelip fabrikadan 100 ton buğdayı teslim almaması ve bunların daha sonra bir yangında telef olması durumunda satıcının ifa yükümlülüğünün sona erdiğinin kabul edilebilmesi için bu buğdayın en geç vadede ayrılmış ve bu sözleşmeye tahsis edilmiş olması gerektiği örneğini vermektedir. Aksi takdirde satıcının ifa yükümlülüğü devam etmiş olacağından hasar alıcıya geçmeyecektir. O halde TBK m. 208'de artık açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen çeşit borcunda ayırma zorunluluğunun aynen devam ettiğinin kabul edilerek bu konuda milletlerarası satışa ilişkin CISG hükümlerinin kıyasen iç hukuk satışları açısından da uygulanması gerektiğini belirtmiştir⁷⁰³. Ancak Türk Borçlar Kanunumuz aynı etkili zilyedliğin devrini kabul etmiş olduğundan ayırt etme olgusunun hala önemini koruduğu yolundaki bu görüşe katılmamaktayız.

Çeşit borcunu konu alan gönderme satışında parça borcu satışını konu alan gönderme satışında olduğu gibi Türk Borçlar Kanunu m. 208/f. 3 uygulama alanı bulacak ve satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda karşı edim hasarı alıcıya geçecektir. Ayrıca gönderme satışı bakımından da (tıpkı yerinde satışlarda olduğu gibi) şunu söylemek mümkündür: Çeşit satışı niteliğindeki gönderme satışında, parça satışı niteliğindeki gönderme satışından farklı olarak, satılanın taşıyıcıya teslimiyle sadece karşı edim hasarı değil, edim hasarı da alıcıya geçmektedir⁷⁰⁴.

Birden çok alıcıya aynı cins malların bir arada gönderildiği toplu taşıma durumunda her alıcıya ait mallar üzerine ayırt edici işaretler konulmuşsa hasarın geçmesi sorunu tartışma konusu olmaz ve hasar malların taşıyıcıya teslimiyle alıcıya geçer⁷⁰⁵. Eğer birden çok alıcıya ait aynı tür mallar birlikte taşınıyorsa ve bu taşıma satış konularına ilişkin ayırt etme yapılmadan birbirine karışmış olarak yapılıyorsa, alıcıların karışık toplu taşımaya rıza göstermemeleri olasılığında bireyselleşme ve hasarın geçişi ifa yerinde yapılacak teslimle

⁷⁰³ ATAMER, Tebliğler, s. 193-194.

⁷⁰⁴ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 44-45.

⁷⁰⁵ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 83.

gerçekleşir; ancak birlikte taşıma alıcıların rızasıyla yapılmışsa her alıcı payı oranında hasara katlanır⁷⁰⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun m. 208/f. 1 düzenlemesi hem parça hem çeşit satışını konu alan götürme satışlarında da uygulama alanı bulacağı için satılan taşınır eşyanın götürüldüğü yerde alıcıya "ayni akde dayalı zilyetliğinin devri" ile birlikte hem edim hasarı hem karşı edim hasarı alıcıya geçecektir⁷⁰⁷.

Eski Borçlar Kanunu m. 183/f. 2'de cinsi ile belirlenmiş mal satışında kanuni ifa yeriyle aynı yerde ifa edilecek satışlarda (yerinde satışlarda), bu malların ayırt edilme anı esas alınarak bu ana kadar yarar ve hasarın satıcıya ait olduğu, bu andan itibaren ise alıcıya geçeceği düzenlenmekteydi⁷⁰⁸. Hasarın alıcıya geçmesini sağlayan bir ayırmadan bahsedebilmek için malın tartılmış, sayılmış, ölçülmüş, paketlenmiş ya da benzer şekilde ilgili sözleşmeye ve alıcıya özgülenmiş olması gerektiği belirtilmekteydi⁷⁰⁹.

Ayırtma işleminin kimin tarafından yapılacağı ve ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştü. EBK döneminde ayırt etme işleminin taşıdığı önem dolayısıyla bu konuda ileri sürülen görüşlere de değinmeyi faydalı buluyoruz. Bir görüşe göre ayırt etme satıcının tek taraflı bir hukuki fiiliyle gerçekleşir. Ayırt etme fiiline alıcının katılması gerekli olmadığı gibi ayırt etmenin gerçekleşmiş sayılması için ayrıca ayırt etmenin alıcıya ihbar edilmesi de şart değildir. Buna karşılık alıcının katılmadığı bir ayırt etmede ayırt etmenin yapıldığını ve ayırt edilen satış konusunun sözleşmeye uygun olduğunu ispat yükü satıcıya aittir⁷¹⁰.

EBK döneminde ayırt etme bakımından ileri sürülen ikinci bir görüş uyarınca ayırt etmenin satıcı tarafından yapılması ancak ayırma işlemi sonrasında alıcının bundan haberdar edilmesi gerekmektedir. Satıcının tek taraflı ayırt etmesi alıcının menfaatlerine, ayırt etmeyi

⁷⁰⁶ TANDOĞAN, Borçlar, s. 117; GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 45; ARAL, Borçlar Hukuku, s. 83.

⁷⁰⁷ Ayni akde dayalı teslimin hem edim hem karşı edim hasarını alıcıya geçireceği hakkında bakınız GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 45.

⁷⁰⁸ ERİŞGİN, s. 140; TANDOĞAN, Borçlar, s. 115; ARAL, Borçlar Hukuku, s. 80.

⁷⁰⁹ ATAMER, Hasarın İntikali, s. 140; GÜMÜŞ, Cilt 1, 2008, s. 69; ARAL, Borçlar Hukuku, s. 80; ERİŞGİN, s. 140-141; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 37; BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku (Özel Borç Münasebetleri), Ankara 1971, s. 38.

⁷¹⁰ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2008, s. 70.

teslime bağlamak ise hasarın geçişini teslim tabi kılacağından sözleşme prensibine aykırıdır⁷¹¹.

Yine EBK döneminde ayırt etme işleminin kimin tarafından yapılması gerektiği ve ne zaman yapılmış sayılacağı konusunda ileri sürülen üçüncü bir görüş uyarınca tek taraflı ayırt etme yeterli değildir. Bu ayırt etme alıcının ya da temsilcisinin huzurunda yapılmalıdır. Satıcının ihtarda bulunmasına rağmen alıcının veya onun temsilcisinin gelmediği durumda satıcı ayırt etmeyi yalnız başına yapabilmelidir; bunun dışında alıcı veya temsilcisi hazır bulunmadan yapılan ayırt etmede satıcının şey üzerinde tasarruf yetkisi kayıtlanmadıkça hasar alıcıya geçmemelidir⁷¹².

Bu konuda ileri sürülen başka bir görüşe göre çeşit satışında hasar, satılanın alıcıya teslim edilmesiyle geçmelidir. Tek taraflı ayırt etmede alıcı kendisi tarafından bilinmeyen bir anda gerçekleşecek ayırt etme sonucunda hasara katlanacaktır. Satıcı bu halde kontrolsüz kaldığı için alıcının zararına hareket etmek yoluyla durumu kendi lehine kullanabileceğinden ayırt etme işlemini satılanın teslimine bağlı tutmakla alıcının hakları korunmuş olur⁷¹³.

Sınırlı çeşit borçlarında hasarın alıcıya geçişi hakkında kural olarak çeşit borçlarına ilişkin esaslar uygulanmaktaydı. Bununla beraber sözleşmenin kurulmasından sonra fakat ayırmanın gerçekleşmesinden önceki zaman içinde ortaya çıkan hasar açısından şöyle bir değerlendirmenin yapılması gerektiği ifade edilmekteydi: bu süre zarfında stokun tamamı hasara uğradığı takdirde hasara alıcının katlanması gerektiği; buna karşılık stokun belirli bir kısmı hasara uğramışsa ve kalan kısım alıcıya yapılacak ifayı tümüyle karşılayabiliyorsa satıcının ifa yükümünün devam edeceği, kısmen karşılayabilme ihtimalinde ise karşılanamayan kısma ait hasarın alıcıya ait olacağı belirtilmekteydi⁷¹⁴. Dolayısıyla istisnai olarak sınırlı çeşit borcunun söz konusu olduğu hallerde de çeşit borcunun ayırma gerçekleşmeden de imkânsızlaşmasının mümkün görülmekteydi. Mesela herhangi bir şarap

⁷¹¹ AKINTÜRK, s. 134; ATAMER, Hasarın İntikali, s. 140, 152.

⁷¹² TANDOĞAN, Borçlar, s. 115; ARSLANLI, Halil, Ticari Bey, İstanbul 1955, s. 216, Arslanlı'ya göre, "Usul Hukuku bakımından menfaatler vaziyeti alıcının ayırt etme ameliyesine iştirakini istilzam ettirecek mahiyettedir. Diğer yandan ayırt etmenin bilhassa aynı mahallerde icra edilen satışlar için bahis mevzuu olduğu ileri sürülebilir. Binaenaleyh alıcının iştirakine mani mukni bir sebep yoktur. Alıcı vaki davete icabet etmezse bir taraflı ayırt etmenin doğuracağı neticelere de katlanmalıdır".

⁷¹³ Bu görüş için bakınız YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 38; AKINTÜRK, s. 133.

⁷¹⁴ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 82; ERİŞGİN, s. 141; Aksi görüşte olan Tandoğan, sınırlı çeşit borcunda da malın tamamı telef olsa bile ayırt etme yapılmış olmadıkça hasarın alıcıya geçmeyeceğini kabul etmekteydi (TANDOĞAN, Borçlar, s. 116).

satış konusu edilmek yerine 1998 mahsulü, Bozcaada üzümlerinden üretilmiş X marka şaraptan 50 şişe satış konusu olmuşsa bu şarabın bulunduğu tek fabrikanın bir deprem sonucunda yok olması durumunda ifa, ayırma işlemi yapılmadan da imkânsızlaşmış sayılmaktaydı ve hasarın alıcıya geçtiği kabul edilmekteydi⁷¹⁵.

818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun 183'üncü maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir: *“Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan satılanın ayırt edilmiş olması da lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise satıcının bu maksatla satılan üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır”*. Bu düzenleme doğrultusunda satılanın kanuni ifa yerinden başka bir yere gönderilecek olması durumunda sadece ayırt etmenin yeterli olmadığı ayrıca satıcının mallar üzerinden elini çekmesi (yedini refetmiş bulunması) gerektiği öngörülmekteydi⁷¹⁶. 818 Sayılı EBK m. 183/f. 2'deki “satıcının bu maksatla satılan üzerinden yedini refetmiş bulunması” şartını, çeşitçe belirli olan satılan şeyin alıcıya gönderilmesi amacıyla bir taşıyıcıya ya da tarafların eşyayı götürmekle görevlendirdiği üçüncü bir şahsa fiilen verilmesi olarak anlamak gerektiği ifade edilmekteydi⁷¹⁷. Fakat doktrinde satılanın bizzat satıcı ya da adamları tarafından taşınması durumunda da hasarın, satılanın götürülmek üzere o zamana kadar bulunduğu yerden hareket ettirilmesi ile geçeceği görüşünü de savunanlar bulunmaktaydı⁷¹⁸.

Tarafların, satıcının teslim borcunu götürülecek borç olarak kararlaştırmaları durumunda satıcı, satılanı alıcının ikametgâhında ya da ticari işletmesinin merkezinin bulunduğu yerde teslim etmeyi taahhüt eder ve geniş anlamda mesafe satışı gündeme gelir⁷¹⁹.

⁷¹⁵ **ATAMER**, Hasarın İntikali, s. 140.

⁷¹⁶ **ERİŞGİN**, s. 141.

⁷¹⁷ **FEYZİOĞLU**, s. 215; **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 82; **ŞAMLI**, s. 316; **TANDOĞAN**, Borçlar, s. 116; **BİLGE**, s. 38; **ARSLANLI**, Ticari Bey, s. 215, dpn. 46.

⁷¹⁸ **AKINTÜRK**, s. 140; Altay, taşınanın satıcının kendi adamları tarafından yapılması durumunda hasarın geçip geçmeyeceği meselesini satıcının taşınmayı kendi adamları ile gerçekleştirme konusunda sözleşmeden doğan bir yetkisinin bulunup bulunmadığına bakarak değerlendirmek gerektiğini söylemektedir. Yazara göre eğer satıcıya sözleşmede bu konuda açık bir yetki verilmemişse satıcının borca aykırı hareket ettiği kabul edilmeli ve hasarın geçtiğinden söz edilmemelidir. Buna karşılık sözleşmede açıkça satıcının taşınmayı kendi adamları aracılığı ile gerçekleştirmesi konusunda ona yetki verilmişse ve meydana gelen zararda satıcı tarafından taşıma ile görevlendirilen kişilerin sorumlulukları bulunmuyorsa, satılanın satıcının adamları veya bağımsız taşıyıcı tarafından taşınması arasında bir fark bulunmaması nedeniyle hasarın alıcıya geçtiği kabul edilmelidir (Ayrıntılı bilgi için bakınız **ALTAY**, s. 136-138).

⁷¹⁹ **ARAL**, Borçlar Hukuku, s. 83; **ACAR**, Hasar Riski, s. 61.

EBK’da açık veya örtülü bir işareti bulunmayan götürülecek borçlarda hasarın geçişi sorununda, malın ayırt edilmesi ve taşıyıcıya verilmesinin yeterli olmadığı ve bedel hasarının geçmesi için satılanın ifa yerinde teslim hazır bulundurulması alıcıya sunulması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir⁷²⁰. Yerinde satışa ve yollama (gönderme) satışına ilişkin 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu’nun 183’üncü maddesinin ikinci fıkraya hükmü götürme satışı için uygulama alanı bulmamaktaydı, edim hasarı ve karşı edim hasarı ayırt etme ya da yed’in refi anından itibaren değil, belirlenen türdeki satış konusunun alıcıya, alıcının yerleşim yeri ya da işyerinde ifa olarak sunulmasıyla beraber geçmekteydi⁷²¹.

III. Alacaklının Temerrüdü

Türk Borçlar Kanunu’nda satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin diğer bir yenilik m. 208/f. 2’de düzenlenen alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarının alıcıya geçecek olmasıdır. Temerrüde düşen alıcı edim hasarıyla beraber karşı edim hasarını da taşımak zorunda kalacaktır. Satılanın satıcıdayken onun sorumlu olmadığı bir sebepten ötürü telef olması veya kötüleşmesi nedeniyle hem edimden yoksun kalma riskini hem de edimi elde edememesine rağmen edimin bedelini ödeme riskini alıcı taşıyacaktır⁷²². Söz konusu bu hüküm Alman BGB 446/II’de de yer almaktadır⁷²³.

Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun parça ve çeşit borcu ayırımına yer vermediğini belirtmiştik. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, hasarın zilyetliğin devri ile alıcıya geçtiği durumlarda çeşit borcu açısından en geç bu anda ayırt etme de gerçekleştirilmiş olacağından ayrıca ayırt etme gereğinden bahsedilmemiştir; buna karşılık çeşit borçlarında alıcının temerrüdü ile hasarın alıcıya geçişi bakımından “ayırt etme” hususu önem kazanmaktadır. Mesela satıcının deposundaki herhangi bir mal ile ifayı teklif etmesi durumunda alıcının ilgili ifayı kabulden kaçınması alıcının temerrüdü koşullarının gerçekleşmesi için yeterlidir; ancak hasarın alıcıya geçişi için satılanın ayrıca ayırt edilmiş olması da lazımdır. İlgili madde gerekçesinde CISG’a yapılan atıf dikkate alınarak CISG m. 69/f. 3 hükmüne uygun bir yorumla hasarın geçişi bakımından satıcının satış konusu şeyi ayırt

⁷²⁰ ERİŞGİN, s. 143; ARAL, Borçlar Hukuku, s. 83; GÜMÜŞ, Cilt 1, 2008, s. 70.

⁷²¹ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2008, s. 71.

⁷²² ÇETİNER, Yarar ve Hasarın İntikali, s. 101.

⁷²³ ÖZDEMİR, H., s. 373.

etme külfetinin olduğu da kabul edilmelidir⁷²⁴. Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş uyarınca TBK m. 208/f. 2'nin uygulaması açısından götürme borcu niteliğindeki çeşit satışlarında TBK m. 106 uyarınca gereği gibi ifa teklifinde bulunma, işin doğası gereği bir fiili ayırt etmeyi de gerekli kılacağı için fiilen ayrılmış satılanın götürüldüğü yerde alıcıya önerilmesi ve haklı sebep olmaksızın alıcı tarafından reddedilmesi, zilyetliğin devri gerçekleşmeden karşı edim hasarını alıcıya geçirecektir; ancak yerinde satışlar bakımından çeşit konusu eşyanın ayırt edilmeden satıcının deposu ya da mağazasında bulunması durumunda TBK m. 106/f. 1 uyarınca gereği gibi yapılmış ifa önerisinin varlığının kabulü için ayrıca fiilen ayırt etmeye gerek olmayacaktır⁷²⁵.

Ayrıca TBK m. 208/f. 2'ye göre yarar ve hasarın geçişi bakımından sadece ayırt etme işleminin gerçekleştirilmiş olması da yeterli değildir, bunun yanında çeşit satışında satıcının ortalama nitelikten düşük ifa teklifi (TBK m. 86/c. 2) alıcı tarafından ifa önerisinin reddini haklı kılacak bir durum meydana getirmektedir ve karşı edim hasarı yine satıcıda kalmaktadır. Alıcının ortalama nitelikten düşük edimi kabul etme zorunluluğu bulunmadığından ve böyle bir durumda satıcının edimini gereği gibi arz etmiş olduğundan bahsedilemeyeceğinden alacaklı temerrüdü de gerçekleşmiş olmayacaktır⁷²⁶.

Alacaklı temerrüdü halinde satış sözleşmesi bakımından hasarın ne zaman geçeceği hususuna ilişkin bu düzenleme doktrinde çeşitli yönlerden eleştiriye uğramıştır. İlk olarak hükümde geçen “taşınır satışı” ifadesini tıpkı m. 208/f. 1 düzenlemesinde olduğu gibi “taşınır eşya satışı” olarak okumak gerektiği ifade edilmiştir; çünkü “taşınır satışı” ile “taşınır eşya satışı” aynı anlama gelmemektedir. Mesela alacak satışı bir taşınır satışı olsa da taşınır eşya satışı değildir ve alacak satışında zilyetliğin devrinden bahsedilemez⁷²⁷. İkinci olarak 208'inci maddenin ikinci fıkrasında zilyetliğin devri ifadesinin kullanılmasının, birinci fıkrada kullanılmasının isabetli olmasının aksine çok hatalı olduğu savunulmuştur ve TBK m. 232/f. 1'deki “...kendisine sunulan satılanı devralmakla yükümlüdür” ifadesinden hareketle alıcının, satılanın “zilyetliğini devralmakla” değil, satılanı “teslim almakla” yükümlü olduğu ve TBK m. 208/f. 2'deki ifadeyi “...teslim almada temerrüde düşmesi durumunda...” şeklinde

⁷²⁴ ÇETİNER, Yarar ve Hasarın İntikali, s. 102.

⁷²⁵ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 48, dpn. 157.

⁷²⁶ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 49; ÇETİNER, Yarar ve Hasarın İntikali, s. 102.

⁷²⁷ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 38, s. 48.

okumak gerektiği ifade edilmektedir⁷²⁸. Son olarak bu hükmün kanunda düzenlendiği yere ilişkin de eleştiri getirildiğini daha önce belirtmiştik; çünkü alacaklı temerrüdüne ilişkin getirilen bu düzenleme sadece satış sözleşmesi özelinde hasarın ne zaman geçeceği sorusuna cevap üretmektedir. Hâlbuki aynı sorun başka sözleşmelerde de doğduğu ve alacaklının temerrüde düştüğü tüm hallerde hasarın ne zaman geçeceği sorusu genel hükümlerde açık kaldığı için bu düzenlemenin alacaklı temerrüdüne ilişkin TBK m. 106 içinde yer almasının daha anlamlı olacağı kabul edilmektedir⁷²⁹.

IV. Koşula Bağlı Satışta Hasarın Geçişi

Kanun koyucu koşula bağlı satışlarda hasarın geçişi bakımından EBK m. 183/f. 3'teki düzenlemeyi kanundan çıkartarak bilinçli bir kanun boşluğu yaratmıştır⁷³⁰. TBK m. 208 bu konuda özel bir düzenleme içermediğinden TBK m. 208'in mevcut kuralları "kural olarak" erteleyici koşula⁷³¹ bağlı satışta da uygulama alanı bulacaktır ve bu sebeple mesela bir parça borcunu konu alan yerinde satış sözleşmesi erteleyici koşula bağlanmışsa erteleyici koşulun gerçekleşmesi başlı başına karşı edim hasarını alıcıya geçirmeye yetmeyecek ve karşı edim hasarı koşulun gerçekleşmesine bağlı olarak satılanın alıcıya aynı akde dayalı zilyetliğinin devri ile geçecektir⁷³².

Geciktirici koşula bağlı olarak yapılan satış sözleşmesinde hasarın hangi anda alıcıya geçeceği EBK m. 183/f. 3'te açıkça düzenlenmişti. İlgili düzenleme şu şekildedir: "*Taliki şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nefi ve hasarı ancak şartın tahakkuku anından itibaren iktisap edene geçer*". Bu durumda sözleşme, geciktirici koşula bağlı olarak yapılmışsa sözleşmenin kuruluşundan koşulun gerçekleşmesine kadar olan devredeki yarar ve hasar alıcıya geçmeyerek satıcıya ait olarak kalırdı; ancak koşulun gerçekleşmesinden sonraki hasarlar alıcıya geçerdi⁷³³.

⁷²⁸ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 48.

⁷²⁹ ATAMER, Tebliğler, s. 192.

⁷³⁰ ÇETİNER, Yarar ve Hasarın İntikali, s. 104.

⁷³¹ TBK m. 172, 1926'dan beri "şart" olarak bilinen kavramı "koşul" olarak değiştirmiştir. Atamer, aslında ikisi de Türkçede çok yaygın olarak kullanılan bu kavramların biri yerine diğerinin kullanılmasının kanunun sadeleştirilmesi bakımından faydasının son derece tartışmalı olduğunu ifade etmiştir (ATAMER, Tebliğler, s. 194, dpn. 10).

⁷³² GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 46; ATAMER, Tebliğler, s. 195.

⁷³³ FEYZİOĞLU, s. 208; ARAL, Borçlar Hukuku, s. 84; ALTAY, s. 148.

818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun 183'üncü maddesinin üçüncü fıkraya hükmü sadece satılanın telef olması durumunda değil, kötüleşmesi durumunda da uygulama alanı bulmaktaydı⁷³⁴.

Doktrinde hâkim olan görüş, satılan mal, koşulun gerçekleşmesinden önce alıcıya teslim edilmiş olsa bile Eski Borçlar Kanunu'nun 183'üncü maddesinin üçüncü fıkraya kuralının uygulanması, yani koşul gerçekleşmediği sürece hasara satıcının katlanması gerektiği yolundaydı⁷³⁵. Bununla beraber bazı yazarlar EBK m. 151/f. 1 hükmünün EBK m. 183/f. 3'ün istisnası olduğunu ifade etmekteydiler. Geciktirici koşula bağlı satış sözleşmelerinde satılanın alıcıya koşulun gerçekleşmesinden önce teslim edildiği durumlarda, alıcı, satılanın yararlarından m. 151/f. 1 hükmünün gereği olarak yararlanmakta olduğu için satılanın yarar ve hasarının aynı anda alıcıya geçmesi gerektiği esası dikkate alınarak bu andan itibaren alıcının hasarı da yüklenmesi gerektiğini savunmaktaydılar⁷³⁶. Bu görüş doktrinde, geciktirici koşulun gerçekleşmemesi durumunda alacaklının elde ettiği yararları iadeyle yükümlü olduğunu ifade eden EBK m. 151/f. 2 hükmü karşısında bu fikre katılmanın mümkün olmadığı şeklinde eleştirilmekteydi⁷³⁷.

Eski Borçlar Kanunu m. 183/f. 3'te yer alan "ancak" kelimesini "en erken" şeklinde anlamak gerektiği; çünkü bazı hallerde hasarın geçmesi için koşulun gerçekleşmesinden başka, gönderilecek borçlarda satılanın taşıyıcıya teslimi gibi, hasarın geçişinin genel şartlarının da yerine gelmiş olması gerektiği ifade edilmekteydi⁷³⁸.

Bozucu koşula bağlı satışlarda sözleşme geçerli bir şekilde kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını öngörülen koşulun gerçekleşmesine kadar doğurur; çünkü burada koşula bağlanan husus sözleşmenin sona ermesidir. Bozucu koşulda ileride gerçekleşebilecek bir olgu söz konusu olduğundan bu ana kadar normal hasarın geçişi kuralından ayrılmanın bir anlamı bulunmamaktadır⁷³⁹. Dolayısıyla bozucu koşula bağlı satış sözleşmelerinde karşı edim

⁷³⁴ AKINTÜRK, s. 123.

⁷³⁵ ERİŞGİN, s. 143; ATAMER, Hasarın İntikali, s. 145; AKINTÜRK, s. 124; ARSLANLI, Ticari Bey, s. 205; GÜMÜŞ, Cilt 1, 2008, s. 71.

⁷³⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 37.

⁷³⁷ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 84.

⁷³⁸ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 84.

⁷³⁹ ÖZDEMİR, H., s. 367.

hasarı TBK m. 208'deki kurala uygun olarak aynı akde dayalı zilyetliğin devri ile (tasarruf işlemiyle) alıcıya geçecektir⁷⁴⁰.

Eski Borçlar Kanunu m. 183/f. 3 hükmü koşula bağlı satışlarda hasarın geçişini sadece geciktirici koşul açısından düzenlemişti. Bunun yanında doktrinde, EBK döneminde de sözleşmenin bozucu koşula bağlı olmasının hasarın geçişine ilişkin kuralın uygulanması bakımından bir değişiklik yaratmayacağı görüşü hâkimdi⁷⁴¹. Bunun sebebini bozucu koşulun niteliğinde aramak gerekmektedir; çünkü bozucu koşula bağlı olarak yapılmış bir sözleşme kurulduğu andan itibaren hüküm ve sonuçlarını derhal meydana getirir ve koşulun gerçekleşmesi sözleşmeyi sona erdirir⁷⁴². Satış sözleşmesinin kurulması ile bozucu koşulun gerçekleşmesi arasındaki sürede satılanın yok olması ya da zarara uğraması durumunda alıcının tüm hasara katlanmak ve satış bedelini ödemek zorunda kalacağı; ancak bu dönemdeki yararları elde etme hakkının da alıcıya ait olacağı ifade edilmekteydi⁷⁴³. Koşulun gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan hasarın satıcıya döneceği; çünkü koşulun gerçekleşmesiyle taraflar arasında mevcut olan sözleşmenin sona ereceği, ayrıca bozucu koşulun gerçekleşmesinden doğan neticelerin geriye etkili olmadığı belirtilmişti⁷⁴⁴.

Beğenme koşuluyla (tecrübe veya muayene şartıyla) satış, satılanı onaylayıp onaylamamanın tamamen alıcının serbest arzusuna bırakıldığı ve alıcının onaylamasının mutlak iradi koşul olduğu satış olarak tanımlanabilir⁷⁴⁵.

Beğenme koşuluyla satışta alıcı satılan üzerinde zilyet ise aralarında sadece beğenme koşuluna bağlı bir satış sözleşmesi değil, beğenme koşuluna bağlı bir kısa elden teslim sözleşmesi de söz konusu olmaktadır. Alıcının beğendiğini satıcıya bildirmesi ile hem satış sözleşmesi hem de zilyetliğin devrine yönelik kısa elden teslim sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğuracağı için beğenme koşulunun gerçekleşmesiyle karşı edim hasarı alıcıya

⁷⁴⁰ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 46.

⁷⁴¹ AKINTÜRK, s. 125; ALTAY, s. 149; ARSLANLI, Ticari Bey, s. 207; FEYZİOĞLU, s. 210; BİLGE, s. 39.

⁷⁴² FEYZİOĞLU, s. 210; AKINTÜRK, s. 125; ARSLANLI, Ticari Bey, s. 207.

⁷⁴³ ALTAY, s. 149; GÜMÜŞ, Cilt 1, 2008, s. 71.

⁷⁴⁴ AKINTÜRK, s. 125; ERİŞGİN, s. 144; ALTAY, s. 149 vd; FEYZİOĞLU, s. 210.

⁷⁴⁵ ANTALYA, O. Gökhan, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul 1993, s. 21-22.

geçmiş olacaktır; ancak alıcı beğenme anında satış konusu üzerinde zilyet değilse aynı akde dayalı zilyetliğin devri anında karşı edim hasarı kendisine geçecektir⁷⁴⁶.

EBK döneminde kaleme alınmış eserde beğenme koşuluyla satışta hasarın geçişi konusunda şöyle denmiştir: *“Beğenme koşuluyla (tecrübe veya muayene şartıyla) satış kural olarak erteleyici koşula bağlı satış olarak kararlaştırılmış ise hasara ilişkin durum erteleyici koşula bağlı hukuki işlemle bir farklılık göstermez ve bu tür bir satışta alıcının satılanı onaylaması koşullu olgusunun gerçekleşmesiyle beraber hasar alıcıya geçer; çünkü onaylama borçlandırıcı etkisini ileriye etkili olarak göstermektedir”*⁷⁴⁷.

Satış sözleşmesinin taraflarının sözleşmenin hukuki etkisinin ortadan kalkmasını, alıcının satılanı onaylamaması olgusuna bağlamalarına beğenme (tecrübe veya muayene) bozucu koşuluyla satış denilmektedir⁷⁴⁸. EBK döneminde de beğenme (Tecrübe veya muayene) bozucu koşullu satışta onaylama ile birlikte tehlikenin alıcıda bulunmaya devam edeceği; çünkü koşul gerçekleşene kadar sözleşmenin tam olarak etkilerini gösteren satış sözleşmesi olduğu ve bu sonucun EBK m. 183/f. 1’deki satış sözleşmesinin kurulmasıyla beraber hasarın alıcıya geçeceği kuralına da uygun olduğu belirtilmiştir⁷⁴⁹.

Mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışlarda⁷⁵⁰ koşul, borçlandırıcı işlem niteliğindeki satış sözleşmesi için değil, mülkiyetin alıcıya geçmesini sağlayacak tasarruf işlemi bakımından kararlaştırılmıştır. Koşula bağlı tasarruf işleminin gerçekleştiği sırada, satılan taşınırın zilyetliği alıcıya devredilmiş olacağı için zilyetliğin devriyle beraber karşı edim hasarı alıcıya geçecektir. Tasarruf işleminin bağlandığı geciktirici koşulun henüz gerçekleşmemiş olması hasarın alıcıya geçmesini engellemez⁷⁵¹. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre burada durumun gereğinden doğan bir istisna olarak, erteleyici koşul

⁷⁴⁶ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 46; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 36.

⁷⁴⁷ ANTALYA, Tecrübe, s. 160.

⁷⁴⁸ ANTALYA, Tecrübe, s. 41.

⁷⁴⁹ ANTALYA, Tecrübe, s. 163.

⁷⁵⁰ Mülkiyeti saklı tutma anlaşması bir taşınırın zilyetliğini mülkiyet hakkını kazandırma iradesi ile devreden kimsenin, belli bir şartın gerçekleşmesine kadar, bu taşınır üzerinde mülkiyet hakkını teminat amacı ile saklı tutmasını öngören bir sözleşmedir. (SEROZAN, Rona, “Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1968, Cilt 1, Sayı 2, s. 176); Benzer yönde ARAL, Fahrettin, Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczi, AÜHFD 1973, Cilt 30, Sayı 1-4, s. 202; Ayrıca mülkiyeti saklı tutma anlaşması konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız ELBİR, Halid Kemal, “Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesinin Mevzuu”, İstanbul Barosu Dergisi 1953, Cilt 27, Sayı 6, s. 281 vd.

⁷⁵¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 36.

gerçekleşmeden ve mülkiyet hakkı alıcıya geçmeden önce zilyetliğin devri anında karşı edim hasarı alıcıya geçmektedir⁷⁵². Ancak bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş uyarınca TBK m. 208 hükmü taşınır satışında hasarın geçişi bakımından ifa sonucunun gerçekleşmesi anını değil, ifa fiilinin gerçekleşmesi anını esas aldığından taşınır zilyedliğinin alıcıya devredilerek ifa fiilinin gerçekleştirilmesi alıcının mülkiyeti kazanmasından bağımsız olarak satıcının karşı edim hasarını taşımaktan kurtulmasını sonuçlandırmaktadır. Dolayısıyla mülkiyeti saklı tutma kaydıyla yapılan satış sözleşmelerinde mülkiyet geçmeden önce salt zilyedliğin devri karşı edim hasarının alıcıya geçmesi için yeterli olmaktadır⁷⁵³. Biz mülkiyetin devrine yol açmamış bir zilyedlik devrinin karşı edim hasarının geçişine yol açmayacağını kabul ettiğimiz için mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta durumun gereğinden doğan bir istisna olarak erteleyici koşul gerçekleşmeden ve mülkiyet hakkı alıcıya geçmeden önce zilyedliğin devri anında karşı edim hasarının alıcıya geçtiği yönündeki görüşe katılmaktayız.

EBK döneminde mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta satış sözleşmesinin değil, sadece mülkiyetin geçişinin geciktirici koşula bağlandığı ve bu sebeple genel kural uygulanarak sözleşmenin kurulması anında hasarın alıcıya geçtiğinin kabul edildiği söylenmiştir⁷⁵⁴.

V. Hasarın Geçişine İlişkin Kuralın İstisnaları

818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun 183'üncü maddesinde öngörülen hasarın geçişine ilişkin kuralın emredici olmaması sebebiyle aksinin kararlaştırılmasının mümkün olması durumu 6098 Sayılı TBK 208'inci madde için de geçerlidir ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yarar ve hasarın geçişine ilişkin maddelerinin de aksinin kararlaştırılması mümkündür⁷⁵⁵. 6098 Sayılı TBK'nın 208'inci maddesinin ilk fıkrası, “Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık haller dışında...” ifadesini içermektedir. Bu düzenlemede 818 Sayılı EBK'nın 183'üncü maddesinde yer almayan ve yer almadığı için doktrin tarafından eleştirilen “kanundan doğan istisnalar” ibaresinin bulunması dikkat çekmektedir. Aşağıda sırasıyla bu istisnalar incelenecektir.

⁷⁵² GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 46.

⁷⁵³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 35-36.

⁷⁵⁴ TANDOĞAN, Borçlar, s. 118; AKINTÜRK, s. 124; ARAL, Borçlar Hukuku, s. 84; FEYZİOĞLU, s. 209; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 36; GÜMÜŞ, Cilt 1, 2008, s. 71.

⁷⁵⁵ ÖZDEMİR, H., s. 377.

a. Kanundan Doğan İstisnalar

Bazı kanun hükümleri hasarın geçişi bakımından farklı düzenlemeler getirmektedir. Bu nitelikte bir hüküm 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 245'inci maddesinde⁷⁵⁶ yer almaktadır: “*Satılanın tescilden sonraki bir zamanda alıcı tarafından teslim alınması için sözleşmeyle bir süre belirlenmişse, onun yarar ve hasarı, alıcıya teslimle geçer. Bu hüküm, alıcının satılanı teslim almada temerrüde düşmesi durumunda da uygulanır./Bu sözleşmenin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır*”. Borçlar Kanunu m. 245, yarar ve hasarın alıcıya geçişi için Borçlar Kanunu m. 208 hükmünün kabul ettiği tescil prensibini değiştirmiştir. Taşınmazın alıcı adına tesciliyle beraber alıcı malik olmaktadır; buna rağmen taşınmazın teslimi için bir sürenin kararlaştırılmış olması hasarın alıcıya geçişine engel olmaktadır⁷⁵⁷. EBK m. 216'ya göre, “*Satılanın alıcı tarafından kabzedilmesi için mukavele ile bir müddet tayin edildiği halde onun nefi ve hasarının alıcıya intikal etmemesi asıldır*”. Bu hükme göre, alıcının taşınmazı teslim alması için sözleşmesel olarak belirli bir zaman noktası tespit edilmişse karine olarak yarar ve karşı edim hasarı ilk olarak teslim alma için belirlenen zaman noktasında alıcıya geçmekteydi. Bu şekilde hasarın ve yararın geçişi anı EBK m. 216'daki ihtimalde satılanın teslimi için öngörülen an olarak belirlenmişti ve hasarın geçişi için belirlenen teslim gününde teslimin fiilen gerçekleşmiş olması da şart değildi. Buna karşılık TBK m. 245/f. 1 hükmü EBK'dan farklı olarak hasarın geçişi bakımından kararlaştırılan teslim anını değil, kararlaştırılan teslim gününü aşsa bile artık fiilen teslimin gerçekleştiği anı esas almıştır⁷⁵⁸.

Borçlar Kanunu dışında başka kanunlarda satış sözleşmesinde hasarın sözleşmenin kurulmasıyla alıcıya geçeceğini öngören özel bir hükmün bulunması durumunda da ilgili istisna uygulama alanı bulur⁷⁵⁹.

⁷⁵⁶ 818 Sayılı EBK m. 216 aynı nitelikte bir hüküm içermektedir. İlgili düzenleme şu şekildedir: “*Satılanın alıcı tarafından kabzedilmesi için mukavele ile bir müddet tayin edildiği halde onun nefi ve hasarının alıcıya intikal etmemesi asıldır*”.

⁷⁵⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 40.

⁷⁵⁸ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 171-172.

⁷⁵⁹ ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012, s. 76.

b. Durumun Gereğinden Doğan İstisnalar

Durumun gereği hasarın geçişinde ana kuraldan ayrılmayı gerektirebilir. Durumun gerekleri sadece TBK m. 208/f. 1'deki hasarın geçişi kuralından değil, aynı zamanda TBK m. 208/f. 2'deki ve f. 3'teki hasarın geçişi kuralından da ayrılma imkânı verir⁷⁶⁰. Eski Borçlar Kanunu (818 Sayılı Kanun) bakımından halin icabından doğan istisna olarak kabul edilen satılanın tesliminin satıcı lehine ertelenmesi durumu, satıcının aynı şeyi iki ayrı kişiye satması durumu, satılanın satıcı tarafından masrafı kendisine ait olmak üzere ifa yerine taşınmasının kararlaştırılmış olması durumu, önalım hakkının kullanılmasına rağmen hak sahibinin önalım bedelini henüz depo etmemesi durumu, satıcının hakkı olmadığı halde satılanı tevdi etmesi durumu ve başkasına ait bir şeyin satılması durumu hasarın satıcıda kalmasını gerektirmekteydi; ancak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 208, hasarın alıcıya geçişi için satılanın zilyetliğinin alıcıya devredilmesini ya da alıcı adına tescilin yapılmasını aradığından belirtilen bu durumların hiçbirinin hasarla ilgili kuralın istisnası olarak kabul edilmelerine gerek kalmamıştır⁷⁶¹.

Satılanın alıcıya aynı akde dayalı zilyetliğinin devri “alıcının menfaatine olarak” ertelenmişse, karşı edim hasarı durumun gerekleri uyarınca aynı akde dayalı zilyetliğin devri ile değil, satış sözleşmesinin kurulmasıyla alıcıya geçmelidir⁷⁶². Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere malın teslimi satıcının yararına geciktiriliyorsa genel kural uygulanmalı ve malın aynı akde dayalı zilyetliğinin devri ile hasar alıcıya geçmelidir.

Durumun gereğinden doğan ayrık durumlar, gerek kanunda gerek sözleşmede öngörülmüş olmamasına rağmen 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesindeki dürüstlük ve 4'üncü maddesindeki hukuk ve hakkaniyet kurallarının yarar ve hasarın satıcıya ait olmasını haklı gösteren özel haller olarak tanımlanabilecektir⁷⁶³. Burada sözleşmenin

⁷⁶⁰ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 47.

⁷⁶¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 40; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 72; Özdemir, satılanın tesliminin satıcı yararına geciktirilmesi, aynı şeyin birden çok kişiye satılması durumlarını 6098 Sayılı Kanun bakımından da durumun gereğinden doğan istisna olarak kabul etmiştir. Hâlbuki alıcıya zilyetliğin devredilmediği bu durumlarda BK m. 208'in getirdiği ana prensip uyarınca hasar zaten satıcının üzerinde olacaktır. Durumun gereğinden doğan istisnalar olarak saydığı bu haller için bakınız ÖZDEMİR, H., s. 378; Aynı yönde YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2012, s. 302.

⁷⁶² GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 47; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 71.

⁷⁶³ UYAR, s. 1197.

hakkaniyet düşüncesiyle tamamlanması söz konusudur; ancak doktrinde bu hükmün dar yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir⁷⁶⁴.

c. Sözleşmeden Doğan İstisnalar

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 208'inci madde hükmü emredici nitelikte olmadığı için aksinin sözleşmeyle kararlaştırılması mümkündür. Bu sebeple hasarın alıcıya geçiş anını taraflar serbestçe kararlaştırabilirler. Mesela taraflar anlaşarak karşı edim hasarının satış sözleşmesinin yapılmasıyla alıcıya geçeceğine ilişkin düzenleme getirebilirler⁷⁶⁵.

Uluslararası satışlarda, özellikle deniz aşırı satışlarda, hasarın geçişine ilişkin esaslar sözleşmeyle düzenlenir. Taraflar bu tür satışlarda zilyetliğin geçirilmesi, satış bedelinin ödenmesi ve hasarın geçişi konularında uluslararası ticarete kullanılan ticari kayıtlara yer verirler. Milletlerarası Ticaret Odasının uluslararası sözleşmelerde kullanılan başlıca ticari kayıtların yorumuna ilişkin koyduğu kurallar (INCOTERMS) taşıma masrafları ve sigorta yükümlerinden başka taşıma sırasında hasarın geçişine ilişkin esasları da içermektedir⁷⁶⁶. Tarafların aralarında yaptıkları sözleşmede bu kurallara yer vermeleri durumunda sözleşmeden doğan bir istisna söz konusu olacak ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 208'inci maddesi uygulama alanı bulmayacaktır.

C. Viyana Satım Antlaşması'nın 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Hasara İlişkin Düzenlemesi Üzerindeki Etkisi

Satışa ilişkin her konuyu düzenlemese bile, Viyana Satım Antlaşması'nın satış hukukunun birleştirilmesi açısından büyük bir başarı olduğu kabul edilmekte ve uluslararası satışlar açısından hem satıcı hem de alıcı konumunda olan devletlerin Viyana Satım Antlaşmasını kabul etmesi bu başarının en büyük kanıtı olarak gösterilmektedir. Antlaşmanın günümüzde milletlerarası satışların büyük kısmına uygulandığı söylenebilecektir⁷⁶⁷.

Viyana Satım Antlaşması, tüm satış sözleşmesi türlerini kapsamına alacak şekilde düzenlenmemiş olması, sözleşmenin geçerliliği gibi önemli ve zor meseleleri kapsam dışı

⁷⁶⁴ ARAL/AYRANCI, s. 76.

⁷⁶⁵ GÜMÜŞ, Cilt 1, 2012, s. 47; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 40.

⁷⁶⁶ ARAL/AYRANCI, s. 76-77.

⁷⁶⁷ ERDEM, Genel Bakış, s. 149.

bırakmış olması ve taraflara irade serbestîsi tanıyarak Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanmasını tamamen bertaraf edebilme imkânı tanımış olması sebebiyle alçakgönüllü bir hukuki düzenleme olarak adlandırılmaktadır; ancak her geçen gün taraf sayısı artan ve uluslararası ticaret hayatında en çok paya sahip olan ABD, Almanya, Çin ve Rusya gibi ülkeleri bünyesinde bulunduran bu antlaşmanın, tüm eksikliklerine rağmen yazılı lex mercatoria olma yolunda ilerlediği göz ardı edilememektedir⁷⁶⁸. Türkiye de bunu daha fazla göz ardı edemeyerek Viyana Satım Antlaşması'na taraf olmuştur. Türkiye'nin Viyana Satım Antlaşması'na 2010 yılında taraf olmasıyla beraber Antlaşma, Türkiye açısından yürürlüğe girdiği 1 Ağustos 2011 tarihinden başlayarak, tarafların açıkça aksini düzenlediği durumlar dışında Türklerin taraf olduğu milletlerarası satış sözleşmelerine CISG m. 1/f. 1 (a) bendi uyarınca doğrudan uygulanmaya başlanmıştır. Bu sebeple Antlaşma Türk hukuku açısından daha da önem kazanmıştır⁷⁶⁹. Ayrıca Türkiye'de usulüne uygun olarak onaylanmış ve yürürlüğe konulmuş “uluslararası antlaşmalar” kanun değerindedir. Diğer bir ifadeyle bunlar da kanunlar gibi bağlayıcıdır. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmaları mahkemeler ve idari makamlar aynı bir kanun gibi uygulamak zorunda oldukları için Türkiye'de onaylanmış ve yürürlüğe konulmuş andlaşmalar da Türk Hukuku'nun bir kaynağıdır⁷⁷⁰. Dolayısıyla Antlaşma'nın Türkiye'de yürürlüğe girmesiyle Antlaşma kanun değerinde olmuştur.

Antlaşmanın Türkiye tarafından kabulüyle, Türk satış hukuku çok başlı hale gelmiştir. Uluslararası satışlara Viyana Satım Antlaşması uygulanırken, iç satışlara Borçlar Kanunu, bunun yanında ticari satışlar açısından Türk Ticaret Kanunu hükümleri, tüketici satışları bakımından ise 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uygulanır olmuştur. Viyana Satım Antlaşması ilham aldığı ve üzerine kurulu olduğu ilkeler sebebiyle bu kaynaklardan farklı özellikler göstermektedir. Sözleşmenin gerek uluslararası karakteri gerek sözleşme özgürlüğüne ve teamüllere verdiği önem gerekse uluslararası ticarete dürüstlük kuralına yaptığı vurgu, Viyana Satım Antlaşmasının uygulanmasında iç hukuktaki alışkanlıklarımızı bir kenara bırakmamızı gerekli kılmaktadır⁷⁷¹. Kısacası iç hukuk ilişkilerine ve milletlerarası ilişkilere birbirinden çok farklı hukuk kurallarının uygulanmasının

⁷⁶⁸ **YALÇINTAŞ**, Simin, “Viyana Satım Sözleşmesinin Kapsamı ve Sözleşme İle Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2011, Cilt XXVII, Sayı 3, s. 305.

⁷⁶⁹ **ERDEM**, Genel Bakış, s. 149-150.

⁷⁷⁰ **GÖZLER**, Kemal, Hukuka Giriş, Bursa 2011, s. 152.

⁷⁷¹ **ERDEM**, Genel Bakış, s. 150.

yaratabileceği karışıklıkların önüne geçilmesi, Türk satış hukukunu Viyana Satım Antlaşmasına paralel kılma zorunluluğunu doğurmaktadır.

Bu çalışmanın konusunu Viyana Satım Antlaşması'nda hasarın geçişi meselesinin oluşturması sebebiyle aşağıda ayrıntılı olarak Viyana Satım Antlaşmasının "Hasarın İntikali" başlığını taşıyan IV. Bölümündeki düzenlemeleri ele alınacaktır. Ancak bu düzenlemelerin açıklamasına geçmeden önce 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun hasarın geçişine ilişkin 208'inci madde düzenlemesinde Viyana Satım Antlaşması'nın etkisinin ne olduğu üzerinde durulmasında yarar görmekteyiz. Türkiye'nin Viyana Satım Antlaşması'na taraf olması halinde (Türkiye CISG'a taraf olmadan önce) uygulamada ortaya çıkması muhtemel olan sorunların engellenmesi bakımından 6098 Sayılı TBK'nın henüz yasalaşmadığı dönemde yeni Borçlar Kanunu'nun CISG hükümlerine paralel düzenlemeleri benimsemesi gerektiğine ilişkin görüşler doktrinde de ileri sürülmüştür⁷⁷². Bu görüşlerin ne ölçüde dikkate alındığının tespiti açısından özellikle TBK m. 208 düzenlemesinde Viyana Satım Antlaşması'nın etkisinin ne olduğuna ilişkin bir başlık açmış bulunmaktayız.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu ile mukayese edildiğinde satış hukuku açısından önemli sayılabilecek eklemelerle ve çıkarmalarla değişikliğe uğramıştır. Ancak yapılan bu değişiklikler doktrin tarafından yeterli görülmemekle eleştirilmiştir. Doktrinde yeni satış hukukumuz, yaşanan bu revizyonun satış hukukumuzu 21'inci yüzyılın gereklerine uygun, modern bir yüze kavuşturduğunu söylemenin mümkün olmadığı ve satış sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin halen 2000 yıl öncesinin Roma Hukuku etkilerini taşıdığı ve çelişkili ve tutarsız değer yargısını aynen muhafaza ettiği yolunda eleştiriye uğramıştır⁷⁷³. Ayrıca 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda hasarın geçişini düzenleyen hükümlerde birtakım değişiklikler ve yenilikler yapılmakla birlikte, kanunun, hem bu hükümleri ve hem de diğer hükümleri göz önüne alındığında, bir reform niteliği taşıdığı söylenemeyeceği ifade edilmiştir. Buna karşılık Avrupa Hukukları ve uluslararası hukuktaki gelişmeler ile AB Hukuku çerçevesinde yapılan düzenlemeler ele alındığında, bu alanda önemli reformlar yapıldığı ve tüm bu reform hareketlerinin ortak noktasını, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) oluşturduğu görülmektedir. Mesela İskandinav ülkelerinden Norveç'in 1989, İsveç'in 1990 ve

⁷⁷² ŞAMLI, s. 349.

⁷⁷³ ATAMER, Tebliğler, s. 187.

Finlandiya'nın 1988 yıllarında satış hukuklarını; Hollanda'nın 1992 ve Almanya'nın da 2002 yılında Medeni Kanunlarını bütünüyle revize ettiklerine doktrinde işaret edilmektedir⁷⁷⁴. Kanun koyucu tarafından dünyada yaşanan bu gelişmelerin özellikle satış hukuku alanında oldukça göz ardı edildiği ve TBK m. 208'in gerekçesinde CISG'a yapılan atıf dışında satışa ilişkin hiçbir hükümde CISG ile paralellik sağlanması yoluna gidilmediği söylenmiştir⁷⁷⁵. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, Viyana Satım Antlaşması'ndan yararlanılmamasının birkaç sebebi olduğu ifade edilmiştir. Bu sebeplerden ilki, satışa ilişkin çalışmaların CISG'a taraf olunmasından çok önce başlaması ve çalışmaların başladığı dönemde ilgili antlaşmanın neredeyse sadece ismen biliniyor olmasıdır. İkinci olarak Viyana Satım Antlaşması'nda uluslararası satış sözleşmesi düzenlenirken bizim kanunumuzun sistematigi açısından Genel Hükümlerde düzenlenmiş olan hususlar [öneri (icap) ve kabul, şekil, içerik, unsurlar, bağlayıcılık süresi, sözleşmenin yapıldığı şekilde değiştirilmesi, ifa zamanı, ifa zamanının ne şekilde tayin edileceği gibi] da yer almaktadır ve bu açıdan Viyana Satım Antlaşması'nın getirdiği düzenlemenin kapsamı ve anlamı, bizim Borçlar Kanunu'ndaki satış sözleşmesi hükümlerini aşmaktadır. Üstelik Viyana Satım Antlaşması'nın satış hükümleri çeşitli hukuk ailelerinden, hukuk sistemlerinden derlenerek, tüm Birleşmiş Milletler üyesi ülkeler için uygulanabilir hükümler olarak hazırlanmışken 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu belli bir hukuk ailesinin belli bir tipine göre sistematigi oluşmuş bir kanundur. Konvansiyonun bazı hükümleri başka bir mantıkla hazırlanmıştır ve bu sebeple Viyana Satım Antlaşması hükümlerini olduğu gibi almak da mümkün görünmemektedir⁷⁷⁶. Bununla beraber Türk Hukukunda hasarın geçişi bakımından uzun yıllar geçerli olan 818 Sayılı Eski Türk Borçlar Kanunu'nun benimsemiş olduğu "sözleşme prensibinin" terk edilmesinde CISG ile Alman Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinin önemli rol oynadığı da bir gerçektir. Nitekim kanun koyucunun 6098 Sayılı Kanunun gerekçesinde yer verdiği ifadelerden hasarın geçişine ilişkin düzenlemeyi kaleme alırken Viyana Satım Antlaşmasını göz önüne aldığı anlaşıldığı söylenmelidir. TBK m. 208'in gerekçesinde, "*...Uluslararası taşınır malların satışına ilişkin sözleşmelere uygulanacak kurallarda da, hasarın teslim anında alıcıya geçmesi kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle, Tasarıda 818 sayılı Borçlar Kanununda yapılan düzenlemeden*

⁷⁷⁴ ÇETİNER, Yarar ve Hasarın İntikali, s. 97.

⁷⁷⁵ ATAMER, Tebliğler, s. 193.

⁷⁷⁶ ÖZ, Turgut, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Satım Sözleşmesine İlişkin Temel Değişiklikler ve Yenilikler", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'a Göre Satış Sözleşmeleri, Editörler: Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul 2012, s. 8 vd.

farklı olarak, satış sözleşmesinde hasarın, taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anına kadar satıcıya ait olduğu, istisnasız bir kural hâline getirilmiştir.../... Maddenin son fıkrası, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Bu hüküm uyarınca, satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderdiği takdirde, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçecektir. Buna benzer bir düzenleme, 11/04/1980 tarihli “Milletlerarası Menkul Mal Satışları Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesi”nin 67’nci maddesinde ve Alman Medenî Kanununun (BGB) 447’nci maddesinin birinci fıkrasında da bulunmaktadır...” ifadesine yer verilerek hasarın geçişi prensibinin sözleşmenin kuruluşu anından zilyetliğin devri anına (taşınır satışlarında) çekilmesinin CISG etkisinde olduğu belirtilmiştir. Ayrıca kanun koyucu TBK m. 208/fıkra son düzenlemesinde, Viyana Satım Antlaşması’ndaki gönderilecek borçlarda satış konusu malların taşıyıcıya teslim edilmesiyle hasarın geçeceği yolundaki kuralı içeren m. 67’deki prensibi referans almıştır. TBK m. 208 düzenlemesi Viyana Satım Antlaşması’na yapılan bu atfın yanlış olduğu yolunda da eleştirilmiştir; çünkü CISG sisteminde her ne kadar hasarın teslimle yani zilyetliğin devriyle geçeceği öngörülmüş olsa da çeşit borcunda ayırt edilme zorunluluğundan asla taviz verilmediği belirtilmiştir. Buna karşılık 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun bu düzenlemesinin ayırt etme zorunluluğundan vazgeçtiği ifade edilmiştir⁷⁷⁷. Viyana Satım Antlaşması’nın 67’nci maddesinin ikinci fıkrası⁷⁷⁸ ve 69’uncu maddesinin üçüncü fıkrası⁷⁷⁹ hasarın geçişi bakımından malların ilgili sözleşme için öngörülmüş olduğunun anlaşılmasını gerekli kılmaktadır⁷⁸⁰. Ayırt etmenin hala önemini koruduğu yolundaki diğer bir görüşe göre, hasarın, zilyetliğin devri ile alıcıya geçeceği durumlarda, eğer bir çeşit satışı varsa, o çeşit bakımından en geç bu anda ayırt etme de gerçekleştirilmiş olacağından ayrıca ayırt etme gereğinden söz edilmemesi haklı görülebilirse de, çeşit borçlarında alıcının temerrüdü ile hasarın alıcıya geçişi bakımından “ayırt etme” olgusu önem kazanmaktadır. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu’nun ilgili madde gerekçesinde uluslararası satış hukuku hükümleri ile paralelliğin kurulmasının amaçlandığı belirtilmekte olduğundan, her ne kadar yeni kanunda açık hüküm olmasa da, TBK m. 208/f. 2’nin çeşidiyle belirlenmiş mallar bakımından uygulanmasında CISG m. 67/f. 2 ve CISG m. 69/f. 3 hükmüne

⁷⁷⁷ ATAMER, Tebliğler, s. 193.

⁷⁷⁸ CISG m. 67/f. 2: “... Ancak mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez”.

⁷⁷⁹ CISG m. 69/f. 3: “Sözleşmenin, henüz ayırt edilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir”.

⁷⁸⁰ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 271.

uygun bir yorum yapılarak satıcının yarar ve hasarın geçişi bakımından satış konusu şeyi ayırt etmiş olması külfetinin bulunduğu kabulünün isabetli olduğu ifade edilmektedir⁷⁸¹. Ancak Türk Borçlar Kanunumuz aynı etkili zilyedliğin devrini kabul etmiş olduğundan ayırt etme olgusunun hala önemini koruduğu yolundaki bu görüşe katılmamaktayız.

TBK m. 208 düzenlemesi, 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu'nun 183'üncü maddesinin benimsediği ve doktrin tarafından çok eleştirilen sözleşme prensibinden vazgeçilerek "zilyetliğin devri" prensibini benimsemesi başta olmak üzere Viyana Satım Antlaşması ile paralellik sağlanması hedefini yakalayabilmiştir. Bu düzenleme yukarıda ifade ettiğimiz üzere doktrinde çeşitli yönlerden tenkit edilmiş ve Viyana Satım Antlaşması'na atıf yapılmasına rağmen antlaşmadaki temel prensiplerden ayrılması bakımından da eksik kabul edilmiştir. Satış hukuku bir bütün olarak ele alındığında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ne hazırlık çalışmaları sırasında Viyana Satım Antlaşmasından yararlandığı ne de Antlaşmanın dayandığı ilke ve kurallara Borçlar Kanununda yer verildiğinin söylenemeyeceği⁷⁸², özellikle satış hukuku alanında Viyana Satım Antlaşması'ndaki düzenlemelerin Türk Hukuku tarafından benimsenmesi çok radikal bir değişiklik anlamına geleceği için mevcut sistemimizi terk etmedikçe bu düzenlemelerden faydalanmanın mümkün olmadığı⁷⁸³ yolundaki eleştiriler özellikle TBK'nın hasarın geçişi meselesine getirdiği çözüm düşünüldüğünde isabetli görülmemektedir. Nitekim çalışmamızın konusunu oluşturan "hasarın geçişi" meselesine hem Borçlar Kanunumuzun hem Viyana Satım Antlaşması'nın aynı şekilde çözüm getirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

⁷⁸¹ **ÇETİNER**, Yarar ve Hasarın İntikali, s. 102; Atamer de TBK m. 208'de açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen çeşit borcunda ayırma mecburiyetinin aynen devam ettiğinin kabul edilmesi ve bu konuda milletlerarası satışa ilişkin CISG hükümlerinin kıyasen iç hukuk satışları açısından uygulanması gerektiğini ifade etmiştir (**ATAMER**, Tebliğler, s. 194).

⁷⁸² **ERDEM**, Genel Bakış, s. 150.

⁷⁸³ **ÖZ**, Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Satım Sözleşmesine İlişkin Temel Değişiklikler ve Yenilikler, s. 11.

III. BÖLÜM

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI UYARINCA HASARIN GEÇİŞİ

§ 1. VİYANA SATIM ANTLAŞMASINDA HASAR RİSKİNİN GEÇİŞİ

A. Genel Olarak

Uluslararası ticari sözleşmelerde, hasar riskinin geçişi konusu, sorumluluğun kimde olacağı sorusunu akla getirmektedir. Normal şartlar altında taşıma esnasında ortaya çıkacak riskler sigortalanmaktadır. Ayrıca malların uğradığı hasarlar genellikle taşıma işleminin tamamlandığı ve alıcının satıcıya göre sigorta şirketine hasarlardan dolayı başvurma noktasında daha avantajlı bir konumda olduğu anda tespit edilebilmektedir. Bu mesele ödeme problemini ve alıcının üçüncü şahıslar tarafından verilen zararlardan sorumluluğu problemini de doğurmaktadır⁷⁸⁴.

Uluslararası satışlardaki en önemli problemlerden birisini oluşturan hasar riskinin geçişi konusu “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”nın 4. bölümünde m. 66-70 arasında detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Hasar riskinin geçişinde kabul edilen sistemlerden, hasarın teslimle alıcıya geçmesi prensibi CISG tarafından benimsenmiştir⁷⁸⁵. 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu döneminde Türk Hukuku bakımından da geçerli olan ve çok eleştirilen hasar riskinin sözleşmeyle geçmesi prensibi kabul edilmemiş, ayrıca mülkiyetin geçişi gibi ülkeden ülkeye değişen bir kavrama hasar riskinin geçişi bağlanmak istenmediğinden hasar riskinin mülkiyetin geçişiyle olacağı prensibine de yer verilmemiştir⁷⁸⁶. Buradaki teslim kavramını çok teknik bir kavram olarak algılamamak gerekmektedir; çünkü hasar sorunuyla bağlantılı olarak teslim kavramını, özellikle milletlerarası satışlarda 3. kişi taşıyanı da kapsayacak şekilde daha geniş yorumlamak önem arz etmektedir⁷⁸⁷. ATAMER, ULIS’de teslim kavramı üzerinden yaşanan

⁷⁸⁴ ACAR, Hasar Riski, s. 67.

⁷⁸⁵ ACAR, Hasar Riski, s. 71; BRIDGE, s. 193.

⁷⁸⁶ ACAR, Hasar Riski, s. 71.

⁷⁸⁷ BRIDGE, s. 193.

sıkıntıları göz önüne alarak CISG’in “teslim” kavramı çerçevesinde sorunların çözülmesi yaklaşımını terk ettiğini ve özellikle hasarın geçişi sorununu daha pragmatik ve farklı olasılıkları dikkate alan esnek bir yöntemle çözdüğünü belirtmiştir. Buna göre hasar kural olarak teslimle geçmekle beraber bazı durumlarda daha ileriki bir tarihte de hasar geçebilmektedir; ancak yine kural olarak teslimden⁷⁸⁸ önceki bir aşamada hasarın geçmeyeceği söylenebilmektedir⁷⁸⁹. Hasarın geçişinde mülkiyetin karşı tarafa geçip geçmemesinin de bir önemi yoktur; çünkü CISG m. 4/f. 1 (b) bendi uyarınca mülkiyetin geçişi Viyana Satım Antlaşması’nın uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Bu sebeple hasarın geçişi, mülkiyetin de geçmiş olmasını gerektirmediği gibi tersi bir durum da söz konusu değildir⁷⁹⁰.

CISG’in hasarın geçişine ilişkin hükümleri ancak tarafların bu konuda sözleşmede aksine bir düzenleme yapmamış olmaları durumunda uygulama alanı bulmaktadır⁷⁹¹. Mesela tarafların INCOTERMS kurallarını kararlaştırmak yoluyla CISG hükümlerini devre dışı bırakmaları mümkündür. INCOTERMS ile Viyana Satım Antlaşması’nın ilgili hükümleri değiştirilmekte, somutlaştırılmakta ve böylelikle esneklik sağlanmaktadır; dolayısıyla bu hükümler çok ender olarak doğrudan uygulama alanı bulmaktadır⁷⁹². Doktrinde Incoterms

⁷⁸⁸ Teslime ilişkin CISG m. 31 şu şekildedir: “*Satıcı malları belirli başka bir yerde teslim etmek zorunda değilse, teslim borcu aşağıdaki gibidir:*

a) *satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiyorsa, malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vermek;*
b) *önceki bendin kapsamına girmeyen hallerde; sözleşmenin, ferdin belirlenmiş mallara veya belirli bir stoktan karşılanacak ne’v’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”.*

⁷⁸⁹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 263-264; Aynı yönde Şamlı, hasarın geçişine ilişkin düzenlemelerde “deliver-teslim” ifadesi yerine “hand over-devretmek-vermek-tevdi etmek” ifadesinin kullanılmış olmasının, teslim kavramının merkezi bir konum almasının önüne geçilmesi bakımından dikkat çekici olmasına rağmen, CISG’in teslim borcunu düzenleyen 31’inci maddesi hasarın geçişine ilişkin hükümlerle birlikte ele alındığında hasarın bazı istisnalar dışında kural olarak teslimle geçtiğinin anlaşıldığını ifade etmektedir (ŞAMLI, s. 323).

⁷⁹⁰ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 264; **ACAR**, Hasar Riski, s. 71; Bu husus mahkeme kararlarında da zikredilmiştir: Almanya, OLG Schleswig-Holstein, 29.10.2002, (Stallion case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021029g1.html>.

⁷⁹¹ Honnold, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları hükümlerin Konvansiyonun hükümlerine üstün olduğunu belirtmiştir (**HONNOLD**, s. 455, N. 363); **ÇAKIRCA**, Passing of Risk, s. 94-95.

⁷⁹² **ŞAMLI**, s. 323.

kuralları ile CISG hükümlerinin hasarın geçişi konusunda aynı çizgiyi izlemiş olmasının, sonucun genelde farklı olmamasını beraberinde getirdiği belirtilmiştir⁷⁹³.

Malların sözleşmenin kurulmasıyla borcun ifası arasındaki sürede yok olması ihtimali olduğu gibi zarara uğraması ihtimali de vardır. Riskin geçişine ilişkin kurallar taraflardan hangisinin bu riski taşıyacağını belirler. Hasar geçtiği zaman, alıcı malları hiç almasa veya hasarlı durumda olsa bile satış bedelini ödemek zorunda kalır⁷⁹⁴. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere CISG edim hasarına ilişkin açık bir hüküm içermemektedir. Antlaşmanın m. 66-70 hükümleri düzenlenirken bedel hasarı göz önüne alınmış, edim hasarı konusuna ise hiç değinilmemiştir⁷⁹⁵. Hasarın İntikali başlıklı IV. bölümün 66. maddesi bunu ortaya koymuştur. İlgili düzenleme şu şekildedir: “*Hasarın alıcıya geçmesinden sonra*⁷⁹⁶ malların zayi olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz, meğerki, ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın”. Aşağıda bu konu üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

CISG m. 66 hasarın geçişinin temel sonucu ve bunun istisnasını düzenlemiştir. CISG m. 67-68-69’da ise hasarın geçiş anı belirlenmiştir. CISG m. 67 mesafeli satışlarda (gönderme borcu doğuran satış sözleşmelerinde) hasarın geçişini düzenler. CISG m. 68 taşıma halindeyken satılan mallarda hasarın geçişine ilişkin düzenlemeyi içerir. CISG m. 67-68 hükümlerinin uygulanmadığı hallerde uygulanacak olan hüküm m. 69’dur, yani CISG m. 69 yedek hasar kuralıdır. CISG m. 70 ise satıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal etmesi halinde hasarın geçişine ilişkin hükümlerin, alıcının ihlal nedeniyle sahip olduğu hukuki imkânları kullanmasına engel olmayacağına ilişkindir.

Viyana Satım Antlaşması hasar kavramının tanımına yer vermemiştir. Malların zayi olmasına veya zarar görmesine neden olan olayların sözleşme taraflarından birinin veya onların sorumlu oldukları kişilerin neden oldukları olaylar olmaması gerektiği doktrinde ifade

⁷⁹³ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 264.

⁷⁹⁴ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 676, N. 2.

⁷⁹⁵ Aynı yönde bakınız **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 262.

⁷⁹⁶ 15 Şubat 2003 tarihli İspanya Appellate Court Valencia kararında Temyiz Mahkemesi taşıma sırasında geminin bordasında çıkan yangın sonucu malların zarar görmesi üzerine alıcının malların gemiye yüklenmesinden itibaren taşıma risklerini üstleneceğinden bahisle hasarın alıcıya geçmediğine karar vermiştir. CISG m. 66’nın –bedelin hasarın alıcıya geçmesinden sonra ödenmesi yükümlülüğü bakımından- gerekçe olarak gösterildiği bu karar hakkında bakınız Audiencia Provincial de Valencia, Seccion 6, CLOUT No. 552, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030215s4.html>).

edilmiştir. Bağımsız 3. bir kişinin veya insan fiilleri dışındaki olayların (doğa olayları) hasara neden olması aranmaktadır⁷⁹⁷. Riskin kapsamı başlığı altında nelerin hasara yol açabileceği tartışılacağından bu konu üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

B. Viyana Satım Antlaşmasında Edim ve Bedel Hasarı Riski ve Bedel Hasarının Geçişine İlişkin Düzenlemeler

I. Edim Hasarı Riski

Dar anlamda hasar riski esas olarak bedel hasarı riskini ifade eden bir kavram olarak anlaşılmaktadır ve Viyana Satım Antlaşması'na bakıldığında edim hasarı riskini açık bir şekilde düzenleme altına alan herhangi bir hükmün olmadığı görülmektedir⁷⁹⁸. Yani satıcının borcunu ne zaman ifa etmiş sayılacağı ve hangi andan itibaren yeni bir ifa denemesine mecbur edilemeyeceği hususu açık bırakılmıştır⁷⁹⁹.

Doktrinde bedel hasarına ilişkin düzenlemelerden edim hasarının hangi anda geçtiğine ilişkin bir sonuç çıkarılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. İlgili görüş uyarınca bedel hasarının alıcıya geçtiği ana kadar edim hasarı satıcıdadır; yani o ana kadar malın başına gelenlerin sorumluluğu satıcının üzerindedir. Bedel hasarının alıcıya geçtiği anda edim hasarı da alıcıya geçmiş olacaktır⁸⁰⁰. Satıcının ifanın gerçekleşmesi için gereken son hareketi yaptığı anda edim ve bedel hasarı alıcıya geçmektedir. Bu andan itibaren satıcı üzerine düşen her şeyi gerçekleştirmiştir ve malın alıcıya geçmesi için yapması gereken başka herhangi bir şey kalmamıştır⁸⁰¹. Ancak burada tartışma yaratan husus satıcının ifa hareketlerini tamamlamasına rağmen bedel hasarının alıcıya henüz geçmediği kimi hallerde durumun ne olacağıdır⁸⁰². Bu sorun iki halde doğmaktadır. İlki, vadenin kesin bir tarih olarak değil de

⁷⁹⁷ **ROMEIN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>); Balık yeminin satışına ilişkin bir davada mahkeme riskin satış sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçtiğini belirtmiştir. Nitekim 68'inci madde uyarınca taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satış sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçmektedir. Ayrıca ilgili kararda riskin kazara meydana gelen zararları ifade ettiği ve taşıma sırasındaki doğal ya da tesadüfi kazaların neden olduğu ziya veya zararları kapsadığı da ifade edilmiştir: Çin, China International Economic&Trade Arbitration Commission, 01.04.1997, (Fishmeal case), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970401c1.html>.

⁷⁹⁸ **ACAR**, Hasar Riski, s. 71; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 262; **ALTAY**, s. 160; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 222.

⁷⁹⁹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 272.

⁸⁰⁰ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 262-263.

⁸⁰¹ **ATAMER**, Hasarın İntikali, s. 149-150.

⁸⁰² **ŞAMLI**, s. 322.

CISG m. 33 (b) uyarınca bir dönem olarak saptanmış olduğu hallerde, satıcının bu dönemin ilk gününde malları ayırıp hazır bulundurmaya başlamış ve alıcıya da bu konuda ihbarda bulunmuş olmasına rağmen alıcı bunları teslim alamadan mesela, bir yangın sonucu malların zayi olması ya da zarar görmesi durumudur. Bu durumda satıcı ifa hareketlerini tamamlamıştır; ancak CISG m. 69/f. 1 uyarınca bedel hasarının alıcıya geçmesi için malın teslim alınması ya da alıcının temerrüde düşmüş olması gerekir. Hâlbuki olayda ikisi de gerçekleşmemiş olacağı için edim hasarının hangi anda geçeceği tereddüt doğurmaktadır. İkincisi, CISG m. 69/f. 2 uyarınca bedel hasarının geçişi için aranan “alıcının, o yerde malların tasarrufuna hazır bulunduğundan haberdar olması” şartından kaynaklanmaktadır. Bu halde de satıcı bütün ifa hareketlerini tamamlamış, alıcıyı haberdar edecek bildirim de yollamış olmasına rağmen bu bildirim ulaşmadan mal zayi olursa bedel hasarı henüz geçmemiş olacağı için edim hasarının geçip geçmediği konusunda tereddüt doğar⁸⁰³. İlgili durumlarda satıcının üzerine düşen her şeyi yapmış olmasına rağmen edim hasarını bir süre daha taşımaya devam etmesi, edim ve bedel hasarının aynı anda geçmesi ilkesinden taviz verilmemesi açısından önem taşımaktadır. Bu husustan daha çok önem taşıyan husus CISG m. 36⁸⁰⁴ uyarınca, malların sözleşmeye uygunluğunun tespit edilmesi anının hasarın alıcıya geçtiği an olmasıdır. Viyana Satım Antlaşması edim hasarı kavramını hiç kullanmadığı için buradaki hasar kavramı bedel hasarını ifade etmektedir. CISG m. 36/f. 1 uyarınca satıcı riskin alıcıya geçtiği anda var olan maldaki ayıplardan sorumludur. Satıcının CISG çerçevesinde yeni mal tedarik etme yükümlülüğü teslimle değil, hasarın geçmesiyle son bulmaktadır. Yani bedel hasarı ve edim hasarı aynı anda geçmek zorundadır⁸⁰⁵.

II. Bedel Hasarı Riski

Semen yani bedel hasarı riski, satılanın tarafların sorumlu olmadığı bir nedenden ötürü sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde teslim edilememesi durumunda, bedelin ödenmesinin satıcı tarafından istenip istenemeyeceğini, alıcı bakımından ise alıcının bedeli ödeme

⁸⁰³ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 273, dpn. 802.

⁸⁰⁴ CISG m. 36: *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./Satıcı fıkra 1’de belirtilen andan sonra ortaya çıkan ve malların belirli bir süre için mutat amaçlarına veya belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlali de dâhil olmak üzere herhangi bir yükümlülüğünün ihlaline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumludur”.*

⁸⁰⁵ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 273-274; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 695, N. 10.

yükümlülüğü altında olup olmadığını belirleyen bir kavramdır. Eğer alıcı malı teslim alamamasına rağmen bedeli ödemek mecburiyetinde kalıyorsa bedel hasarı riskine alıcı katlanmakta, ancak satıcı malın bedelinin ödenmesini talep edemiyorsa bedel hasarı riski satıcıya ait olmaktadır⁸⁰⁶.

Bedel hasarı riski Viyana Satım Antlaşması'nın 66-70. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Uluslararası bir satış sözleşmesinin tarafları sözleşmeye koyacakları INCOTERMS ile ya da farklı bir düzenleme ile bu maddeleri uygulamaktan kaçınıbilirler; ancak tarafların bu yönde bir anlaşması yoksa Viyana Satım Antlaşması'nın hasarın geçişine ilişkin bu hükümleri Antlaşmanın uygulama alanına giren sözleşmeler bakımından doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla uluslararası satışlarda hasar riskinin geçişini anlamak bakımından CISG m. 66-70 hükümlerinin incelenmesi zorunluluğu vardır⁸⁰⁷.

CISG m. 66 hasar kavramından bahsetmekle beraber bu kavramı tanımlamamıştır. Antlaşmanın ilgili bu düzenlemesi hasarın geçişinin hukuki sonuçlarına yer vermiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere CISG m. 67 satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirmesi halinde yani gönderme borcu doğuran satış sözleşmelerinde hasarın geçişinde uygulanmaktadır. CISG m. 68 taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasarın geçişini düzenlemektedir. CISG m. 69 ise, madde 67 ve 68 kapsamına girmeyen hallerde bedel hasarının geçişine ilişkindir. Aşağıda sırasıyla bu maddeler inceleme konusu yapılacaktır.

a. Riskin Kapsamı

aa. Maddi Riskler

Viyana Satım Antlaşması'nda hasarın kapsamına nelerin girdiğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Viyana Satım Antlaşması'nın 66'ncı ve 68'inci maddelerinde “loss or damage” yani “kayıp veya zarar” kavramları kullanılmıştır. “Loss” yani “kayıp” kavramı, mallarda fiziki olarak oluşabilecek riskleri ifade etmektedir⁸⁰⁸. BOLLEE de “malların zayi olması ya da zarar görmesi” ifadesinin mallarda fiziksel olarak meydana gelebilecek riskleri

⁸⁰⁶ ACAR, Hasar Riski, s. 74; ALTAY, s. 19, s. 31; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 61-62; ATAMER, Hasarın İntikali, s. 132-133.

⁸⁰⁷ ACAR, Hasar Riski, s. 74.

⁸⁰⁸ ERAUW, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erauw.html>); Romein de bu kayıpların hırsızlıktan, vandalizmden, kazalardan, zorunlu boşaltmadan ve diğer fiziksel bozukluklardan meydana geldiğini söylemiştir (ROMEIN, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>).

ifade ettiğini belirtmiştir ve yazara göre malların zayi olması ya da zarar görmesi yangın, hırsızlık veya batma nedeniyle olduğunda riskin geçişine ilişkin kuralların uygulanabilirliği kesindir; çünkü bu kuralların böyle kazaları kapsaması amaçlanmıştır⁸⁰⁹. Ayrıca doktrinde malların kalitesini etkileyen deniz suyu ya da aşırı ısınma, malların diğer mallarla karışması (özellikle sıvıların), bozulma, buharlaşma, yanlış istifleme, taşıyıcının malları özensiz taşınması gibi durumlar da riskin kapsamına dâhil edilmektedir⁸¹⁰. Belirttiğimiz bu hususların riskin kapsamı içinde olduğu hususunda tartışma bulunmamaktadır. Ancak devletin egemenlik hakkından doğan müdahalelerinin ve ekonomik riskin Viyana Satım Antlaşması'nın 66'ncı maddesi kapsamına girebilecek riskler olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Aşağıda sırasıyla bu iki durum ele alınacaktır.

bb. Hukuki Riskler

Riskin kapsamı belirlenirken devletin egemenlik hakkından doğan müdahalelerini de ele alma zorunluluğu bulunmaktadır. Zira risk kavramının kapsamına girip girmediği tartışmalı olan bir sorun da el koyma, ambargo ve ithalat ve ihracat gümrük formaliteleri gibi devlet eylemleridir⁸¹¹. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, el koyma ya da kamulaştırma şeklindeki devlet kaynaklı olağanüstü durumlar, doğa ya da insan kaynaklı felaketler sonucunda oluşan zararların ötesinde kavramlar olmakla beraber bu halleri dar anlamda anlaşılan hasar⁸¹² kapsamında değerlendirmek mümkündür ve bu husus yani bu tür devlet müdahalelerini riskin kapsamında değerlendirip değerlendirmemek CISG m. 66'da kullanılan "zayi olma veya zarar görme" kavramlarının nasıl yorumlandığı ile alakalı bir durumdur⁸¹³. Buna karşılık doktrindeki hâkim görüş bu tür devlet müdahalelerini, bunlara karşı sigorta koruması elde edilemeyeceği gerekçesiyle Viyana Satım Antlaşmasının riskin geçişine ilişkin kurallarının kapsamı dışında görmektedir⁸¹⁴. Nitekim VALIOTI, bu tür devlet

⁸⁰⁹ **BOLLEE**, Sylvain, "The Theory of Risks in the 1980 Vienna Sale Of Goods Convention", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>); Aynı şekilde Schlechtriem/Butler de hırsızlık, zorunlu boşaltma gibi kayıplardan bahsetmektedir (**SCHLECHTRIEM/BUTLER**, s. 165, N. 4.3.1-223).

⁸¹⁰ **VALIOTI**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N. 3.C.i.

⁸¹¹ **VALIOTI**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N. 3.C.i.

⁸¹² CISG m. 66-70 arasında bahsedilen hasarın niteliği konusunda bakınız **BRIDGE**, s. 194.

⁸¹³ **BRIDGE**, s. 195; Acar, Viyana Satım Antlaşması'nın hazırlanması sırasında dikkate alınmayan ancak 66'ncı madde kapsamında değerlendirilebilecek ve bu yönüyle hukuki risk niteliğinin yapılabileceği devlet müdahalelerinden bahseder. Yazar devlet kurumlarının el koyma, ithalat ve ihracat mevzuatında değişiklik, ambargo gibi yollarla müdahale riskini 66. maddenin kapsamında görmektedir (**ACAR**, Hasar Riski, s. 77).

⁸¹⁴ **ÇAKIRCA**, Seda İrem, "Passing Of Risk According To The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods and The New Turkish Code Of Obligations From A Comparative Perspective", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, Cilt 16, Sayı 4, s. 95.

müdahalelerinin risk kavramının kapsamı dışında kaldığını çünkü müsaderecin malların kendisine yönelik olmadığını ancak o malların sahibi olan kişiye karşı bir tedbir cezası niteliğinde olduğunu ve buna karşı sigorta koruması elde etmenin imkânsız olduğunu belirtmektedir; ancak savaş halinde düşman eylemleri nedeniyle malların zayi olması ya da zarar görmesi durumunun risk kuralları kapsamında görülebileceğini, nitekim savaş durumunda doğacak risklere karşı alıcının malları sigortalama imkânının bulunduğunu ifade etmiştir⁸¹⁵. Aynı şekilde SCHLECHTRIEM/ BUTLER de bu tür devlet eylemlerinin (malların müsadereci ve ihracat yasaklarının uygulanması gibi) riskin geçişine ilişkin kuralların kapsamı dışında kaldığını belirtmektedir; çünkü devlet eylemlerine karşı herhangi bir sigorta güvencesi sağlanmadığını ve bu devlet eylemlerini ilgili tarafça itiraz edilebilen yasal tedbirler olarak görmek gerektiğini de görüşlerine eklemiştir⁸¹⁶. VALIOTI ve SCHLECHTRIEM/BUTLER tarafından ileri sürülen bu görüş eleştirilmiştir; çünkü bu yazarlar riskin sigorta hukuku anlamında sigortalanabilir bir risk oluşturup oluşturulmamasına göre bir değerlendirme yapmaktadırlar. ACAR, burada dikkat edilmesi gereken hususun borcun yerine getirilememesinin tarafların kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı olması ve tarafların kusuru olmadan meydana gelen her türlü olayın risk kapsamında değerlendirilebilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Ayrıca uluslararası ticarete el koymanın borcun yerine getirilmesini imkânsız kılan mücbir sebep sayıldığını ve force majeure olarak kabul edilen böyle bir durumu satıcının fiili ya da ihmali kapsamında görmek mümkün olmayacağından bu türlü bir devlet müdahalesini (müdahalenin öngörülemez olması koşuluyla) risk olarak kabul etmek gerektiğini de eleştirisine dayanak yapmıştır⁸¹⁷.

Kanaatimizce el koyma, bir malın ithalinin ya da ihracının yasaklanması gibi devletin egemenlik hakkından doğan müdahaleleri risk kapsamında görmek mümkün değildir. Viyana Satım Antlaşması'nın hasarın geçişine ilişkin hükümleri eşyanın uğradığı fiili zararlara göre düzenlenmiş olup bir malın ithalinin ya da ihracının yasaklanması gibi devletin egemenlik

⁸¹⁵ VALIOTI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N. 3.C.i.

⁸¹⁶ SCHLECHTRIEM/BUTLER, s. 165, N. 4.3.1-223; Aynı yönde SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 677, N. 4; Bollee de el koyma ve ithalat ve ihracat yasakları gibi devlet eylemlerini risk kapsamında görmenin mümkün olmadığını söylemiştir (BOLLEE, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

⁸¹⁷ ACAR, Hasar Riski, s. 78.

hakkından doğan müdahaleleri kapsamamaktadır; çünkü anılan durumlar bir hasar oluşturmadığı gibi bunların sigortalanması imkânı da yoktur⁸¹⁸.

Ekonomik riskleri, Viyana Satım Antlaşması'nın 66'ncı maddesi anlamında risk olarak değerlendirmenin mümkün olup olmadığı da ele alınmalıdır. Tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları koşulların sonradan öngörülemez şekilde köklü olarak değişmesi halinde borçlu açısından edimi yerine getirmek halen mümkün olmakla beraber aşırı bir fedakârlığa katlanmayı gerektirebilmektedir yani sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan şartlarla sonradan ortaya çıkan şartlar artık birbirine uymamakta ve sözleşmenin kurulduğu anla ifa anı arasında var olması gereken uyum çökmüş olmaktadır⁸¹⁹. Böyle bir ifa güçlüğü durumunda ne olacağı hakkında Viyana Satım Antlaşması'nda açık bir hüküm bulunmamaktadır; ancak aşırı ifa güçlüğü yaratan haller borcun ifasını engelleyen bir risk olarak değerlendirilse de CISG m. 66-70 bağlamında risk olarak değerlendirilemeyecektir. ACAR, bu halde sadece sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına⁸²⁰ neden olacağını belirtmiştir⁸²¹. ERAUW da ekonomik riskin CISG m. 66-70 anlamında risk kapsamında görülüp görülemeyeceği meselesine değinmiştir. Yazara göre ekonomik risk, piyasada malların değerinin dalgalanmasıyla ilgilidir. Bir satışın kurulması anında fiyatı belirlidir; ancak sonrasında malların piyasa fiyatında, bunun yanı sıra döviz kurunda dalgalanma meydana gelebilmektedir. CISG m. 66-70 piyasa fiyatlarındaki ve döviz kurundaki bu dalgalanmaları ele almamaktadır⁸²². CISG anlamında hasar, sözleşmenin kurulması ile borcun ifası arasındaki zaman diliminde tarafların hiçbirinin sorumlu tutulamayacağı bir olay yüzünden malın objektif olarak sözleşmeye aykırı hale gelmesidir⁸²³. Dolayısıyla bu tür ekonomik riskleri, bu riskler neticesinde malın objektif olarak sözleşmeye aykırı hale gelmesinden bahsedilemeyeceği için, teknik anlamda hasar kavramı içerisinde değerlendirmek mümkün görünmemektedir.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki Viyana Satım Antlaşması anlamında hasar kavramı genel hukuk doktrininde kabul görmüş hasar kavramının kapsamıyla örtüşmekte ve satılan

⁸¹⁸ ŞAMLI, s. 321; ALTAY, s. 161; ROMEIN, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>.

⁸¹⁹ GÜLEKLİ, Yeşim, "Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi", İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1990, Cilt 15, Sayı 18, s. 45.

⁸²⁰ Aşırı ifa güçlüğü halinde CISG m. 79 anlamında sözleşmenin uyarlanması sonucunun doğup doğmayacağı hususu tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen görüşler hakkında bakınız DAYIOĞLU, s. 147; Ayrıca ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 466; BAYSAL, B., s. 72 vd.

⁸²¹ ACAR, Hasar Riski, s. 79.

⁸²² ERAUW, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erauw.html>).

⁸²³ ŞAMLI, s. 320.

malın fiziksel olarak yok olması ya da bozularak ayıplı hale gelmesini ifade etmektedir⁸²⁴. Ancak devletin egemenlik hakkından doğan müdahaleleri risk kapsamında gören yazarlar bakımından bu tür müdahaleleri de hasar kavramının kapsamına dâhil etmek mümkündür.

b. Hasarın Satıcının Eyleminden ya da Eylemsizliğinden Kaynaklanmaması Olması

CISG m. 66 uyarınca hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi, alıcıyı malın bedelini ödeme yükümlülüğünden kurtarmamaktadır⁸²⁵. Ancak maddenin devamında bu ziya veya zararın satıcının bir eyleminden ya da eylemsizliğinden kaynaklanmaması gerektiği ifade edilmiştir. Satıcının veya emrinde çalışanların meydana gelen hasarda kasti ya da ihmalî bir davranışı sebebiyle sorumluluğunun bulunduğu durumlarda alıcı mal bedelini ödemekten kurtulacaktır. Satıcının malların zarar görmesine sebep olması ihtimali, malların satıcının zilyetliğinde olduğu durumlarda en geniş haliyle mevcuttur; ancak mallar satıcının zilyetliğinde olmasına rağmen hasarın alıcıda olduğu durumlar çok sınırlıdır. Bu sebeple BRIDGE, CISG m. 66 hükmündeki “eyleminden veya eylemsizliğinden” ifadesinin, ziya veya zararın malların taşıma koşulları nedeniyle olduğu durumları kapsamaması gerektiğini belirtmektedir⁸²⁶. Mesela CIF satıcı kış aylarında Rotterdam’a yağ taşımak amacıyla bir taşıyanla anlaştığı takdirde, gemide ısıtma sargısının olmaması tankerdeki yağın katılaşma riskini beraberinde getirmektedir. Bu durumlarda taşıyanın taşıma sözleşmesine aykırı bir davranışı olmayabileceği ihtimali nedeniyle CIF alıcı taşıyan aleyhine bir talepte bulunamasa da alıcı satış sözleşmesi uyarınca sözleşme bedelini ödemekten kaçınmak ve sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat talep etmek hakkına sahiptir

⁸²⁴ ALTAY, s. 161.

⁸²⁵ Riskin geçtiği andan sonra alıcının bedeli ödeme yükümlülüğünden muaf tutulamayacağı yolundaki CISG m. 66 hükmü birçok mahkeme kararında da ifade edilmiştir: Yunanistan, Monomeles Protodikio Thessalonikis, (Single Member Court of First Instance of Thessalonika), (Clothes Case), 2008, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/080002gr.html>; Slovak Cumhuriyeti, District Court in Komarno (Frozen Peas Case), 12.03.2009, <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cases/090312k1.html>; Slovak Cumhuriyeti, District Court in Komarno (Potatoes Case), 24.02.2009, <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cases/090224k1.html>; Rusya, Federal Arbitration Court for the Western Siberia Circuit (Harvesting combines case), 06.08.2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020806r1.html>.

⁸²⁶ BRIDGE, s. 199; Danimarkalı bir alıcı Alman satıcının sattığı koyunların kötü taşıma koşulları sebebiyle fiziksel olarak kötü durumda yani ayıplı olarak vardıklarını iddia etmiştir. Mahkeme CISG m. 67/f. 1 uyarınca satıcının malların alıcıya ulaştırılması amacıyla ilk taşıyıcıya verilmesinden sonra mallardaki kötüleşmelerden sorumlu olmayacağını; ancak taşıyıcıya sadece bir kamyonla mesela 700 koyunu taşıma talimatını vermişse artık bu ayıplardan sorumlu olması gerektiğini ifade etmiştir: Almanya, OLG Schleswig (OLG=Oberlandesgericht=Appellate Court), (Live Sheep Case), 22.08.2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020822g2.html>.

ve bu talep hakkı, malların sözleşmeye uygun olmama halinin esaslı ihlal oluşturacak kadar önemli olmasına bağlıdır⁸²⁷.

Konu ile ilgili olarak “piperonal aldehyde case” davasında verilen karar şöyledir: “Bir Çinli satıcı ile Amerikalı alıcı satış sözleşmesi imzalamışlardır. Sözleşme New York’ta CIF teslimi içermektedir. Alıcı aralıksız sevkiyatı düzenlemesi ve yüksek sıcaklıktan malları koruması için satıcıya defalarca uyarıcı faks göndermiştir ve satıcı uygun sıcaklığı sağlayacağı konusunda alıcıya güvence vermiştir. Satıcı sonrasında malları Hong Kong’tan New York’a sevk etmiştir. Boşaltma üzerine, nakliye şirketi malların erimiş ve sızıntı yapmış olduğunu fark etmiştir. Nakliye şirketi malları alıcının müşterisine teslim etmiştir. Bu kişinin malları reddetmesi üzerine alıcı, sigorta şirketine ve satıcıya CISG m. 35, 38 ve 39/f. 1’e göre durumu bildirmiş ve yapılan muayene sonucunda malların taşıma sırasında yüksek sıcaklık sonucunda hasara uğradığı anlaşılmıştır. Bunun üzerine alıcı, satıcı ve sigorta şirketi arasında yapılan müzakereler neticesinde sigorta şirketinin ve satıcının, alıcıya tazminat ödemesi konusunda anlaşmışlardır. Sonuç olarak alıcı ve satıcı, ek anlaşma yapmışlardır. Ancak satıcı bu yükümlülüğünü yerine getirmediği için olay hakem kararına konu olmuştur. Sözleşmede CIF terimi kararlaştırıldığı için malların gemi küpeştesini geçmesinden sonra hasar riski alıcıya geçmiş olacağından bu andan sonraki erime gibi hasarlardan satıcının sorumlu olmaması gerekirken taraflar arasındaki iletişim, uygun sıcaklığın sağlanacağı hususunda özel bir anlaşma oluşturduğundan satıcının bu anlaşmayı ihlalinin onun “eyleminin ya da eylemsizliğinin” zarara neden olduğu şeklinde yorumlanmıştır⁸²⁸.

CISG m. 66’da her ne kadar ziya veya zararın satıcının eyleminden ya da eylemsizliğinden kaynaklanmaması gerektiği ifade edilmekteyse de buradaki fiili veya ihmali davranışın mutlaka satıcı tarafından işlenmesi gerekmemektedir. Satıcının emrinde çalışanların fiil veya ihmalleri sonucunda meydana gelebilecek zararlardan dolayı da satıcının sorumluluğu söz konusu olacaktır ve ilgili fiiller satıcı tarafından işlenmiş olarak kabul edilecektir⁸²⁹. CISG m. 66’da yer alan “satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden” ifadesi ile neyin kastedildiği ise tartışmalıdır. Satıcının davranışı sözleşmeye aykırılık oluşturuyorsa bu durumda alıcının bedeli ödeme yükümlülüğünden kurtulduğu her halde

⁸²⁷ BRIDGE, s. 199-200.

⁸²⁸ Çin, China International Economic&Trade Arbitration Commission, 1999, (Piperonal aldehyde case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990000c1.html>.

⁸²⁹ ACAR, Hasar Riski, s. 81.

kabul edilmektedir ve bu halde sözleşmeye aykırılığın hasarın geçmesinden önce ya da sonra olmasının bir önemi bulunmamaktadır⁸³⁰.

Doktrin satıcının bir eyleminden ya da eylemsizliğinden ifadesini sözleşmeye aykırılık ile sınırlandırmamıştır. Satıcının bir hareketinin malların zayi olması veya zarar görmesine neden olması durumunda normal şartlar altında bu hareketin sözleşmenin ihlalini de teşkil edeceği; ancak bazı durumlarda sözleşmenin ihlalini oluşturmasının da mümkün olduğu belirtilmiştir⁸³¹. Yani doktrin satıcının sözleşmeyi ihlal edip etmemesini belirleyici kabul etmemektedir; ancak malların ziya veya zararına yol açan satıcının eyleminin ya da eylemsizliğinin genellikle sözleşmenin ihlalini oluşturacağına da altını çizmiştir. Bu durumda mesela, mallar doğru bir şekilde paketlenmemişse⁸³² ya da bir maldaki bozulma aynı paketteki diğer malları da etkilemişse bu sözleşmenin ihlali anlamına gelecektir⁸³³. Aynı şekilde erken bozulabilir gıda maddelerinin derin dondurucuda saklanmaması sebebiyle bozulması⁸³⁴ da sözleşmenin ihlalini oluşturacaktır. Satıcının sözleşmeyi ihlalinin söz konusu olduğu bu gibi durumlarda alıcının malın bedelini ödeme yükümlülüğü olmayacağı açıktır. Satıcının malların zayi olması sonucunu doğuran fiilin sözleşmenin ihlalini oluşturmayıp haksız fiil teşkil ettiği durumları da satıcının “eylemi veya eylemsizliği” kapsamında görmek gerektiği ve bu halde de alıcının mal bedelini ödemeyeceği belirtilmiştir⁸³⁵. Ancak malların zayi olması ya da zarar görmesi sonucunu doğuran satıcının fiilin sözleşmenin ihlalini oluşturmayıp sadece haksız fiil kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün müdür? Satıcının yükleme limanında konteynerlarını tamir ederken mallara zarar vermesi durumunda sözleşmeye aykırılıktan değil, bir haksız fiilden söz edileceği ve bu durumda alıcının sözleşmenin ihlali halinde başvurabileceği 45-52. maddelerdeki haklardan yararlanamayacağı ve alıcının uğramış olduğu zararın satıcı tarafından tazmin edilmesini sözleşmeye

⁸³⁰ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 224; CISG m. 66 hükmünün ziya veya zararın satıcının eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanması durumunda riskin geçmesine engel olduğu belirtilmiştir [SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 678, N. 5].

⁸³¹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 678, N. 7; Aynı şekilde satıcının sözleşmeyi ihlal edip etmemesinin belirleyici olmadığı yolunda bakınız SCHLECHTRIEM/BUTLER, s. 165, N. 4.3.1-223.

⁸³² 14 Aralık 2006 tarihli Almanya Appellate Court Koblenz kararı; Almanya OLG Koblenz, CLOUT No. 724, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/061214g1.html>. Bu olayda Alman Yüksek Bölge Mahkemesi kararını CISG m. 36/2 ve m. 66'ya dayandırmıştır. İtalyan şarap üreticisi olan davacının CISG m. 35/f. 2 (d) bendine uygun olarak şişeleri kamyonla taşımaya uygun şekilde paketlemesi gerekirken bu yükümlülüğünü gerçekleştirmediği gerekçesiyle CISG m. 36/f. 2 ve m. 66 uyarınca (şişelerin taşıyıcıya teslimiyle beraber hasarın Alman davalı alıcıya geçmiş olmasına rağmen) satıcının şişelerdeki zarardan sorumlu olduğunu kabul etmiştir.

⁸³³ SCHLECHTRIEM/BUTLER, s. 165, N. 4.3.1-223.

⁸³⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 435, N. 4.

⁸³⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 679, N. 7.

uygulanacak maddi hukukun haksız fiile ilişkin kurallarınca talep edebileceği ifade edilmiştir⁸³⁶. İlk olarak satıcının konteynerlarını tamir ederken mala zarar vermesi haksız fiil olarak kabul edilse bile peşin bir yargıyla iç hukukun haksız fiil kurallarınca tazminat istenebileceğini söylemek zordur. CISG, birçok ulusal hukuk düzeninden farklı olarak malın sebep olduğu dolaylı/devam eden zararlara ilişkin tazminat talebini de düzenlemektedir. Diğer bir ifadeyle sadece sözleşmeye aykırı malın kendisinin zarar görmesi değil (bozuk makinenin yanması), bu malın meydana getirdiği diğer malvarlığı zararlarının bile (bozuk makinenin yanması sonucu içinde bulunduğu evin de yanmasına sebep olması gibi) CISG çerçevesinde tazmin edilmesi imkânını getirmiştir. Buna rağmen ulusal hukuklardaki haksız fiil hükümlerine başvurulmasına imkân yoktur. Ancak tarafların üzerinde hiç düşünmedikleri, öngörmedikleri bir rizikonun gerçekleştiği hallerde sözleşmesel bir koruma yükümlülüğüne dayandırılacak bir talep söz konusu olamayacağı için ulusal hukuklardaki haksız fiil hükümlerine göre yöneltilecek bir talep gündeme gelebilecektir⁸³⁷.

İkinci olarak satıcının yükleme limanında konteynerlarını tamir ederken mallara zarar vermesi Kara Avrupa'sı hukuk sistemi açısından sözleşmesel sorumluluğun doğmasına neden olacaktır. Burada satıcının bir yan yükümlülüğü ihlali gündeme gelecektir. Yan yükümler, tarafların açık anlaşması ile kararlaştırılabilen veya sözleşmenin tamamlanması ya da günümüzde çoğunlukla dürüstlük kuralından kaynaklanan, bağımsız bir ifa talebi vermeyen borçluya ait yükümlerdir ve büyük ölçüde, asli edimin, sözleşmenin amacına uygun olarak tam ve doğru bir şekilde ifasını sağlamaya hizmet eder⁸³⁸. Yan yükümlülükler fonksiyonları itibariyle “ifaya yardımcı yan yükümlülükler” ve “koruyucu yan yükümlülükler” olmak üzere ikiye ayrılırlar⁸³⁹. Ifaya yardımcı nitelikteki yan yükümlülükler, sözleşmenin tipini belirleyen asli edimin borç programına, sözleşmenin amacına uygun olarak tam ve doğru bir şekilde ifasına hizmet ederler. Koruyucu yan yükümlülükler ise, ifa ile dolaylı olarak ilgili olup, asıl

⁸³⁶ **ACAR**, Hasar Riski, s. 81, dnp. 223; Konvansiyonu hazırlayan komisyon sekreterliğinin yayınladığı yorumlarda da benzer bir örnek verildiği görülmektedir. Bkz. Secretariat Commentary <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-66.html>.

⁸³⁷ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 126-127.

⁸³⁸ **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, s. 117-118; **ANTALYA**, Borçlar, s. 12; **EREN**, s. 37.

⁸³⁹ Bu yöndeki ayrım için bakınız **EREN**, s. 37-38; **ANTALYA**, Borçlar, s. 13; Gümüş ise koruma yükümlerini yan yüküm olarak kabul eden bu görüşe katılmamaktadır ve her ne kadar ortak bir yaptırım sistemine bağlıysalar da yan yükümler ve davranış yükümlerinin farklı yükümler olduğunu ifade etmiştir. Yazar'a göre, yan yükümler, ifa menfaatinin gerçekleşmesine hizmet ederlerken, koruma yükümleri “bütünlük-koruma menfaatine” yönelik ihlalleri önlemeyi amaçlar (**GÜMÜŞ**, Vekilin Özen Borcu, s. 123).

fonksiyonları, alacaklının mal ve şahıs varlığı değerlerinde ifa fiili nedeniyle ya da ifa dolayısıyla uğrayabileceği zararlardan korunması amacıdır⁸⁴⁰.

Bizim katıldığımız görüş uyarınca satıcının yükleme limanında konteynerlerini tamir ederken mallara zarar vermesi “ifaya yardımcı yan yükümlülüğün” ihlal edilmesi anlamına gelecektir. Bu yükümler gereğince borçlu, borçlanılan edimi tam olarak yerine getirmek için gerekli olan her şeyi yapmak ve edimin amacını tehlikeye düşürecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür. “İfaya yardımcı yan yükümlülükler” alacaklının edim menfaatinin tam ve doğru bir biçimde karşılanması amacıyla hizmet etmektedir. Söz konusu “tam ve doğru ifanın” ölçüsünü ise dürüstlük kuralı oluşturmaktadır⁸⁴¹. İfaya yardımcı yan yükümlülükler içinde hazırlama ve sağlama yükümlülükleri, açıklama (aydınlatma) yükümlülüğü, borçlunun veya alacaklının işbirliği yükümlülüğü sayılabilir. Ayrıca ifaya yardımcı yan yükümlülükler arasında muhafaza yükümlülükleri de önemli bir yer tutar ve bu sebeple satış sözleşmesinde satılanın alıcıya teslim edilinceye kadar iyi bir yerde ve özen içinde muhafaza edilmesi gerekmektedir⁸⁴². Satıcının konteynerlerini tamir ederken mallara zarar vermesi örneğinde malları özen içinde muhafaza etmesi yükümlülüğüne aykırı davrandığı söylenebilecektir. Dolayısıyla satıcının konteynerlerini tamir ederken mallara zarar vermesi ihtimalinde sözleşmeye aykırılık olmadığını iddia etmek mümkün olmayacaktır. Alman doktrininden ve uygulamasından kaynaklanan ve bazısı İsviçre ve Türk doktrinlerinde ve uygulamasında da taraftar bulan bir dizi teori⁸⁴³, özel ve yakın ilişkiler dolayısıyla birbirine zarar verenleri ortada geçerli bir sözleşme bulunmamasına rağmen haksız fiil hükümleri yerine sanki bir sözleşme varmış gibi borca aykırılık hükümlerine tabi tutmaktadır. Bu teoriler yardımıyla

⁸⁴⁰ **EREN**, s. 38.

⁸⁴¹ **DEMİRCİOĞLU**, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009, s. 124 vd; **BULUT KARABAĞ**, Nil, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul 2009, s. 64 vd; **OĞUZTÜRK KALKAN**, Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 83 vd; **SEROZAN**, Rona, “Culpa in Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve 3. Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1968, Cilt 2, Sayı 3, s. 118 vd.

⁸⁴² **EREN**, s. 38.

⁸⁴³ Culpa in contrahendo sorumluluğunu borca aykırılığa dayandıran teori (culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliği hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız **DEMİRCİOĞLU**, s. 77 vd), sözleşmenin ard etkisi teorisi (culpa post pactum perfectum), üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisi (üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme teorisinin hukuki dayanağı hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız **BULUT**, s. 25 vd; ayrıca bu teori hakkında bakınız **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 1, “Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme”, İstanbul 2010, s. 20 vd), edim yükümünden bağımsız borç ilişkileri teorisi ve fiili sözleşme ilişkisi teorisi bu teorilerin başlıcalarıdır. Bu teoriler hakkında açıklamalar için bakınız **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 38 vd.

özellikle Alman Hukuku'nda sorumluluğu genişletme çabaları oldukça yayılmış ve haksız fiil hükümlerinin uygulama alanı borca aykırılık hükümleri lehine oldukça daralmıştır; çünkü alacaklı için çoğu zaman borca aykırılık hükümlerine başvurabilmek haksız fiil hükümlerinden daha avantajlıdır⁸⁴⁴. Bu açıdan Kara Avrupa'sı hukuk sisteminde malların ziya ya da zararına neden olan satıcı fiilinin sözleşmeye aykırılık oluşturmayıp haksız fiil oluşturduğu bir örnek bulmak artık neredeyse imkânsızdır. Kaldı ki satıcının konteynirlerini tamir ederken mallara zarar vermesi satıcı böylesi bir örnekte doğrudan alacaklının ifa menfaatine zarar verdiği için sözleşmenin ihlali olarak görülmelidir. CISG açısından da farklı bir sonuca varmak mümkün değildir. Alman hukuk çevresinde yaygın olan asli-yan yükümlülük ayrımı CISG tarafından benimsenmemiştir⁸⁴⁵. Önemli olan bir yükümlülüğün varlığı ve bu yükümlülük ile korunan menfaattir⁸⁴⁶. Dolayısıyla CISG sistemi bakımından da bu örneğin yanlışlığı ortadadır. Sonuç olarak satıcının “eylemi ya da eylemsizliğinin” aslında her durumda sözleşmeyi ihlaline neden olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Buna karşılık satıcının hukuka uygun davranışı ile mesela malın taşıma rotasını değiştirmesi ya da malın teslim yükümlülüğünün ifasını hasarın geçmesinden sonra askıya alması durumunda (CISG m. 71/f. 2) malın yeni rotada ya da bulundurulduğu yerde yok olmasından ya da zarar görmesinden dolayı alıcının malın bedelini ödeme borcu ortadan kalkmamaktadır⁸⁴⁷. Satıcının malın sağlam varması açısından en uygun ve tehlike arz etmeyen rotayı takip etmesi gerekmektedir ve malın sağlam varmasını temin etmek için bu rotayı değiştirmesi hukuka uygun davranışta bulunması şeklinde yorumlanmalıdır. Mesela hava muhalefeti, yolun karla kaplanması, yol üstündeki tünelin kapalı olması, taşıma güzergâhında savaş olması durumlarında en uygun yoldan taşımının gerçekleşmesi sağlanmalıdır. Bu gibi durumlarda taşıma rotasının değiştirilmesi sonucu malın yeni rotada yok olmasından ya da zarar görmesinden dolayı satıcının rotayı değiştirdiği gerekçesiyle alıcının malın bedelini ödeme borcu ortadan kalkmamaktadır.

⁸⁴⁴ **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 37; Özellikle alacaklı borçlunun kusurunu ispat külfetinden kurtulmakta (TBK m. 112), borca aykırılık halinde alacaklının tazminat davası açma hakkı daha uzun zamanaşımı süresine tabi olmaktadır (TBK m. 146) ve borçlu yardımcı kişiden sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirememektedir (TBK m. 116). Haksız fiil sorumluluğu ile borca aykırılıktan doğan sorumluluğun farkları hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 479 vd; **REİSOĞLU**, s. 391; Ayrıca haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeden doğan sorumluluğun zarar gören açısından elverişli hükümleri için bakınız **KARAN**, Yeliz, “Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 746 vd.

⁸⁴⁵ **KANIŞLI**, Erhan, CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, İstanbul 2013, s. 114, s. 84.

⁸⁴⁶ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 302.

⁸⁴⁷ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 224; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 679, N. 7.

Satıcının malın teslim yükümlülüğünün ifasını hasarın geçmesinden sonra askıya alması, diğer bir ifadeyle satıcının CISG'nin "öne alınmış sözleşmeye aykırılık" halinde taraflara tanıdığı ilk imkân olan malların alıcıya verilmesini engelleme hakkını kullanması durumunda satıcı sözleşmeyi ihlal etmiş sayılmayacaktır⁸⁴⁸. Taraflardan birinin daha ifa günü gelmeden önce borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi ya da bunun açıkça anlaşılması durumu öne alınmış sözleşmeye aykırılık ya da doktrinde kullanıldığı şekliyle öncelenmiş borca aykırılık oluşturmaktadır⁸⁴⁹. CISG m. 71/f. 1 uyarınca, "(1) Taraflardan biri, sözleşmenin kurulmasından sonra, karşı tarafın; (a) ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik nedeniyle, veya (b) sözleşmeyi ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları nedeniyle yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir". Buna göre CISG'nin öncelenmiş borca aykırılık durumunda taraflara tanıdığı ilk imkân kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya almaktır. Tarafların ifayı askıya alması için iki durumdan birisinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki, alıcının/satıcının ifa ya da ödeme yeteneğinde ciddi bir yetersizlik nedeniyle yükümlülüklerinin önemli bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılmasıdır. Bu halde objektif şartlar söz konusudur. Grev, savaş, doğal afetler, ambargo gibi yasal engeller, alıcının iflas halinde bulunması, alıcı hakkında yapılan takibin sonuçsuz kalması ifa ya da ödeme yeteneğindeki ciddi yetersizliklerdir⁸⁵⁰. İkincisi ise tarafların ifaya hazırlanmasındaki ya da sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları sebebiyle yükümlülüklerinin önemli bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılmasıdır⁸⁵¹. Satıcı açısından gönderilen malları ayırt etmemek (m. 32/f. 1), taşıma sözleşmesi akdetmemek (m. 32/f. 2), alıcı bakımından ödeme için gerekli tedbirlerin alınmaması (m. 54) örnek olarak gösterilebilir⁸⁵².

CISG m. 71/f. 3 hükmüne göre kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya almak isteyen taraf bu durumu karşı tarafa derhal bildirmelidir. Bunun üzerine karşı tarafın yeterli teminat göstermesi halinde askıya alan taraf ifaya devam etmek yükümlülüğü altındadır. Ancak Viyana Satım Antlaşması'nın öncelenmiş borca aykırılık düzenlemelerinin ağırlıklı olarak

⁸⁴⁸ SCHLECHTRIEM/BUTLER, s. 187, N. 6.1.6-265; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HORNUNG), s. 713, N. 31.

⁸⁴⁹ BAŞOĞLU, Başak, "Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları", İÜHF 2008, Cilt 66, Sayı 2, s. 287.

⁸⁵⁰ KANIŞLI, s. 101; ERDEM, Makaleler, s. 83; HUBER/MULLIS, s. 341.

⁸⁵¹ BERNSTEIN/LOOKOFSKY, s. 161, N. 6-26.

⁸⁵² ERDEM, Makaleler, s. 83.

satıcıyı koruduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır. Özellikle CISG m. 71/f. 2 hükmünde yer alan öncelenmiş borca aykırılık durumunda satıcının göndermiş olduğu malların alıcıya verilmesini engelleme hakkı bunun bir yansımasıdır⁸⁵³. İlgili düzenleme uyarınca, “(2) *Satıcı, I. fıkradaki nedenlerin ortaya çıkmasından önce, malları göndermiş olduğu takdirde, malların alıcıya verilmesini, alıcının elinde kendisine bu malları edinme hakkı veren bir belge bulursa dahi engelleyebilir. Bu fıkra hükümleri, sadece alıcı ve satıcı arasında mallar üzerindeki haklara ilişkindir*”. Alıcının da satıcının malın teslim yükümlülüğünün ifasını askıya alma hakkını kabullenmesi gerekmektedir⁸⁵⁴. Bu hüküm Viyana Satım Antlaşması’nın taşınmakta olan mallar için özel bir hüküm getirdiğini ortaya koymaktadır. İfanın askıya alınmasını gerektiren durumlar (alıcının ifa veya ödeme yeteneğinde ciddi yetersizlik ya da alıcının ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları nedeniyle yükümlülüklerinin önemli bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması hallerinden birisi) mallar taşınmaya başladıktan sonra gerçekleşirse satıcı, alıcının elinde konişmento ya da hamule senedi gibi malı temsil eden bir senet olsa bile malların alıcıya teslimine engel olabilecektir⁸⁵⁵. Satıcının bu şekilde sözleşmeden doğan hakkını kullanarak malların alıcıya verilmesine engel olması durumunda da malın bulundurulduğu yerde yok olmasından ya da zarar görmesinden dolayı alıcının malın bedelini ödeme borcu devam etmektedir.

Sonuç olarak sözleşmenin nihai amacını sağlamaya yönelik objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı satıcı davranışının, malın yok olmasına ya da zarar görmesine neden olması durumunda, alıcının malın bedelini ödeme yükümlülüğünden kurtulduğunun kabul edildiği görülmektedir. Ancak CISG m. 66’nın lafzından hareketle satıcının davranışının dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali olup olmadığına bakmadan sırf nedensellik bağı içinde malın yok olmasına ya da zarar görmesine neden olmasını yeterli sayanların bulunduğu da belirtilmelidir⁸⁵⁶.

c. İspat Külfeti

Viyana Satım Antlaşması ispat yüküyle ilgili kural koymamıştır. Bu konudaki boşluk CISG m. 7/f. 2 uyarınca genel prensiplere başvurularak doldurulmalıdır ve kendi lehine bir

⁸⁵³ BAŞOĞLU, Öncelenmiş Borca Aykırılık, s. 304-305.

⁸⁵⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HORNUNG), s. 713, N. 31.

⁸⁵⁵ ERDEM, Makaleler, s. 83.

⁸⁵⁶ İlgili yazarlar için bakınız ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 224, dpn. 1088.

kurala dayanan kimse bunu ispatlamalıdır⁸⁵⁷. Bu sebeple alıcı ilgili zararın satıcının bir eyleminden ya da eylemsizliğinden kaynaklandığını iddia ediyorsa bunu ispat etmelidir⁸⁵⁸. Bir olayda mahkeme davanın malzemelerinin, mallardaki kaybın satıcının eyleminden ya da eylemsizliğinden kaynaklandığına dair bir kanıt içermemesinden dolayı satıcıyı sorumlu tutmak için hiçbir yasal dayanak olmadığına karar vermiştir⁸⁵⁹. Başka bir olayda mahkeme, satıcının eylemi ya da eylemsizliği ispat edilmediğinden alıcının sözleşmede öngörülen bedeli ödemesi gerektiğine karar vermiştir⁸⁶⁰. Benzer şekilde satış konusunu kuşe kâğıtlarının oluşturduğu bir davada malları taşıyan geminin batması ve malların zayı olması sonucunda, malların gemi küpeştesini geçtiği zaman riskin alıcıya geçtiğini belirterek zararın satıcının eylemsizliğinden kaynaklandığını gösteren hiçbir kanıt olmaması sebebiyle alıcının bedeli ödeme yükümlülüğü olduğuna karar vermiştir⁸⁶¹. Bu kararlar hasar riskinin kendisine geçmemiş olduğunu iddia eden alıcının ziya veya zararın satıcının bir “eyleminden veya eylemsizliğinden” kaynaklandığını ispat külfeti altında olduğunu ortaya koymaktadır.

III. Bedel Hasarının Geçişine İlişkin Düzenlemeler

Edim, borcun içeriğini ve konusunu oluşturur. Edim kavramı, ilk bakışta ilke olarak edim fiili anlamına gelmekte ise de bu aynı zamanda edim sonucunu da ifade etmektedir, dolayısıyla edim kavramı, iki farklı anlama sahiptir. Edim kavramının hangi anlamda kullanıldığının tespiti için somut olayda borç ilişkisinin doğduğu sözleşme tipine bakmak gerekmektedir. Bazı sözleşmelerde edim, “edim fiili”, bazılarında ise “edim sonucu” olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁶². Edim fiili, borçlunun karşı tarafın borç ilişkisinden beklediği sonucun elde edilmesi amacıyla gerekli faaliyetleri yerine getirmesini ifade etmektedir. Hizmet ve

⁸⁵⁷ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 685, N. 11.

⁸⁵⁸ Bir mahkeme kararında alıcının, zararın, satıcının eyleminden ya da eylemsizliğinden kaynaklandığını ispat edememesi nedeniyle bedeli ödemek zorunda olduğuna karar vermiştir: Macaristan, Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest, 10.12.1996, CLOUT No. 163, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/961210h1.html>; Benzer şekilde bir davada Hindistanlı alıcının hasarın satıcının eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığına dair kanıt sunamadığını belirtmiştir: Rusya, Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Arbitration, 30.12.1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981230r1.html>.

⁸⁵⁹ Rusya, Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Arbitration, 11.03.1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980311r1.html>.

⁸⁶⁰ Rusya, Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Arbitration, 17.05.1999, <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cases/990517r1.html>

⁸⁶¹ Çin, China International Economic & Trade Arbitration Commission, Arbitration, 25.06.1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625c1.html>.

⁸⁶² EREN, s. 96.

vekâlet sözleşmelerinde borçlanılan edim, edim fiilidir. Buna karşılık edim sonucu alacaklının borç ilişkisiyle amaçlanan menfaate, değere fiilen kavuşmasıdır. Mesela, satış sözleşmesinde satıcı alıcıya satılan şeyin mülkiyetini geçirmek ve şeyi teslim etmek borcu altına girmiştir⁸⁶³. Bu bakımdan borçlunun borcunu ifa ettiğinden söz edilebilmesi için sadece edim fiilinin gerçekleştirilmesi yeterli olmayıp edim sonucunun da gerçekleşmesi gerekmektedir⁸⁶⁴. Ancak satış sözleşmesinde hasarın geçişi bakımından edim fiilinin gerçekleşmesi anı esas alınabilmektedir. Mesela gönderme yoluyla satışlarda olduğu gibi kimi hallerde edim fiili ve edim sonucu ayrılmaktadır ve edim fiili ile hasarın geçmesi kabul edilmektedir.

Viyana Satım Antlaşması'nda üç farklı duruma göre hasarın geçiş anı tespit edilmiştir. CISG m. 67'de gönderme borcu doğuran satış sözleşmesinde hasarın geçişi, CISG m. 68'de taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasarın geçişi ve son olarak CISG m. 69'da teslim yerinin satıcının işyeri (CISG m. 69/f. 1) veya işyeri dışında bir yer olması durumlarına göre (CISG m. 69/f. 2) hasarın geçişi meselesi ele alınmıştır. Değişik satış türleri bakımından hasarın geçişinin farklı esaslara bağlanması "ana kuralın" hangi maddede düzenlenmiş olduğu sorusunu akla getirmektedir. Hasarın geçişi açısından edim fiiliyle edim sonucunun aynı anda gerçekleşmesinin asıl olup olmadığına göre Viyana Satım Antlaşması'nda hasarın geçişinde ana kuralın ne olduğu tespit edilmelidir.

Edim fiilinin gerçekleştirildiği yer (eylem yeri), genelde, edim sonucunun da gerçekleştiği yer (sonuç yeri) olmaktadır. Borçlunun edimi sunduğu yerde alacaklı da edime kavuşmaktadır. Sadece gönderilecek borçta edim fiilinin yeri, satıcının edimi yola çıkardığı yer iken, edim sonucu edimin vardığı yerde, yani alacaklının yerinde oluşmaktadır⁸⁶⁵. Gönderme yoluyla satışlarda, satıcı, malı göndermekle kendisine düşen ifa fiilini tamamlamaktadır. Bu tür satışlarda taşıyıcıya teslim ile hasarın geçmesi kabul edilmiştir. Böylece henüz mal alıcının eline geçmeden yani edim sonucu gerçekleşmeden hasar ve yarar alıcıya geçmektedir. Viyana Satım Antlaşması özelinde meseleye bakıldığında şu tespitlerde bulunmak mümkündür: Antlaşma'nın yer bakımından uygulama alanı bulabilmesi için alıcının ve satıcının işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle Viyana Satım Antlaşması iş yerleri farklı ülkelerde bulunan taraflar arasındaki satış

⁸⁶³ ARAL, İfa, s. 61-62; EREN, s. 97.

⁸⁶⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 35.

⁸⁶⁵ SEROZAN, İfa Engelleri, s. 40, N. 1.

sözleşmelerine uygulanmaktadır. Coğrafi açıdan birbirlerine çok uzak yerlerde bulunan taraflar arasında da satış sözleşmesi kurulması mümkün olduğundan mutata olan edim fiili ile edim sonucunun birbirinden ayrılması ve edim sonucunun malın varma yerinde gerçekleşmesidir⁸⁶⁶.

Viyana Satım Antlaşması CISG m. 31, tarafların teslim yerine ilişkin bir düzenleme yapmamış olmaları durumunda uygulanacak olan yedek hukuk kuralıdır ve bu sebeple borcun ifa yerini genel olarak bütün sözleşmeler için saptayan Türk Borçlar Kanunu'nun 89. maddesinin, satıcının teslim borcuna uyarlanmış karşılığını oluşturmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun ifa yerini düzenleyen 89'uncu maddesinin 3'üncü bendinde yer alan kural genel kural olup bu bent kapsamında borcun, borçlunun yerleşim yerinde ifasını gerektiren bir aranacak borç söz konusudur. Türk Borçlar Kanunu açısından bakıldığında alacaklı/alıcının, borçlu/satıcının ayağına gelmesi beklenir. Buna karşılık bu çözüm tarzı özellikle uluslararası satışlarda amaca uygun olmayacaktır⁸⁶⁷. Uluslararası satışlarda en sık karşılaşılabilecek beklenen gönderme borcu içeren satış sözleşmeleri olduğu için taşıma içermeyen bir uluslararası sözleşme istisnadır⁸⁶⁸. Satıcının işyerinde malı alıcının emrine amade bulundurması şeklindeki teslim opsiyonu yani genel kural Antlaşma tarafından en son çare (ultima ratio) olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla CISG m. 31'de ilk uygulanacak olasılıktan son uygulanacak olasılığa doğru gidilmiştir. CISG m. 31 bağlamında hâkim öncelikle gönderme borcu doğuran satış sözleşmesinin, yani (a) bendinin uygulanırlığını araştırarak, (a) bendinin uygulanamayacağına kanaat getirirse (b) bendini deneyecek ve malların depo edildikleri, üretildikleri, hazırlandıkları yerde teslimi gündeme gelecektir, bu da uymazsa o zaman (c) bendini devreye sokarak satıcının işyerinde teslim opsiyonunu seçecektir⁸⁶⁹. CISG sisteminde hasarın geçişine ilişkin düzenlemelerle teslim borcuna ilişkin CISG m. 31 arasında bir paralellik mevcuttur. Çünkü her ne kadar CISG hasarın geçişi anını hem mülkiyetin geçişi sorunundan hem de teslimden bağımsız olarak düzenlemiş olsa da hasarın kural olarak teslimle geçtiğini söylemek yanlış olmayacaktır⁸⁷⁰. Viyana Satım Antlaşması'nın teslim

⁸⁶⁶ SEROZAN, İfa Engelleri, s. 46, N. 9.

⁸⁶⁷ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 141-142.

⁸⁶⁸ ERDEM, Ercüment, "Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu", Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 124-125.

⁸⁶⁹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 142, dnp. 56; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HUBER/WIDMER), s. 347, N. 18.

⁸⁷⁰ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 263-264.

kavramına atfettiği anlamın farklı olduğu da vurgulanmalıdır. Viyana Satım Antlaşması'nda ön planda olan teslim ilişkisiyle ilgili eylemdir, yoksa bu eylem ulusal hukuklarda bağlanan zilyetliğin devri ya da mülkiyetin geçişi sonucu değildir. Zira teslim borcunun yerine getirilmesi ile zilyetliğin devrinin sağlanamadığı haller de olabilmektedir. Mesela satıcının malları alıcıya ulaştırılmak üzere ilk taşıyıcıya teslim etmesi Viyana Satım Antlaşması bakımından teslim borcunun ifa edilmiş sayılmasına yetmektedir ve bu aşamada alıcının ilgili mallar üzerinde zilyetliği ve mülkiyet hakkını kazandığından bahsetmek mümkün değildir. Bunun için ya malların fiilen varma yerinde alıcıya verilmesi ya da malları temsil eden belgelerin ona ulaştırılması yoluyla dolaysız ya da dolaylı zilyetliğin kendisine kazandırılması gerekir⁸⁷¹. Antlaşma teslim ilişkisiyle ilgili eylemi ön plana almaktadır ve satıcının, alıcının malların zilyetliğini kazanabilmesi için ifaya yönelik hareketleri yapması yeterlidir; ancak bu hareket sonucunda ifa sonucunun gerçekleşmiş olup olmadığı önem taşımamaktadır⁸⁷². Bu sebeple Antlaşma'nın edim fiiliyle edim sonucunun farklılaştığı halleri merkeze aldığı düşünülerek gönderme yoluyla satışların ana kural olduğu düşünülebilecektir. Ancak bu noktada, her ne kadar asıl olan gönderme borcunun varlığı ise de bu borcun kendiliğinden doğmadığı belirtilmelidir. Bu borcun doğumu için ya sözleşmede açık bir düzenleme mevcut olmalı ya da taraflar arasında oluşmuş olan alışkanlıklar veya milletlerarası ticarete geçerli teamüller bir nakil borcunun varlığı sonucuna götürmelidir. Eğer böyle bir sonuca varılamıyorsa bir aranacak borcun varlığı kabul edilmeli ve satıcının işyerinde teslim seçeneğine başvurulmalıdır.

Viyana Satım Antlaşması'nda hasarın geçişine ilişkin hükümlerin teslim borcunun kapsamına ilişkin CISG m. 31 hükmü ile paralelliklerinden dolayı CISG m. 31'in sıralamasına uygun şekilde hasarın geçiş anına ilişkin düzenleme getirilmiştir. CISG m. 67'de önce gönderme borcu doğuran satış sözleşmesinde hasarın geçişi, CISG m. 68'de taşıma halinde satılan mallara ilişkin hasarın geçişi ve son olarak CISG m. 69'da, m. 67 ve m. 68'in kapsamına girmeyen durumlarda ve ikili bir ayırımla teslim yerinin satıcının işyeri (CISG m. 69/f. 1) veya işyeri dışında bir yer olmasına göre (CISG m. 69/f. 2) hasarın geçişi ele alınmaktadır.

⁸⁷¹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 135-136.

⁸⁷² **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HUBER/WIDMER)**, s. 343, N. 4; **HUBER/MULLIS**, s. 107.

Sonuç olarak CISG m. 69, “satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirdiği durumda hasarın geçişi” ve “taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasarın geçişi” seçeneklerinden birinin kapsamına girmeyen her durumda hasarın geçişi bakımından uygulama alanı bulur. Bu sebeple teslim yerinin satıcının iş yeri olduğu durumda hasarın geçişi genel kuralı oluşturmaktadır. Biz de, genel kural CISG m. 69’da yer aldığı için Antlaşma’nın sıralamasına bağlı kalmadan teslim yerinin satıcının işyeri olması halinde hasarın geçişine ilişkin kuralı öncelikli olarak ele alacağız.

a. Genel Hasar Kuralı: Teslim Yeri Satıcının İşyeri İse Hasarın Geçişi (Viyana Satım Antlaşması m. 69/I)

Viyana Satım Antlaşması’nın 67’nci ve 68’inci maddelerinin uygulanmadığı durumda uygulama alanı bulacak olan hüküm CISG m. 69 hükmüdür⁸⁷³. İlgili düzenleme şu şekildedir: *“Madde 67 ve 68 kapsamına girmeyen hallerde hasar, alıcının malları teslim aldığı anda veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer./Ancak alıcının, satıcının işyerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde hasar, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda intikal eder./Sözleşmenin, henüz ayıredilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir”*. Aranılacak borçlar bakımından hasarın geçişi alıcının malları teslim almasına (CISG m. 69/f. 1), bunun dışında kalan diğer tüm hallerde ise malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasına (CISG m. 69/f. 2) bağlanmıştır. Buna karşılık teslim borcunun ifasını düzenleyen CISG m. 31 (b) ve (c)

⁸⁷³ “DAF” teslim klozunun yer aldığı bir sözleşmede kararlaştırılan süre içinde Bulgar alıcının Avusturyalı satıcıya ödeme yapmayı reddetmesi nedeniyle meydana gelen uyuşmazlığın görüldüğü davada mahkeme CISG m. 69 uyarınca mallar ne alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu ne de alıcıya teslim edildiği için hasarın alıcıya geçmediğine karar vermiştir: Court of Arbitration of the ICC International Chamber of Commerce, ICC Arbitration, 1992, (Failure to open letter of credit and penalty clause case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927197i1.html> ve <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=37&step=Abstract>; Fransız alıcının, Belçikalı bir satıcıdan domuz eti satın aldığı bir olayda satıcı alıcıya fiyatı ödemesi için dava açmıştır. Satıcı Belçika’daki dioksin krizi sırasında dioksin bulaşmadığını garanti etmediği için alıcı malların sözleşmeye uygun olmadığı hususunda itiraz etmiştir. Esasa ilişkin olarak mahkeme satıcı lehine karar vermiştir. CISG m. 69 uyarınca hasar riski satıcıdan alıcıya, alıcı malları teslim aldığı anda geçmiştir. Bu andan sonra satıcı, sadece verdiği belirli bir garantinin ihlali nedeniyle sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulabilir. Mevcut durumda alıcı teslim aldıktan sonra analiz edilmiş ve dioksinde ari olduğu tespit edilmiş eti almıştır. Bu sebeple alıcı fiyatı ödemeye mahkûm edilmiştir: Belçika, 18.02.2002, Rechtbank van Koophandel, Ieper, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=771&step=Abstract>.

bentlerinde yani hem aranacak borçlar bakımından hem de bunun dışında kalan tüm hallerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmada söz etmektedir. Doktrinde bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, hasarın geçişi bakımından teslim yerinin satıcının işyeri olduğu durumda (CISG m. 69/f. 1) alıcının tasarrufuna hazır bulundurma esası yerine teslim esasının benimsenmesi yoluyla bir farklılık yaratılmasının nedeni anlaşılabilir değildir. Dolayısıyla teslim yerinin hem satıcının işyeri hem de işyeri dışında bir yer olduğu durumda alıcının tasarrufuna hazır bulundurma anının esas alınmasının daha doğru olacağı belirtilmiştir; çünkü INCOTERMS içinde de “ex works⁸⁷⁴” klozu altında düzenlenen aranacak borçlarda hasarın geçişi anının, hazır bulundurma anı olduğu ifade edilmiştir⁸⁷⁵. Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş uyarınca, teslim yerinin satıcının işyeri olduğu durumdaki hasarın geçişi anının, teslim yerinin satıcının işyeri dışında bir yer olması durumundaki hasarın geçiş anından farklı olması anlaşılabilir değildir. Nitekim teslim yerinin satıcının işyeri dışında olduğu hallerde, bu yerde mallar satıcının kontrolü altında değildir ve normal şartlar altında satıcı tarafından sigortalanmamıştır. O halde mal, satıcının işyerinde hep sigortalı olacağı için teslim yerinin satıcının işyeri olduğu durumda satıcının daha uzun süre yani teslim anına kadar hasarı taşıması sorun doğurmayacaktır⁸⁷⁶. Ancak teslim yerinin satıcının işyeri ve işyeri dışında bir yer olması arasında hasarın geçişi bakımından farklılık olmasını haklı bulan ikinci görüş eleştirilmektedir ve bu eleştiri doğrultusunda malın alıcıya teslim edilmek üzere nakil halinde

⁸⁷⁴ İlgili klov ve 1990, 2000 ve 2010 düzenlemelerinde konuyu ele alma şekli hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız **KUYUCU**, s. 54 vd; **DOĞAN**, s. 356 vd; **ERDEM**, Makaleler, s. 236 vd; **OBERMAN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>); **GABRIEL**, Henry, “The International Chamber Of Commerce INCOTERMS 1990-A Guide To Their Usage”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gabriel1.html>), N. 2; 2000 broşüründe “ex works” malların satıcı tarafından satıcının kendi kuruluşunda ya da ona ait başka bir yerde (imalathane, fabrika, depo vb) alıcı için hazır hale getirilmesiyle satıcının yükümlülüklerinin sona ermesini ifade etmektedir ve aksine bir düzenleme olmadığı takdirde satıcı malları alıcı tarafından sağlanan araca yüklemek veya gümrük çıkış işlemlerini yerine getirmek zorunda değildir. Dolayısıyla malların satıcının işletmesi ya da iş yerinden alınarak istenilen yere götürülmesiyle ilgili tüm masraf ve riskler alıcıya aittir. Eğer satıcının malın yüklenmesini sağlaması ve yükleme ile ilgili masraflarla risklere katlanması isteniyorsa bu durum açıkça kararlaştırılmalıdır (**EKŞİ**, Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2010, s. 187).

⁸⁷⁵ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 270; **ATAMER**, Hasarın İntikali, s. 159.

⁸⁷⁶ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 692, N. 6; Aynı yönde **NICHOLAS**, Barry, “Article 69”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb69.html>), N. 2. 1. Yazar, CISG m. 69/f. 1 düzenlemesinin altında yatan ilkenin satıcının mallar üzerinde kontrol sağlama imkânına sahip olduğu sürece riski taşıması olduğunu söylemiştir; çünkü satıcının kendi mekânlarında malları korumak ve sigorta sağlamak için daha iyi bir konumda olduğunu belirtmiştir.

olduğu dönemde de sigortalı olacağının açık olduğu ve dolayısıyla bu ayrımın suni kaldığı ifade edilmektedir⁸⁷⁷.

ATAMER'in Viyana Satım Antlaşması'nın satıcının işyerinde teslim ve işyeri dışında teslim durumlarında hasarın geçiş anı arasındaki farklılığı gidererek her iki durumda hasarın geçişinde alıcının tasarrufuna hazır bulundurma anını esas alması gerektiği ve ancak bu sayede Incoterms ile birlik sağlanacağını belirten görüşünün⁸⁷⁸ aksi yönünde bir görüş de bulunmaktadır. KUYUCU'ya göre, INCOTERMS'de ex Works klozu bakımından da hasarın geçişinde teslim alma anı esas alınmaktadır. Dolayısıyla, hasarın geçişinin düzenlenmesi açısından tüm Incoterm terimleri 1980 tarihli Viyana Satım Antlaşması ile paralellik göstermektedir ve hasarın geçişi her iki düzenlemede de teslim kavramına bağlanmıştır⁸⁷⁹. Bu görüşe katılmak mümkün değildir; çünkü "EXW" terimi bakımından satıcının tek yükümlülüğu malları teslim tarihinde kendi işyerinde ya da sözleşmede belirlenen başka bir yerde alıcının teslim alması için hazır halde bekletmekten ibarettir ve satıcının malları taşıyıcının aracına yükleme zorunluluğu yoktur⁸⁸⁰. Bu sebeple EXW ticari terimi bakımından hasarın geçiş anı malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması anıdır; KUYUCU'nun belirttiği gibi teslim alma anı değildir. Dolayısıyla Incoterms içinde yer alan "ex Works" klozu ile birlik sağlanması açısından CISG m. 69'un hem satıcının işyerinde hem de işyeri dışında bir yerde teslim durumunda hasarın geçiş anını alıcının tasarrufuna hazır bulundurma anı olarak düzenlemesinin daha yerinde olacağı söylenebilecektir.

Viyana Satım Antlaşması'nın 69'uncu maddesinde göze çarpan diğer bir husus, Antlaşmanın 67'nci ve 68'inci maddelerinde teslim ifadesi yerine vermek-tevdi etmek (hand over) ifadeleri kullanılmış olmasına rağmen, CISG m. 69'da teslim ifadesine yer verilmesidir.

CISG m. 69 düzenlemesi incelenirken ikili bir ayrım yapmak gerekecektir. Birinci durum, malların satıcının iş yerinde teslim edildiği durumdur. İkinci durum ise, malların satıcının işyeri dışında bir yere teslim edildiği durumdur. Aşağıda ayrıntılı olarak bu iki farklı durum incelenecektir.

⁸⁷⁷ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 270.

⁸⁷⁸ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 270.

⁸⁷⁹ **KUYUCU**, s. 60, dpn. 267.

⁸⁸⁰ **AYOĞLU**, s. 326; **ACAR**, Hasar Riski, s. 104.

Viyana Satım Antlaşması'nın 69'uncu maddesinin ilk fıkrası uyarınca alıcının malları satıcının işyerinde teslim alması gereken hallerde, hasar alıcıya malın teslimiyle, yani alıcıya fiili hâkimiyetin sağlanmasıyla geçecektir ve malların alıcının temsilcileri tarafından alınması söz konusu olabilecektir⁸⁸¹. Viyana Satım Antlaşması'nın 52'nci maddesinin ilk fıkrası uyarınca satıcının, malları belirlenen tarihten önce teslim etmesi durumunda, alıcı bu teslimi kabul ya da reddetme hakkına sahiptir. Eğer alıcı zamanından önce yapılan teslimi kabul ederse hasar kendisine geçer⁸⁸².

CISG m. 69/f. 1'in düzenleme alanını aranılacak borçlar oluşturmaktadır ve bu hallerde hasar, mal üzerinde hâkimiyeti ele geçirmek yoluyla ya da en azından geçirme imkânının kazanılmasıyla geçmektedir⁸⁸³. Eğer alıcı malları zamanında teslim almazsa alıcının bu ihlali işlediği anda risk alıcıya geçecektir⁸⁸⁴. Viyana Satım Antlaşması'nın 69'uncu maddesinin ilk fıkrası "ex works" satış durumunda olduğu gibi malların satıcının işyerine teslim edileceği duruma ilişkindir⁸⁸⁵.

Alıcının malı kabulde temerrüde düşmesi durumunda hasarın alıcıya geçmesi için satıcının malı alıcının tasarrufuna hazır bulundurması, yani teslim alabilmesi için gerekli olan her şeyi yapmış olması gerekmektedir⁸⁸⁶. Satıcının teslim borcunun kapsamı Viyana Satım Antlaşması'nın 60'ıncı maddesine⁸⁸⁷ göre belirlenir. CISG m. 60'a göre, alıcının teslim borcu, satıcı tarafından alıcıya teslim yapılabilmesi için alıcıdan makul olarak beklenebilecek tüm işlemlerde bulunmasını ve malın fiilen teslim alınmasını kapsamaktadır. Alıcının malı teslim almaması sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır⁸⁸⁸. Alıcının tesellüm konusunda ne kadar çabuk davranması gerektiği ve dolayısıyla hangi andan itibaren sözleşmeye aykırı davranmış sayılacağı her somut olayın özelliğine göre değişmektedir; ancak hasarın geçişinin bu şekilde değişken bir ana bağlanması sorun yaratacaktır. Hasarın geçmesi sorunu, açık ve kesin bir

⁸⁸¹ **ROMEIN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>).

⁸⁸² **NICHOLAS**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb69.html>), N. 3. 2.

⁸⁸³ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 269.

⁸⁸⁴ **BERNSTEIN/LOOKOFKY**, s. 110, N. 5. 5.

⁸⁸⁵ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 691, N. 2; **BRIDGE**, s. 213; **SCHLECHTRIEM /BUTLER**, s. 171, N. 4.3.4-233; Mahkeme bir olayda "ex Works" klozunun kararlaştırılmış olması sebebiyle CISG m. 69/f. 1 hükmünün uygulanması gerekirken satıcı ilk taşıyıcıya teslimin yapıldığını kanıtlayamadığı için CISG m. 67/f. 1 hükmünün uygulanmasına karar vermiştir. Almanya OLG Köln (Appellate Court Köln kararı), 09.07.1997, CLOUT No. 283, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970709g3.html>).

⁸⁸⁶ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 230.

⁸⁸⁷ 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".

⁸⁸⁸ **ACAR**, Hasar Riski, s. 84; **ŞAMLI**, s. 339.

zaman saptanmasını gerektirmektedir, hâlbuki alıcının malları “makul” bir sürede teslim almasının gerekmesi bu açıklığı sağlamaktan uzaktır. Bu sebeple doktrinde hasarın geçişini, alıcının tesellüm etmemesinin sözleşmenin esaslı ihlali sayılmasına ya da satıcının önce CISG m. 63 uyarınca alıcıya ek süre tanınmasına bağlamanın daha iyi bir çözüm olabileceği ifade edilmiştir⁸⁸⁹. Alıcının Viyana Satım Antlaşması’nın 79’uncu maddesi uyarınca muafiyet talebi hasarın geçişini etkilemeyecektir⁸⁹⁰. Bu halde alıcı sadece satıcının uğradığı zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulacaktır; çünkü CISG m. 79’da sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararı tazmin yükümlülüğünden kurtulma şartları düzenlenmiştir⁸⁹¹.

Alıcının malları teslim almayarak sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, alıcı malları teslim almaya hazır olmasına rağmen mal bedelini ödememesi nedeniyle satıcı malları alıkoyabilir. Alıcının ihlalinin bir sonucu olarak, alıcı, mallar satıcının kontrolü altındayken hasar riskini üstlenmektedir. Konvansiyon böyle bir durumun tehlikelerini dikkate almıştır ve CISG m. 85 satıcının böyle bir durumda malları koruma yükümlülüğü altında olduğunu belirtmiştir⁸⁹².

Malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasının, hasarın geçişi sorunu bağlamında ne anlama geldiği sorusu cevaplanmalıdır; çünkü Viyana Satım Antlaşması’nın 69’uncu maddesi malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasının ne anlama geldiğini tanımlamamıştır⁸⁹³. Aranacak borçlarda satıcının teslim borcunu vaktinde ve gereği gibi ifa etmiş sayılabilmesi için malların alıcı tarafından sorunsuz şekilde teslim alınabilecek durumda bulundurulması yeterlidir; ancak malların ayrılmış ve sözleşmeye tahsis edilmiş bulundurulması şart değildir. Mesela satıcı, alıcı geldiğinde hemen 10 ton buğdayı teslim edebilecek durumda ise teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olur, bu buğdayın ayrılmamış olması ise teslim yükümlülüğü ile değil, hasarın geçişi sorunu ile ilgili bir husustur⁸⁹⁴. CISG m. 67 gibi Viyana Satım Antlaşması’nın 69’uncu maddesi de malların sözleşmeye tahsisini gerektirmektedir ve eğer sözleşme belirlenmemiş mallara ilişkinse ancak böyle bir tahsis

⁸⁸⁹ **BRIDGE**, s. 214.

⁸⁹⁰ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 692, N. 4.

⁸⁹¹ CISG m. 79 hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız **MAGNUS**, CISG Uyarınca, s. 287 vd; **MAGNUS**, Force Majeure, s. 1 vd; **KRUISINGA**, s. 123 vd; **FLECHTNER**, Harry, “Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner7.html>).

⁸⁹² **BOLLEE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

⁸⁹³ **BRIDGE**, s. 213; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 270.

⁸⁹⁴ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 270-271.

gerçekleştiğinde mallar alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmuş kabul edilecektir⁸⁹⁵. Zira Viyana Satım Antlaşması'nın 69'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası, “Sözleşmenin, henüz ayıredilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir” diyerek bunu ortaya koymuştur. Tahsis, mal üzerine konulacak işaretler, mekânsal olarak ayırma gibi çeşitli şekillerde gerçekleşebilir⁸⁹⁶. Malın somut olarak sözleşmeye tahsisi, malın doğal özelliği gereği mümkün değilse malın hazır bulundurulmasının ve alıcı tarafından teslim alınabilmesinin mümkün olmasının yeterli olduğu doktrinde belirtilmiştir⁸⁹⁷. Bu durumda malların belirli bir stoktan kabaca ayırt edilmiş olmasının yeterli olduğu da ifade edilmiştir⁸⁹⁸.

Alıcıya, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu konusunda bir ihbar yapılmasının gerekip gerekmediği hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde malın teslim hazır olduğunun satıcı tarafından alıcıya bildirilmesi gerektiğine dair hiçbir gösterge olmadığı ifade edilmiştir⁸⁹⁹. Doktrinde ifade edilen ve bizce de doğru görünen görüş uyarınca aranacak borçlarda ihbar yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda bu, teslim yükümlülüğünün kapsamında değerlendirilmelidir. İlgili görüşe göre, taraflar sözleşmede kesin bir ifa tarihi saptamış ise alıcıya zaten herhangi bir ihbar yapılması gerekmeyecektir ve vadede malın hazır bulundurulması ve sözleşmeye tahsis edilmesi kaydıyla hasar alıcıya geçecektir. Eğer ifa için bir dönem belirlenmiş ve satıcıya bu dönem içinde herhangi bir anda ifa etme hakkı tanınmışsa (CISG m. 33(b)), satıcının malı hazır bulundurmaya başladığını alıcıya bildirmesi teslim borcunun yerine getirilmesi bakımından gerekli kabul edilecektir. Dolayısıyla bu anda malın ayrıca tahsis edilmesi durumunda hasar da alıcıya geçecektir. Eğer ifa için hiçbir tarih kararlaştırılmamışsa satıcı CISG m. 33 (c) bendi uyarınca sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içinde ifa ile yükümlü olduğu takdirde bu tarihi alıcının bilmesi mümkün olmayacaktır ve bu sebeple bu durumlarda da alıcıya ihbarda bulunulması teslim borcunun gereği olacaktır⁹⁰⁰. Bu noktada ihbarın ne zaman sonuç doğuracağına yer verilmesi gerekmektedir; çünkü alıcının temerrüde düştüğü tarihin saptanmasında ve hasarın alıcıya geçtiği zamanın tespit edilmesinde bildirim hüküm doğuracağı an önem taşımaktadır. CISG

⁸⁹⁵ BERNSTEIN/LOOKOFSKY, s. 112, N. 5.5.

⁸⁹⁶ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 271.

⁸⁹⁷ ŞAMLI, s. 340, dpn. 175.

⁸⁹⁸ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 694, N. 8.

⁸⁹⁹ HONNOLD, s. 472, N. 374; BRIDGE, s. 213.

⁹⁰⁰ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 271.

m. 27⁹⁰¹ bağlamında sözleşme taraflarından birinin yapacağı bir ihbarın diğer tarafa ulaşması şart olmayıp gönderilmesi yeterlidir. Doktrinde CISG m. 27’de gönderme teorisinin kabul edilmesinin aksine alıcıya malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu konusunda bir ihbar yapılmasının gerektiği hallerde bu ihbarın alıcıya varmasıyla sonuç doğuracağı kabul edilmiştir⁹⁰².

b. Genel Hasar Kuralının İstisnaları

aa. Teslim Yeri Satıcının İşyeri Dışında Bir Yer İse Hasarın Geçişi (Viyana Satım Antlaşması m. 69/II)

Viyana Satım Antlaşması’nın 69’uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca alıcının, satıcının işyerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörülmediği hallerde hasar, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının, o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda alıcıya geçer⁹⁰³. Bu fıkra kapsamında değerlendirilebilecek olan haller çeşitlidir. Satıcının malı, kendi işyerinden farklı bir yerde bulunan bir depoda muhafaza etmesi ve malın burada alıcı tarafından teslim alınacak olması ya da malın, alıcının işyerine teslim edilecek olması (götürülecek borç) veya bunlar dışında bir üçüncü yerde teslimin kararlaştırılmış olması durumunda hasar dağılımı CISG m. 69/f. 2 uyarınca gerçekleşecektir⁹⁰⁴. Teslim borcunun muaccel olup olmadığı sözleşmeye, sözleşmede bir hüküm bulunmaması durumunda ise Viyana Satım Antlaşması’nın 33’üncü maddesine göre

⁹⁰¹ CISG m. 27: “Antlaşmanın bu kısmında açıkça aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu kısma uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz.”

⁹⁰² **ENDERLEIN/MASKOW**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>), Article 69, N. 8; **VALIOTI**, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valiotti1.html>, N. 4. A. v; **NICHOLAS**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb69.html>), N. 2. 3; **BOLLEE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>); **ROMEIN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>).

⁹⁰³ Bir olayda mahkeme DDP klotunun yer aldığı çığ somon satışı içeren sözleşmeden kaynaklanan ihtilafa ilişkin kararını hasarın CISG m. 69/f. 2 uyarınca geçtiğine dayandırmıştır. Bakınız Almanya OLG Oldenburg, 22 Eylül 1998, CLOUT No. 340, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980922g1.html>.

⁹⁰⁴ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 270; Sözleşmede “ex ship”, “ex quay”, “ex warehouse” gibi terimler bulunabilir (**SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 692, N. 6; **SCHLECHTRIEM/BUTLER**, s. 171, N. 4.3.4-233); Danimarkalı satıcıyla Alman alıcının mobil tahıl kurutma makinesinin satışı ve teslimi konusunda yaptıkları anlaşmanın sonucu olarak kurutma makinesi alıcının makineyi kullanmayı istediği yerden birkaç kilometre uzakta Almanya, Wiesenburg’ta teslim edilmektedir. Bu olayda mahkeme hasarın geçişini CISG m. 69 hükümünün ilk fıkrasına mı ikinci fıkrasına mı dayandırdığını açıklamamışsa da CISG m. 69/f. 1 hükmünün sadece satıcının işyerinde teslim durumunda uygulanması zorunluluğu karşısında CISG m. 69/f. 2 hükmü uyarınca hasarın geçtiğini kabul etmek uygun düşmektedir. Danimarka, Randers Byret, 08.07.2004, CLOUT No. 995, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040708d1.html>.

tespit edilecektir⁹⁰⁵. Buna göre satıcı, akdettikleri sözleşmede kararlaştırdıkları tarihte ya da ticari örf ve adet kurallarına ya da teamüle göre belirlenecek zaman diliminde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmalıdır. Eğer sözleşmede böyle bir hüküm yoksa satıcı sözleşmenin yapılmasından makul bir süre sonra depo, üretim yeri ya da varış yerinde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmalıdır⁹⁰⁶.

Hasarın geçmesinin ön koşulu, borcun muaccel olması ve satıcının ilgili yerde malı hazır bulundurduğu konusunda alıcının haberdar olmasıdır⁹⁰⁷; ancak alıcının nasıl haberdar olduğunun önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla satıcının kendisini haberdar etmesi kadar üçüncü kişilerden edinilmiş olan bilgi de yeterli olacaktır. Alıcının gerçekten haberdar olmuş olması aranmaktadır, alıcının ağır ihmali yüzünden haberdar olamamış olması hasarın geçişi için yeterli değildir⁹⁰⁸. BOLLEE'ye göre, taraflar malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulacağı zaman konusunda anlaşmışlarsa, satıcının alıcıya ihbarda bulunması gerekmez ve böyle bir durumda satıcının sözleşmeye uymadığını düşünmek için hiçbir neden yoktur. Tarafların böyle bir anlaşması yoksa satıcı malları alıcının emrine amade kıldığını alıcıya bildirmek zorundadır. Yazar, alıcının farkında olması arandığından, alıcı tarafından alınmadığı sürece bildirim etkili olmadığını açık olduğunu belirtmiştir⁹⁰⁹.

Alıcının, malların ilgili yerde tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğuna ilişkin ispat yükü satıcıya aittir, aynı şekilde hasarın geçtiğine ilişkin her türlü vakianın ispatlanması da satıcıya düşmektedir. Bu düzenleme en çok, satıcının malları üçüncü bir kişi tarafından işletilen bir ambardan teslim almasının gerektiği hallerde uygulanır; ancak alıcının işyerine teslimine de aynı şekilde uygulanır. Bu hükmün dikkat çeken yönü CISG m. 69/f. 1 düzenlemesinin aksine, alıcının sözleşmeyi ihlal etmeden de hasarı taşıyabilmesinde görülür. CISG m. 69/f. 2 hükmü alıcıya hasarı taşımaya başlamadan önce kendi işlerini düzenlemek için bir süre tanımadığı gibi, satıcıya alıcıya sigorta yaptırabilmesi için gerekli bilgileri vermesi yükümlülüğünü getiren CISG m. 32/f. 3'e benzer bir düzenleme de

⁹⁰⁵ **ŞAMLI**, s. 341; Bir olayda CISG m. 33/f. 1 (a) bendine uygun olarak teslim borcunun yerine getirilmemiş olması ve alıcının tasarrufuna hazır bulundurma şartının yerine getirilmemiş olması nedeniyle mahkeme CISG m. 69/f. 2'nin şartlarının yerine gelmediğini belirtmiştir. Almanya OLG Hamm (Appellate Court Hamm), CLOUT No. 338, 23.06.1998, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/980623g1.html>.

⁹⁰⁶ **ROMEIN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>).

⁹⁰⁷ **BRIDGE**, s. 212.

⁹⁰⁸ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 270.

⁹⁰⁹ **BOLLEE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>); Ayrıca bakınız dpn. 902'deki yazarlar.

getirmemiştir. Doktrinde, bu durumu, Antlaşmada bir boşluk olarak değerlendirmek ve CISG m. 7/f. 2 uyarınca boşluğu doldurmak gerektiği ifade edilmiştir. Böylelikle malların üçüncü bir kişinin işyerinden teslim alınacağı durumlarda, satıcının alıcıya zamanında yapacağı bir ihbar ile malların sigortalanabilmesi için gerekli bilgileri vermesi gerektiği yönünde bir kuralın kabul edilebileceği belirtilmiştir⁹¹⁰.

Eğer mal bir üçüncü kişinin elinde bulunuyorsa, mesela bir antrepoda muhafaza ediliyorsa, alıcının tasarrufuna hazır bulundurma için, satıcının, alıcının malı buradan sorunsuz teslim alabilmesi için üstüne düşen her şeyi yapmış olması gerekmektedir. Satıcı ya malları bir saklama (vedia) sözleşmesi uyarınca bulunduran kişiye karşı var olan hakkını alıcıya devretmeli ve bu devir hakkında saklayanı (müstevdiyi) haberdar etmeli veya mesela TTK m. 834'te düzenlenmiş olan makbuz senedi türü bir senet mevcut ise bunu alıcıya ciro yoluyla devretmelidir⁹¹¹.

bb. Sözleşmenin Ayırdedilmemiş Mallara İlişkin Olması (Viyana Satım Antlaşması m. 69/III)

Viyana Satım Antlaşması'nın 69'uncu maddesinin 3'üncü fıkrası, sözleşmenin henüz ayırt edilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğunun kabul edildiğini belirtmiştir. Burada Viyana Satım Antlaşması'nın 67'nci maddesinin 2'nci fıkrasına paralel bir düzenleme getirilmiştir ve bu sebeple tahsisin nasıl olacağı CISG m. 67/f. 2'deki bilgilerin ışığı altında okunmalıdır⁹¹².

CISG m. 69/f. 1 anlamında alıcının malı kabulde temerrüde düşmesi durumunda hasarın alıcıya geçmesi için satıcının malı alıcının tasarrufuna hazır bulundurması, yani teslim alabilmesi için gerekli olan her şeyi yapmış olması gerekmektedir ve sözleşmenin belirlenmemiş mallara ilişkin olduğu durumda ancak böyle bir tahsis gerçekleştiğinde mallar alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmuş kabul edilecektir. Dolayısıyla her ne kadar tahsisin nasıl olacağı sorusuna CISG m. 67/f. 2'deki bilgilerin ışığı altında cevap bulmak mümkün

⁹¹⁰ BRIDGE, s. 215.

⁹¹¹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 160, s. 271.

⁹¹² NICHOLAS, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb69.html>), N. 2. 5; BERNSTEIN/LOOKOFSKY, s. 112, N. 5.5.

olsa da CISG m. 69/f. 3'teki malların sözleşmeye tahsis edilmesi koşulu ile CISG m. 67/f. 2'deki malların sözleşmeye tahsis edilmesi koşulu arasındaki farkı dikkate almak gerekmektedir. Nitekim CISG m. 69/f. 3 anlamında sözleşmeye tahsis, malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurması anının ve dolayısıyla alıcının temerrüdünün gerçekleştiği anı tespit etmek açısından önem taşımaktadır.

cc. Satış Sözleşmesi Malların Taşınmasını Gerektiriyorsa Hasarın Geçişi (Vienna Satım Antlaşması m. 67)

Vienna Satım Antlaşması'nın 67'nci maddesi, satış sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa yani mesafe satışında hasarın alıcıya geçişini düzenlemektedir. İlgili düzenleme şu şekildedir: *“Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar, malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçer. Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez. Satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile, bu, hasarın intikaline etki etmez./Ancak mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez.”*

Bununla beraber Vienna Satım Antlaşması'nın 67'nci maddesinin pratik önemi sınırlıdır; çünkü uluslararası ticarete taraflar genellikle CIF, FOB gibi terimleri kullanmaktadırlar ve bu kurallar CISG m. 6 ve m. 9 gereğince CISG kurallarına göre önceliğe sahip olmaktadır⁹¹³. Ancak ticari şartlar içeren sözleşmelerde CISG kurallarının uygulandığı kararlara rastlamak mümkündür. Bunun örneğini Arjantinli bir alıcıyla Alman satıcının (C&F klotu içerecek şekilde) kuru mantar satışına ilişkin akdettikleri sözleşmenin gereği olarak malların Buenos Aires'e nakledilmesi esnasında hasara uğradıkları olayda görmek mümkündür. Alıcı malların sözleşmeye aykırı olduğu iddiasıyla satıcıya dava açmıştır.

⁹¹³ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 681, N. 1; ÇAKIRCA, Passing Of Risk, s. 97; Bir olayda mahkeme tarafların herhangi bir ticari terim kullanmamış olmalarına rağmen satıcının malların alıcı tarafından gösterilen hedefe taşınması için bedeli ödemesi ve taşıyıcı ile malların taşınması konusunda bir sözleşme yapması gibi şartların gerçekleşmiş olması nedeniyle m. 67'e dayanabilecekken CIF ve CIP terimlerinin şartlarının gerçekleştiği sonucuna varmıştır: Rusya, Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, Arbitration, 30.12.1998, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981230r1.html>.

Mahkeme CISG m. 67 uyarınca malların satış sözleşmesi doğrultusunda alıcıya ulaştırılması amacıyla ilk taşıyıcıya verilmesiyle riskin alıcıya geçeceğine hükmetmiştir. Ayrıca mahkeme C&F klozu bağlamında satıcının taşıyıcıya malları vermekle ve navlunu ödemekle yükümlü olduğuna karar vermiştir. Ancak C&F klozunun riskin geçişini etkilemeyeceğini belirtmiştir. Sonuç olarak mahkeme CISG m. 66 uyarınca ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmadıkça hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesinin alıcıyı bedeli ödeme yükümlülüğünden kurtarmadığını belirterek davayı reddetmiştir⁹¹⁴. Mahkemenin C&F klozunun riskin geçişini etkilemeyeceği yolundaki kararına katılmak mümkün değildir. Taraflar akdettikleri sözleşmeye bu şartları koymakla hem teslimatın ne şekilde yapılacağını hem de maliyetlerin ve hasar riskinin ne şekilde paylaşılacağını belirlemiş olmaktadır. Viyana Satım Antlaşması'nın hasarın geçişine ilişkin hükümlerinin tarafların aksine bir düzenleme yapmamış olmaları durumunda uygulama alanı bulacağı düşünüldüğünde mahkemenin C&F klozunun riskin geçişine etkisinin ne olduğu üzerinde durmamasının yanlışlığı daha iyi anlaşılacaktır.

CISG m. 67'de hasarın geçişi hem mülkiyetin geçişi hem taşıma işini kimin organize ettiği ve ücretini kimin ödediği ya da taşıma sırasında malı sigorta ettirenin kim olduğu sorunlarından bağımsız olarak ele alınmıştır⁹¹⁵. Viyana Satım Antlaşması'nın 67'nci maddesinin 1'inci fıkrasının son cümlesi satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile bunun hasarın geçişine etki etmeyeceğini belirtmektedir. Viyana Satım Antlaşması'nın bu yöndeki düzenlemesi hasarın geçişi meselesinin mülkiyetin geçişinden tamamen bağımsız olduğunu ortaya koymuştur⁹¹⁶.

⁹¹⁴ Arjantin Camara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, 31.10.1995, CLOUT No. 191, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/951031a1.html>.

⁹¹⁵ **ŞAMLI**, s. 325; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 225; Hatta taşınan ve satılan malların sigorta korumasına sahip olup olmadığının da bir önemi bulunmamaktadır. Konu ile ilgili olarak "steel profiles case" davasında verilen karar şöyledir: İtalyan satıcı ve İspanyol alıcı arasındaki yürürlükteki Incoterms'e uygun olarak yapılan anlaşmaya göre, sözleşme konusunu oluşturan malların varış yerine geldikleri zaman ayıplı oldukları görülmüştür. Mallar İtalyan limanında gemiye yüklendiğinde geminin kaptanı malların hasarsız yüklendiğine yani mükemmel durumda olduğuna ilişkin sözlerin yer aldığı belgeyi imzalamıştır. Mahkeme malların taşınması ve teslimiyle ilgili alıcı ve satıcı arasında yapılan sözleşmenin türünden ötürü satıcının sorumluluğunun CISG m. 31 ve 67 uyarınca mallar yüklendiği geminin bordasına alındığında yani taşıyıcıya verildiğinde son bulunduğunu belirtmiştir. Bu andan itibaren de satılan mallar ile ilgili risklerin, sigortalanmış olup olmadığına bakılmaksızın alıcıya geçtiği de ifade edilmiştir: İspanya, Appellate Court Cordoba, (Steel profiles case), CLOUT No. 247, 31.10.1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971031s4.html>.

⁹¹⁶ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 265-266; **ATAMER**, Hasarın İntikali, s. 157; **ÇAKIRCA**, Passing Of Risk, s. 99; Bu husus mahkeme kararlarında da belirtilmiştir: Amerika

Viyana Satım Antlaşması'nın 67'nci maddesinin ilk fıkrası iki durumu birbirinden ayırarak incelemiştir. CISG m. 67/f. 1 ilk olarak satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermeye mecbur olmaması durumunda hasarın geçişini, ikinci olarak satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerektiği durumda hasarın geçişini ele almaktadır.

Viyana Satım Antlaşması m. 67/f. 2 uyarınca çeşidiyle belirli satılanın ayırt edilmek yoluyla bireyselleştirilmesi ve böylece satılanın sözleşmeye tahsis edilmesi gerekmektedir.

aaa. Mesafe Satışı Kavramı

Mesafe satışı tarafların, satılanın, kanuni ifa yerinden başka bir yere gönderilmesini kararlaştırdıkları bir satışır⁹¹⁷. Yani satış konusu mal taşıyıcı ya da taşıma işleri komisyoncusu aracılığı ile başka bir yerdeki alıcıya gönderilecekse “mesafe satışı” vardır⁹¹⁸. Mesafe satışı gönderme borcu ya da götürme borcu doğurmasına göre adi mesafe satışı ve nitelikli mesafe satışı şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁹¹⁹. Sözleşmenin ifasını gerçekleştirmek için satılanın, ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi yoluyla yapılan mesafe satışlarına adi mesafe satışı veya gönderme suretiyle satış adı verilmektedir. Sözleşme konusunun (satılanın) ifası amacıyla, sözleşmenin ifa edileceği yere götürülmesinin gerektiği mesafe satışları ise nitelikli mesafe satışı veya mevsuf gönderme suretiyle satış şeklinde ifade edilmektedir. Adi mesafe satışından farklı olarak nitelikli mesafe satışında gönderme borcunun yerini bir götürme borcu almaktadır. Diğer bir ifadeyle, adi mesafe satışında, gönderme ifa yerinden başka bir yere yapılmaktadır; buna karşılık nitelikli mesafe satışında satılan ifa yerine götürülmektedir⁹²⁰. Ancak doktrinde “mesafe satışı” ile “mesafeli satış” kavramlarının sıklıkla birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir⁹²¹.

Birleşik Devletleri, Federal District Court, 26.03.2002, CLOUT No. 447, <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/020326u1.html>.

⁹¹⁷ ARAL, Borçlar Hukuku, s. 82; ACAR, Hasar Riski, s. 54.

⁹¹⁸ DOĞANAY, s. 306.

⁹¹⁹ Kalpsüz, mesafe satışını, satılanın ifa yerine ya da ifa yerinden başka bir yere gönderilmekte olup olmamasına ve nakliyatın teslim borcunun ifası amacıyla icra edilip edilmemesine göre ayrıma tabi tutmuştur. Satılanın ifa yerine ya da başka bir yere sevk edilip edilmemesine göre mesafe satışını, gönderme suretiyle satış ve mevsuf gönderme suretiyle satış olarak ikiye ayırmıştır [KALPSÜZ, Turgut, Denizaşırı Satışlar (Giriş-Boşaltmada Satışlar), Ankara 1967, s. 29].

⁹²⁰ YILDIRIM, GÜHFD, s. 131; YILDIRIM, Abdulkerim, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2009, s. 98.

⁹²¹ ACAR, Hasar Riski, s. 87, 54; Aynı yönde ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 224; “Mesafe satışı” kavramı için, “mesafeli satış” ifadesi de kullanılmış olsa da, kavram kargaşasına sebebiyet vermemesi düşüncesiyle, bugün

Mesafeli sözleşme kavramının tanımı, yasayla düzenlenmiş tipik borçlar hukuku sözleşmelerinden içeriğinin belirlenmesi bakımından ve zorunlu unsurlara⁹²² göre yapılan tanımlamalar bakımından farklıdır; çünkü mesafeli sözleşmenin tanımında, sözleşmenin meydana gelme şekli ve kurulma tekniği önemli bir olgu niteliğindedir⁹²³. Günümüzde tüketiciye sadece geleneksel araçlar ya da yollarla (mesela, satış temsilcileri eliyle ya da mektup, telgraf, teleks, telefaks, telefon gibi bir uzaktan iletişim aracıyla) ulaşılmamaktadır⁹²⁴. Zaten mesafeli sözleşmelerde asıl olan tüketici ile satıcı ya da hizmeti sunanların karşı karşıya gelmemesi ve sözleşmenin iletişim araçları kullanılması yoluyla akdedilmesidir⁹²⁵. İşletmeler tarafından internetli bilgisayarlar ya da dijital televizyonlar aracılığıyla doğrudan elektronik ticaret yoluna başvurulmaktadır ve bu şekilde elektronik ortamda ileti ve karşı ileti yollama şeklinde işleyen elektronik süreçte tarafların yüz yüze görüşme ve pazarlık yapma şansı ve olanağının olmaması sonucunda kurulacak olan elektronik sözleşmenin içeriğini oluşturan koşullar karşı tarafça daha önceden tek taraflı olarak hazırlanıp sonra da kabul edilmesi üzere diğer tarafa sunulan genel işlem koşullarınca belirlenmektedir⁹²⁶. Bu şekilde mesafeli iletişim (uzaktan pazarlama) araçlarından yararlanılarak yapılan sözleşmelerin kurulması aşamasında, tüketicilerle satıcı/sağlayıcının fiziksel olarak karşı karşıya gelmemesi, tüketicilerin sözleşme konusu mal veya hizmet hakkında yeterli bilgi sahibi olamamaları ve nihayetinde sözleşmeye taraf olma yönündeki iradelerinin sağlıklı bir şekilde oluşmaması gibi birtakım tehlikeleri beraberinde getirmektedir. Bu durum, satıcı/sağlayıcı karşısında daha güçsüz bir konumda bulunan tüketicilerin hukuksal açıdan korunması ihtiyacını doğurmuştur⁹²⁷. Mesafeli sözleşme kavramı, dar ve teknik anlamı itibariyle tüketicinin korunması hukukuna özgü kılınmıştır ve

için bu kullanımın artık mümkün olmadığı düşüncesine katılmaktayız; çünkü mesafeli satış, teknik anlamda mesafe satışından unsurları ve sonuçları itibariyle farklı bir şekilde, mesafeli sözleşmelerin bir çeşidi olarak pozitif hukukumuzda yer bulmuştur (**YILDIRIM**, GÜHFD, s. 130).

⁹²² Mesafeli sözleşmelerin unsurları hakkında bakınız **GEZDER**, Ümit, Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler, İstanbul 2006, s. 28 vd; **DEMİR**, Mehmet, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004, s. 19 vd; **YILDIRIM**, Tüketicinin Korunması, s. 77 vd.

⁹²³ **DEMİR**, İnternet Üzerinden, s. 15-16.

⁹²⁴ **DEMİR**, Mehmet, “Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı”, GÜHFD 2003, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 67.

⁹²⁵ **BOZBEL**, Savaş, “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler”, AÜEHFD 2003, Cilt 7, Sayı 3-4, s. 785.

⁹²⁶ **DEMİR**, GÜHFD, s. 68.

⁹²⁷ **YILDIRIM**, GÜHFD, s. 136; Tüketicileri korumak amacıyla Avrupa Birliği tarafından da hukuki düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Mesela 20 Mayıs 1997 tarih ve 97/7/EC no’lu Mesafeli Sürüm Yoluyla Yapılan Akitlerde Tüketicinin Korunması Yönergesi (“Mesafe Satışları Yönergesi”), hazır olmayanlar arasında ve internet yoluyla mal ve hizmet alım-satımı esnasında tüketicilere, yeterli korunmanın sağlanmasına yönelik yasal çerçeveyi belirlemektedir. İlgili yönerge hakkında bakınız **COX**, Öztuna Buket, Avrupa Birliği Hukukunda Elektronik Ticaret ve Türkiye’deki Gelişmeler, İstanbul 2002, s. 39 vd.

mesafeli sözleşmeler hakkındaki hükümler sadece tüketici ile satıcı/sağlayıcı arasında yapılan sözleşmeler bakımından uygulanabilmektedir⁹²⁸.

Bu anlatılanlardan hareket ederek mesafeli işlemler veya mesafeli sözleşmeleri, doğrudan ticaret çerçevesinde gerçekleştirilen özel bir uzaktan pazarlama tekniği olarak uzaktan iletişim araçları ya da teknikleri ile kurulmasından dolayı tüketici işlemleri hukukunda bir grup tüketici işlemi türü olarak görmek mümkündür. Yine aynı anlamda olmak üzere, özel bir tüketici sözleşmesi olarak adlandırılabilir olan mesafeli sözleşmeler kavramı, üst kavram olan mesafeli işlemlerin bir alt grubunu ifade etmektedir. Bu kavram, mesafeli satış sözleşmelerini de içerecek şekilde, bu yolla yapılan bir kısım tüketici işlemlerini kapsamaktadır. Buna karşılık özel bir tüketici sözleşmesi türü olan mesafeli satışların satış hukukundaki mesafe satışlarından da ayrı düşünülmesi gerektiği doktrin tarafından da ifade edilmektedir⁹²⁹. Pozitif hukuk bakımından mesafe satışı, sözleşmenin ifası amacı ile satılan malın naklinin söz konusu olduğu satışı ifade eder. Mesafeli tüketici sözleşmelerinin bir türü olarak mesafeli satış ise, tüketici ile satıcı arasında kurulan ve satıcının mesafeli sürüme özgü olarak organize ettiği satış ağı çerçevesinde, bir mal edimi ile ilgili olarak, sözleşmenin kurulması anına kadar olan süreç de dâhil olmak üzere münhasıran bir veya birden çok mesafeli iletişim aracının yardımıyla kurulan bir satış sözleşmesidir⁹³⁰. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere mesafe satışı, satış sözleşmesinin ifası aşamasında⁹³¹ ortaya çıkan bir olguyu belirtmek amacıyla kullanılan bir kavramdır; hâlbuki mesafeli sözleşmeler, sözleşmenin kurulma tarzı ile ilgili bir kavram olarak kendini göstermektedir⁹³². Mesafeli sözleşme kavramının karakteristik unsurlarından biri, sözleşmenin yapılışında yani hem sözleşme görüşmelerinde hem de sözleşmenin akdinde bir veya birden fazla mesafeli iletişim aracının kullanılmasıdır⁹³³. Oysa daha önce de belirttiğimiz üzere mesafe satışı bakımından sözleşmenin kuruluş tarzının herhangi bir önemi yoktur. Fiziksel olarak karşı karşıya bulunan taraflar arasında yapılmış bir satış sözleşmesinde bile, borcun ifası için satılanın gönderilmesi

⁹²⁸ **YILDIRIM**, Tüketicinin Korunması, s. 99.

⁹²⁹ **DEMİR**, GÜHFD, s. 68.

⁹³⁰ **YILDIRIM**, GÜHFD, s. 127.

⁹³¹ Kalpsüz de mesafe satışlarını karakterize eden unsurun sözleşmenin kurulmasıyla değil, icrası aşamasıyla ilgili olduğunu söylemiştir (**KALPSÜZ**, s. 28, dnp. 61).

⁹³² **YILDIRIM**, Tüketicinin Korunması, s. 98; Mesafe satışı ile mesafeli satış kavramlarının birbirinin yerine kullanılmasından doğan aksi yönde bir görüş, mesafeli satışların sözleşmenin kurulması aşamasıyla değil, icrası aşaması ile ilgili bir ayrım olduğunu savunmuştur (**SAGLAM**, İpek, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007, s. 85).

⁹³³ **GEZDER**, Mesafeli Sözleşmeler, s. 32.

ya da götürülmesi söz konusu ise mesafe satışının varlığından söz edilebilecektir; ancak bu durumda mesafeli sözleşmeden bahsetme olanağı yoktur. Buna karşılık mesafeli sözleşmelere özgü yöntemle kurulan bir satış sözleşmesinin aynı zamanda mesafe satışı niteliğinde olması da mümkündür⁹³⁴. Son olarak mesafe satışı sadece satış sözleşmeleri bakımından söz konusu olabildiği halde mesafeli sözleşmeler açısından böyle bir sınırlama yoktur⁹³⁵. Gerçekten de mesafeli sözleşmeler, fiziksel olarak karşı karşıya gelmeyen taraflar arasında münhasıran bir veya birden çok uzaktan iletişim aracı yardımıyla sözleşmesel görüşme ve/veya kurulma tekniğinin mesafeli sürüme özgü biçimde sürekli ve düzenli olarak işletildiği organize bir satış ya da sağlama sistemi çerçevesinde bir mal tesliminin ya da hizmet ifasının amaçlandığı herhangi bir tüketici sözleşmesi şeklinde görülebilmektedir⁹³⁶. Dolayısıyla mesafe satışı ile mesafeli satış kavramlarını yerli yerinde kullanma zorunluluğu vardır. CISG m. 67/f. 1’de gönderme borcu doğuran satış sözleşmelerinde hasarın geçişi ve CISG m. 69/f. 2’de götürülecek borç doğuran satış sözleşmesinde hasarın geçişi⁹³⁷ ele alındığından bu maddeler bakımından mesafeli satış değil, bir mesafe satışı söz konusudur. Ayrıca Viyana Satım Antlaşması’nın 2’nci maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendi ile kişisel veya ailevi ihtiyaç veya ev ihtiyacı için satın alınan mallara ilişkin yapılan satışlar kapsam dışında bırakılmıştır, yani bu bent ile kapsam dışı bırakılan tüketici satışlarıdır. Mesafeli sözleşme kavramının yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde tüketicinin korunması hukukuna özgü kılındığı dikkate alındığında, Viyana Satım Antlaşması m. 67/f. 1 ve m. 69/f. 2 bakımından mesafeli sözleşme kavramını kullanmanın imkânsızlığı ortaya çıkacaktır.

Mesafe satışı kavramına açıklık getirildikten ve mesafe satışı, gönderme ve götürme borcu doğurması bakımından ikili bir ayrıma tabi tutulduktan sonra CISG m. 31 düzenlemesi ele alınmalıdır; çünkü CISG sisteminde hasarın geçişine ilişkin düzenlemelerle teslim borcuna ilişkin CISG m. 31 arasında bir paralellik mevcuttur. Mesela gönderme borçlarında ifa yeri m. 31/f. 1 (a) bendi uyarınca tespit edilecektir; bu sebeple mesafe satışını incelediğimiz bu bölümde CISG m. 31 düzenlemesini ele alma zorunluluğu doğmaktadır. Taraflar sözleşme ile başka bir yeri ifa yeri olarak kararlaştırmamışlarsa ifa yeri Viyana Satım Antlaşması’nın 31’inci maddesine göre belirlenmektedir. Viyana Satım Antlaşması’nın 31’inci maddesinin

⁹³⁴ **YILDIRIM**, Tüketicinin Korunması, s. 98.

⁹³⁵ **YILDIRIM**, Tüketicinin Korunması, s. 99.

⁹³⁶ **DEMİR**, İnternet Üzerinden, s. 19.

⁹³⁷ Bu yöndeki ifade için bakınız **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 265, 269.

1'inci fıkrasının (a) bendine göre, satıcı malları belirli başka bir yerde teslim etmek zorunda değilse teslim borcu, satış sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vermek şeklindedir. Satıcı alıcıya iletmesi için ilk taşıyıcıya malları teslim ederek sözleşmeyle ilgili yükümlülüğünü yerine getirmiş olur⁹³⁸. Bu sebeple malların taşıyıcıya teslim edildiği yer ifa yeri olarak kabul edilmektedir⁹³⁹. Buna karşılık bir götürme borcu düzenlenmek isteniyorsa, yani teslim yeri varma yeri olarak düzenlenmek isteniyorsa doğrudan bu hususun sözleşmeden anlaşılabilir olması gerekmektedir; aksi durumda bir gönderme borcu vardır ve malın alıcıya nakledilmesi maksadıyla ilk taşıyıcıya teslimiyle birlikte teslim yükümlülüğü de ifa edilmiş olacaktır⁹⁴⁰. Götürülecek borcu konu alan özel bir düzenleme 31'inci maddede yoktur⁹⁴¹. Götürme borcunda, CISG m. 31/f. 1 (a) bendinden yani gönderme borcundan farklı olarak satıcı bilfiil malın naklini sözleşmeyle üstlenmiştir⁹⁴². Bu durumda satıcı, satılanın alıcıya götürülmesi yükümlülüğünü yan edim yükümlülüğü olarak üzerine almaktadır⁹⁴³. Yan edim yükümlülükleri, arızı nitelikteki ve sözleşmenin tipini belirleyici nitelikte olmayan ancak, asli edime bağlı, ikinci derecede bir nitelik ve amaç taşıyan edimlerdir. Yan edimler, asli edime oranla ikinci derecede bir nitelik taşıyabilirler, asli edimden bağımsız bir amaç ve içeriğe sahip oldukları için, borçlu yönünden bir borcu, alacaklı açısından da bir hakkı ifade ederler. Bu sebeple alacaklı, yan edim yükümlülüklerini gerektiğinde asli edim yükümlülüğünden bağımsız olarak talep edip bunun ifasını dava edebilir⁹⁴⁴. Yan edim yükümlülükleri, kanun hükmünden doğabileceği gibi, sözleşme taraflarınca serbestçe kararlaştırılabilirler⁹⁴⁵. Türk Borçlar Kanunu bazı yan edim yükümlülüklerini hükme bağlamıştır. Mesela Borçlar Kanunu'nun satış sözleşmesinde "devir ve taşıma giderleri" başlığını taşıyan 211'inci maddesine göre, aksine sözleşme ya da adet yoksa ölçme ve tartma gibi devir giderleri satıcıya, satılanı devralmak üzere yapılan giderler ise alıcıya aittir. Buradaki devir giderleri, bizzat kanunun alıcı ve satıcıya yüklemiş olduğu yan edim yükümlülüğüdür. Bununla beraber taraflar, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne dayanarak hukuk düzeninin sınırları içinde yapmak istedikleri sözleşmeye,

⁹³⁸ HONNOLD, s. 288, N. 208.

⁹³⁹ KARACAN, s. 249.

⁹⁴⁰ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 143.

⁹⁴¹ ACAR, Hasar Riski, s. 87; KARACAN, s. 248.

⁹⁴² ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 150.

⁹⁴³ EREN, s. 36.

⁹⁴⁴ EREN, s. 33; GÜMÜŞ, Vekilin Özen Borcu, s. 117; BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 113.

⁹⁴⁵ BUZ, Sözleşmeden Dönme, s. 113, dpn. 204; GÜMÜŞ, Vekilin Özen Borcu, s. 117.

diledikleri yan edim yükümlülüklerini koyabilirler. Mesela, bir kira sözleşmesinde kiralananın kullanılmasının bırakılması karşılığında kiracının kış aylarında gerekli kömürü sağlamasını, yaz aylarında ise bahçeye bakmasını kiracı yönünden yan edim yükümlülüğü olarak kararlaştırabilirler. Benzer şekilde satılanın başka yerden gönderilmesi durumunda satıcı, sözleşme ile taşıma giderlerini bir yan edim yükümlülüğü olarak üstlenebilir ya da satıcı bizzat satılanı alıcıya götürülmesi yükümlülüğünü yan edim yükümlülüğü olarak üzerine alabilir⁹⁴⁶. CISG m. 67, satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirdiği durumda uygulama alanı bulacağı için aşağıda öncelikle “malların taşınmasının gerekmesi” hususu açıklanmaya çalışılacaktır.

bbb. Malların Taşınmasının Gerekmesi

CISG m. 67 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için satış sözleşmesi malların taşınmasını gerektirmelidir. CISG, uluslararası sözleşmelerin genellikle taşımayı içereceğini düşünerek satıcının gönderme borcunu öncelikli olarak düzenlemiştir; ancak alıcı tarafından malların aranmasını ikinci sırada ele almıştır⁹⁴⁷. Sözleşmenin malın taşınmasını gerektirip gerektirmediğine CISG m. 31/f. 1 (a) bendine göre karar verilecektir ve bu hususun tespit edilmesinde taşıma masraflarının kimin tarafından üstlenildiğinin bir önemi bulunmamaktadır⁹⁴⁸.

CISG m. 67’de geçen “satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa” cümlesi satış sonucu malların bir yerden diğer bir yere taşınması gereken her durumu kapsar şekilde anlaşılmalıdır; çünkü tarafların ikisi aynı şehirde bulunuyor olsa da malların taşınması gerekecektir⁹⁴⁹. “Taşıma” ve onunla bağlantılı olarak “taşıyıcı” kelimeleri malların hareketini tarafların tamamen kendi ulaşım imkânlarıyla sağladıkları durumları dışlamaktadır. Malların taşınmasını üstlenen üçüncü bir kişinin varlığına ihtiyaç vardır. Ayrıca sözleşmenin bir hükmü, açık ya da örtülü olarak, taşımanın organize edilmesini gerektirmeli veya yetkilendirmelidir⁹⁵⁰. Ayrıca taraflar arasındaki uygulamaların ya da aradaki mesafe gibi

⁹⁴⁶ EREN, s. 36.

⁹⁴⁷ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HUBER/WIDMER), s. 346, N. 17.

⁹⁴⁸ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 153, dpn. 105; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 225.

⁹⁴⁹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 153.

⁹⁵⁰ NICHOLAS, Barry, “Article 67”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb67.html>), N. 2.2.

nedenlerle uluslararası ticarete geçerli teamüllerin taşıyıcıyı zorunlu kılması gerekmektedir⁹⁵¹.

Honnold her satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirdiğini belirtmiştir⁹⁵². Dolayısıyla doktrinde taşınmanın alıcı tarafından yürütüldüğü ya da organize edildiği hallerin satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirdiği haller olarak kabul edilmediği görülmektedir⁹⁵³. Diğer bir ifadeyle satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirdiği durumları taşınmanın, satıcının inisiyatifi ile gerçekleştirildiği haller olarak görmek gerektiği ifade edilmiştir. Mesela malın satıcının işyerinin bulunduğu yerden taşınmasının gerektiği ve bütün taşıma sözleşmelerini alıcının akdettiği ya da malın, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada bulunduğu veya üretileceği yerden naklinin gerekli olduğu ve bu nakli tamamıyla alıcının organize ettiği hallerde gönderme borcunun varlığı kabul edilemez⁹⁵⁴.

CISG m. 31/f. 1 (a) bendi bağlamında taşıma ile kast edilen malların “alıcıya ulaştırılmaları” için gönderilmesidir. Bu sebeple üreticinin malları satıcıya ulaştırmak amacıyla bir taşıyıcıya teslim etmesi CISG m. 31 anlamında taşıma sayılmayacaktır. Nitekim teslim borcunun ifa edilmiş sayılabilmesi için satıcının malı eline geçirmesi yeterli değildir, ayrıca bu malı kendi alıcısının eline geçmesi için göndermesi de gerekmektedir⁹⁵⁵.

CISG m. 67/f. 1 düzenlemesi uyarınca satış sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa hasar malların ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçmektedir. CISG m. 67 hükmünde bahsedilen ilk taşıyıcı ile kimin kastedildiği Viyana Satım Antlaşması'nın 31'inci maddesinin ilk fıkrasının (a) bendi uyarınca tespit edilmektedir. CISG m. 31/f. 1 (a) bendi satıcının teslim borcunun kapsamını, satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirmesi durumunda, malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vermek olarak belirlemiştir. Bu sebeple ilk taşıyıcının belirlenmesi açısından teslim borcuna ilişkin CISG m. 31 hükmü önem taşımaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak “ilk taşıyıcı” kuralı açıklanmaya çalışılacaktır.

⁹⁵¹ **KARACAN**, Hatice, “Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu’nda (CISG) Satıcı Açısından İfa Yeri ve Zamanı (Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak)”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 249; **HONNOLD**, s. 288, N. 208.

⁹⁵² **HONNOLD**, s. 287, N. 208.

⁹⁵³ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HUBER/WIDMER)**, s. 345-346, N. 15.

⁹⁵⁴ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 153-154.

⁹⁵⁵ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HUBER/WIDMER)**, s. 345, N. 14.

ccc. İlk Taşıyıcı Kuralı

Viyana Satım Antlaşması'nın 67'nci maddesinin ilk fıkrası satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirmesi halinde ve satıcının malları belirli bir yerde vermeye mecbur olmaması durumunda hasarın, malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satış sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi⁹⁵⁶ ile alıcıya geçeceğini düzenlemektedir. Bu hükümde geçen "ilk taşıyıcı" ve "belirli yer" ifadeleri ile ne anlatılmak istendiği açıklanmaya muhtaçtır. Bu sebeple önce "ilk taşıyıcı" kavramını, sonrasında ise "belirli yer" kuralını ele alacağız. CISG m. 67 düzenlemesi kimin taşıyan olduğunu açıklamamıştır. Türk Ticaret Kanunu ise taşıyıcıyı 850'nci maddesinin ilk fıkrasında şu şekilde tanımlamıştır: *"Taşıyıcı, taşıma sözleşmesiyle eşya veya yolcu taşıma işini veya ikisini birlikte üstlenen kişidir. Eşya her türlü yükü de kapsar"*.

Viyana Satım Antlaşması'nın uluslararası satışları düzenlediği dikkate alınarak çeşitli ulusal hukuklarda yer alan taşıyıcı tanımları yerine, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından FCA teriminde verilen tanım dikkate alınabilir. Buna göre, "Taşıyıcı", bir taşıma sözleşmesi çerçevesinde malların demiryolu, karayolu, denizyolu, havayolu, nehir ya da bunların

⁹⁵⁶ CISG m. 67/f. 1 uyarınca hasarın geçtiği birçok olayda zikredilmiştir. Malların sözleşmeye uygun olup olmadığının tespiti bakımından da hasarın hangi anda geçtiği önem taşımaktadır. Bir olayda satıcı Colorado şirketi ile Kanada yasalarına göre kurulmuş bir ortaklık olan alıcı belirli bir miktar domuz etinin satışı konusunda sözleşme ilişkisi içine girmiştir. Alıcının son müşterisi eti kullanacağı zaman etlerin elverişsiz koşullarda olduğunu fark etmiştir. Sonuç olarak, alıcı Amerika Birleşik Devletleri Tarım Bakanlığında malların incelenmesini istemiştir. Muayene sonucunda etlerin bazılarının bozulmuş, bazılarının iyi durumda olduğu anlaşılmıştır. Ancak etlerin bazısının iyi durumda olduğu tespit edilmiş olmasına rağmen tüm et sevkiyatına el konulmuştur. Satıcı bedelin ödenmesi talebiyle alıcı aleyhine dava açmış ve mahkeme faiziyle tüm sözleşme bedelinin ödenmesine karar vermiştir. Alıcı kararı temyiz etmiştir. Temyiz Mahkemesi, satıcının CISG m. 35 uyarınca miktarı, kalitesi, türü bakımından sözleşmeye uygun şekilde mal teslim etmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Ayrıca mahkeme alıcının riskin geçmesinden sonraki malların kaybı veya hasarından sorumlu olduğunu; yani CISG m. 67/f. 1 uyarınca mallar taşıyıcıya verilmekle hasar riskinin alıcıya geçeceğini ve bu anda, alıcı davalının malların sözleşmeye uygun olmadığını ispat edememesi nedeniyle Bölge Mahkemesinin kararında haklı olduğunu belirtmiştir: ABD, Federal Appellate Court (7th Circuit), 23.05.2005, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1032&step=Abstract>; İtalyan satıcı ile İsviçreli alıcının ikinci el Caterpillar buldozer satışı için sözlü bir sözleşme akdettiği bir olayda bedelin bir kısmını peşin ödeyen alıcının, kalan bedeli ödemeyi reddetmesi ve teslimin geç yapıldığını belirtmesi üzerine mahkeme satış sözleşmesi malların taşınmasını gerektirdiği takdirde alıcıya ulaştırılması amacıyla alıcı tarafından belirtilen taşıyıcıya malların verilmesiyle hasarın alıcıya geçtiğini belirtmiştir. Bu sebeple satıcının teslimdeki herhangi bir gecikmeden sorumlu olmadığını ifade etmiştir: İsviçre, 28.10.1997, Tribunal Cantonal de vaud, (Second hand bulldozer case), <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=311&step=Abstract> ve CLOUT No. 219, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/971028s1.html>.

bazılarının bir arada kullanılmasıyla taşınması işlemini bizzat üzerine alan ya da bunu sağlama taahhüdünde bulunan herhangi bir şahsı ifade eder⁹⁵⁷.

Viyana Satım Antlaşması'nda, taşıyıcının bağımsız olması gereğinden açıkça bahsedilmemişse de doktrinde bu konuda herhangi bir tartışma yoktur⁹⁵⁸. Nitekim HOFFMANN da, Lahey Satım Hukuku ve ayrıca BM Mal Satım Sözleşmesi bakımından hâkim olan görüşün malların satıcının kendi çalışanı (yani yardımcı kişisi) tarafından taşınmasıyla bağımsız bir taşıyıcı tarafından taşınmasının eşdeğer olmadığı yolunda olduğunu ifade etmiştir⁹⁵⁹. Şu halde CISG uyarınca sadece bağımsız bir taşıyıcıya malların verilmesi riskin geçmesine neden olacaktır ve satıcının kendi personeline malları vermesi hasarın geçişini sağlamaya yetmeyecektir⁹⁶⁰. Somut sorun açısından taşıyan kavramı ile kast edilenin bağımsız bir üçüncü kişi olduğuna dair tereddüt bulunmamaktadır ve satıcı malları kendi mülkiyetinde bulunan araçlara yüklediği takdirde malları kimseye teslim etmiş kabul edilemeyecektir. Malların kontrolü halen satıcıdayken hasarın alıcıya geçmesi istenmeyen bir durumdur; çünkü bu sefer satıcının malın telef olmasında kusurlu olup olmadığının tartışılması gerekecektir⁹⁶¹.

Taşıyıcının ne zaman bağımsız olarak nitelendirilebileceği sorusu satıcı ve taşıyıcı arasındaki sözleşmeye göre belirlenecektir. Satıcı ve taşıyıcı arasında bir hizmet sözleşmesi bulunmuyor ve dolayısıyla taşıma, işletme içi bir faaliyet olarak gerçekleştirilmiyorsa taşıyıcının bağımsız olduğu kabul edilebilecektir⁹⁶².

İlk taşıyıcının bağımsız olması sadece satıcıyla değil, alıcıyla da arasında bir temsilcilik ilişkisinin bulunmamasını gerektirmektedir. Taşıyıcı alıcının temsilcisi sıfatıyla malları satıcıdan teslim alırsa bu durumda yerinde bir satış veya götürülecek borcu konu olan

⁹⁵⁷ **ERDEM**, Ercüment, “Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu”, Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 130.

⁹⁵⁸ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 155; **ÇAKIRCA**, Passing Of Risk, s. 98.

⁹⁵⁹ **HOFFMANN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html>).

⁹⁶⁰ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 682, N. 5.

⁹⁶¹ **BRIDGE**, s. 202.

⁹⁶² **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 155.

bir satış söz konusu olacağından CISG m. 67 değil, m. 69/f. 1 veya m. 69/f. 2 uygulanacaktır⁹⁶³.

Birden fazla taşıyıcı tarafından gerçekleştirilecek zincirleme bir taşımanın söz konusu olduğu durumda ilk taşıyıcı bağımsız olmakla beraber, taşıma işinin daha sonraki bir aşamasını gerçekleştirecek olan sonraki taşıyıcı satıcının adamı ise malın ilk bağımsız taşıyıcıya verilmesi ile hasar geçmiş olacağından sonraki taşıyıcının bağımsız olmaması sonucu değiştirmeyecektir⁹⁶⁴. Birden çok bağımsız taşıyıcının malı taşıdığı durumda yine CISG m. 31/f. 1 (a) bendi uyarınca malın ilk taşıyıcıya verilmesi borcun ifası açısından yeterli kabul edilecek ve ilk bağımsız taşıyıcıya malların verilmesiyle hasar CISG m. 67 uyarınca alıcıya geçecektir⁹⁶⁵.

Satıcının yolun bir bölümünde malların taşınması için başlangıçta kendi personelini kullanması durumunda riskin bölündüğü kabul edilmektedir ve bu halde hasarın alıcıya geçişi sadece mallar bağımsız taşıyıcıya verildiği zaman mümkün olmaktadır⁹⁶⁶.

Taşıma işleri komisyoncusu ile sözleşme akdedilmesi ve malın kendisine teslim edilmesi durumunda “ilk taşıyıcıya” teslim borcunun yerine getirilip getirilmediği ve hasarın alıcıya geçip geçmediği hususu çok tartışmalıdır; çünkü taşıma işleri komisyoncusunun görevi aslında taşıma işini organize etmektir yani malı taşımaktır⁹⁶⁷, dolayısıyla kendisi kural olarak taşıma işini gerçekleştirmemektedir. Mal doğrudan, komisyoncunun kendi adına ancak satıcı hesabına taşıma sözleşmesi akdettiği taşıyıcıya teslim edildiği takdirde taşıyıcıya teslim ile satıcının yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır; ancak malın doğrudan taşıyıcıya değil de komisyoncuya teslim edilmiş olması durumunun aynı sonucu sağlamaya yetip yetmediği

⁹⁶³ ACAR, Hasar Riski, s. 92.

⁹⁶⁴ ŞAMLI, s. 327; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 226.

⁹⁶⁵ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 156; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 226; Viyana Satım Sözleşmesinin gerek 31’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (a) bendinde gerekse 67’nci maddesinde (taşıyıcı anlamına gelen) “carrier” kavramının aynı anlamda kullanıldığı hakkında bakınız Almanya AG Duisburg (AG=Amtsgericht=Petty Court), CLOUT No. 360, 13 Nisan 2000 tarihli karar için bakınız (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000413g1.html>).

⁹⁶⁶ BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

⁹⁶⁷ 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun “taşıma işleri komisyoncusu” ile ilgili düzenlemesi de taşıma işleri komisyoncusunu benzer şekilde tarif etmektedir. İlgili düzenleme şu şekildedir: “**MADDE 917-** (1) Taşıma işleri komisyonculuğu sözleşmesi ile komisyoncu eşya taşımayı üstlenir. Bu sözleşme ile gönderen, kararlaştırılan ücreti ödeme borcu altına girer.

(2) Taşıma işleri komisyonculuğu bir ticari işletme faaliyetidir.

(3) Bu Kısımdaki özel hükümler saklı kalmak üzere, komisyonculuk sözleşmesi ve eşyanın taşınmasına ait konularda taşıma sözleşmesine ilişkin hükümler taşıma işleri komisyonculuğuna da uygulanır”.

tartışmalıdır⁹⁶⁸. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre komisyoncu mallar üzerinde hâkimiyet kuran bağımsız bir kişi olduğu için ilk taşıyıcı olarak kabul edilmelidir⁹⁶⁹. Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş, taşıma işinin bir taşıma işleri komisyoncusu tarafından yapılması halinde de, taşıma işleri komisyoncusunun ilk taşıyıcı olarak kabul edileceğini belirtmektedir; ancak bu görüş, bu noktada, ilk görüşten ayrılarak taşıma işleri komisyoncusunun sorumluluğunu ön plana çıkarmaktadır. Komisyoncu herhangi bir sorumluluk almadan sadece taşıyıcı firmaya yönlendirme ve irtibat kurma yükümlülüğü altında ise hasarın geçebilmesi için yine taşıyıcı firmaya malların verilmesinin gerektiğini ve malların komisyoncuya verilmesinin hasarın geçişini sağlamaya yetmeyeceğini ifade etmektedir⁹⁷⁰. ZEYTİN de satıcının bir taşıma işleri komisyoncusu ile anlaşmış olmasının hasarın alıcıya geçmesi için tek başına yeterli olmadığını, ayrıca taşıma işleri komisyoncusunun taşıyıcı gibi davranması gerektiğini belirtmiştir⁹⁷¹.

ATAMER, bu konuda farklı olasılıkları dikkate alan bir çözüm tarzını benimsemiştir ve komisyoncunun, nakledilecek malı gelip satıcıdan teslim alması durumunda, malı teslim almak ve satıcının mekânından taşıyıcıya kadar nakledecek olması açısından zaten “ilk taşıyıcı” konumuna girdiğinin kabul edilebileceğini ifade etmiştir. ATAMER’in belirttiği ikinci olasılıkta malın bilfiil satıcı tarafından komisyoncuya götürülerek teslim edilmesi ve onun, bir taşıyıcı ayarlayana kadar malı, mesela bir depoda muhafaza etmesi halinde ilk bağımsız nakliye işlemi gerçekleşmemiş olacaktır. Ancak birçok hukuk düzeninde komisyoncunun taşıma işlemini bilfiil üzerine alabilme imkânının olduğunu ve bunun yanında komisyoncunun satıcı ile aralarındaki sözleşmede aksine düzenleme olmadığı sürece taşıyıcı olarak görev yüklenmesinin satıcının iradesinden tamamen bağımsız bulunduğunu belirtmiştir. Bu sebeple komisyon sözleşmesinde açıkça aksine düzenleme olmadığı sürece

⁹⁶⁸ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 156.

⁹⁶⁹ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 682, N. 5; **VALIOTI**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N. 4.A.iii.

⁹⁷⁰ **ACAR**, Hasar Riski, s. 90.

⁹⁷¹ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 225; Arkan da taşıma işleri komisyoncusu ile taşıyıcının birbirinden tamamen farklı hizmetleri ifa eden kişiler olduğunu; ancak bazı hallerde farklı nitelikteki bu iki hizmetin tek kişi tarafından da yerine getirilebileceğini ifade etmiştir. Mesela komisyoncu, taşıma işini gerçekleştirmeyi de üstlenebilir ve yazara göre bu halde komisyoncu taşıyıcı sayılır (**ARKAN**, Sabih, “Taşıma İşleri Komisyoncusunun Borçlarını ve Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümler”, AÜHFD 1980, Cilt 37, Sayı 1-4, s. 313). Freight forwarder’in taşımayı kendi araçları ve personeli ile bizzat taahhüt etmesi halinde bu taşıma bakımından freight forwarder’in taşıyan olarak kabul edileceği yolunda bakınız **KARA**, Hacı, “Deniz Taşımacılığında Freight Forwarder”, Legal Hukuk Dergisi 2006, Cilt 4, Sayı 37, s. 73.

komisyoncuya teslim ile satıcı açısından teslim borcunun ifa edildiğini ve dolayısıyla hasarın geçtiğini kabul etmek gerekecektir⁹⁷².

Satıcının, malların ilk taşıyıcıya kadar taşınması için anlaştığı taşıyıcı ilk taşıyıcı (first carrier) sayılmayacaktır; çünkü Viyana Satım Antlaşması'nın 31'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (a) bendi, satıcının teslim borcunu, satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirmesi halinde, malların alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya verilmesi olarak belirlemiştir. Bu sebeple satıcı teslim borcunu ara taşıyıcıya malları vermekle yerine getirmiş sayılmayacaktır⁹⁷³.

Satıcının satılanı belirli bir yerde teslim edeceğine ilişkin sözleşmede açık bir düzenleme olmaması durumunda hasar riskinin malların alıcıya ulaştırılması amacıyla ilk taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçmesi düzenlemesi özellikle birden çok aşamalı koyteynir taşımacılığında hasar riskinin geçişinin tespiti açısından uluslararası ticaretin gereklerine uygundur; çünkü taşıma işlemi kaç aşamalı olursa olsun hasar riski malların ilk taşıyıcıya verilmesiyle alıcıya geçmektedir ve bu da ispat sorununu, hasarın meydana geldiği zamanı belirlemek mümkün olduğundan, büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır⁹⁷⁴. INCOTERMS bakımından da koyteynir taşımacılığında hasarın geçişi malların ilk taşıyıcıya verilmesine bağlanmıştır⁹⁷⁵. Bu noktada konteyner taşımacılığının ne olduğuna değinmek gerekmektedir. Konteyner taşımacılığı, uluslararası taşımacılıkta kullanılma sıklığı ve taşımacılıkta ortaya çıkardığı problemlerden dolayı diğer tekniklere göre daha büyük önem kazanmış olan bir taşıma tekniğidir. Genel olarak yükün konteyner denilen bir taşıma kabının içine konularak taşınmasını ifade etmektedir ve bu sayede eşya, konteynerin açılıp kapanmasına gerek olmaksızın bir araçtan diğerine mekanik araçlar yardımıyla kolaylıkla aktarılmakta, istiflenmekte, depolanmakta ve bu işlemler sırasında zarar görme riski ile zaman kaybı da azalmaktadır⁹⁷⁶.

Satılan malın verilmesi, malın taşıyıcının gözetimi ve koruması altına girmesi anlamına gelmektedir; bu sebeple aksi kararlaştırılmadığı sürece deniz aşırı satışlarda malın

⁹⁷² **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 156-157.

⁹⁷³ **ACAR**, Hasar Riski, s. 91.

⁹⁷⁴ **ACAR**, Hasar Riski, s. 92; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 682, N. 4.

⁹⁷⁵ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 682, N. 4.

⁹⁷⁶ **GENÇTÜRK**, Muharrem, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul 2006, s. 43-44.

gemi küpeştesini aşması yetmemekte ve malın gemiye yüklenmesi gerekmektedir. Sözleşmenin kurulması anında mal zaten taşıyıcının elinin altında bulunuyorsa, hasarın geçmesi için gönderme talimatının verilmesi yeterli olacaktır⁹⁷⁷.

Sözleşmenin malların taşınmasını gerektirip gerektirmediği sözleşmenin yorumlanmasıyla belirlenmektedir ve bu şekilde yapılacak yorumla malların taşınmasının sözleşmede kararlaştırıldığı söylenebilecekse hasar riski ilk taşıyıcı olarak kabul edilen taşıyıcıya teslimle alıcıya geçmektedir. Taraflar malların taşınıp taşınmayacağı ile ilgili herhangi bir düzenleme yapmamışlarsa her olayı kendi içinde değerlendirerek bir sonuca ulaşmak gerekecektir⁹⁷⁸.

ddd. Satış Sözleşmesine Uygun Olma

CISG m. 67/f. 1'in ilk cümlesi uyarınca satış sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar, malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satış sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesiyle alıcıya geçmektedir. Bu bakımdan hasarın geçmesi için malların "satış sözleşmesine uygun olarak" ilk taşıyıcıya verilmesi gerekmektedir.

CISG m. 35 ile m. 40 arasında satıcının sözleşmeye uygun mal teslim etme yükümlülüğü düzenlenmiştir. CISG m. 35 malların sözleşmeye uygunluğunu ayrıntılı olarak ele almıştır. CISG m. 35/f. 1'e göre, sözleşmeye uygunluk sözleşme uyarınca saptanacaktır. CISG m. 35/f. 2'ye göre ise sözleşmeye uygunluk Viyana Satım Antlaşması'na göre tespit edilecektir.

CISG m. 35/f. 1 malın sözleşmeye uygunluğu konusunda öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye bakılması gerektiğini ve malın sözleşmeye uygunluğu konusunda sözleşme hükümlerinin öncelikle gözetilmesini düzenler. Buna göre teslim edilecek malın miktar, kalite

⁹⁷⁷ ALTAY, s. 162.

⁹⁷⁸ ACAR, Hasar Riski, s. 90; Bir olayda mahkeme tarafların kullandığı "free delivery" ifadesinin sadece taşıma maliyetiyle değil, hasar riskinin geçişine ilişkin de bir anlaşma olduğunu (bu klozu Alman hukukuna göre yorumlamıştır ve Alman doktrin ve içtihatlarında bu klozun hem maliyetlerle hem riskin geçişiyle ilgili olduğunu belirtmiştir) ve satıcının malları alıcının işyerinde teslim etmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla malların alıcıya ulaştırılması amacıyla taşıyıcıya verildiği zaman riskin alıcıya geçmediğini ifade etmiştir. Almanya OLG Karlsruhe, 20.11.1992, CLOUT No. 317, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/921120g1.html>.

ve tür olarak sözleşmeye uygunluğu taraflar arasındaki sözleşmede belirtilen özellik ve tanımlara göre belirlenecektir⁹⁷⁹.

Malın sözleşmeye uygun olup olmadığı belirlenirken sözleşmede buna ilişkin hükümler CISG m. 8'e göre yorumlanmalıdır ve taraflar malların sahip olması gereken nitelik, nicelik, tür ve ambalajı sözleşmede açıkça ya da zımni olarak kararlaştırmış olabilirler⁹⁸⁰. Tarafların CISG m. 35/f. 1'de sayılan malın miktarı, kalitesi ve türü gibi haller dışında, mala ilişkin diledikleri konuda sözleşmesel düzenleme yapması imkânı vardır ve bu sebeple CISG m. 35/f. 1 sınırlı bir sayım içermemektedir. Ancak bu özelliklerin CISG m. 35 kapsamında değerlendirilebilmesi için doğrudan malın nesne olarak özelliklerine ilişkin olması gerekir⁹⁸¹.

CISG m. 35/f. 2 ise sözleşmede malın miktarı, kalitesi, türü, paketlenmesi ve muhafazası hakkında bir düzenleme mevcut olmaması ya da sözleşmede mevcut düzenlemelerin yeterli olmaması durumunda devreye giren bir yedek hukuk kuralı niteliğindedir⁹⁸². CISG m. 35/f. 2 malların ne zaman sözleşmeye uygun olacağına ilişkin birtakım kriterler saymıştır. Buna göre sözleşmeye uygun bir malın varlığından bahsedilebilmesi için malın, aynı türden malların mutata olarak tahsis edildiği olağan kullanım amacına uygun olması, sözleşmenin kurulması sırasında açıkça ya da zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun olması, satıcının alıcıya örnek ya da model olarak sunduğu malların kalitesine sahip olması ve ilgili türden mallar için mutata sayılan şekilde paketlenmiş olması gerekmektedir.

Viyana Satım Antlaşmasına göre, satılanın sözleşmeye uygunluğuyla ilgili eksikliğinin alıcı tarafından bilindiği ya da bilinebileceği durumlarda satıcı, CISG m. 35/f. 2'deki (a) ile

⁹⁷⁹ DAYIOĞLU, s. 26; ÖZSUNAY, s. 926; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 71; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 126-127; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 184.

⁹⁸⁰ HUBER/MULLIS, s. 131; KRUISINGA, s. 29, N. 4. 1; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHWENZER), s. 413, N. 7; DAYIOĞLU, s. 26; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 185; BAYSAL, Pelin, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'a Göre Satış Sözleşmeleri, Editörler: Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul 2012, s. 224.

⁹⁸¹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 184-185.

⁹⁸² BAYSAL, P., s. 229; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 196; FLECHTNER, Harry M., "Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi", (Çeviren: Zeynep Erverdi), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 166.

(d) bentlerinde belirtilen aynı türden malların mutata olarak tahsis edildiği olağan kullanım amacına uygun olmaması, sözleşmenin kurulması sırasında açıkça ya da zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun olmaması, satıcının alıcıya örnek ya da model olarak sunduğu malların kalitesine sahip olmaması ve ilgili türden mallar için mutata sayılan şekilde paketlenmiş olmaması şeklindeki uygunsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulmamıştır (CISG m. 35/f. 3).

eee. Malların Verilmesi

CISG m. 67/f. 1 uyarınca gönderme borcu doğuran satış sözleşmelerinde hasarın geçiş anı, malın ilk taşıyıcıya verilmesi (hand over) anıdır. İlgili maddede “teslim edilmesi” ifadesi yerine “verilmesi” ifadesi tercih edilmiştir. Bununla beraber bu ifade CISG m. 31/f. 1 (a) bendinde düzenlenen gönderme borçlarında satıcının alıcıya teslim yükümlülüğü ile eşdeğerdedir ve bu hükme göre, malların alıcıya gönderilmesi gereken hallerde satıcının malları ilk taşıyıcıya vermesi halinde satıcı alıcıya teslimde bulunmuş gibi kabul edilmektedir⁹⁸³. Satıcının malları teslim borcunun kapsamı CISG m. 31/f. 1 (a) bendinde satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirmesi durumunda malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vermek şeklinde belirlenmiştir. Buna paralel olarak CISG m. 67/f. 1’in ilk cümlesi de satış sözleşmesinin malların taşınmasını gerektirmesi durumunda hasarın geçiş anını malların alıcıya ulaştırılması amacıyla ilk taşıyıcıya verilmesi anı olarak belirlemiştir. Bu sebeple CISG m. 67/f. 1 uyarınca “malların verilmesi” ifadesinin kapsamı belirlenirken CISG m. 31 hükmü de dikkate alınmalıdır.

CISG m. 31 hükmü teslim kavramını tamamen satıcının perspektifinden ele alarak düzenlemiştir. Diğer bir ifadeyle teslimin gerçekleşebilmesi için alıcının herhangi bir katılımına ihtiyaç yoktur⁹⁸⁴. Alıcının malların zilyetliğini kazanabilmesi için satıcı ifaya yönelik hareketleri yapmalıdır; ancak bu hareket sonucunda alıcının zilyetliği fiilen kazanması aranmayacaktır⁹⁸⁵. Satıcıdan beklenen, alıcının, malın zilyetliğini kazanabilmesi için kendi üstüne düşen fiilleri tamamlamasıdır⁹⁸⁶. Sözleşme akdedildiği zaman mallar zaten alıcının zilyetliğindeyse satıcının ayrı bir teslim yükümlülüğü yoktur. Böyle bir durumda

⁹⁸³ BRIDGE, s. 202.

⁹⁸⁴ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 134.

⁹⁸⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HUBER/WIDMER), s. 343, N. 4; HUBER/MULLIS, s. 107.

⁹⁸⁶ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 134.

zilyetliğin devri hususunda anlaşmaları yeterlidir (brevis manu traditio)⁹⁸⁷. Ancak teslim borcunun yerine getirilmesi ile alıcıya zilyetliğin devrinin sağlanamadığı durumlar da olabilmektedir. Mesela inceleme konumuzu oluşturan gönderme borçları bakımından satıcının malları, alıcıya ulaştırılması için ilk taşıyıcıya vermesiyle birlikte teslim borcu CISG uyarınca ifa edilmiş olur ve bu aşamada alıcının henüz ilgili mallar üzerinde zilyetliği kazandığından bahsetmek mümkün değildir. Bunun için ya malların fiilen varma yerinde alıcıya verilmesi veya malları temsil eden belgelerin ona ulaştırılması suretiyle dolaysız ya da dolaylı zilyetliğin alıcıya kazandırılması gerekir⁹⁸⁸.

CISG m. 31/f. 1 (a) bendi kapsamında taşıyıcı, taşıma içeren bir sözleşmede satıcının malları teslim edebileceği kişidir. Bu durumda taşıyıcıya yapılacak teslimin kapsamı ne olacaktır? Teslim ancak satıcının malların zilyetliğini taşıyıcıya teslim etmesi ve mallardan elini tamamen çekmesi ile söz konusu olmaktadır⁹⁸⁹. 1979’da taslak üzerine yazılan bir görüşe göre, maddede geçen “hand over” yani “vermek” kelimesi malın ilk bağımsız taşıyıcıya gerçekten ve fiilen verilmesinin önemli olduğunu açıkça ortaya koymaktadır⁹⁹⁰. Mal üçüncü bir kişinin, mesela bir depo sahibinin zilyetliğinde bulunmakta ise taşıyıcının malı oradan almasını sağlayacak belgelerin verilmesi hasarın geçmesine yetecek midir? Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre mal üçüncü bir kişinin, mesela bir depo sahibinin zilyetliğinde ise taşıyıcının malı oradan almasını sağlayacak belgelerin verilmesi hasarın geçişi sonucunu doğurmayacaktır⁹⁹¹. Burada eşyayı temsil eden senetlerin teslimi yoluyla zilyetliğin devri söz konusudur ve bu yolla malın dolaylı zilyetliği devredilmektedir. Dolaysız zilyetlik “umumi mağaza” vasfı taşıyan antrepo sahibinde kalmaktadır ve antrepocu malın fiili hâkimiyetine sahip bulunmaktadır⁹⁹². Hâlbuki malların taşıyıcının hâkimiyet alanına girmesi gerekmektedir ve eşyayı temsil eden senetlerin teslimi yoluyla zilyetliğin devrinde mallar taşıyıcının hâkimiyet alanına girmediği için hasar da alıcıya geçmeyecektir. Üstelik antrepocunun malları senedi elinde bulundurandan başka bir kişiye teslim etmesi her zaman için mümkündür ve

⁹⁸⁷ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HUBER/WIDMER), s. 339, N. 5.

⁹⁸⁸ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 135-136.

⁹⁸⁹ ERDEM, Teslim Borcu, s. 126.

⁹⁹⁰ ROTH, P. M, “The Passing Of Risk”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/roth.html>), N. 1; ŞAMLI, s. 327; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 118.

⁹⁹¹ ŞAMLI, s. 328.

⁹⁹² SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 74 vd; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 83 vd; AYBAY/HATEMİ (HATEMİ), s. 53 vd, N. 29-30-31; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku I-Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2012, s. 73 vd.

böyle bir durumda iyiniyetli olması koşulu ile malları elinde bulunduran senedi elinde bulundurana tercih edilecektir. Şüphesiz böyle bir durumda kıymetli evrakı almadan malı başka bir üçüncü kişiye teslim eden antrepocu kıymetli evrakı elinde bulunduran kişiye karşı sorumlu olacaktır⁹⁹³. NICHOLAS'a göre de, "hand over" ifadesi uyarınca mal üzerindeki hâkimiyetin satıcı tarafından taşıyıcıya devredilmesi gerekmektedir⁹⁹⁴. Emtia senetlerinde gösterilen malın dolaysız zilyedi ve malı fiili hâkimiyetinde bulunduran antrepocu olduğu için bu yolla malların taşıyıcıya verilmesi olgusu gerçekleşmiş olmayacaktır.

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre, mallar üçüncü bir kişinin elinde, mesela bir antrepoda depolanmış halde bulunursa eşyayı temsil eden senetlerin teslimiyle satıcının malları taşıyıcıya verdiği kabul edilir⁹⁹⁵. Zira senetlerin devriyle eşyaların zilyetliği devredilmiş olmaktadır ve bunun sonucu olarak eşyanın kendisine teslimini isteme hakkı da senedin sahibine ait olmaktadır. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Her ne kadar malı temsil eden senedin devri durumunda taşıyıcının malın kendisine teslimini isteme hakkına sahip olacağı doğrusa da senetlerin teslimi anında taşıyıcının henüz mallar üzerinde fiili hâkimiyet kurduğundan bahsedilemez. Önemli olan taşıyıcının mal üzerinde hâkimiyet kurabilmesidir. O halde malın taşıyıcının fiili hâkimiyet alanına sokulduğu her durumda "malların verilmesi" olgusunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Mesela satıcının "malın, yeni zilyedin fiili hâkimiyetine bırakılması (zilyetlik sözleşmesi)" yolu ile taşıyıcıyı dolaysız zilyet kıldığı⁹⁹⁶ durumlarda da hasarın geçtiğini kabul etmek gerekmektedir. Zilyetliğin bu şekilde yani malın, yeni zilyedin fiili hâkimiyetine bırakılması ile devredilebilmesi için taşıyıcının eşya üzerinde hâkimiyet kurma imkânına da sahip olması gerekir. Satıcının, malı, taşıyıcının malın üzerinde fiili hâkimiyet kurabileceği yere bırakmasına rağmen taşıyıcı fiili hâkimiyeti kullanmasına engel bir durumla karşılaşarsa zilyet de olamayacaktır. Diğer bir ifadeyle böylesi bir engelin varlığı durumunda zilyetlik sözleşmesi hüküm ifade etmemektedir. Taşıyıcı, fiili hâkimiyeti kullanabilecek bir duruma

⁹⁹³ **AYAN**, Eşya, s. 74-75; **AKINTÜRK**, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 158.

⁹⁹⁴ **NICHOLAS**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb67.html>), N. 2. 3.

⁹⁹⁵ **ERDEM**, Teslim Borcu, s. 126.

⁹⁹⁶ Zilyetliğin bu şekilde kazanılması için bakınız **OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR**, s. 75; "fiili hâkimiyet sağladığı varsayılan anlaşma yoluyla teslim" ifadesi hakkında bakınız **AYAN**, Eşya, s. 66; Sirmen, "teslim yerine geçen sözleşme" ifadesini kullanmaktadır (**SİRMEN**, s. 66 vd); "sözleşme ile zilyetliğin devri" ifadesi hakkında bakınız (**ESENER/GÜVEN**, s. 68 vd); "eşyanın iktisap edenin iktidarı dairesine konması" ifadesi hakkında bakınız **REİSOĞLU**, Safa, Eşya Hukuku- Zilyedlik-Tapu Sicili-Kadastro, Ankara 1984, s. 57; "uzak elden (uzaktan) teslim" ve "zilyetlik akdi" ifadesi hakkında bakınız **HATEMİ**, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, s. 257.

gelmeden zilyetlik sözleşmesi hüküm ifade etmeyeceğinden hasarın bu yolla alıcıya geçmesine bir engel yoktur. Nitekim taşıyıcının fiili hâkimiyeti kullanmaya başladığı andan itibaren artık eşya teslim edilmiş gibi olmaktadır⁹⁹⁷. Dolayısıyla bu aşamadan sonra eşyanın maddi olarak, gerçekten ve fiilen tesliminden bir fark yoktur ve bu yolla hasarın geçmeyeceği savunmasında bulunulamaz. Mesela toplanmış ve sandıklanmış portakalların yüklenmesi için talimat verilmesi⁹⁹⁸ durumunda mallar taşıyıcının hâkimiyet alanına girdiğinden hasarın da geçtiği kabul edilmelidir. Aynı şekilde satıcının malların tutulduğu deponun anahtarını, yani fiili hâkimiyet sağlayacak araçları taşıyıcıya vermesi durumunda da taşıyıcının ilgili depoya engelsiz girebilmesi halinde mal taşıyıcının hâkimiyet alanına girmiş olacaktır. Bu ifadeden anlaşıldığı üzere taşıyıcının zilyetliği kazanabilmesi için başka bir engel olmadan depoya girmesi mümkün olmalıdır⁹⁹⁹. Taşıyıcıya fiili hâkimiyetin sağlandığı bu ihtimaller dışında satıcının malı kendi fiili hâkimiyetinde alıkoyarak taşıyana sadece dolaylı bir zilyetlik tanıdığı durumlarda “malların verilmesi” durumu gerçekleşmiş olmayacaktır ve bu şekilde hasarın geçmesi de mümkün olmayacaktır. Mesela “hükmen teslim” yoluyla zilyetliğin devrinde satıcı malı gerçekte teslim etmiş olmaz ve kendisi dolaysız zilyet kalmaya ve malı fiili hâkimiyetinde bulundurmaya devam eder¹⁰⁰⁰. Yukarıda da ifade edildiği üzere “malların verilmesi” açısından malların taşıyıcının hâkimiyet alanına girmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak gönderme borçlarında teslim yükümlülüğünün tamamlanmış sayılabilmesi için malların taşıyıcının hâkimiyet alanına girmesi yani dolaysız zilyet kılınması gerektiği vurgulanmalıdır. Mesela malın, taşıyıcının nakliye aracına yüklenmesi, satıcı malı nakliye aracına yüklenmiş halde teslim ediyorsa ilgili aracın taşıyıcı tarafından teslim alınması gerekir. Sadece malın tasarrufa hazır bulundurulması yeterli değildir¹⁰⁰¹; çünkü antlaşma ya da bir teamülün olmaması durumunda mal, taşıma aracına yüklenmişse verilmiş kabul edilmektedir¹⁰⁰².

⁹⁹⁷ SİRMEN, s. 67.

⁹⁹⁸ AYAN, s. 66.

⁹⁹⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 74; SİRMEN, s. 65; AYBAY/HATEMİ (HATEMİ), s. 49, N. 10.

¹⁰⁰⁰ SİRMEN, s. 70.

¹⁰⁰¹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 158; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HUBER/WIDMER), s. 350-351, N. 29.

¹⁰⁰² ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 226.

CISG m. 67/f. 1 malın alıcıya ulaştırılması amacıyla ilk taşıyıcıya verilmesinden söz etmektedir. Bu hükümden çıkan sonuca göre, mal başka bir amaçla taşıyıcıya verilmişse hasarın geçişi de söz konusu olmayacaktır. Taşıyıcı ile satıcı arasında akdedilen taşıma sözleşmesi malın belirli bir alıcıya ulaştırılması içeriğine sahip olmalıdır. Mesela paketin üstünde alıcının ismi ve adresinin yer alması ya da alıcının hem taşıma senedinde hem de konişmentoda gönderilen kişi olarak belirtilmesi gibi “alıcının belirlenmesi” olgusu gerçekleşmezse teslimin gerçekleştiğinden söz edilemez. Eğer, mal alıcının daha sonra belirlenmesi kaydıyla taşıyıcıya teslim edilmişse taşıyıcı henüz malı alıcıya ulaştırmak amacıyla teslim almış olmadığından hasar da malların ilk taşıyıcıya verilmesiyle alıcıya geçmeyecektir¹⁰⁰³. Ayrıca malın taşıyıcıya verilmesinin bizzat satıcı tarafından ya da onun talimatlarıyla hareket eden üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi, malın belirli bir yerde taşıyıcıya verilmesinin gerektiği durumlar da dâhil olmak üzere hasarın geçişini etkilememektedir¹⁰⁰⁴.

fff. Belirli Yer Kuralı

Viyana Satım Antlaşması'nın 67'nci maddesinin 1'inci fıkrasının ikinci cümlesi, satıcının malları belirli bir yerde (particular place) taşıyıcıya vermesinin gerekli olduğu durumda malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasarın alıcıya geçmeyeceğine ilişkindir. Bu kural, işyeri denizden uzak olan satıcının X limanında malları teslim etmesinin kararlaştırıldığı durumlar için tasarlanmıştır. Böyle bir durumda hasar Viyana Satım Antlaşması'nın 67'nci maddesinin ilk fıkrasının birinci cümlesi uyarınca malların ilk taşıyıcıya verilmesi ile geçmemekte, 67'nci maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca mallar limana sevk edildiğinde geçmektedir. Yani karayolunda gerçekleşen nakliye sürecinde hasar satıcıya ait olmaktadır; ancak denizde gerçekleşen nakliye sürecinde hasar alıcıya geçmektedir¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰³ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 158.

¹⁰⁰⁴ ŞAMLI, s. 328.

¹⁰⁰⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 683, N. 6.

Satıcının birden çok yer arasından birini seçme hakkının bulunduğu durumlarda da Viyana Satım Antlaşması'nın 67'nci maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesi anlamında malın taşıyıcıya verileceği belirli bir yerin mevcut olduğu söylenebilecektir¹⁰⁰⁶.

Malın gönderilme yeri "Alman Kuzey Denizi Sahili" gibi genel ifadelerle tanımlanmışsa, kesin gönderme yerinin belirlenmesi hakkının satıcıya verildiği ve satıcı tarafından seçilen yerde (taşıyıcıya teslimle) hasarın geçtiği kabul edilecektir¹⁰⁰⁷.

Viyana Satım Antlaşması'nın 67'nci maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesi, yani malların belirli bir yerde verilmesi bakımından, o yere kadar satıcının malları taşımak için kendi personelini ya da bağımsız bir taşıyıcıyı kullanıp kullanmadığına bakılmamaktadır¹⁰⁰⁸.

Uluslararası ticaret terimlerinin kullanıldığı hallerde belirli verme yerinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Mesela FAS, FOB, CFR ve CIF gibi uluslararası ticaret terimlerinin kullanıldığı hallerde satıcının malı gönderme limanında vereceği kararlaştırılmıştır. CIF uluslararası ticaret terimi kararlaştırılmış ise hasar malın geminin küpeştesini geçmesi ile alıcıya geçecektir¹⁰⁰⁹. Bu maddenin özellikle uluslararası ticarete kullanılan bazı hükümleri (CIF/FOB satış gibi) dikkate aldığı gerekçesinde de ifade edilmiştir. Bu sebeple mesela Köln'de bulunan satıcının, Marsilya'daki alıcı için gönderdiği malını Hamburg limanında taşıyıcıya teslim etme borcu varsa (FOB Hamburg), bu ana kadar bedel hasarını satıcı taşıyacaktır¹⁰¹⁰.

Satış sözleşmesinde malların taşıyana "belirli bir yerde" verilmesi kararlaştırılmışsa, hasar malların tam o yerde taşıyana verilmesi anına kadar geçmeyeceği için malların bu

¹⁰⁰⁶ ŞAMLI, s. 328; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 226.

¹⁰⁰⁷ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 683, N. 6.

¹⁰⁰⁸ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 683, N. 7; Aynı görüşü belirten Nicholas da CISG m. 67/f. 1 2. cümledeki "belirli yer" kuralının satıcının başka bir taşıyıcı ile ya da satıcının kendi taşıma araçlarıyla malların o yere getirilip getirilmediğine bakılmaksızın belirli yerde taşıyıcıya teslim edildiği her durumu kapsadığını belirtmiştir (NICHOLAS, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb67.html>), N. 2.5 (b).

¹⁰⁰⁹ INCOTERMS 2000 bakımından geçerli olan bu hasarın geçişi kuralı daha sonra görüleceği üzere INCOTERMS 2010 ile değişikliğe uğramıştır. Değişiklikten önceki durum ve bu yöndeki ifade için bakınız ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 226; CIF satışlarda hasarın geçişi hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız ERDEM, SIF Satışlar, s. 186 vd.

¹⁰¹⁰ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 265.

yerden başka bir yerde ikinci veya devam eden taşıyanlara verildiği hallerde hasarın alıcıya geçmesi söz konusu olmayacaktır¹⁰¹¹.

CISG m. 67/f. 1 c. 2 “satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesinden” bahseder. Tarafların sözleşmede malların teslimi için belirledikleri yerin alıcıya değil, taşıyıcıya teslim yeri olarak anlaşılması gerekmektedir; çünkü alıcıya teslim için bir yerin kararlaştırılması durumunda götürülecek nitelikte bir borç söz konusu olacak ve bu halde CISG m. 69/f. 2 uygulama alanı bulacaktır¹⁰¹².

ggg. Satıcının Malı Temsil Eden Belgeleri Alıkoymasının Hasarın Geçişini Bakımından Etkisi

Viyana Satım Antlaşması'nın 67'nci maddesinin 1'inci fıkrasının üçüncü cümlesi, satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile bunun hasarın geçişini etkilemeyeceğini belirtmektedir. Alıkoyma hakkı, hak sahibinin alacağını teminat altına alan ve aynı zamanda ifasının gerçekleşmesi için baskı aracı olan bir haktır. Alıkoyma hakkının temelini Roma Hukukundaki *exceptio doli* (hile def'i) kavramı oluşturmaktadır. Roma Hukukunda kendisine karşı istihkak davası açılan zilyet bu dava sırasında bir *exceptio doli* ileri sürerek eşyaya yapmış olduğu zorunlu ve faydalı masraflar ödeninceye kadar eşyayı iadede kaçınabilmekteydi. Bugünkü Hukukumuzda bu def'i hakkı genişletilerek çeşitli maddelerde iadesi istenen eşya ile bağlantısı bulunan alacaklar ödeninceye kadar zilyede eşyayı geri vermekten kaçınma imkânı tanınmıştır; ancak bu konuda genel bir düzenleme yapılmamış sadece özel bazı durumlarda bu hak öngörülmüştür¹⁰¹³. Viyana Satım Antlaşması da 67'nci maddesinin 1'inci fıkrasının üçüncü cümlesinde satıcının belgeleri alıkoyma hakkından bahsetmektedir. Buradaki alıkoyma hakkı da satıcının bedel alacağına kavuşabilmesi için bir baskı aracı olarak öngörülmüştür. Satıcı malı temsil eden belgeleri alıkoyarak uygulamada çok sık karşılaşılan mal bedelinin alıcı tarafından ödenmemesi rizikosuna karşı malın mülkiyetine ilişkin konişmento gibi belgeleri elinde tutmakta ve bu

¹⁰¹¹ BRIDGE, s. 203.

¹⁰¹² ACAR, Hasar Riski, s. 90.

¹⁰¹³ SARI, Suat, Alıkoyma Hakkı, İstanbul 1997, s. 1 vd; Serozan'a göre, öğretisi ve uygulamada gözlenen yeni eğilime göre, alıkoyma hakkı, geçersiz satış sözleşmesinin karşılıklı ifa sonrası çözülmesinde ödemiş bulunduğu satış parasının geri verilmesi alacağı için alıcı yararına da seferber edilebilir. (SEROZAN, Taşınır Eşya, s. 354); Ayrıca bu konu hakkında bakınız SEROZAN, Rona, “Geçersiz Satış Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1969, Cilt 3, Sayı 4, s. 201; Ayrıca alıkoyma hakkının düzenlendiği çeşitli durumlar için bakınız SARI, s. 13 vd.

şekilde kendisini garanti altına almaktadır¹⁰¹⁴. Satıcının malın taşınması sırasında mal üzerinde tasarruf edebilmek için belgeleri alıkoyması ya da satış bedelinin ödenmesini güvence altına almak için mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış yapmış olması da hasarın geçişi bakımından etkili değildir. Ayrıca satıcının belgeleri haklı ya da haksız olarak alıkoymasının bir önemi de bulunmamaktadır¹⁰¹⁵.

Bu hükümlerle mülkiyetin geçiş anının¹⁰¹⁶ hasarın geçiş anından bağımsız olduğu vurgulanmak istenmiştir¹⁰¹⁷. Bu kural, yani hasarın geçişinin mülkiyetin geçiş anından bağımsız olduğu vurgusu, özellikle risk ve mülkiyetin bağlantılı olduğu hukuk sistemlerine alışık olanların kafasında doğabilecek yanlış anlamalara karşı koruma sağlamaktadır¹⁰¹⁸. Önemli olan mülkiyetin geçip geçmemesi değil, malın alıcıya gönderilmek üzere taşıyana teslim edilmesi ve satıcının malı koruma imkânının böylelikle sona ermiş olmasıdır¹⁰¹⁹.

Malları temsil eden belgeler depolanmış durumda bulunan ya da taşıyıcıya verilmiş olan malları temsil etmeleri için oluşturulan kıymetli evraktır ve bu belgeler malların yerine geçtikleri gibi mallar üzerinde hâkimiyetin kullanılmasını da sağlarlar. Makbuz senedi (TTK m. 834), taşıma senedi (TTK m. 856-858) ya da konişmento (TTK m. 1228 vd) malları temsil eden belgelerin başında gelmektedir¹⁰²⁰. Malları temsil eden belgeleri depo edilen malları temsil eden belgeler ile taşıyıcıya teslim edilen malları temsil eden belgeler şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutmak gerekmektedir. Depo edilen malları temsil eden belgeler olarak umumi bir mağazaya tevdi edilen malları temsil etmek üzere çıkarılan makbuz senedi (TTK m. 834) ve umumi bir mağazaya tevdi edilen mallar üzerinde rehin kurmak için çıkarılan varant (TTK m. 835) zikredilebilir. Umumi mağaza TTK m. 832/f. 1'in ilk cümlesinde tanımlanmıştır. İlgili düzenleme şu şekildedir: *“(1) Makbuz senedi ve varant verme karşılığında serbest veya gümrüklenmemiş mal ve hububatı, saklama sözleşmesi uyarınca kabul etmek ve tevdi edenlere de bu senetlerle tevdi olunan mal ve hububatı satabilmek veya rehnedebilmek imkânı vermek*

¹⁰¹⁴ ACAR, Hasar Riski, s. 93; VALIOTI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N. 4.A.iii.

¹⁰¹⁵ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 227.

¹⁰¹⁶ Viyana Satım Sözleşmesinin 4'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının (b) bendi, sözleşmenin, satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkilerini düzenlemediğini belirtmektedir. Burada CISG m. 4/f. 1 (b) bendindeki düzenlemenin hasar riskinin geçişine yansımaları görülmektedir.

¹⁰¹⁷ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 265-266; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 227; ŞAMLI, s. 326; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 684, N. 8; ATAMER, Hasarın İntikali, s. 157; BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹⁰¹⁸ VALIOTI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N. 4.A.iii.

¹⁰¹⁹ ALTAY, s. 163.

¹⁰²⁰ ERDEM, Teslim Borcu, s. 153-154; ENDERLEIN/MASKOW, Article 34, N. 2.

amacıyla kurulan mağazalara “umumi mağaza” denir”. Burada “mağaza” kelimesi Türkçe’de daha çok “depo” ya da “antrepo” deyimini ile kastedilen kavramın özel hukuki duruma sahip olan bir türünü ifade etmektedir¹⁰²¹. Bu mağazalar Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’nın izniyle kurulur ve makbuz senedi ve varant düzenleme konusunda münhasır yetkilidir. Dolayısıyla bu niteliği olmayan; ancak, mal ya da hububat kabul eden ve depolayan bir kişinin ya da kurumun işlemleri hakkında TTK m. 832 vd. hükümleri yerine Türk Borçlar Kanunu’nun saklama (vedia) sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulanır¹⁰²². Makbuz senedi ile varant kıymetli evraktır ve emtiayı temsil eder. Bu senetler şekle bağlıdır ve kanunen emre yazılıdır¹⁰²³. Emtiayı temsil eden bu senetlerin teslim edilmesi, emtianın teslimi gibi sonuç doğurur (MK m. 980/f. 1); ancak bu kural istisnasız değildir. Mesela makbuz senedini iyiniyetle teslim alan kimse ile emtiayı (malı) iyiniyetle teslim alan kimse arasında uyuşmazlık çıkarsa emtiayı teslim alan tercih olunur (MK m. 980/f. 2).

Taşıyıcıya teslim edilen malları temsil eden belgeler ise taşımanın türüne göre farklılık göstermektedir. Karayolu ile taşımada, Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi’ne (CMR) uygun olarak bir sevk mektubu (CMR Senedi) düzenlenir. Düzenlenecek CMR-taşıma senedi, CMR’nin 9’uncu maddesinin 1’inci fıkrasına göre, taşıma sözleşmesinin varlığına, sözleşmenin koşullarına ve yükün taşıyıcı tarafından kabul edildiğine karine teşkil edecektir. Bu noktada, taşıma senedi, her iki tarafın da taşıma sözleşmesinin akdi ve içeriği hakkındaki iddialarında dayanabilecekleri bir ispat belgesi olarak söz konusu ispatı kolaylaştırıcı bir rol oynar¹⁰²⁴. Deniz yolu ile taşımada taşıyan tarafından verilecek olan belgenin adı konişımentodur. Konişımentonun ETTK’da kanuni bir tanımı mevcut değilken, TTK m. 1228/f. 1’de konişımentonun tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre: “*Konişımento, bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir*”. Uluslararası taşımalarda konişımento 25 Ağustos 1924 tarihli “Konişımento Hakkında Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Uluslararası Sözleşme”

¹⁰²¹ **POROY**, Reha/**TEKİNALP**, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2013, s. 379, N. 559.

¹⁰²² **ÜLGEN**, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2013, s. 332, N. 1278; **BOZER**, Ali/**GÖLE**, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2013, s. 344.

¹⁰²³ **POROY/TEKİNALP**, s. 382, N. 566; **ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA**, s. 333, N. 1287; **BOZER/GÖLE**, s. 345.

¹⁰²⁴ **YEŞİLOVA**, Ecehan, “CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, Cilt 7, Sayı 1, s. 241.

(1924 Lahey Kuralları) ile düzenlenmiştir ve Sözleşme m. 3 konişmentonun şeklini göstermektedir¹⁰²⁵. 1924 Lahey Kuralları anlamında konişmento, tedavül kabiliyetine sahip, eşyayı temsil etmesi amacıyla taşıyan ya da onun temsilcisi tarafından düzenlenen bir yük taşıma belgesidir. Konişmento, meşru hamiline varma limanında yükün teslimini isteme hakkı vermektedir ve bu açıdan senedin meşru hamile teslimi, yükün teslimi anlamına gelir ki, bu sayede yük daha yoldayken üzerinde temlik, rehin gibi bir takım hukuki işlemler yapılabilir¹⁰²⁶. Havayolu ile taşımada, malları temsil eden evraka havayolu yük senedi denir ve hava yük senedi Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 110/f. 1 hükmüne göre taşıyıcı tarafından, Varşova/Lahey Konvansiyonu m. 5/f. 1 hükmüne göre ise gönderici tarafından düzenlenmesi gereken bir taşıma belgesidir. Buna göre ulusal taşımalar bakımından gönderici, taşıyıcıdan, uluslararası taşımalar bakımından ise Varşova/Lahey Konvansiyonu hükümleri uyarınca taşıyıcı, göndericiden bir hava yük senedi düzenlenerek kendisine verilmesini talep etme hakkına sahip bulunmaktadır¹⁰²⁷. Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere havayolu yük senedi, ulusal taşımada, Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 110'a uygun olmalıdır. Uluslararası taşımada ise, 12 Ekim 1929 tarihli Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme ve buna ek 28 Eylül 1955 tarihli (Lahey Protokolü), 18 Eylül 1961 tarihli (Guadalajara Protokolü) ve 1975 tarihli Montrö Protokollerine uygun olmalıdır. Havayolu taşıma senedinin şekli ise 4 Sayılı Montrö Protokolü ile değiştirilmiş olan 8'inci maddesinde gösterilmektedir¹⁰²⁸. Taşıma senedinin yokluğu, kaybı ya da usulüne uygun olmaması Varşova Konvansiyonu çerçevesinde yapılan bir taşımanın varlığına engel teşkil etmez; buna rağmen taşımanın senede bağlanması sadece ispat açısından önem arz eder. Hava yük senedi, gönderenden teslim alınan ve gönderilene teslim edilen eşyanın hak sahipliğini ve taşıma sözleşmesini kanıtlaması açısından önemli ispat fonksiyonuna sahiptir¹⁰²⁹. Demiryolu ile taşımada ise, taşıyıcı tarafından verilen senedin adı, taşıma senedir. Taşıma ulusal ise hamule senedi 1872 tarihli Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi tarafından düzenlenmektedir. Taşıma uluslararası ise, taşıma senedi, Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme'ye (COTIF) tabidir. Taşıma senedi ihdası yükümlülüğü ve

¹⁰²⁵ ERDEM, Teslim Borcu, s. 154-155.

¹⁰²⁶ ATEŞ, Ebru, Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen "Konişmentolu Taşımalar Hakkında Bazı Kuralların Birleştirilmesine Dair 1924 Brüksel (Lahey) Konvansiyonu'nun" Türk Hukukuna Etkisi, İstanbul 2008, s. 69.

¹⁰²⁷ CANBOLAT, Ayşe Gül, Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 2009, s. 99.

¹⁰²⁸ ERDEM, Teslim Borcu, s. 155.

¹⁰²⁹ ÖZDEMİR, Turkyay, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu), İstanbul 2006, s. 45.

içeriği Sözleşmenin B ekinde yer alan Demiryolları ile eşya taşımaya ilişkin Uluslararası Sözleşmede (CIM) gösterilmektedir¹⁰³⁰. Taşıma sözleşmesinin kurulmasına, eşyanın teslimine ilişkin delil oluşturması ve hasar ve/veya zıya halinde dayanılabilir bir belge niteliğinde olması hamule senedine yüklenen önemi göstermektedir¹⁰³¹.

hhh. Malların Sözleşmeye Özgülenmesi

aaaa. Genel Olarak

Viyana Satım Antlaşması'nın 67'nci maddesinin ikinci fıkrası, mallar üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim ya da diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasarın alıcıya geçmeyeceği şeklinde bir düzenleme içermektedir. Viyana Satım Antlaşması'nın 69'uncu maddesinin üçüncü fıkrası da sözleşmenin henüz ayırt edilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesiyle alıcının tasarrufuna hazır bulundurma olgusunun gerçekleşeceğini ifade etmektedir. Parça borcunda malın sözleşmeye tahsisi sözleşmenin kurulması ile gerçekleştiğinden bu hükmün özellikle cins borçları açısından önem taşıdığı belirtilmiştir¹⁰³². Ancak üzerinde herhangi bir isim, adres ya da ayırıcı hiçbir özellik olmaksızın bir malın taşıyıcıya verilmesi halinde hasar alıcıya geçmeyecektir ve bu sebeple sözleşmeye tahsis şartının aslında hem çeşit hem parça borcu açısından mevcut olduğu kabul edilmelidir¹⁰³³. Madde malların açıkça sözleşmeye tahsisinden bahsetmektedir, dolayısıyla tahsisin, malın hangi alıcıya ait olduğu konusunda şüpheye yer bırakmayacak şekilde yapılması gerekmektedir.

İlgili hüküm (CISG m. 67/f. 2), satıcının gönderme borcu içeren sözleşmelerde teslim borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılacağı ana kadar hasarın alıcıya geçmesini geciktirmektedir. Mallar tahsis edildiği andan itibaren hasar alıcıya geçmektedir ve ayırmanın etkisi geleceğe yöneliktir, yani o ana kadar hasar satıcıda kalmaktadır¹⁰³⁴. Malların sözleşmeye tahsis

¹⁰³⁰ ERDEM, Teslim Borcu, s. 155.

¹⁰³¹ ÖZDEMİR, T., s. 57.

¹⁰³² ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 227.

¹⁰³³ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 177, dpn. 245.

¹⁰³⁴ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 266; ATAMER, Hasarın İntikali, s. 157; Aynı yönde SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 684, N. 10, yazar CISG m. 67/f. 2'nin geriye dönük bir etkiyle riskin geçişini sağlamadığını ifade etmiştir ve mallar açıkça sözleşmeye tahsis edilene kadar riskin alıcıya geçmeyeceğini ortaya koymuştur.

edilmesi kuralının altında yatan ilkenin amacı kısmi ziya ya da zarar durumunda satıcının zayı olmuş ya da zarar görmüş eşyayı veya hasarlı malı hangi alıcının satın almış olduğunu yanlış olarak belirlememesini sağlamaktır¹⁰³⁵.

Özellikle deniz aşırı satışlarda mal, alıcıya tahsis edilmeden ve gönderilen olarak alıcı belirtilmeden gemiye yüklendiği ve birden fazla alıcıya aynı çeşitten mal gönderildiği için birçok sorun ortaya çıkmaktadır. Hasarın geçişi için zorunlu olan bireyselleştirme, alıcıya yükleme belgelerinin gönderilmesi yoluyla gerçekleşmektedir; ancak bununla beraber hasarın geçişi bakımından malların fiilen ayırt edilmiş olması aranmaktadır¹⁰³⁶. Doktrinde, alıcıya yükleme belgelerinin gönderilmesiyle, (hükümün geriye etkili bir hasarın geçişini kabul etmemesi durumunun aksine) hasarın geriye etkili olarak yükleme anından itibaren alıcıya geçmesi gerektiği, aksi takdirde zararın meydana geldiği an açısından birçok ispat sorununun gündeme geleceği ifade edilmektedir¹⁰³⁷.

Tahsisin ne anlama geldiği de açıklanmaya muhtaçtır; ancak Viyana Satım Antlaşması'na bakıldığında bu sözcüğün tanımına ilişkin Antlaşmanın hiçbir yol göstermediği görülmektedir. Günlük konuşma dilinde tahsis/özüleme, satıcının tahsis edilen malları alıcı ile yapılan sözleşmenin ifasında kullanmak niyetini ortaya koyan bazı davranışlarını ifade etmektedir. Mesela paketlenmiş mallarda, üzerinde etiket ve adres yazılması belirleme için yeterlidir. Satıcının davranışlarının fiilen geri dönülemez olması gerekmemekle birlikte tahsis edilen malları ilgili sözleşme için kullanma niyeti açıkça ortaya konulmalıdır. FOB satışlarda taşıyan, alıcı tarafından seçildiği için tahsis konusunda herhangi bir problem doğmamaktadır ve alıcının satıcıya gemi ve yükleme zamanı hakkında yapacağı ihbar üzerine malların yüklenmesini sağlamak satıcıya düşmektedir. Buna karşılık satıcının taşımayı ayarlamak için tüm adımları kendisinin atmasının gerektiği hallerde¹⁰³⁸, satıcının talebi üzerine alıcıyı konsinye (alıcı) olarak gösteren bir konişmentonun taşıyan tarafından düzenlenmesi de aynı sonucu doğurmaktadır¹⁰³⁹. Konişmentonun alıcı adına düzenlenmesi ve sözleşmedeki mallara ilişkin olması gerektiği için ayrıca malların tahsis edilmesine gerek olmayacaktır. Ayrıca

¹⁰³⁵ NICHOLAS, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb67.html>), N. 2.7.

¹⁰³⁶ ALTAY, s. 163.

¹⁰³⁷ Bu görüşü savunan yazarlar için bakınız ALTAY, s. 163, dpn. 459.

¹⁰³⁸ FOB satışlarda taşıma sözleşmesini akdetmek alıcının yükümlülüğündedir; ancak genişletilmiş FOB satışlarda satıcıya sözleşme ile taşıma sözleşmesi yapmak gibi bazı ek edim yükümleri yüklenebilmektedir. Bu konu hakkında bakınız ERDEM, Makaleler, s. 158.

¹⁰³⁹ BRIDGE, s. 207.

Viyana Satım Antlaşması 67'nci maddesinin 2'nci fıkrasında malların taşıma belgeleriyle sözleşmeye tahsis edilebileceğine açıkça yer vermiştir.

bbbb. Sözleşmeye Tahsis Yöntemleri

Tahsisin ne anlama geldiği Viyana Satım Antlaşması'nın 67'nci maddesinin ikinci fıkrasında açıklanmamış olmakla beraber malların belirlenmesine yönelik yöntemler maddede sınırlayıcı olmayan şekilde örnek olarak sayılmıştır¹⁰⁴⁰. Buna göre, malların üzerlerine ayırt edici işaretler konabilir. Taşıma belgeleri ile alıcıya yapılacak bildirim ya da diğer herhangi bir yolla da malların sözleşmeye tahsis edilmesi mümkündür. Bu yönüyle bu hüküm Viyana Satım Antlaşması'nın 32'nci maddesinin ilk fıkrasıyla uyum içindedir. CISG m. 32/f. 1 malların üzerlerine ayırt edici işaretler konulmasıyla, taşıma belgeleriyle ya da başka herhangi bir şekilde açıkça sözleşmeye tahsis edilmesinden bahseder. Mal üzerine konan işaretlere malın paketlenmiş ve üzerine alıcının isminin yazılmış olması örnek olarak verilebilecektir¹⁰⁴¹. Taşıma belgeleriyle de mallar sözleşmeye tahsis edilebilecektir. Mesela taşıma senedinde gönderilenin adı, soyadı ya da ticaret unvanı ile adresi gibi ayrıntılar (TTK m. 857) yer alacağından malların sözleşmeye tahsisi gerçekleşmiş olacaktır. Aynı şekilde konişmentoda gönderilenin adı ve soyadı ya da ticaret unvanının gösterilmiş (TTK m. 1229/f. 1, g bendi) olması tahsisin gerçekleşmesini sağlayacaktır. Maddede bunlar dışında başka herhangi bir yolla da malların sözleşmeye açıkça tahsis edilebileceği belirtilmiştir. Mesela balyalar halindeki malın numaralarının, çuval ya da kutu numaralarının alıcıya bildirilmesi, malın konteyner içinde bekletilmesi şeklinde olabilir¹⁰⁴².

Eğer malların sözleşmeye tahsisi alıcıya yapılacak bir bildirimle gerçekleşiyorsa bu bildirim alıcıya gönderilmesi yeterlidir ve CISG m 27 uyarınca bu bildirim alıcıya ulaşması aranmayacaktır¹⁰⁴³. İhbarın içeriği ve şekli konusunda CISG m. 32/f. 1 bir düzenleme içermemektedir, dolayısıyla yazılı ya da sözlü olarak yapılması mümkündür.

¹⁰⁴⁰ ACAR, Hasar Riski, s. 93.

¹⁰⁴¹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 175, dpn. 233.

¹⁰⁴² ALTAY, s. 131.

¹⁰⁴³ NICHOLAS, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb67.html>), N. 2.7; SCHLECHTRIEM /BUTLER, s. 168, N. 4.3.2-228; BM Satım Hukukunun ve INCOTERMS'in hasarın geçişi ya da tazminata karar verilmesi gibi belli ciddi hukuki sonuçlar doğuran bildirim yükümlülükleri içerdiği ve bu konuda BM Satım Hukukunun beyanda bulunanın beyanını duruma uygun araçlarla ve zamanında göndermesi suretiyle gönderme prensibinden hareket ettiği belirtilmiştir. [DOĞAN, Fatih, "INCOTERMS 2000 (Tarihi Gelişimi-Geçerlilik Kaynağı-Münferit Klotlar-Son Değişiklikler)", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, Cilt 1, s. 352-353].

Önemli olan husus koşullara uygun araçlarla yapılmış ve malın alıcı tarafından teşhisine elverişli olmasıdır¹⁰⁴⁴.

Alıcıya yapılacak bildirimden bir örnek olarak bahsedildiğine göre satıcı ayırt etme işlemini başka bir yolla gerçekleştirirse satıcının ayrıca bu hususu alıcıya bildirmesi gerekmeyecektir¹⁰⁴⁵. Sözleşmeye tahsisin başka yollardan gerçekleşmiş olduğu durumda ihbarın yapılmış olması sadece bilgilendirme amacına hizmet etmektedir; çünkü tahsisin objektif olarak var olması yeterlidir ve alıcının bundan haberdar edilmesi gerekmez. Mesela alıcının adına bir paketin yollanmasından alıcının haberdar edilmesine gerek yoktur. Bu halde teslim borcu ifa edilmiş olduğu gibi hasar da alıcıya geçmiştir¹⁰⁴⁶.

cccc. Toplu Taşınan Yükler Bakımından Durum

Toplu taşıma bakımından toplu taşınan yükün zarar görmesi durumunda hasarın farklı alıcılar tarafından nasıl taşınacağı hususu tartışmalıdır. Bu durumlarda riskin tam olarak geçtiği zamanı tespit etmek çok zordur¹⁰⁴⁷. Doktrindeki genel kanaat malların açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi gerektiği yolundaki CISG m. 67/f. 2 düzenlemesinin birden fazla alıcıya ait aynı tür malın toplu taşındığı durumlara uygulanmak üzere yapıldığı yönündedir¹⁰⁴⁸. Bu konuda ileri sürülen ilk görüş uyarınca eğer sözleşmeyle toplu taşıma kararlaştırılmışsa ya da buna imkân tanıyan ticari örf ve adet varsa alıcılar riski toplu olarak taşımaktadırlar. Malların kısmen zayi olması durumunda alıcılar paylarıyla orantılı olarak hasarı taşımaktadır. Buna karşılık malların tamamen zayi olması durumunda herkes tüm payını kaybetmektedir¹⁰⁴⁹. Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre, mallar çeşitli alıcılar arasında paylaşıldığı zaman tahsis de gerçekleşmektedir. Malların bu şekilde çeşitli alıcılar arasında paylaşılmasından önce malların zayi olması ya da zarara uğraması durumunda

¹⁰⁴⁴ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 178.

¹⁰⁴⁵ ŞAMLI, s. 329-330; CISG m. 32/f. 1 düzenlemesi de malların üzerlerine ayırt edici bir işaret konulması yoluyla, taşıma belgeleriyle ya da başka herhangi bir şekilde açıkça sözleşmeye tahsis edilmemesi durumunda satıcının göndermeyi alıcıya bildirmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu maddeden yola çıkılarak ayırt etmenin başka herhangi bir yolla gerçekleştirilmesi durumunda satıcının ayrıca bu hususu alıcıya bildirmesinin aranmayacağı söylenebilecektir.

¹⁰⁴⁶ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 178.

¹⁰⁴⁷ VALIOTI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N. 4. A. iii.

¹⁰⁴⁸ BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>); SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 684, N. 10a.

¹⁰⁴⁹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 684, N. 10a.

alıcılar malların bedelini ödemek zorunda kalmamaktadır¹⁰⁵⁰. Viyana Satım Antlaşması kütle halindeki taşımalara ilişkin olarak tatmin edici bir çözüm üretmiş olmadığı için malların toplu olarak taşınmaları durumunda taraflar hasar riskinin ne zaman geçeceğini kendi aralarında yapacakları sözleşmede net bir şekilde belirlemelidirler. Aksi halde beklemedikleri şekilde taşıma sırasında meydana gelen zararlardan sorumlu olma durumuna düşebileceklerdir¹⁰⁵¹.

Malın birden fazla alıcıya toplu olarak yollanması durumunda alıcılara yapılacak bildirimle tahsis gerçekleştirilecekse kaç birim mal gönderildiği veya ağırlıkları ya da nakil aracı hakkında bilgi verilmesi yeterli kabul edilmektedir¹⁰⁵².

iii. İspat Külfeti

Viyana Satım Antlaşması ispat yüküyle ilgili kural koymamıştır. Bu konudaki boşluk CISG m. 7/f. 2 uyarınca genel prensiplere başvurulmalıdır ve kendi lehine bir kurala dayanan kimse bunu ispatlamalıdır¹⁰⁵³. Bu sebeple hasarın geçtiği iddiasında bulunan şartların varlığını ispat etmelidir. Bu durumda ispat yükü altında olan genelde satıcı olacaktır¹⁰⁵⁴.

Kendi lehine bir kurala dayanan kimse bunu ispat külfeti altında olduğundan malların bedelinin ödenmesi gerektiğini iddia eden satıcı, hasar alıcıya geçtiğinde malların sözleşmeye uygun olduğunu ispatlamak zorundadır. Buna karşılık alıcı belgelerin teslim edilmesi karşılığında bedeli ödemiş ve sonrasında mallardaki ayıp sebebiyle sözleşmeyi ortadan kaldırmak isterse ayıbın hasarın geçtiği anda mevcut olduğuna ilişkin ispat yükünü taşıyacaktır¹⁰⁵⁵. Doktrinde ihtirazi kayıt ileri sürmeden sözleşmeye aykırı malı teslim almış olan alıcının zararın hangi anda meydana geldiğini ispat yükü altında olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁵⁶. Bir olayda satıcı Colorado şirketi ile Kanada yasalarına göre kurulmuş bir ortaklık olan alıcı belirli bir miktar domuz etinin satışı konusunda sözleşme ilişkisi içine girmiştir. Alıcının son müşterisi eti kullanacağı zaman etlerin elverişsiz koşullarda olduğunu fark etmiştir. Sonuç olarak, alıcı Amerika Birleşik Devletleri Tarım Bakanlığında malların

¹⁰⁵⁰ İlgili görüşler için bakınız **VALIOTI**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N. 4. A. iii.

¹⁰⁵¹ **ACAR**, Hasar Riski, s. 94.

¹⁰⁵² **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HUBER/WIDMER)**, s. 384-385, N. 5.

¹⁰⁵³ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 685, N. 11.

¹⁰⁵⁴ **ZEYİN**, CISG Hukuku, s. 228.

¹⁰⁵⁵ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 685, N. 11.

¹⁰⁵⁶ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 267.

incelenmesini istemiştir. Muayene sonucunda etlerin bazılarının bozulmuş, bazılarının iyi durumda olduğu anlaşılmıştır. Ancak etlerin bazısının iyi durumda olduğu tespit edilmiş olmasına rağmen tüm et sevkiyatına el konulmuştur. Satıcı bedelin ödenmesi talebiyle alıcı aleyhine dava açmış ve mahkeme faiziyle tüm sözleşme bedelinin ödenmesine karar vermiştir. Alıcı kararı temyiz etmiştir. Temyiz Mahkemesi, satıcının CISG m. 35 uyarınca miktarı, kalitesi, türü bakımından sözleşmeye uygun şekilde mal teslim etmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Ayrıca mahkeme alıcının riskin geçmesinden sonraki malların zayi olması veya zarar görmesinden sorumlu olduğunu; yani CISG m. 67/f. 1 uyarınca mallar taşıyıcıya verilmekle hasar riskinin alıcıya geçeceğini ve bu anda, alıcı davalının malların sözleşmeye uygun olmadığını ispat edememesi nedeniyle Bölge Mahkemesinin kararında haklı olduğunu belirtmiştir¹⁰⁵⁷.

Aynı şekilde 67'nci maddenin ilk fıkrasının ilk cümlesi uyarınca satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar malların alıcıya ulaştırılması amacıyla, satış sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesiyle alıcıya geçecektir. Eğer alıcı malların belirli bir yerde taşıyıcıya verilmesinin kararlaştırıldığını ve o yerde taşıyıcıya verilmediği sürece hasarın kendisine geçmeyeceğini iddia ediyorsa bunu ispat etmelidir. Nitekim bir mahkeme kararında İtalyan pizza kutusu üreticisinden kutu sipariş eden Alman davalının pizza kutuları Temmuz 1998'de kendisine teslim edildiğinde ilgili kutuların taşıyıcıya verilmesinden sonra taşıyıcıdan kaynaklanan şekilde zarara uğradığını fark edip hasarın kendisine geçmediği iddiası üzerine bedeli ödememesi sonucunda açılan davada alıcının iddiasını ispat edememesi nedeniyle alıcı davalının argümanını reddetmiştir. Alman (davalı) alıcı teslim yeri olarak Duisburg'u kararlaştırdıklarını ileri sürmüştür, dolayısıyla hasar riskinin sadece Duisburg'ta geçeceğini ve satıcının taşıyıcıdan kaynaklanan hasardan sorumlu olmaya devam edeceğini de iddialarına eklemiştir. Mahkeme de malların belirli bir yerde taşıyıcıya verilmesinin kararlaştırıldığının ispat yükünün alıcıya ait olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, alıcı böyle bir antlaşmanın varlığını kanıtlayamadığı için CISG m. 31/f. 1 (a) bendinde belirtilen genel kuralın uygulanacağını belirtmiştir. CISG m. 31/f. 1 (a) bendine göre satıcı sadece taşıyıcıya malları vermekle yükümlü olup CISG m. 67/f. 1, 1'inci cümlesi

¹⁰⁵⁷ ABD, Federal Appellate Court (7th Circuit), 23.05.2005, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1032&step=Abstract>.

uyarınca malların ilk taşıyıcıya verilmesiyle hasar riski alıcıya geçecektir. Sonuç olarak satıcı malları taşıyıcıya vermesinden sonraki zararlardan sorumlu tutulamayacaktır¹⁰⁵⁸.

dd. Taşıma Halindeyken Satılan Mallara İlişkin Hasarın Geçişi (Vienna Satım Antlaşması m. 68)

Vienna Satım Antlaşması'nın 68'inci maddesi malların taşınması sırasında satılması halinde hasarın ne zaman geçeceğini düzenlemektedir. İlgili düzenleme şu şekildedir: *“Taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. Ancak koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir. Buna karşılık, satım sözleşmesinin akdi anında malın zayi olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır”*. Burada söz konusu olan aynı satıcının birden çok alıcıya aynı malı satması değil, malın henüz varma noktasına ulaşmadan zincirleme olarak arka arkaya satılmasıdır¹⁰⁵⁹. Ticari satımlarda, taşıma faaliyeti devam ederken malların defalarca el değiştirmesi ve dolayısıyla alıcılar ve satıcılar silsilesinin oluşması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Ticari hayatta bu uygulama, ard arda, zincirleme, dize, ardışık satım (string sales) gibi terimlerle ifade edilmeye çalışılmaktadır¹⁰⁶⁰. CISG m. 68 bu hallerde hasarın alıcıya geçiş anını tespit etmektedir. Vienna Satım Antlaşması'nın 68'inci maddesinin 2'nci cümlesi hasarın geçmişe etkili olarak alıcıya geçişini düzenlemektedir. İlgili düzenlemenin son cümlesi ise satıcının kötü niyetli sayılması sonucunda hasar riskinin satıcıda kaldığı duruma ilişkin düzenleme getirmektedir.

aaa. Hasarın Geçiş Anı: Satış Sözleşmesinin Kurulması Anı

Taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satış sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçmektedir¹⁰⁶¹. Vienna Satım Antlaşması'nın ilk cümlesi ile temas edilen

¹⁰⁵⁸ Almanya AG Duisburg (AG=Amtsgericht=Petty Court), CLOUT No. 360, 13 Nisan 2000 tarihli karar için bakınız (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/000413g1.html>).

¹⁰⁵⁹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 267.

¹⁰⁶⁰ CANER, Oğuz, “INCOTERMS 2010 (ICC RULES FOR THE USE OF DOMESTIC AND INTERNATIONAL TRADE TERMS)”, 10. Yıl'a Armağan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 11, Sayı 22, Güz 2012/2, s. 250-251.

¹⁰⁶¹ Çin, China International Economic&Trade Arbitration Commission, 01.04.1997, (Fishmeal case), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/970401c1.html>; Rusça hazırlanan metnin 68'inci maddesi

nokta “taşıma halinde iken satılan mallar”a ilişkindir; ancak buradaki “satılma” sözünden, CISG mülkiyetin devrine ilişkin herhangi bir kural içermediği için, bazı hukuk sistemlerinde anlaşıldığı gibi malların mülkiyetinin alıcıya geçtiği anlamı çıkartılamayacaktır. Mesela satış sözleşmesinde hasarın geçişinde “*casum sentit dominus*” ya da “*res perit domino*” ilkesinden yola çıkan Fransız hukukunda, hasarın geçişi mülkiyetin geçişine bağlanmıştır. Fransız hukukunda mülkiyet ve hasar, teslim gerekmesizin sözleşmenin kuruluşuyla beraber alıcıya geçmektedir¹⁰⁶². Bir kişinin kendi malına kusuru dışında meydana gelen hasara katlanması doğaldır. Roma hukukundan beri kabul edilen bu ilkeye “hasar malike aittir” kuralı denmektedir¹⁰⁶³. Bu kural, EBK döneminde satış sözleşmesinde satıcı lehine yumuşatılmış ve parça borçlarında hasarın, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçeceği esası kabul edilmişti. Türk Borçlar Kanunu’nda ise “sözleşme prensibi” terk edilmiş ve hasarın taşınırlarda zilyetliğin devredilmesiyle alıcıya geçeceği ilkesi benimsenmiştir. Maddede geçen zilyetliğin devri ifadesini “ayni akid” ve “teslim veya alıcı kabul ederse teslim dışında bir yolla zilyetliğin devri olarak okumak gerekmektedir¹⁰⁶⁴. Alman Medeni Kanununa göre de, satış konusu maldaki hasarlar, malın tesliminden başlayarak alıcıya geçmektedir. Viyana Satım Antlaşması ise hasarın geçişi anını ulusal hukuklardaki kabul edilen bu sistemlerden farklı olarak hem teslimden hem de mülkiyetin geçişi sorunundan bağımsız olarak düzenlemiştir. Antlaşma farklı türdeki taşıma içeren uluslararası sözleşmelerin pratik ihtiyaçlarıyla başa çıkılabilmesi düşüncesiyle hasarın geçişini farklı esaslara bağlamıştır. Dolayısıyla “satılma” sözüyle malların mülkiyetinin alıcıya geçtiği anlamı çıkartılmamalıdır. Bunun yerine satış sözleşmesinin konusunu oluşturan, yüklemesi tamamlanmış ve varma yerine doğru yola çıkmış malların kastedilmiş olabileceği belirtilmelidir¹⁰⁶⁵.

Viyana Satım Antlaşması’nın 68’inci maddesi hasarın geçtiği an olarak satış sözleşmesinin kurulduğu anı kabul etmiştir. Sözleşmenin kurulduğu an ise CISG m. 23 uyarınca tespit edilecektir. Viyana Satım Antlaşması’nın 23’üncü maddesi kabul beyanının

taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasarın satış sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçeceğine ilişkin cümleyi içermemektedir. Dolayısıyla 2003 yılında verilen bir kararda CISG m. 68 uyarınca hasarın geçmesiyle ilgili olarak taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasarın taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında alıcıya geçeceği belirtilmiştir: Rusya, Federal Arbitration Court for the Northwestern Circuit, 03.06.2003, (Appellate Court), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/030603r1.html>.

¹⁰⁶² ERİŞGİN, s. 153-154.

¹⁰⁶³ AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 73.

¹⁰⁶⁴ Bu konu hakkında bakınız Bölüm II, § 4 B II.

¹⁰⁶⁵ BRIDGE, s. 209.

CISG m. 18'e uygun olarak hüküm doğurduğu anı sözleşmenin kurulduğu an olarak kabul etmiştir. Kabul beyanının nasıl yapılması gerektiği, kabul süresi ve etkisi CISG m. 18'de ortaya konulmuştur. Viyana Satım Antlaşması'nın 18'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, kabul ya bir beyan ya da muhatabın rızasını gösteren başka bir davranışla gerçekleştirilebilmektedir. Bu bağlamda Viyana Satım Antlaşması'nın 8'inci ve 9'uncu maddeleri büyük önem taşımaktadır; çünkü ticari teamüller belirli bir hareketin kabul sayılıp sayılmayacağı sonucunu etkileyebilmektedir¹⁰⁶⁶. Ayrıca hukuk sistemlerinin çoğunda olduğu gibi susma veya eylemsizlik tek başına kabul anlamına gelmemektedir; ancak CISG m. 9 uyarınca taraflar arasındaki yerleşmiş alışkanlıklar ve teamüller nedeniyle aksi sonuca varılabilmesi de mümkündür¹⁰⁶⁷. Viyana Satım Antlaşması'nın 18'inci maddesinin 2'nci fıkrasının ilk cümlesine göre kabul, rızaya dair bir beyanın icapta bulunan kimseye ulaşmasıyla hüküm doğuracaktır; ancak aynı maddenin 3'üncü fıkrası kabulün, hareketin yapıldığı andan itibaren hüküm doğuracağı duruma ilişkin düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla CISG m. 68/c. 1 uyarınca hasarın geçtiği anı tespit etmek bakımından CISG m. 23 ve m. 18'i göz önüne almak gerekecektir.

Viyana Satım Antlaşması'nın 68'inci maddesi bakımından, CISG m. 67/f. 1'deki malların taşıyıcıya verilmesi ile hasarın alıcıya geçmesi kuralı uygulama alanı bulamaz; çünkü malların "alıcıya ulaştırılması amacıyla" taşıyıcıya verilmesi şartı gerçekleşmemiştir¹⁰⁶⁸. Nihai alıcı malların ilk taşıyıcıya tesliminde değil, taşıma işlemi devam ederken tespit edilmektedir¹⁰⁶⁹.

CISG m. 68 uyarınca, malın henüz varma noktasına ulaşmadan, zincirleme olarak arka arkaya satılması durumunda ikinci satış sözleşmesinin yapılmasıyla beraber hasar yeni alıcıya geçecektir, yani kural yine geriye yürümezliktir. Mal ilk taşıyıcıya verilene kadar hasarı ilk satıcı, ikinci satış sözleşmesi yapılana kadar hasarı ilk alıcı (ikinci satış sözleşmesi bakımından ikinci satıcı), ikinci satış sözleşmesi yapıldıktan sonra ikinci alıcı taşıyacaktır¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁶ **SCHWENZER**, Ingeborg/**MOHS**, Florian, "Sözleşmenin Kurulması", (Çeviren: Gözde Kayacık), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 92.

¹⁰⁶⁷ **SCHWENZER/MOHS**, s. 93.

¹⁰⁶⁸ **NICHOLAS**, Barry, "Article 68", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb68.html>), N. 2.1; **ÇAKIRCA**, Passing Of Risk, s. 100.

¹⁰⁶⁹ **ACAR**, Hasar Riski, s. 98.

¹⁰⁷⁰ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 267.

Dolayısıyla taşınmakta olan malların satışında hasar alıcıya kural olarak ex nunc (ileriye etkili) geçmektedir¹⁰⁷¹. Ayrıca nakil halindeyken¹⁰⁷² satılan mallar bakımından riskin ayrılmış olduğu görülmektedir. Malların zayi olduğu veya zarar gördüğü zamanın tespit edilememesi durumunda ispat yüküne ilişkin kurallar aracılığı ile hangi tarafın riski taşıdığı belirlenecektir¹⁰⁷³. Kendi lehine bir kurala dayanan kimse bunu ispat külfeti altında olduğundan sorumluluktan kurtulmak isteyen satıcı hasarın zaten alıcıya geçmiş olduğunu ispatlamak zorundadır¹⁰⁷⁴.

Viyana Satım Antlaşması'nın 68'inci madde metninde malın ayırt edilmesine değinilmemiştir; ancak doktrinde çeşit borçları açısından CISG m. 67/f. 2'de ve CISG m. 69/f. 3'te yer alan açık şekilde sözleşmeye tahsis edilmiş olma şartının CISG m. 68 bakımından da söz konusu olduğu ve hasarın ancak genel olarak malların somut olarak sözleşmeye tahsisi ile geçeceği ifade edilmektedir¹⁰⁷⁵. Taşıma halindeyken satılan mallar bakımından ayırt etme işleminin genellikle konişmento veya malların yüklendiğine ilişkin bir ihbarnamenin alıcıya gönderilmesi yoluyla yapılacağı belirtilmelidir¹⁰⁷⁶.

bbb. Koşulların Haklı Göstermesi Halinde Hasarın Geçiş Anı

Viyana Satım Antlaşması'nın 68'inci maddesinin 2'nci cümlesi uyarınca koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında yani geriye etkili olarak hasar alıcı tarafından üstlenilmektedir¹⁰⁷⁷. Hasarın geçmişe etkili olarak satış sözleşmesinin kurulmasından önce alıcıya geçmesi durumun koşullarına uygundur. Çünkü hasar riskinin sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçmesi yolundaki genel kural uygulandığında ve mallar taşınırken henüz varma noktasına ulaşmadan, zincirleme olarak arka arkaya satılması durumunda hasarın taşıma işleminin hangi döneminde ortaya çıktığının, dolayısıyla hasara kimin katlanacağını belirlenmesi çok büyük

¹⁰⁷¹ **ROMEIN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>).

¹⁰⁷² "Nakil halinde" ile ifadesi ile kastedilen, malın uçak, gemi, tren ya da kara yolu ile taşınır durumda olmasıdır. (**ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 267, dñn. 765; Aynı yönde **ROMEIN**, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>; **SCHLECHTRIEM/BUTLER**, s. 169, N.4.3.3-230).

¹⁰⁷³ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 687, N. 3.

¹⁰⁷⁴ **ROMEIN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>).

¹⁰⁷⁵ **ROMEIN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>); **ACAR**, Hasar Riski, s. 100.

¹⁰⁷⁶ **ROMEIN**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>).

¹⁰⁷⁷ Bu konuda ULIS m. 99'un getirdiği düzenleme hakkında bakınız **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 686, N. 1.

ispat zorluklarını beraberinde getirmektedir. Bu sebeple tüm taşıma süresi boyunca hasarı tek bir tarafın taşıması uygun olmaktadır¹⁰⁷⁸.

Zarara neden olan olayın hangi evrede gerçekleştiğini tespit etmenin her zaman mümkün olmaması sebebiyle nakliye rizikosunu alıcı ve satıcı arasında paylaştıran 68'inci madde düzenlemesi bu paylaşımın hesaplanmasının güç olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir; ancak 68'inci madde düzenlemesi bu şekildeki güç bir araştırmayı önlemek için hasarın geçmişe etkili olarak geçişi imkânını getirmektedir. Ancak doktrinde CISG m. 6 ve m. 9 düzenlemeleri sayesinde aksine sözleşme ya da teamülün kabulü ile aynı sonuca ulaşılması mümkünken, CISG m. 68 hükmünün bu ihtimale ilişkin açık düzenlemeler getirmesinin ilginç olduğu ifade edilmiştir, üstelik CISG m. 68 hükmünün lafzının da “koşulların haklı göstermesi durumunda” hasarın geçmişe etkili olarak geçişinin ne zaman yerinde olacağını belirlemek konusunda çok az bilgi verdiği hususunda ilgili düzenlemeye eleştiri getirilmektedir¹⁰⁷⁹. Koşulların hasarın geriye etkili olarak geçmesini haklı gösterip göstermediğinin tayininde taraf iradelerini de dikkate alma zorunluluğu bulunmaktadır¹⁰⁸⁰. NICHOLAS “koşulların haklı göstermesi” deyiminden taraf iradelerinin bu yönde olması gerekliliğinden daha fazla bir anlamın çıkması gerektiğini, aksi durumda bu cümlenin gereksiz olacağını ve CISG m. 6 ve m. 9 (2) doğrultusunda zaten tarafların açık veya zımni iradelerinin öncelikli olduğunu belirtmiştir¹⁰⁸¹. Bununla beraber doktrinde taşıma sigortasının varlığının hasarın geriye etkili olarak alıcıya geçmesini haklı gösteren koşul olduğu konusunda fikir birliği vardır ve özellikle CIF satışı böyle bir durumdur ve bu tür satışlarda geçmişe etki yerinde olmaktadır¹⁰⁸². FOB satışlar bakımından ise hasarın geçiş anını geriye yürütmenin uygun olmadığı ifade edilmektedir; çünkü satıcı alıcıya nakledilecek bir sigorta sözleşmesi kurmamaktadır¹⁰⁸³. Taraflar arasındaki anlaşmazlıkların önlenmesi için, doktrinde, ziya veya zararın meydana geldiği zamanın bilinmemesi hali de riskin geriye

¹⁰⁷⁸ ŞAMLI, s. 333; ACAR, Hasar Riski, s. 98; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 267; ÇAKIRCA, Passing Of Risk, s. 101.

¹⁰⁷⁹ BRIDGE, s. 210.

¹⁰⁸⁰ ŞAMLI, s. 334.

¹⁰⁸¹ NICHOLAS, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb68.html>), N. 2.2.

¹⁰⁸² SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 687, N. 4; ROMEIN, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>); ALTAY, s. 164; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 268; BRIDGE, s. 210; Alıcının yararına olarak malın taşıyıcıya verildiği andan itibaren taşıma risklerine karşı sigortalanmış olmasının haklı sebep olarak kabul edildiği yolunda bakınız ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 229.

¹⁰⁸³ BRIDGE, s. 210.

dönük olarak alıcıya geçmesini haklı gösteren koşul olarak kabul edilmektedir; ancak bu halde de satıcının sigortalanan malları satmış olması durumu istisna tutulmuştur¹⁰⁸⁴. Zira böyle bir durumda bile hasarın geriye dönük olarak geçtiğinin kabulü hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır.

Hasarın birden çok kişi arasında bölünmesinin engellenmesi ile sağlanacak menfaat, alıcının sözleşmenin kurulmasından önce meydana gelen zıya ya da zararın rizikosunu üstlenmemesine dair menfaatine ağır basıyorsa koşulların bunu haklı gösterdiği ifade edilebilir; ancak bu sonuçtan ayrılmayı gerektiren tarafların açık iradesi her zaman önceliklidir¹⁰⁸⁵.

Hasarın geriye etkili olarak alıcıya geçmesinin temel şartı, malların, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenlemiş bulunan bir taşıyıcıya teslimidir. Bu düzenleme bakımından taşıma sözleşmesinin ve taşıma sözleşmesine ilişkin belgelerin neler olduğunun açıklanması gerekmektedir. Taşıma sözleşmesi, taşıyıcının eşyayı belirli bir ücret karşılığında bir yerden bir yere taşımaya üstlendiği sözleşme olarak tanımlanabilecektir¹⁰⁸⁶. Bu tanımlama ile doktrinde taşıma sözleşmesi, iş görme sözleşmeleri sınıfına dâhil edilmektedir¹⁰⁸⁷; ancak taşıma sözleşmesinin iş görme sözleşmelerinden hangisine dâhil olduğu konusunda görüş birliği yoktur. Doktrinde bir görüş, 818 Sayılı EBK'nın ilga edilmiş 431'inci maddesinde yer alan vekâlet hükümlerine yapılan açık atfı göz önüne alarak taşıma sözleşmesinin vekâlet sözleşmesinin özel bir çeşidi olduğunu ifade etmektedir¹⁰⁸⁸. Buna karşılık diğer bir görüş, taşıma sözleşmesinin eser sözleşmesine dâhil olduğu yolundadır; çünkü taşıma sözleşmesinin amacı, belirli bir eşyanın herhangi bir yerden diğer bir yere tam ve sağlam olarak ve kararlaştırılmış süre içerisinde taşınmasıdır. Diğer bir ifadeyle taşıma sözleşmesinde belirli bir sonucun elde edilmesinin önemli olması sebebiyle taşıma sözleşmesinin niteliği itibariyle bir

¹⁰⁸⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 687, N. 4.

¹⁰⁸⁵ ŞAMLI, s. 334.

¹⁰⁸⁶ ADIGÜZEL, Burak, Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2012, s. 32-33; GENÇTÜRK, Muharrem, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul 2006, s. 12; Sözer ise taşıma sözleşmesini şöyle tanımlamıştır: “Taşıma sözleşmesi, taşıyanın, ücret karşılığında, yolcu ya da yükü, muhafazası ve nezareti altında, bir yerden bir başka yere götürmeyi ve varma yerinde teslim etmeyi taahhüt ettiği sözleşmedir” (SÖZER, Bülent, Deniz Ticaret Hukuku-I (Giriş-Gemi Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, İstanbul 2013, s. 267).

¹⁰⁸⁷ ARKAN, Sabih, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 29; ADIGÜZEL, s. 33.

¹⁰⁸⁸ BİRSEN, Kemaleddin, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1954, s. 11; FEYZİOĞLU, s. 30.

eser sözleşmesi olduğu belirtilmiştir¹⁰⁸⁹. TÜZÜNER de taşıma sözleşmesinin, iş görme amacı güden sözleşmelerle bağlantısını şöyle kurmuştur: “Vekâlet sözleşmesindeki vekilin bizzat ifa yükümlülüğü, ayrıca müvekkilin ancak aksine anlaşma varsa vekâlet ücreti ödeme yükümlülüğü, taşıma sözleşmesini vekâlet sözleşmesinden uzaklaştırmaktadır. Hizmet sözleşmesindeki işçinin işverene bağımlı olarak iş görme yükümlülüğü, taşıma sözleşmesiyle hizmet sözleşmesi arasında benzerlik kurulmasına engel olmaktadır. Buna karşılık, eser sözleşmesinde, yüklenicinin imalatı kendi yönetimi altında yardımcılara yaptırabilmesi ve sonuç taahhüdünün bulunması, özellikle iş sahibinin imal borcu karşılığında ücret ödemekle yükümlü olması hususları, taşıma ve eser sözleşmeleri arasında benzerlik kurulmasını sağlamaktadır. Bu nedenlerle, taşıma sözleşmesi, iş görme amacı güden sözleşmelerle bağlantısı bakımından, vekâlet ve hizmet sözleşmelerinden ziyade, eser sözleşmesiyle, niteliği, kuruluşu ve sona ermesi açılarından benzerlik arz etmektedir”¹⁰⁹⁰. Ancak, bu görüşlerden hangisi esas alınırsa alınsın vekâlet veya eser sözleşmesinin hükümlerinin uygulanması, somut uyuşmazlığı çözmek için ne ilgili sözleşmede ne de sözleşmenin asıl hüviyeti bakımından uygulanabilecek özel maddelerde (Mesela TTK m. 1138 vd. veya SHK m. 110 vd) hüküm bulunmaması durumunda kabul edilebilir¹⁰⁹¹. Ancak boşluk olması durumunda vekâlet sözleşmesinin iş görme sözleşmeleri alanında taşıyıcı sözleşme olması nedeniyle vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere başvurulabilecektir. Son olarak taşıma sözleşmesinin esaslı unsurları “taşınacak eşya, taşıma ücreti ve anlaşma” olarak belirtilebilir¹⁰⁹².

Taşıma sözleşmesine ilişkin belgelerin mal üzerinde tasarruf yetkisini sağlamanın bir önemi bulunmamaktadır; çünkü burada taşıma sözleşmesine ilişkin belgelerle kastedilen, taşıma sözleşmesinin kurulduğunu ispatlayan tüm belgelerdir¹⁰⁹³. Taşıma sözleşmesine ilişkin belgeler taşımanın türüne göre farklılık göstermektedir. Karayolu ile taşımada, Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi’ne (CMR) uygun olarak bir

¹⁰⁸⁹ ARKAN, Taşıyıcının Sorumluluğu, s. 30; DOĞANAY, İsmail, “Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Karada Eşya Nakliyatı”, Adalet Dergisi 1960, Sayı 9, s. 669.

¹⁰⁹⁰ TÜZÜNER, Özlem, “Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve İş Görme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi”, TBB Dergisi 2012, Sayı 101, s. 190.

¹⁰⁹¹ SÖZER, s. 285 vd.

¹⁰⁹² TÜZÜNER, s. 172; Gençtürk ise taşıma sözleşmesinin unsurlarının taşıma taahhüdü ve ücret olarak iki tane olduğunu belirtmiştir (GENÇTÜRK, s. 13 vd).

¹⁰⁹³ ALTAY, s. 164; ŞAMLI, s. 333; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 229; ACAR, Hasar Riski, s. 99; SCHLECHTRIEM/BUTLER, s. 170, N. 4.3.3-231.

sevk mektubu (CMR Senedi) düzenlenir. Düzenlenecek CMR-taşıma senedi, CMR'nin 9'uncu maddesinin 1'inci fıkrasına göre, taşıma sözleşmesinin varlığına, sözleşmenin koşullarına ve yükün taşıyıcı tarafından kabul edildiğine karine teşkil edecektir. Bu noktada, taşıma senedi, her iki tarafın da taşıma sözleşmesinin akdi ve içeriği hakkındaki iddialarında dayanabilecekleri bir ispat belgesi olarak söz konusu ispatı kolaylaştırıcı bir rol oynar¹⁰⁹⁴. Deniz yolu ile taşımada taşıyan tarafından verilecek olan belgenin adı koniþmentodur. Koniþmentonun ETTK'da kanuni bir tanımı mevcut değilken, TTK m. 1228/f. 1'de koniþmentonun tanımı yapılmıştır. Bu tanıma göre: “*Koniþmento, bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir*”. Uluslararası taşımalarda koniþmento 25 Ağustos 1924 tarihli “Koniþmento Hakkında Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Uluslararası Sözleşme” (1924 Lahey Kuralları) ile düzenlenmiştir ve Sözleşme m. 3 koniþmentonun şeklini göstermektedir¹⁰⁹⁵. 1924 Lahey Kuralları anlamında koniþmento, tedavül kabiliyetine sahip, eşyayı temsil etmesi amacıyla taşıyan ya da onun temsilcisi tarafından düzenlenen bir yük taşıma belgesidir. Koniþmento, meşru hamiline varma limanında yükün teslimini isteme hakkı vermektedir ve bu açıdan senedin meşru hamile teslimi, yükün teslimi anlamına gelir ki, bu sayede yük daha yoldayken üzerinde temlik, rehin gibi bir takım hukuki işlemler yapılabilir¹⁰⁹⁶. Havayolu ile taşımada, malları temsil eden evraka havayolu yük senedi denir ve hava yük senedi Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 110/f. 1 hükmüne göre taşıyıcı tarafından, Varşova/Lahey Konvansiyonu m. 5/f. 1 hükmüne göre ise gönderici tarafından düzenlenmesi gereken bir taşıma belgesidir. Buna göre ulusal taşımalar bakımından gönderici, taşıyıcıdan, uluslararası taşımalar bakımından ise Varşova/Lahey Konvansiyonu hükümleri uyarınca taşıyıcı, göndericiden bir hava yük senedi düzenlenerek kendisine verilmesini talep etme hakkına sahip bulunmaktadır¹⁰⁹⁷. Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere havayolu yük senedi, ulusal taşımada, Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 110'a uygun olmalıdır. Uluslararası taşımada ise, 12 Ekim 1929 tarihli Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Sözleşme ve buna ek 28 Eylül 1955 tarihli (Lahey Protokolü), 18 Eylül 1961 tarihli

¹⁰⁹⁴ **YEŞİLOVA**, Ecehan, “CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, Cilt 7, Sayı 1, s. 241.

¹⁰⁹⁵ **ERDEM**, Teslim Borcu, s. 154-155.

¹⁰⁹⁶ **ATEŞ**, Ebru, Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen “Koniþmentolu Taşımalar Hakkında Bazı Kuralların Birleştirilmesine Dair 1924 Brüksel (Lahey) Konvansiyonu'nun” Türk Hukukuna Etkisi, İstanbul 2008, s. 69.

¹⁰⁹⁷ **CANBOLAT**, Ayşe Gül, Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 2009, s. 99.

(Guadalajara Protokolü) ve 1975 tarihli Montrö Protokollerine uygun olmalıdır. Havayolu taşıma senedinin şekli ise 4 Sayılı Montrö Protokolü ile değiştirilmiş olan 8'inci maddesinde gösterilmektedir¹⁰⁹⁸. Taşıma senedinin yokluğu, kaybı ya da usulüne uygun olmaması Varşova Konvansiyonu çerçevesinde yapılan bir taşımanın varlığına engel teşkil etmez; buna rağmen taşımanın senede bağlanması sadece ispat açısından önem arz eder. Hava yük senedi, gönderenden teslim alınan ve gönderilene teslim edilen eşyanın hak sahipliğini ve taşıma sözleşmesini kanıtlaması açısından önemli ispat fonksiyonuna sahiptir¹⁰⁹⁹. Demiryolu ile taşımada ise, taşıyıcı tarafından verilen senedin adı, taşıma senedir. Taşıma ulusal ise hamule senedi 1872 tarihli Rumeli Demiryolları İşletme Nizamnamesi tarafından düzenlenmektedir. Taşıma uluslararası ise, taşıma senedi, Uluslararası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme'ye (COTIF) tabidir. Taşıma senedi ihdası yükümlülüğü ve içeriği Sözleşmenin B ekinde yer alan Demiryolları ile eşya taşımaya ilişkin Uluslararası Sözleşmede (CIM) gösterilmektedir¹¹⁰⁰. Taşıma sözleşmesinin kurulmasına, eşyanın teslimine ilişkin delil oluşturması ve hasar ve/veya zıya halinde dayanılabilir bir belge niteliğinde olması hamule senedine yüklenen önemi göstermektedir¹¹⁰¹.

Birden fazla taşıyıcının söz konusu olması durumunda belirleyici olan husus taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenlemiş olan taşıyıcıya teslimdir¹¹⁰². Buna karşılık taşıma işi, her biri anılan belgeleri düzenleyen birden çok taşıyıcı tarafından gerçekleştirilecekse, hasarın geçişi bakımından belgeleri düzenleyen ilk taşıyıcıya malın verilmesi anı belirleyici olacaktır¹¹⁰³.

Geçmiş etkinin kabul edildiği hallerde Viyana Satım Antlaşması'nın 68'inci maddesi sözleşmenin kurulma tarihinden önce gerçekleşmiş hasarın bile alıcıya geçmesine imkân tanımaktadır; ancak bu durum CISG m. 68'in geçmişe etkililik ilkesini kabulünün kaçınılmaz bir sonucudur¹¹⁰⁴.

¹⁰⁹⁸ ERDEM, Teslim Borcu, s. 155.

¹⁰⁹⁹ ÖZDEMİR, Turky, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu), İstanbul 2006, s. 45.

¹¹⁰⁰ ERDEM, Teslim Borcu, s. 155.

¹¹⁰¹ ÖZDEMİR, T., s. 57.

¹¹⁰² ENDERLEIN/MASKOW, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>), Article 68, N. 4.

¹¹⁰³ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 229; ŞAMLI, s. 333.

¹¹⁰⁴ BRIDGE, s. 210-211.

ccc. Satıcının Kötü Niyeti: Malın Zayi Olduğunun veya Hasar Gördüğünün Açıklanmaması Halinde Hasarın Geçişi

Viyana Satım Antlaşması'nın 68'inci maddesinin 3'üncü cümlesi satış sözleşmesinin akdi anında malın zayi olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği ya da bilmesi gerektiği durumlarda bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcının taşıyacağına ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Böylece satıcının zarara uğramış malları elden çıkarmak amacıyla, durumdan habersiz alıcıya satarak onu zarara uğratması ve hasarın geçişine ilişkin hükümlere bu amaçla dayanması engellenmek istenmiştir¹¹⁰⁵. Aslında burada CISG m. 7/f. 1'deki dürüstlük kuralının özel bir uygulaması söz konusudur¹¹⁰⁶.

CISG sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan imkânsızlık ile sonraki imkânsızlık arasında bir ayırım yapmadan imkânsız sözleşmelerin geçerli olacağını ve satıcının kusuru bulunması durumunda sorumlu tutulacağını kabul etmiştir. Her ne kadar bu hususu açık bir hükümle ifade etmemiş olsa da CISG m. 68/son cümle düzenlemesinden bu sonucun çıkarılması mümkündür. Bu hüküm uyarınca malın başlangıçta mevcut olmaması durumunda bile satış sözleşmesi geçerliliğini koruyacak; ancak bu durumu bilen ya da bilebilecek durumda olan satıcının sözleşmesel sorumluluğu doğacaktır. Bu sebeple başlangıçtaki imkânsızlığa butlan hükümlerini uygulayan iç hukuk kurallarına başvurulmayacağı açıktır¹¹⁰⁷.

Viyana Satım Antlaşması'nın 68'inci maddesinin son cümlesindeki istisnanın yani malların zayi olduğunun veya zarara uğradığının satıcı tarafından sözleşmenin kurulması anında bilindiği ya da bilinmesinin gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa hasarın satıcıya ait olacağı hususunun, 68'inci maddenin ilk cümlesi bakımından geçerli olup olmadığı tartışılmaktadır. Ancak CISG m. 68/c. 1 taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasarın satış sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçeceğini ifade etmektedir, dolayısıyla sorun bu andan sonraki hasarı kimin taşıyacağıdır. Sözleşmenin kurulmasından önce malın zayi olması ya da zarar görmüş bulunması söz konusu ise bu hasar sorunu oluşturmayacaktır. Bu dönemde yaşananlardan ötürü satıcı ya borcunu ifa edemediği için (mal daha önce telef olmuş) ya da sözleşmeye aykırı ifa ettiği için (mal zarar görmüş) alıcıya karşı

¹¹⁰⁵ ALTAY, s. 164.

¹¹⁰⁶ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 229.

¹¹⁰⁷ BAŞOĞLU, Başak, "Sözleşmenin Konusundaki İmkânsızlık", Belgin Erdoğan'a Armağan, İstanbul 2011, s. 507; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 687, N. 2.

kural olarak sorumlu olur ve satıcının sözleşmeye aykırı durumu biliyor olması ya da bilmesinin gerekmesi sadece ihbar sürelerine ilişkin CISG m. 40¹¹⁰⁸ ve m. 43¹¹⁰⁹ çerçevesinde değerlendirilebilir¹¹¹⁰. Sonuç olarak Viyana Satım Antlaşması'nın 68'inci maddesinin son cümlesi satıcının kötüniyetli olması durumunda hasar riskinin geriye yürüyerek malların ilk taşıyıcıya teslimi anında alıcıya geçmesini engellemektedir. Satıcının kötüniyetinin hasarın geriye etkili olarak geçişini engellemesi yönündeki bu kural, hasarın zaten sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçtiğini öngören 68'inci maddenin ilk cümlesi bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. Malların zayı olduğunun veya zarara uğradığının satıcı tarafından sözleşmenin kurulması anında bilindiği ya da bilinmesinin gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa hasarın satıcıya ait olacağı hususu (CISG m. 68/c. 3) sadece hasarın malların taşıyıcıya verilmesiyle geçmişe etkili olarak alıcıya geçişini öngören m. 68/c. 2 açısından bir istisna getirmektedir; çünkü m. 68/c. 2 uyarınca alıcı çok istisnai olarak sözleşmenin kurulmasından önceki dönem için de hasarı taşımaktadır ve bunu sınırlandırarak alıcıyı mümkün olduğunca koruma ihtiyacı satıcının iyiniyetli olmasını zorunlu kılan CISG m. 68/c. 3 düzenlemesinin getirilmesi sonucunu doğurmuştur¹¹¹¹.

Doktrin satıcının bazı zararları bilmesine karşılık diğer bazı zararları, hatta malların bütünüyle zayı olmasına neden olacak derecede büyük bir zararın varlığını bilmemesi olasılığında kesinlik ve hukuksal sadelik ihtiyacının bu hallerde de geçmişe etkili olarak hasarın geçişini tümünden reddetmeyi gerektirdiğini ifade etmektedir¹¹¹². Bu konuda ileri sürülen başka bir görüş ise dolaylı yoldan aynı sonuca varmaktadır. İlgili görüş uyarınca, maddenin açık ifadesi doğrultusunda böyle bir zararın (sonradan ortaya çıkan zararın) satıcı tarafından bilinmesi gerektiği kabul edilebiliyorsa ek zarar rizikosunu satıcı taşımalıdır; çünkü düzenleme satıcının “bildiği veya bilmesinin gerektiği” zararlardan bahsetmektedir. Ancak

¹¹⁰⁸ CISG m. 40: “Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı 38 ve 39. madde hükümlerine dayanamaz”.

¹¹⁰⁹ (1) Alıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini öğrendikten veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren, makul bir süre içinde satıcıya bu hak veya talebin mahiyetini belirten bir bildirimde bulunmazsa 41. veya 42. madde hükümlerine dayanma hakkını kaybeder.

(2) Satıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini ve bunun mahiyetini biliyor idiyse fıkra 1'e dayanamaz.

¹¹¹⁰ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 268 vd; **NICHOLAS**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb68.html>), N. 2.4.

¹¹¹¹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 269.

¹¹¹² **BRIDGE**, s. 211; Nicholas da satıcının sözleşmenin yapıldığı zaman (bildiği veya bilmesi gereken) meydana gelen zararlar, başlangıçtaki zararın neden olduğu sonraki tüm zararlardan sorumlu olduğunu ifade etmiştir (**NICHOLAS**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb68.html>), N. 2. 3; Honnold da Nicholas'ın görüşlerine katıldığını belirtmektedir (**HONNOLD**, s. 469, N. 372. 2); Aksi görüşte **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 688, N. 5.

satıcının bildiği yahut bilmesinin gerektiği zararlar aynı sebepten doğan ve sonradan ortaya çıkan veya aynı sebebin dolaylı sonucu olan bir zararın, satıcı tarafından aktüel olarak bilinmese bile, makul bir kişi tarafından bilinmesinin gerektiği de çoğu zaman söylenebilecektir¹¹¹³.

CISG m. 68/c. 3 uyarınca satıcı sadece satış sözleşmesinin kurulması anında bildiği ya da bilmesi gereken risklerden ve bu risklerden kaynaklanan ziya veya zararlardan sorumludur¹¹¹⁴. Satıcının bu konudaki bilgisizliğinin ağır kusura dayanmasına gerek yoktur ve satıcı hafif kusuruna dayanan bilgisizliğinden de sorumludur. Bu noktada Viyana Satım Antlaşması'nın 8'inci maddesinin ikinci fıkrası doğrultusunda aynı koşullarda bulunan makul bir kişiden beklenebilecek hareket tarzı ölçü alınacaktır¹¹¹⁵.

ddd. İspat Külfeti

Daha önce de belirttiğimiz üzere Viyana Satım Antlaşması ispat yüküyle ilgili kural koymamıştır. Bu konudaki boşluk CISG m. 7/f. 2 uyarınca genel prensiplere başvurulacak şekilde doldurulmalıdır ve kendi lehine bir kurala dayanan kimse bunu ispatlamalıdır¹¹¹⁶. Dolayısıyla CISG m. 68/c. 2 uyarınca sözleşmenin kurulmasından önce hasarın alıcıya geçtiğini hakkını bu olguya dayandıran satıcının ispat etmesi gerekmektedir ve ayrıca hasarın geçmesi anında malın sözleşmeye uygun olduğunu ve yok olmadığını da ispat edebilmelidir; ancak hasarın geçmişe etkili olarak geçmesine engel olmak isteyen alıcının satıcının kötü niyetli olduğunu ispat etmesi zorunluluğu vardır¹¹¹⁷.

c. Hasarın Geçişi ve Sözleşmenin Esaslı İhlali

Viyana Satım Antlaşması'nın 70'inci maddesi, "*Satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal etmişse, 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlal dolayısıyla sahip olduğu hukuki imkânlara halel vermez*" şeklindedir. CISG m. 70 sadece satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde ve bunun malların zayi olması ya da zarar görmesiyle ilgili olmadığı durumda uygulanır, yani bu durumlarda satıcının sözleşmeyi ihlaline rağmen malların kazara

¹¹¹³ ŞAMLI, s. 336 vd.

¹¹¹⁴ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 229-230; ŞAMLI, s. 336; SCHLECHTRIEM/BUTLER, s. 170, N. 4.3.3-231.

¹¹¹⁵ ŞAMLI, s. 336; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 230.

¹¹¹⁶ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 685, N. 11.

¹¹¹⁷ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 230.

kaybolması söz konusudur. CISG m. 70 alıcının, satıcının sözleşmeyi esaslı ihlali yüzünden sahip olduğu hukuki imkânların risk kurallarına göre önceliğini ortaya koymaktadır¹¹¹⁸. Mal zaten satıcının sözleşmeye aykırılığı nedeniyle telef olmuşsa bu durumda ortada bir hasar sorunu yoktur. Bu sebeple CISG m. 70'te kast edilen, taraflardan hiçbirinin sorumluluk alanına dâhil olmayan bir sebepten ötürü sözleşmeye aykırı malın, hasar riskinin alıcıya geçmesinden sonra telef olması ya da zarar görmüş olmasıdır¹¹¹⁹.

Tartışmalı olmakla beraber CISG m. 70 düzenlemesi ile amaçlanan, alıcının hasarın geçmesinden önce sahip olduğu haklarını hasarın geçmesinden sonra kaybetmemesidir ve bu düzenlemenin pratik sonucu kendisini CISG m. 82/f. 1 ve f. 2 (a) bendinde göstermektedir. CISG m. 82/f. 2'deki istisnai durumlardan biri söz konusu değilse, alıcının, teslim aldığı malları, teslim aldığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade etmesi imkânsızlaşmışsa, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya satıcıdan ikame mal talep etme hakkı düşmektedir. CISG m. 70, CISG m. 82/f. 2 (a) bendi ile beraber CISG m. 82'nin istisnasını getirmekte ve kaza sonucu telef olmanın, satıcının önceki bir sözleşmeye aykırılığı nedeniyle alıcının sahip olduğu haklarını kullanmasını engellemeyeceğini ifade etmektedir¹¹²⁰.

Satıcının sözleşmeyi esaslı ihlali sebebiyle alıcının sahip olduğu hukuki imkânlar şunlardır: CISG m. 49/f. 1 (a) bendi uyarınca alıcı sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir; CISG m. 46/f. 1 uyarınca aynen ifayı isteyebilir; CISG m. 46/f. 2 uyarınca ikame mal teslimini isteyebilir; CISG m. 46/f. 3 uyarınca malın tamirini isteyebilir; CISG m. 50 uyarınca bedel indirimi isteyebilir ve son olarak CISG m. 74 vd. uyarınca tazminat talebinde bulunabilir¹¹²¹.

Sözleşmenin ihlalinin esaslı olmadığı hallerde CISG m. 70 hükmünün uygulama alanı bulup bulmayacağı hususu tartışmalıdır. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, Viyana Satım Antlaşması'nın 70'inci madde hükmünün bir çarpıcı özelliği sadece esaslı ihlal hallerinde uygulanacak olması ve CISG m. 47/f. 1 hükmü uyarınca alıcının satıcıya ifa için ek süre verdiği hallerde devreye girmemesidir. Satıcı bu ek süre içinde de ifada bulunmazsa, alıcı

¹¹¹⁸ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 696, N. 2.

¹¹¹⁹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 276 vd.

¹¹²⁰ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 232; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 276; ŞAMLI, s. 346.

¹¹²¹ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 696-697, N. 2a.

CISG m. 49/f. 1 uyarınca sözleşmeden dönebilir; ancak CISG bu şartlar altında sözleşmeden dönmeyi, bazı şartlar altında geç ifa aynı zamanda esaslı bir ihlal oluşturabilecek olmasına rağmen, esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden dönmeden farklı değerlendirmektedir¹¹²². ATAMER'e göre ise CISG m. 70 hükmü satıcının her türlü sözleşmeye aykırı davranışında devreye girecektir¹¹²³. Doktrinde tartışmalı olmakla beraber sözleşmenin ihlalinin esaslı olmadığı hallerde de CISG m. 70 hükmünün kıyasen uygulama alanı bulacağı, alıcının sahip olduğu hakların niteliğine bağlı olarak hasarın geçişinden sonra ileri sürülüp sürülemeyeceğinin belirleneceği yolunda da bir görüş ileri sürülmektedir. Bu görüş uyarınca, mesela, sözleşmenin ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini hasarın geçişinden sonra da talep edilebilirken, malın onarılmasını talep hakkı ise hasarın geçişinden sonra istenemeyecektir¹¹²⁴.

Satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim ettiği, ancak bu aykırılığın sözleşmenin esaslı ihlali niteliğini taşımadığı durumlarda hasarın geçişinden sonra mal zayi olsa ya da uğradığı zarar artsa bile, alıcı bedelin indirilmesini ve zararının tazminini isteyebilir. Malın tamamen zayi olması durumunda zaten CISG m. 46/f. 3 uyarınca onarımı talep imkânı olmayacaktır. Böylece sözleşmenin esaslı ihlali niteliğini taşımayan aykırılıklar bakımından CISG m. 70'in uygulanıp uygulanmayacağı meselesi her iki halde de aynı sonuç söz konusu olacağından bir fark yaratmayacaktır; çünkü sözleşmenin esaslı nitelik taşımayan ihlali durumlarında, alıcının sahip olduğu haklar esasen hasarın geçişinden sonra malın zayi olmasından veya zarara uğramasından etkilenmemektedir. CISG m. 82/f. 1'e göre alıcının malı teslim aldığı ana esaslı surette yakın bir durumda teslim etmesi imkânsızlaşmışsa sözleşmeyi ortadan kaldırma ya da satıcıdan ikame mal talep etme hakkı düşmektedir. Sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmesi hallerine münhasır olarak alıcı CISG m. 49/f. 1 (a) bendi uyarınca sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilecek; CISG m. 46/f. 2 uyarınca ikame mal teslimini isteyebilecektir. CISG m. 82/f. 2 (a) bendine göre malın iade edilmesi veya teslim alındığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade edilmesinin imkânsızlaşması alıcının bir eyleminden ya da eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa CISG m. 82/f. 1 hükmü uygulanmaz. CISG m. 70 hükmü de, bu hükmün hasarın geçişinden sonra da uygulanacağı hususunu vurgulamıştır. Sözleşmenin satıcı tarafından esaslı surette ihlal edilmesi durumunda, hasarın alıcıya

¹¹²² BRIDGE, s. 218.

¹¹²³ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 277.

¹¹²⁴ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 232.

geçişinden sonra malın iade edilmesi ya da teslim alındığı ana esaslı surette yakın bir durumda iade edilmesi imkânsızlaşmış olsa bile, alıcı sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edilmesi sebebiyle sahip olduğu hakları kullanabilecektir¹¹²⁵.

Viyana Satım Antlaşması'nın 70'inci madde hükmünün "satıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal etmesi halinden" bahsetmiş olması "esaslı ihlal"¹¹²⁶ kavramını açıklama zorunluluğu doğurmaktadır. Antlaşma 25'inci maddesinde "esaslı ihlal" kavramını tanımlamıştır. İlgili düzenleme şu şekildedir: "*Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun.*"

Sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi durumunda esaslı sözleşme ihlalinin varlığı üç durumda kabul görmektedir. İlki maldaki ayıbın giderilmesinin imkânsız veya ancak büyük masraflar sonucunda ve gecikmeli mümkün olması; ikincisi, ayıplı malın farklı bir şekilde kullanılmasının ya da tekrar satılmasının mümkün olmaması ve son olarak alıcının sözleşmeye uygun bir ifaya yönelik güvenini haklı olarak kaybetmiş olması durumudur¹¹²⁷.

Sözleşmeye aykırılık ise (breach of contract) Viyana Satım Antlaşması'nın 45'inci maddesinde, "Sözleşmeden ya da Viyana Satım Antlaşmasından doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemek" olarak tanımlanmıştır. Konvansiyon tüm aykırılık türlerini içeren yeknesak bir sözleşmenin ihlali kavramına dayanır, mesela teslim etmeme, geç teslim, yanlış özellikte mal teslim edilmesi, malların sözleşmeye uygun olmaması böyledir¹¹²⁸.

Tartışmalı olabilecek bir husus, teslim edilen malın sözleşmeye aykırı olması, ancak aykırılığın esaslı olmaması sebebiyle alıcının öncelikle tamirat hakkını kullanmak zorunda kalması durumunda hasarı kimin taşıyacağı meselesidir. Bu durumlarda da genel olarak kabul edilen çözümden ayrılmayı gerektiren bir durum olmadığı doktrinde ifade edilmiştir. Tamirat

¹¹²⁵ **ŞAMLI**, s. 347.

¹¹²⁶ Esaslı ihlal kavramının tanımı ve yorumu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bakınız **YELKENCİ**, Işıl, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali", Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 1343 vd.

¹¹²⁷ **ÇETİNER**, Bilgehan, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı İle BM Satım Hukukunun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi", Legal Hukuk Dergisi 2007, Sayı 58, s. 3146.

¹¹²⁸ **BASEDOW**, Jürgen, "Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/basedow.html>).

hakkı var olduğu sürece hasar alıcıdadır ve tamiratın başarısızlığa uğradığı kesinleşene kadar da alıcı da kalacaktır; çünkü bu ana kadar malı reddetme imkânı bulunmamaktadır. Ancak ATAMER, tamiratın başarısızlığa uğramasından sonra, ihlalin esaslı bir ihlale dönüştüğü hallerde dönme hakkının doğması ile beraber hasarın da yine alıcıya aktarılması imkânının doğduğunu ifade etmektedir. Bu etkinin ex nunc olup olmadığı tartışmasını yapma gereği ise görmemektedir; çünkü mal tamirat aşamasında hasara uğramışsa sonuçlarına zaten alıcı katlanacaktır. Buna karşılık alıcının dönme hakkının doğduğu andan sonra hasar ortaya çıkmışsa geriye etkili olarak hasarın geçmesi diye bir sorun zaten gündemde olmayacaktır¹¹²⁹.

Viyana Satım Antlaşması'nın 70'inci maddesinde, sözleşmeye esaslı aykırılık (fundamental breach of contract) durumunda ne gibi sonuçlar ortaya çıkacağı düzenlenmişken, sözleşmeye aykırılığın esaslı olmadığı (non-fundamental breach of contract) durumlar bakımından hangi sonuçların doğacağı konusu net değildir. Bu durumda aynen ifa (CISG m. 46/f. 1), makul olması koşuluyla onarım (CISG m. 46/f. 3), mal bedelinden indirim (CISG m. 50) ve tazminat (CISG m. 74-77) istenebilecektir¹¹³⁰. Bu yüzden doktrinde, alıcının sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanmasında sözleşmeye esaslı aykırılık şartının konulmuş olmasının gereksiz olduğu ifade edilmiştir. Viyana Satım Antlaşması'nı hazırlayanların 70'inci maddeyi bu şekilde yazmalarındaki amaç, hasar riskinin geçişine alternatif oluşturabilecek ve bir bakıma hasar riskini satıcıya geri döndürecek olan seçimlik hakların sözleşmeden dönme ve ikame mal teslimi olmasıdır; çünkü bu haklardan yararlanılması ancak sözleşmeye esaslı bir aykırılık olması durumunda mümkün olacaktır. Konvansiyonu hazırlayanların bu yöndeki düşünceleri maddede böyle bir ifade kullanılmasına sebep olduğu için “fundamental breach” ifadesini sınırlayıcı değil, açıklayıcı bir kavram olarak kabul etmenin amaca daha uygun olduğu belirtilmiştir¹¹³¹.

¹¹²⁹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 278.

¹¹³⁰ NICHOLAS, Barry, “Article 70”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb70.html>), N. 2.2.

¹¹³¹ ACAR, Hasar Riski, s. 122; Bollee'ye göre, bu hükmün tek amacı, riski satıcıya geri döndürme etkisini gösteren alıcının sahip olduğu hukuki imkânların risk kurallarından olumsuz etkilenmemesini sağlamaktır. Sözleşmeyi ortadan kaldırma ve ikame mal talep etme riski satıcıya geri döndüren etkiye sahip hukuki çareler olduğundan taslağı hazırlayanların kafasında böyle bir algının olmasına yol açmıştır; çünkü bu çareler sözleşmenin esaslı ihlali durumu için tasarlanmıştır. Bu 70'inci maddenin esaslı olmayan ihlalleri öngörmemesine ve bu yönde bir ifade kullanılmasına sebep olmuştur. Ayrıca yazar taslağı hazırlayanların niyetinin, “esaslı” ifadesini hükümden kaldırmak olduğunu ve sadece hata sebebiyle metinde kaldığının anlaşıldığını söylemektedir. (BOLLEE, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

Sözleşmeye aykırı mal teslim edildiği durumlarda sözleşmeyi ortadan kaldırma ya da malları yenisi ile değiştirme hakkını kullanmak yoluyla hasarın tekrar satıcıya geçirilebilmesi, alıcının bu haklarını kullanabilmek için ön koşul olan muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesine bağlıdır. Alıcının bunu vaktinde gerçekleştirememesinden dolayı ayıptan doğan hakları düşerse hasarın tekrar satıcıya dönmesi imkânı olmaz. Buna karşılık sözleşmenin ihlalinin esaslı olmaması sebebiyle alıcının dönme ve yenisi ile değiştirme haklarını kullanamadığı ya da esaslı olmasına rağmen kullanmak istemediği durumlarda edim ve bedel hasarı alıcıda kalacaktır. Bu durumda onarım ya da bedelin indirilmesini talep etme imkânı vardır; ancak eğer mal telef olmuşsa kuşkusuz onarım hakkını kullanmanın bir anlamı da bulunmamaktadır. Ancak en azından bu gibi durumlarda alıcı, bedelin indirilmesini talep etmek yoluyla malın ilk baştaki ayıbı sebebiyle daha düşük olan değerini ödeme olanağına kavuşacaktır¹¹³². Aşağıda “hasarın geçişinin sonuçları” başlığı altında satıcının sözleşmeyi esaslı ihlali ve esaslı olmayan ihlali durumunda alıcının sahip olduğu hukuki imkânlar üzerinde ayrıntılı olarak durulacaktır.

IV. Hasarın Geçişinin Sonuçları

a. Hasar ve Sorumluluk

Hasarın geçişine ilişkin kuralların amacı, sözleşmenin akdedilmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi durumunda, bu ziya ve zararın risk hükümlerinin kapsamı içinde kalması şartıyla, ziya ve zararı hangi tarafın üstleneceğini belirlemektir¹¹³³. Hasarın geçişinin en önemli ve temel sonucu Viyana Satım Antlaşması'nın 66'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, hasarın alıcıya geçişinden sonra malların zayi olması ya da zarar görmesi alıcıyı bedeli ödeme yükümlülüğünden kurtarmamaktadır; ancak bu ziya veya zarara satıcının bir eylemi ya da eylemsizliğinin neden olması durumu istisna tutulmalıdır. Bu hüküm ULIS m. 96 hükmüne karşılık gelmektedir. Doktrinde bu hükmün öneminin hafife alınmaması gerektiği ifade edilmektedir; çünkü CISG m. 66 görünüşüne rağmen karmaşık meselelerle ilgilenir ve bir anahtar hüküm olarak kabul edilebilir¹¹³⁴. Bu istisna ile hasarın geçişi bakımından taraflardan hiçbirinin sorumluluğunu gerektirmeyen ziya ve zarar hallerinin söz konusu olduğu hususu vurgulanmaktadır; çünkü hasar, taraflardan birinin sorumluluğunu

¹¹³² ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 277 vd.

¹¹³³ BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹¹³⁴ BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

doğuracak şekilde gerçekleşmediği yani “tarafsız” alanda vuku bulmadığı takdirde hasarın geçişine ilişkin düzenlemeler devreye girmeyecektir¹¹³⁵.

aa. Malların Zayi Olması veya Zarar Görmesinden Sorumluluk

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere malların zayi olması ya da zarar görmesinden hangi tarafın sorumlu olduğu risk kuralları çerçevesinde Viyana Satım Antlaşması'nın 66'ncı maddesi tarafından cevaplanmaktadır. Bu hükmün, ziya ya da zararın riskin alıcıya geçmesinden önce veya sonra olmasına göre bir ayrıma yol açtığı görülmektedir¹¹³⁶.

aaa. Hasar Riskinin Geçmesinden Sonra Malların Zayi Olması veya Zarar Görmesi

Alıcı malların ziya ya da zararını hasar riskinin ona geçtiği andan itibaren taşımaktadır. İlk olarak belirtmek gerekir ki CISG m. 66 hükmü alıcı hiçbir şey alamasa veya malları hasarlı da olsa bedeli ödemek zorunda olduğunu açıkça ortaya koyar. Daha genel olarak alıcı sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır, özellikle alıcı, hiç olmazsa kendisine sunulduğu kadarıyla malı teslim almak zorundadır¹¹³⁷. Alıcının hiçbir şey alamasa ya da hasarlı bir şekilde alsa da bedeli ödemek zorunda olması ilk bakışta sert görünebilir; ancak sonuç pragmatik düşüncelere yanıt vermektedir. Ayrıca ziya ya da zarar genellikle taşımanın sonunda tespit edilmektedir ve bu sebeple alıcı hasarı belirlemek bakımından satıcıdan daha iyi bir konumda olmaktadır ve hasarın meydana gelmesi durumunda sigortacıdan zararını talep edebilmektedir¹¹³⁸.

Riskin geçişinin ikinci sonucu, alıcının CISG m. 66 hükmünün uygulanmasının sonucu olarak malların zayi olması veya zarar görmesi nedeniyle satıcıya karşı borcunu ifa etmemesinden doğan hiçbir hakka sahip olmamasıdır. Satıcı tarafından herhangi bir şekilde sözleşme ihlal edilmemişse alıcının başvurabileceği bir hukuki imkân yoktur. Zaten satıcının sözleşmeyi ihlalinden dolayı malların zayi olması ya da zarar görmesi riskin kapsamı dışında

¹¹³⁵ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 259.

¹¹³⁶ BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹¹³⁷ BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>); Schlechtriem de CISG m. 66'nın prensibi ortaya koyduğunu belirtmiştir. Buna göre risk alıcıya geçtikten sonra mallar zarar görse ya da zayi olsa da alıcı bedeli ödemek zorunda kalır (SCHLECHTRIEM, Peter, “Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem-66.html>).

¹¹³⁸ HONNOLD, s. 452, N. 361.

kalmaktadır. Bu sebeple malların zayi olması ya da zarar görmesinin satıcının sözleşmeyi ihlalinden kaynaklanması durumunda alıcının haklarının kısıtlanması söz konusu olmayacaktır¹¹³⁹.

bbb. Hasar Riskinin Geçmesinden Önce Malların Zayi Olması veya Zarar Görmesi

Sözleşmenin konusunun riskin geçmesinden önce zayi olması veya zarar görmesi durumunda iki farklı duruma göre değerlendirme yapmak gerekecektir. Eğer kaza satıcının malları teslimini kesinlikle imkânsız hale getirmişse alıcı sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına sahip olacaktır ve bu halde tarafların aldıklarının iadesi (mesela bedel ödendiye bunun iadesi) gerekecektir. Bununla beraber malların teslimi hala mümkünse, taraflar sözleşmeden kaynaklanan borçlarının ifasıyla bağlı olmaya devam edecektir. Bu bağlı olma, çeşit satışı durumunda mümkündür (çeşit yok olmaz); ancak malların çok nadir bulunan bir tür olduğu durumları istisna kabul etmek uygun düşmektedir. Malların teslimi hala mümkünse satıcı zarara katlanmak ve hasarsız mal teslim etmek zorundadır. Ancak malların zayi olması ya da zarar görmesi nedeniyle malların tesliminin gecikmesi alıcının sözleşmeyi ortadan kaldırması gibi ciddi bir sonuç doğurabilir. Satıcı ayrıca CISG m. 79 ve m. 80 uyarınca sorumluluktan kurtulmasını gerektiren bir sebep olmadığı sürece tazminat ödemekle de sorumlu olabilecektir¹¹⁴⁰.

bb. Hasar ve Sorumluluktan Kurtulma Arasındaki İlişki

Viyana Satım Antlaşması'nın 66'ncı maddesi ile 79'uncu maddesi arasındaki ilişki tartışmalıdır. CISG m. 79'daki kriter uygulandığında bir taraf için sorumluluktan kurtulma nedeni var olmasına rağmen ilgili tarafın malların zarar görmesi veya zayi olmasından sorumlu olup olmadığı meselesiyle ilgilenmek gerekmektedir. Bu sorunun cevabını Viyana Satım Antlaşması'nın 79'uncu maddesinin 5'inci fıkrası vermektedir¹¹⁴¹. İlgili düzenleme şu şekildedir: “...*Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.*” Bu hükme göre alıcı tazminat talep etme dışındaki Viyana Satım Antlaşması'ndan kaynaklanan tüm haklarını korumaya devam eder. Özellikle

¹¹³⁹ BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹¹⁴⁰ BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹¹⁴¹ BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

sözleşmeden dönme hakkı ya da bedelin indirilmesi hakkı bakımından bu ilke geçerlidir¹¹⁴². Sorumluluktan kurtulmanın etkisi tazminatla sınırlı olduğu için bunun risk dağılımı üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.

b. Hasar ve Malların Sözleşmeye Uygun Olmaması Arasındaki İlişki

Viyana Satım Antlaşması'nın 36'ncı maddesi uyarınca, alıcıya sunulan malın sözleşmeye aykırı olup olmadığı edim hasarının alıcıya geçiş anına göre tespit edilir¹¹⁴³. İlgili düzenleme şu şekildedir: “(1) Satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, sözleşmeye aykırılık bu andan sonra belirgin hale gelmiş olsa dahi, sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca sorumludur./ (2) Satıcı, fıkra 1’de belirtilen andan sonra ortaya çıkan ve malların belirli bir süre için, mutad amaçlarına veya belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlâli de dâhil olmak üzere herhangi bir yükümlülüğünün ihlâline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumludur”.

Viyana Satım Antlaşması'nın 36'ncı madde hükmüne bakıldığı takdirde karşılaşılabilecek durumların iki başlık altında ele alındığı görülecektir. Buna göre Antlaşmanın 36'ncı maddesi ilk olarak hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan ve ikinci olarak hasarın alıcıya geçmesinden sonra ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıktan sorumluluğa yer vermiştir.

Mahkemeler tarafından verilmiş olan bazı kararların gerekçelerine bakıldığında da Viyana Satım Antlaşması'nın 36'ncı maddesinin her iki fıkrasına da dayanıldığı dikkat çekmektedir. Mesela bir olayda Danimarkalı çiçek ihracatçısı olan davacı, Avusturyalı çiçek alıcısı davalıya bahçe çiçekleri satmıştır. Avusturyalı alıcı, çiçekler tüm yaz boyunca çiçek açmadığı için satıcının garantinin ihlali veya sözleşmenin esaslı ihlalini işlediğini savunarak kalan bedeli ödemeyi reddetmiştir. Bunun üzerine satıcı kalan ödeme için dava açmış ve ilk derece mahkemesince alıcının argümanları reddedilerek satıcı lehine karar verilmiştir.

Üst derece mahkemesi, ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı onaylamıştır. Alıcının ilk olarak sözleşmeye uygun olmayan çiçeklerle sözleşmenin esaslı ihlalini işlediğini

¹¹⁴² MAGNUS, “CISG Uyarınca”, s. 306.

¹¹⁴³ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 218.

(CISG m. 36/f. 1 uyarınca hasar alıcıya geçtiğinde bir sözleşmeye aykırılık olmadığı için), ikinci olarak CISG m. 36/f. 2 uyarınca satıcının garantinin ihlalini işlediğini kanıtlayamadığı gerekçesiyle alıcının kalan bedeli ödemesi gerektiğine karar vermiştir¹¹⁴⁴.

CISG m. 36'nın metnine uygun olarak aşağıda sırasıyla önce hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılık konusunu, daha sonra hasarın alıcıya geçmesinden sonra ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık hususunu ele alacağız.

aa. Hasarın Alıcıya Geçtiği Anda Mevcut Olan Sözleşmeye Aykırılık

Viyana Satım Antlaşması'nın 36'ncı maddesinin ilk fıkrası uyarınca satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, bunlar daha sonra ortaya çıkmış olsa bile sözleşmede ve bu Antlaşmada aranan diğer sorumluluk şartlarının varlığı halinde sorumludur. Konuyla ilgisi bulunan, İsviçreli satıcıyla (davalı) İtalyan alıcı (davacı) arasındaki Gana kakao tohumlarının satışına ilişkin bir davada hasar CISG m. 67/f. 1'e uygun olarak malların ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçecektir. Sözleşmede CIF klozu yer almakta olup satıcı Gana'dan İtalya'ya malları gemiyle ulaştıracaktır. Bu malların nakliyesinden önce bağımsız kontrol yetkilisi bir kimse tarafından kakao tohumlarının kabul edilen kalitede olduğunu kanıtlayan bir sertifika verilmiştir. Üç hafta sonra mallar kaplarla kapalı şekilde sevk edilmiştir. Mallar İtalya'daki hedefine sevkियattan 1 ay sonra varmıştır. Burada, alıcı tarafından yapılan kontrolde, tohumların sözleşmede belirtilen kalitenin altında olduğu belirlenmiştir. Bunun üzerine açılan davada mahkeme satıcının üç olasılıkta sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir. Ya malların nakliyesi öncesinde gerçekleştirilen inceleme yanlış ise ya mallar konteynirle sevk edilmeden önceki üç haftalık zaman dilimi içinde bozulduysa ya da riskin geçtiği sırada mallar sözleşmeye aykırı olup varma limanına gelmesiyle ortaya çıktıysa satıcı sorumlu tutulabilecektir. Tüm bu unsurları belirttikten sonra mahkeme malların ilk taşıyıcıya teslimi öncesinde zaten ayıplı bulunduğu karar vererek satıcının sorumlu tutulabileceği sonucuna varmıştır¹¹⁴⁵.

¹¹⁴⁴ Avusturya OLG Innsbruck (OLG = Oberlandesgericht = Provincial Court of Appeal), CLOUT No. 107, 1 Temmuz 1994 tarihli karar için bakınız (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940701a3.html>).

¹¹⁴⁵ İsviçre, Appellate Court Lugano, Cantone Del Ticino, 15.01.1998, (cocoa beans case), <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=368&step=Abstract>.

Viyana Satım Antlaşması'nın 35'inci maddesi malların sözleşme ve CISG'a uygun olması amacıyla yerine getirilmesi gereken koşulları ortaya koyar¹¹⁴⁶. Sözleşmeye aykırılık, CISG m. 35'in aradığı sözleşmeye uygunluktan ayrılan her türlü farklılığı ortaya koyar¹¹⁴⁷. Dolayısıyla ortada bir ayıbın olup olmadığı CISG m. 35'e göre değerlendirilecektir. CISG m. 36'nın işlevi ise, sözleşmeye aykırılık durumunda satıcının sorumluluğunun mevcut olup olmadığı konusunda zamansal bir sınır getirmektir¹¹⁴⁸.

Hasarın hangi anda alıcıya geçeceği öncelikle taraflar arasındaki antlaşmaya bağlıdır. Ayrıca ticari teamüller, taraflar arasındaki alışkanlıklar da hasarın geçiş anının tespit edilmesinde dikkate alınır. Mesela tarafların INCOTERMS'e atıf yaptığı durumlarda, bu kurallar içinde yer alan hasarın geçişi hükümleri devreye girer, buna karşılık sözleşmeden bir sonuca varılamıyorsa CISG m. 67-70 hükümleri yedek kurallar olarak uygulama alanı bulur¹¹⁴⁹.

Hasarın alıcıya geçtiği anda mal, sözleşmeye uygun ise, malın daha sonra bozulması, çürümesi gibi nedenlerle satıcının sorumluluğuna kural olarak gidilemeyecektir; ancak malın daha sonra ayıplı hale gelmesinin nedeni hasarın geçişi anında zaten mala ilişkin bir ayıp ise (gizli ayıp) bundan hiç şüphesiz ki satıcı sorumlu tutulacaktır¹¹⁵⁰. Bununla ilgisi bulunan Alman alıcının Belçikalı satıcıdan dondurulmuş domuz eti satın almasına ilişkin bir davada mahkeme, ayıbın hasarın geçişi anında mevcut olmadığı savunmasını kabul etmeyerek satıcının sorumlu olacağını ifade etmiştir. Söz konusu etlerin birkaç seferde teslimi öngörülmüş ve en son teslim tarihi olarak 4 Haziran 1999 tarihi belirlenmiştir. Bu döneme denk düşecek şekilde Belçika kaynaklı domuzların "dioxin" ile kirlenmiş olabileceği açıklanmıştır. Bu nedenle Almanya'da Belçika kaynaklı domuz etinin satışı, satıcı domuz etinde dioxin olmadığını kanıtlayan bir sertifika sunmadıkça yasaklanmıştır. Kısa süre sonra Belçika da benzer önlemler almıştır; ancak Alman davalının bedeli ödememesi üzerine

¹¹⁴⁶ **LOOKOFSKY**, Joseph, "Article 36-Time of Conformity Determination", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo36.html>).

¹¹⁴⁷ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 134.

¹¹⁴⁸ **BAYSAL**, Pelin, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'a Göre Satış Sözleşmeleri, Editörler: Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul 2012, s. 245.

¹¹⁴⁹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 219; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 134; **HUBER/MULLIS**, s. 144; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 435, N. 3; **BAYSAL**, P., s. 245.

¹¹⁵⁰ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 219.

Belçikalı satıcı mallar teslim alındıktan sonra “dioxin” ile kirlenme durumunun ortaya çıktığını belirterek bedelin ödenmesi için dava açmıştır. Mahkeme ise iddiayı, riskin geçtiği sırada bu ayıbın bilinip bilinmemesinin önemli olmadığını ve bu ayıbın zaten hasarın geçtiği sırada var olduğunu belirterek reddetmiştir¹¹⁵¹. Ayrıca mesela teslim edilen tişörtlerin ilk yıkamada %10-15 oranında küçülmüş olmaları¹¹⁵², teslim edilen malzemenin (kumaşların) ilk yıkamada normalden fazla küçülmesi, renklerinin solması, erken bozulabilir gıda maddelerinin yeterli şekilde derin dondurucuda saklanmamaları sebebiyle bozulmaları¹¹⁵³ satıcının sorumluluğunu doğuracaktır. Hatalı paketleme sebebiyle taşıma sırasında zarar görmüş malların teslim edilmesi halinde yine satıcının sorumlu olması doğaldır¹¹⁵⁴. Bu hallerde ayıbın hasarın geçtiği anda var olduğu kabul edilir¹¹⁵⁵. Bu noktada belirtilmelidir ki, hasarın geçmesinden sonra malın satışına ilişkin sağlık nedenlerinden kaynaklanan bir kısıtlama getirilmesi durumunda satıcının sorumluluğundan söz edilemeyecektir¹¹⁵⁶.

Uluslararası satışlarda risk (özellikle satış sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa risk satıcının malları bağımsız taşıyıcıya vermesi ile geçmektedir¹¹⁵⁷) alıcıya zilyetliğin devrinden sonra geçmesine rağmen satıcı risk geçtiğinde mevcut olan herhangi bir sözleşmeye aykırılıktan sorumlu kalmaya, aykırılık bu andan sonra ortaya çıkmış olsa bile, devam edecektir¹¹⁵⁸. Bu konuda verilebilecek bir örnek de satıcının sözleşme konusu çamaşır makinelerini teslim etmesi ve makinelerin gizli ayıp nedeni ile bir kaç hafta sonra

¹¹⁵¹ Almanya, OLG Frankfurt (OLG=Oberlandesgericht=Appellate Court), 29.01.2004, CLOUT No. 820, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040129g1.html>; Satış konusunu Henry van der Velde adlı ressama atfedilen bir tablonun oluşturduğu davada uzman incelemesinden sonra ilgili tablonun atfedilen ressama ait olmadığını söylenmesi üzerine çıkan uyumsuzlukta mahkeme malların sözleşmeye uygun olup olmadığı konusunda malın teslim zamanının belirleyici olduğunu ve satıcının teslimden sonra doğan sözleşmeye aykırılığın riskini taşımadığını belirtmiştir. Ancak diğer taraftan CISG m. 36/f. 2'ye göre hasar riskinin alıcıya geçtiği teslim anından sonra ortaya çıkan ayıplardan dolayı da satıcının sorumluluğu söz konusudur. Dolayısıyla satıcının resmin o ressama ait olmamasından dolayı, bu husus teslimden sonra anlaşılabilir olsa bile sorumluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle mahkemenin vermiş olduğu karar yerinde değildir: Hollanda, District Court Arnhem Kararı, 17.07.1997, (Work of Art), <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=355&step=Abstract>.

¹¹⁵² **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 219 ve ayrıca bakınız dpn. 470; Alman satıcı ve İsviçreli alıcı arasında satıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal ettiği iddiasıyla açılan davada tüm spor giysilerinin yıkanmasından sonra yaklaşık %10-15 küçülmeleri ve ilk defa yıkandıktan sonra spor giysilerinin artık giyilemez hale gelmelerinden dolayı esaslı ihlal olduğuna karar vermiştir: Almanya, 05.04.1995, LG Landshut (LG=Landgericht=District Court), (Sport clothing case), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/950405g1.html>.

¹¹⁵³ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 435, N. 4.

¹¹⁵⁴ **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 436, N. 4.

¹¹⁵⁵ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 219.

¹¹⁵⁶ **BAYSAL, P.**, s. 246.

¹¹⁵⁷ **BERNSTEIN/LOOKOFSKY**, s. 87, dpn. 107.

¹¹⁵⁸ **BERNSTEIN/LOOKOFSKY**, s. 87, N. 4. 9.

bozulmasıdır. Bu makineler CISG m. 35'e aykırıdır; çünkü makinenin kullanım ömrünün bu kadar kısa olmaması gerektiği düşünüldüğünde teslim tarihinde açıkça sözleşmeye aykırı olduğu aşikârdır. Dolayısıyla burada da malların hasarın geçişi anında ayıplı olması ve bu ayıbın daha sonra yani makinelerin bozulması anında ortaya çıkması durumu gerçekleşmiştir¹¹⁵⁹. Alıcının bildiği ya da bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı sorumlu olmadığından (CISG m. 35/f. 3), bu durumlarda hasarın geçişi anında sözleşmeye aykırılığın mevcut olup olmadığı bir önem taşımamaktadır¹¹⁶⁰.

Sözleşmeye aykırılık durumunda maldaki ayıplar normal olarak malın teslim alınmasından yani hasarın geçmesinden sonra yapılan kontrollerde genellikle tespit edilebilmektedir. Bu durum hasarın geçtiği anda var olan sözleşmeye aykırılıklardan (bunlar açık ya da gizli ayıp olabilir) satıcının sorumluluğunu engellemektedir¹¹⁶¹.

bb. Hasarın Alıcıya Geçmesinden Sonra Ortaya Çıkan Sözleşmeye Aykırılık

Viyana Satım Antlaşması'nın ikinci fıkrası satıcının, CISG m. 36/f. 1'de belirtilen zamandan sonra ortaya çıkan ve malların belirli bir süre için mutad amaçlarına ya da belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri ya da özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlali de dâhil olmak üzere herhangi bir yükümlülüğünün ihlaline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumlu olacağını belirtmiştir. Bazı durumlarda satıcının, hasarın geçişinden sonra gerçekleşen sözleşmeye aykırılıklardan da sorumlu tutulması söz konusu olabilecektir ve CISG m. 36/f. 2'nin bu duruma ilişkin olarak öngördüğü ilk hal, satıcının bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olmasıdır. İlgili ihlalin hasarın geçişinden önce ya da sonra gerçekleşmiş olması fark yaratmayacaktır¹¹⁶². Satıcının sağladığı garanti dışında Viyana Satım Antlaşması'nın 36'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında belirtilen yükümlülükler genellikle satıcı tarafından alıcıya sağlanan satılan malın montajı, özel nakliyenin ve sigortanın

¹¹⁵⁹ **BERNSTEIN/LOOKOFSKY**, s. 87-88, N. 4. 9; Bu durumun CISG m. 36/f. 1 kapsamında değerlendirilmesinin aksine Amerikalı satıcı ile Fransız alıcı arasındaki soğutma ekipmanları ile ilgili bir davada mahkeme soğutma ünitesinin ilk çalışmasından sonra kısa bir süre içinde bozulması üzerine CISG m. 36/f. 1'e değil, m. 36/f. 2'ye göre karar vermiştir: Fransa, CA Grenoble, 15.05.1996, CLOUT No. 204, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960515f1.html>.

¹¹⁶⁰ **BAYSAL, P.**, s. 246.

¹¹⁶¹ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 134 vd.

¹¹⁶² **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 219-220; **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 135.

sağlanması, uygun bir kullanım kılavuzunun verilmesi gibi, tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde aralarında anlaşarak düzenledikleri ilave yükümlülüklerdir¹¹⁶³.

Hasarın geçmesinden sonra dış etkilere bağlı olarak ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıklardan dolayı alıcı genellikle hiçbir hakka sahip olmamaktadır¹¹⁶⁴. Güvenilir olmayan bir taşıyıcıya malların teslimi, yanlış teslim güzergâhı seçilmesi veya hatalı kullanma talimatı verilmesi halleri satıcının bir yükümlülüğünün ihlali haline örnek olarak verilebilir. Ayrıca riskin geçmesinden sonra satıcının malların taşındığı konteynerleri geri alırken mallara zarar vermesi veya satış sözleşmesi gereği üstlendiği montaj yükümlülüğünü yerine getirirken mala zarar vermesi hasarın geçişi sonrasında ortaya çıkabilecek sözleşmeye aykırılık halleri olarak gösterilebilecektir¹¹⁶⁵.

Satıcının yükümlülük ihlali olumlu ya da olumsuz bir davranışla gerçekleşebilecektir. Satıcının, yükümlülüğün ihlalinde kusuru olmasa bile sorumluluğu devam edecektir; ancak CISG m. 79 düzenlemesi bu kuraldan müstesna tutulmalıdır¹¹⁶⁶.

Viyana Satım Antlaşması'nın ikinci fıkrasının öngördüğü ikinci durum ise, satıcının sözleşme ile bir garanti üstlenmiş olduğu hallerdir. Buna göre malın belirli bir süre mutad ya da belirli amaca elverişli olarak kalacağı veya malın belirli nitelik ya da özellikleri muhafaza edeceğinin garanti edildiği durumda, hasarın geçmesinden sonra ortaya çıkan garanti ihlallerinden de satıcı sorumlu olacaktır¹¹⁶⁷. Burada dikkat edilmesi gereken husus, CISG m. 35 uyarınca aranan özelliklerin de, malın belirli bir süre belirli bir işleve hizmet etmesini gerektirdiğidir. Mesela mal 1 hafta sonra işlevini yerine getirmiyorsa, bu durumda zaten CISG m. 35 anlamında ayıplı olduğu ve bu sebeple CISG m. 36/f. 1 kapsamına girdiği kabul edilecektir. Burada kast edilen, satıcının, bunun ötesinde bazı özellikler bakımından ayrıca taahhütte bulunmuş olmasıdır¹¹⁶⁸.

¹¹⁶³ BAYSAL, P., s. 247.

¹¹⁶⁴ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 435, N. 3.

¹¹⁶⁵ SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER), s. 436, N. 5.

¹¹⁶⁶ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 135; BAYSAL, P., s. 247-248; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (SCHWENZER), s. 436, N. 6.

¹¹⁶⁷ ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 135; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 220.

¹¹⁶⁸ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 220.

Garanti, satış sözleşmesinin içinde yer alabileceği gibi bunun için ayrı bir sözleşme yapılması veya satıcının tek taraflı irade beyanıyla bunu sağlaması mümkündür¹¹⁶⁹. Böyle bir garanti açık ya da zımni olabilir. Örtülü garanti çeşitli şekillerde anlaşılabilir. Malların doğasından, ticari teamüllerden ya da satıcının reklam malzemelerinden anlaşılması mümkündür. Açık bir garanti verildiği durumda dayanıklılık süresi 6 ay, 5000 km gibi açıkça belirtilmelidir. Ancak garantinin örtülü olduğu durumlarda bu süreyi tespit etmek zor olabilmektedir. Eğer tarafların süre konusundaki anlaşmasının ne yönde olduğu tespit edilemiyorsa, mahkeme, makul bir kimsenin ilgili şartlar altında nasıl bir anlaşma yapacağını (CISG madde 8/2 uyarınca) hesaba katacaktır¹¹⁷⁰.

Satıcının, malların dayanıklılığını idame ettireceği süreye ilişkin vermiş olduğu açık garanti halinde bile, bunu sınırlaması ya da bazı halleri kapsam dışı bırakması mümkündür. Mesela garantinin sadece malların tasarımına ilişkin verilmiş olması mümkün olabileceği gibi, alıcının ürünleri düzenli olarak servis kontrolünden geçirmesi şartıyla satıcının sorumluluğunun kabul edilebileceği yolunda da garanti verilebilecektir. Satıcının Viyana Satım Antlaşması'nın 35'inci maddesi çerçevesinde geçerli bir muafiyeti söz konusu ise, artık zımni olarak verilmiş bir garantiden bahsetmek de söz konusu olamayacaktır¹¹⁷¹. Ayrıca satıcının alıcıya mala ilişkin olarak garanti vermiş olduğu durumlarda, alıcının malı hatalı kullanması, üçüncü kişilerin mala zarar vermesi ya da mücbir sebep nedeniyle malın zarar görmesi sonucu malın niteliğinin sözleşmeye aykırı bir hale gelmesi durumunda satıcının sorumluluğu gündeme gelmeyecektir¹¹⁷².

cc. Sözleşmeye Aykırılıkta İspat Sorunu

CISG madde 36 düzenlemesi yine ispat yükü sorununu gündeme getirmektedir. Buradaki sorun satıcının risk alıcıya geçtiği zaman malların sözleşmeye uygun olduğunu ya da alıcının risk kendisine geçtiği zaman malların sözleşmeye uygun olmadığını kanıtlamak zorunda olup olmadığıdır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere CISG ispat yükü ile ilgili

¹¹⁶⁹ BAYSAL, P., s. 248.

¹¹⁷⁰ BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹¹⁷¹ ÖZDEMİR, Hakan, Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Çerçevesinde Uluslararası Ticari Satımlarda Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s. 116.

¹¹⁷² BAYSAL, P., s. 248.

herhangi bir kural getirmemektedir¹¹⁷³. CISG içindeki genel ilkelerden bu konuda bir sonuca varılabileceği ve ulusal hukuklara başvurma gereği olmadığı genel kabul görmektedir¹¹⁷⁴. Bu hususun forum ülkesinin uluslararası özel hukuk kuralları gereği uygulanabilecek olan kanuna tabi olması gerektiği yolunda görüşler de vardır. Böyle bir çözümün “ispat davacıya düşer” (actori incumbit probatio) prensibinin uygulanmasına yol açmasının muhtemel olduğu ifade edilmiştir. Bu kurallar çerçevesinde alıcının her zaman ispat yükünü taşıyor olacağı; ancak alıcının sorumluluğunun CISG m. 36 kapsamında CISG m. 66’ya nazaran daha kolay olması gerektiği belirtilmektedir. Sözleşmeye aykırılık malların yapısı ya da doğasıyla ilgili olduğu zaman bu ayıbın teslim zamanında ve bu sebeple risk alıcıya geçtiği zaman olduğu apaçiktir. Mesela gıda maddelerinin söz konusu olduğu bir durumda malların çürümesi ileri derecedeysen satıcı tarafından bu sözleşmenin ihlal edildiğini gösterir; çünkü malların bu derece çürümesi riskin alıcıya geçmesinden sonra aradan geçen zamandan daha fazla bir zaman geçmesini gerektirmektedir¹¹⁷⁵.

İspat yükü sorunu yukarıda da ifade ettiğimiz üzere CISG içindeki genel ilkeye göre çözülebileceğine göre herkes hakkını dayandırdığı olguyu ispat etmelidir. Teslim alınan, muayene edilen ve muayene sonucu ayıp bildiriminde bulunulmayan bir malda ortaya çıkan ayıbın hasarın geçtiği anda mevcut olduğunu alıcı ispat etmelidir; buna karşılık muayene edilen ve muayene sonucunda ayıp bildiriminde bulunulan bir malın söz konusu olduğu durumda satıcı sözleşmeye aykırılığın hasarın geçtiği anda mevcut olmadığını, yani hasarın geçtiği anda malın sözleşmeye uygun olduğunu ispat etmelidir¹¹⁷⁶.

Satıcının bir garanti vaaadinin söz konusu olduğu durumlarda ispat külfeti alıcının sırtından kalkar ve garanti süresi içinde doğan ayıplardan satıcı kural olarak sorumludur. Satıcının ispatlayabileceği ise ayıbın alıcının risk alanına dâhil olan bir sebepten kaynaklandığıdır. Mesela alıcının malı yanlış kullanmasından, üçüncü bir kişinin kusurundan ya da mücbir sebepten kaynaklanan bir ayıp söz konusu ise satıcı sorumluluktan kurtulabilecektir¹¹⁷⁷.

¹¹⁷³ **BOLLEE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹¹⁷⁴ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 243; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HAGER)**, s. 685, N. 11.

¹¹⁷⁵ **BOLLEE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹¹⁷⁶ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 136.

¹¹⁷⁷ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 245.

c. Hasar ve Alıcının Sahip Olduğu Hukuki İmkanlar Arasındaki İlişki

CISG m. 70 düzenlemesi satıcının sözleşmeyi esaslı ihlali sebebiyle alıcının sahip olduğu hukuki imkânlar ile riskin geçmesi arasındaki ilişkiyi ele almaktadır. Bu düzenleme sadece esaslı ihlalin malların ziya ya da zararıyla ilgisinin olmadığı durumlara ilişkindir. Eğer ziya veya zarar satıcının bu tür bir sözleşmeyi ihlaline bağlı olarak gerçekleşmişse bu tür kayıplar risk alanı dışında kaldığından hangi tarafın riski taşıdığı gibi bir soru gündeme gelmeyecektir¹¹⁷⁸.

aa. Sözleşmenin Esaslı İhlali Durumunda Alıcının Sahip Olduğu Hukuki İmkânlar

Birçok ulusal hukukta temerrüt, ayıp gibi farklı türdeki sözleşmeye aykırılık hallerine bağlanan kanuni sonuçlar birbirinden farklı olarak düzenlenmiştir. Her biri ayrı ayrı sözleşme ihlali oluşturan olgulardan bazıları aynen ifayı gerektirirken bazıları sözleşmeden dönme hakkı verir, bazıları sözleşmenin butlanına neden olur, diğer bazıları borcu sona erdirir ve kimisi ise uğranılan zararın tazminini talep imkânı verir. Viyana Satım Antlaşması'nın sözleşmeye aykırılık anlayışı ise tamamen farklı bir bakış açısı ile ortaya konulmuştur ve bu farklı bakış açısı çerçevesinde Antlaşma, baştaki ifa imkânsızlığı, ifada gecikme, kusurlu veya kusursuz sonraki imkânsızlık, sözleşmesel yükümlülüklerin müspet ihlali, ayıba karşı tekeffül ve garanti şeklinde bir farklılaşmaya gitmemiş ve “sözleşmeye aykırılık” (breach of contract) adı altında yeknesak bir ifa engelleri modeli getirmiştir. Ayrıca sözleşmeye aykırılığın, sözleşmeden doğan ana veya tali yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanmasının da bir önemi bulunmamaktadır, bu sebeple tüm durumlarda alıcı temelde aynı imkânlara sahip olmaktadır. Bununla beraber sözleşmeye aykırılığın esaslı olup olmaması, bağlanacak kanuni sonuçlar bakımından belirleyici bulunmaktadır¹¹⁷⁹. CISG ifa engelleri sisteminin sözleşmeye aykırılığın sebeplerine ilişkin bir ayırım yapmamış olmasında common law hukuk çevresinin büyük etkisi vardır. Nitekim İngiliz hukukundaki warranty kurumu, borçlunun sözleşme ile üstlendiği tüm yükümlülükleri garanti taahhüdü olarak kabul etmektedir ve bu sebeple hem

¹¹⁷⁸ **BOLLEE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹¹⁷⁹ **WELSER**, Rudolf/**WELSER**, Irene, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkânlar”, (Çeviren: Ayça Akkayan Yıldırım), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2006, s. 154.

ifa etmeme, hem geç ifa, hem de ayıplı ifa durumlarının hepsi sözleşmeye aykırılık oluşturmaktadır¹¹⁸⁰. Viyana Satım Antlaşması'nın hasarın geçişine ilişkin dördüncü bölümünün son düzenlemesi satıcının sözleşmeyi esaslı ihlali halinde alıcının sahip olduğu hukuki imkânların akıbetine ilişkindir. Ancak sözleşmenin ihlalinin esaslı olmadığı durumda ilgili maddenin uygulanabilirliği sorununa da değinilecektir.

CISG m. 70 uyarınca eğer satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal etmişse CISG m. 67, 68 ve 69 alıcının ihlal sebebiyle sahip olduğu hukuki imkânları etkilemez. Doktrinde CISG m. 67, 68 ve 69 hükümlerinin alıcının hukuki imkânlarına engel oluşturacağı kanısına varılmadığı için CISG m. 70 hükmünün gereksiz olduğunun söylenebileceği ifade edilmiştir. Satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlali halinde alıcının sahip olduğu hukuki imkânları yani aynen ifa, sözleşmeden dönme, ikame mal teslimini talep etme, bedel indirimi, onarım talebi ve son olarak tazminat talebi imkânlarını sırasıyla inceleyeceğiz.

aaa. Aynen İfayı Talep Etme

Sözleşmenin satıcı tarafından ihlali halinde alıcının sahip olduğu hukuki imkânlardan ilki CISG m. 46/f. 1 uyarınca aynen ifayı talep etmektir. İlgili düzenleme şu şekildedir: *“Alıcı, satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir, meğerki bu talebiyle bağdaşmayan bir hukukî imkândan yararlanmış olsun”*. Bu düzenlemeye göre satıcının ifa etmemesi durumunda alıcının, satıcının yükümlülüklerini yerine getirmesini talep etme hakkı vardır. Satıcının yükümlülükleri, taraflar arasındaki sözleşmeye ve yedek olarak da Viyana Satım Antlaşması'na göre saptanır. Bu yükümlülükler, malın zamanında ve doğru yerde teslim edilmesi (CISG m. 30, 31, 33), mala ilişkin belgelerin teslim edilmesi (CISG m. 30, 34), CISG m. 41 uyarınca üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden arı mal teslim edilmesi ya da sözleşme ile üstlenilmiş montajın yapılması, sigorta sözleşmesi akdedilmesi gibi diğer yükümlülüklerdir¹¹⁸¹. Alıcının aynen ifa talep etmesinin sınırı aynen ifa talebiyle bağdaşmayan hukuki bir imkândan yararlanmış olmasıdır. Buna göre, mesela alıcı sözleşmeden dönme beyanında bulunmuşsa ya da bedel indirimi talebinde bulunmuşsa artık

¹¹⁸⁰ DAYIOĞLU, s. 32; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 287; Aynı yönde ATAMER, Yeşim, “Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış”, Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 225.

¹¹⁸¹ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 369; ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 165; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (MÜLLER-CHEN), s. 537, N. 6.

aynen ifayı isteyemez; çünkü bu seçimlik haklar aynen ifa talebiyle bağdaşır nitelikte değildir¹¹⁸².

Aynen ifa hakkının uygulanması konusunda CISG m. 28'in getirdiği sınırlamanın uygulanıp uygulanmayacağına bakmak gerekmektedir¹¹⁸³. CISG m. 28'e göre, Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahipse, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satış sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması durumunda mümkündür. Bu kural *civil law* ve *common law* hukuk sistemleri arasında bir uzlaşmanın ürünüdür; çünkü *civil law* sisteminde sözleşmenin en önemli sonucu borçlunun sözleşmeden doğan borcunu ifa etmesidir. Buna karşılık *common law* sisteminde borca aykırılığın esas sonucu tazminattır ve ifaya ancak bazı istisnai durumlarda hükmedilebilmektedir. Bu sebeple hem *common law* hem de *civil law* sistemleri için kabul edilebilir ortak bir çözüm bulmak pek mümkün olmadığından aynen ifa sorunu iç hukuka bırakılmıştır¹¹⁸⁴. Belirtilmelidir ki CISG m. 28 ile getirilmiş bu düzenlemenin uygulamada büyük bir etkisi olmayacaktır; çünkü bugün uluslararası satışlarda aynen ifa talebi genellikle tercih edilmemekte ve alıcılar satıcıdan temin edemedikleri bir malı diğer bir satıcıdan alma yoluna gitmektedirler¹¹⁸⁵.

Aynen ifa talebinin en önemli sonucu satıcının edimini başlangıçta yükümlendiği şekilde ifa etmek zorunda olmasıdır. Kural olarak aynen ifa talebinde bulunan alıcı satıcıya ek bir süre vermek zorunda değildir. Viyana Satım Antlaşması m. 47 alıcının ek bir süre verebileceğinden söz etmektedir; ancak herhangi bir zorunluluk öngörmemektedir. Viyana Satım Antlaşması bakımından süre verilmesinin iki açıdan önemi olabilir: Bir yandan satıcıya

¹¹⁸² DAYIOĞLU, s. 51; BAŞOĞLU, Aynen İfa, s. 224; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 77-78; WELSER/WELSER, s. 156.

¹¹⁸³ ZEYİN, CISG Hukuku, s. 165; DAYIOĞLU, s. 51; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 78; BAŞOĞLU, Aynen İfa, s. 235 vd; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (MÜLLER-CHEN), s. 538, N. 8; HUBER/MULLIS, s. 186 vd.

¹¹⁸⁴ BAŞOĞLU, Aynen İfa, s. 235; ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 77; DAYIOĞLU, s. 51; WELSER/WELSER, s. 156.

¹¹⁸⁵ DAYIOĞLU, s. 52; BAŞOĞLU, Aynen İfa, s. 236.

borcunu ifa imkânı verirken diğer yandan bu sürede de teslim olmaması durumunda alıcıya ortada sözleşmeye esaslı bir aykırılık olmasa bile sözleşmeden dönme hakkı verir¹¹⁸⁶.

Satış sözleşmesinin kısmen ifa edilmemesi durumunda aynen ifa talebi ancak ifa edilmeyen kısım için kullanılabilir (CISG m. 51/f. 1).

bbb. Sözleşmeden Dönme¹¹⁸⁷

Viyana Satım Antlaşması'nın yaptırımlar sisteminde sözleşmeden dönme son çare (ultima ratio)¹¹⁸⁸ olarak öngörülmüştür ve Antlaşmanın bu yaklaşımı, 20'nci yüzyılda uluslararası alanda ve birçok modern satış hukukunda, sözleşmeden dönmeyi sınırlayan eğilime de uygundur¹¹⁸⁹. Antlaşma sözleşmeden dönme imkânını “*favor contractus*” ilkesiyle sınırlamıştır ve bu ilke, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasının ve varlığını korumasının desteklenmesi olarak ifade edilebilmektedir. Bu ilke bağlamında, sözleşmenin ayakta tutulması, taraflardan birinin tek taraflı iradesiyle sona erdirilmesine nazaran tercih edilir¹¹⁹⁰. Viyana Satım Antlaşması'nın bu özelliği ile amaçlanan tarafların aralarındaki akdi ilişkiye

¹¹⁸⁶ ERDEM, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 78; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 369; WELSER/WELSER, s. 157.

¹¹⁸⁷ Viyana Satım Antlaşması'nda tarafların sözleşmeyi “ortadan kaldırma” hakkından (declare the contract avoided) söz edilmektedir. Ancak biz Atamer'in kullanımına paralel olarak sözleşmeden dönme kavramını kullanmayı uygun buluyoruz; çünkü yazara göre, Antlaşmanın bu tür nötr ve renksiz bir kavramı tercih etmiş olmasının nedeni, sözleşmesel bağı çözmeye imkanının onlarca ülkede farklı şekillerde adlandırılıyor olmasıdır ve Antlaşma belli bir sisteme yakın gözükmüyormuş izlenimini vermemeyi hedeflemiştir. Ancak burada kast edilen Türk hukukundaki dönme kurumuna denk gelmektedir (ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 394, dpn. 609). Erdem de “dönme” teriminin daha tutarlı olacağını ve amaca daha iyi hizmet edeceğini belirtmiştir. (ERDEM, Ercüment, “Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmeden Dönme”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, Cilt 1, s. 859, dpn. 8). 818 Sayılı Eski Borçlar Kanununun 202'nci maddesinde “fesih” teriminin kullanımı hatalı olduğundan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu “dönme” kavramını kullanmıştır. 818 Sayılı Eski Borçlar Kanununda fesih kavramının isabetli olmadığı ve bunun gerekçesi hakkında bakınız YAVUZ, Cevdet, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s. 166.

¹¹⁸⁸ SEROZAN, Rona, “CISG'a ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, İÜHFİM 2012, Cilt 70, S. 2, s. 208; Erdem de, Viyana Satım Antlaşması'nda sözleşmeden dönme hakkı taraflara tanınmış ise de bu hakkın oldukça dar yorumlandığını ve bu hakka son çare olarak başvurulduğunu belirtmiştir. (ERDEM, Sözleşmeden Dönme, s. 866). Sözleşmeden dönmeyen son çare olduğu yolunda mahkeme kararları da bulunmaktadır. Mesela bir olayda Hollandalı bir satıcı ile Alman alıcının özel teknik niteliklere sahip kobalt sülfat satışı için akdettikleri sözleşmeden, alıcı, kobalt sülfatın sözleşmede kararlaştırılandan daha düşük kalitede ve İngiltere'de üretilmiş olması gerekirken Güney Afrika'da üretilmiş olmasından dolayı, dönmek istemiştir. Bunun üzerine Mahkeme, alıcının sözleşmeden dönme hakkının tazminat ve bedel indirimi gibi mevcut diğer imkânları yanında son çare olduğunu belirtmiştir: Almanya, Bundesgerichtshof, 03.04.1996, (cobalt sulphate case), <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/960403g1.html>.

¹¹⁸⁹ AYHAN, Hilal Lale, “Birleşmiş Milletler Viyana Satım Antlaşması'na Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, Cilt 15, Sayı 2, s. 46; YELKENCİ, Işıl, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali”, Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 1340.

¹¹⁹⁰ YELKENCİ, s. 1339.

son vermemeleri konusunda onlara yardımcı olmaktır. Sözleşmeyi ayakta tutma yönündeki eğilim Viyana Satım Antlaşması'nın Amerikan hukukundan ne denli etkilendiğini de göstermektedir. Antlaşmanın bu ilkeye önem verdiği bir örneği CISG m. 49 hükmüdür. İlgili hüküm uyarınca alıcı, ancak satıcı sözleşmeye esaslı bir aykırılıkta bulunursa (m. 49/f. 1, a bendi) ya da teslim etmeme durumunda satıcı, alıcı tarafından verilmiş ek süre içinde malları teslim etmez ya da teslim etmeyeceğini açıklarsa sözleşmeden dönebilir (m. 49/2). Bu şartların varlığı alıcının herhangi bir zamanda ve herhangi bir sebebe dayanarak sözleşmeden dönebileceğini ortaya koymaktadır¹¹⁹¹.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere alıcı tarafından hangi şartların varlığı halinde sözleşmeden dönülebileceği CISG m. 49'da belirtilmiştir. İlgili maddenin ilk fıkrası uyarınca satıcının sözleşmeyi esaslı bir şekilde ihlal¹¹⁹² etmesi durumunda alıcı sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilecektir ve CISG m. 70 hasar riskinin geçişine ilişkin kuralların alıcının ihlal sebebiyle sahip olduğu hukuki imkânları etkilemeyeceğini ortaya koymuştur.

Eğer alıcı sözleşmenin ortadan kalktığını beyan ederse bedeli ödeme yükümlülüğünden kurtulur ve sözleşme uyarınca ne ödemişse geri almaya hak kazanır¹¹⁹³. Risk geçmiş olsa ve mallar zayi olmuş veya zarar görmüş olsa da bu geçerlidir. Böylece sözleşmeyi ortadan kaldırmanın etkisi, taşıma esnasında ya da alıcının malları almasından sonra meydana gelen ziya ve zarar riskini, bu ziya ve zarara neden olan olay alıcının bir "eyleminden ya da eylemsizliğinden" kaynaklanmış olmadıkça satıcıya geri döndürmek şeklinde olmaktadır. Yani satıcı sonrasında alıcının kontrolü altında olan malların riskini de taşımaktadır¹¹⁹⁴.

Viyana Satım Antlaşmasının 51'inci maddesinin ilk fıkrası, satıcı malların yalnızca bir kısmını teslim etmiş ise ya da teslim edilmiş malların yalnızca bir kısmı sözleşmeye uygun

¹¹⁹¹ ERDEM, Genel Bakış, s. 128.

¹¹⁹² Tarafların arasındaki sözleşmede tarafların hangi yükümlülüklerinin ihlâlinin esaslı aykırılık sayılacağı belirtilmiş ise sözleşmenin taraflarının belirledikleri bu yükümlülüklerin ihlâli sözleşmeden dönme hakkı verecektir. Ancak tarafların esaslı aykırılığa ilişkin böyle bir belirleme yapmamış olmaları durumunda Viyana Satım Antlaşması'nın diğer hükümlerine başvurulabilecektir. Sözleşmeye aykırılığın esaslı olup olmadığının tespitinde Antlaşma'nın 25'inci maddesi dikkate alınmaktadır. (AYHAN, s. 47).

¹¹⁹³ Sözleşmeden dönmenin sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız HUBER/MULLIS, s. 243 vd; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER (HORNUNG), s. 845 vd; TALLON, Denis, "Article 81", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb81.html>); ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 414 vd; WELSER/WELSER, s. 159 vd; ERDEM, Sözleşmeden Dönme, s. 882 vd.

¹¹⁹⁴ BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

ise, 46 ila 50. maddelerin eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısım için uygulanacağını belirtmiştir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrası, eksik ya da sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık oluşturması durumunda alıcının sözleşmenin tamamının ortadan kalktığını beyan edebileceğini belirtmiştir. Böylece CISG m. 51/f. 2 ile alıcıya, ilk fıkradaki sözleşmeden dönme hakkına getirilen sınırlamaya karşılık, sözleşmenin tamamından dönülebilmesi için bir seçenek sunulmuştur. Bu seçenek karşısında alıcının kısmi sözleşmeden dönmeye ne ölçüde hakkı olduğu tartışma konusu olmaktadır¹¹⁹⁵.

Mesela Fransız satıcı ile Alman bir alıcının yapmış oldukları bir satış sözleşmesinde satış konusu çileklerin 500 gramlık 2500 paket halinde özel olarak hava almayacak şekilde ambalajlanması gerektiğini kararlaştırdıklarını farz edelim; ancak satıcının paketlerden 100 tanesini bu şekilde ambalajlamadığını, diğerlerinin ise sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde paketlenmiş olduğunu kabul edelim. Gemiyle yapılan taşıma esnasında geminin su alması sebebiyle 1000 paketin bozulması durumunda alıcı sözleşmeye aykırılık nedeniyle sözleşmeden dönebilecek midir? Burada CISG m. 67/f. 1 kapsamında gönderilecek nitelikte bir borç vardır ve hasar riski ilk taşıyıcıya teslimle alıcıya geçmiş olacaktır. Mallar taşıma esnasında bozulduğu için normalde hasar riski alıcıda olacaktır. Satıcının sözleşmeye aykırı olarak yaptığı ambalajlama sadece 100 pakete özgü olduğu için bu sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturmayacaktır. Bu sebeple alıcı sözleşmeden dönerek teslimatı kabulden kaçınamayacaktır.

Bu örnekte eğer çileklerden 1250 paketi istenilen kalitede değilse, taşıma esnasında da diğer 1250 paketten 300 tanesi deniz suyu yüzünden hasara uğradıysa satıcının düşük kalitede çilek satmış olması sebebiyle sözleşmeye esaslı aykırılık oluşturacak şekilde hareket ettiği söylenebilecektir. Hasar riski yine CISG m. 67/f. 1 uyarınca ilk taşıyıcıya teslimle alıcıya geçmiş olacağı için normal şartlar altında 300 paket çileğin hasarına alıcı katlanmış olacaktır. Ancak burada CISG m. 25 kapsamında sözleşmeye esaslı bir aykırılık olduğu için alıcı sözleşmeden tamamen (CISG m. 51/f. 2) dönebilecektir. Burada alıcının CISG m. 51'e göre sözleşmeden kısmen dönebilme hakkı da bulunmaktadır. Şu halde çileklerin istenilen kalitede

¹¹⁹⁵ **BOLLEE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>); ICC'nin 1995 tarihli bir hakem kararında Viyana Satım Antlaşması'nın 51/f. 1 ve 73. maddeleri uyarınca sözleşmeden kısmi dönme hakkının bulunduğu ifade edilmiştir. Art arda teslimli bir sözleşmede teslimle ilişkin esaslı bir aykırılık olması durumunda kısmi dönmenin mümkün olduğu belirtilmiştir. Karar için bakınız <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=207&step=Abstract>.

olmayan 1250 paketlik kısmının teslimini kabul etmeyebilecektir. Ancak burada geri kalan 1250 paketin taşıma esnasında hasara uğrayan 300 paketlik bölümünün kabulünden kaçınıp kaçınamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır; çünkü bu 300 paket çilek taşıma esnasında yani hasar riskinin alıcıda olduğu bir dönemde hasar görmüştür. CISG m. 51'in yazılış şekline bakıldığında alıcının sadece yükleme sırasında ayıplı olan malların tesliminden kaçınabileceği sonucu çıkarılabilecektir. İlgili maddenin genel amacı zarara uğrayan alıcının sözleşmeden dönmesini sadece ayıplı mallarla sınırlı tutabilmesi imkânını ona vermektir; ancak maddenin ikinci fıkrası ile ayıbın sözleşmeye esaslı aykırılık oluşturması durumunda sözleşmenin tamamından dönme imkânı vermektedir. Alıcının tamamından dönebilme yetkisi olduğuna göre evleviyetle bir kısmından dönebilme yetkisi de vardır ve bu sebeple alıcı hasar riskinin kendisinde olduğu dönemde hasara uğrayan malların da kabulünden kaçınabilecektir¹¹⁹⁶.

ccc. İkame Mal Teslimini Talep Etme

Eğer malların sözleşmeye uygun olmama durumu esaslı aykırılık oluşturuyorsa alıcı sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına alternatif olarak, ayıplı mal hasar görmüş olsa bile, ikame mal verilmesini talep edebilir. CISG m. 46/f. 2 uyarınca mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı ancak bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturması durumunda ve m. 39 uyarınca yapılacak bildirimle ya da bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimini isteyebilecektir. Bu maddeye bakıldığı takdirde malların sözleşmeye uygun olmaması, esaslı ihlalin var olması şartlarının arandığı ve süre sınırlaması¹¹⁹⁷ getirildiği görülecektir. Alıcının ikame mal teslimini talep edebilmesi için, aykırılık, sözleşmeyi temelden sarsıcı nitelikte olmalıdır, aksi takdirde aykırılık esaslı nitelikte olmadığından, alıcı sözleşmeden dönme dışındaki diğer seçimlik haklarını kullanmak zorunda kalacaktır¹¹⁹⁸. Bu seçimlik hak bakımından sözleşmenin ihlalinin esaslı olmasının aranması, Viyana Satım Antlaşmasında hâkim olan sözleşmeyi ayakta tutma ilkesinin bir yansıması olarak görülmektedir. İhlalin esaslı olmadığı durumlarda malların tekrar taşınması, taşıma masrafları ile taşımadan kaynaklanan riskler söz konusu olacağı için gerek malların gereksiz

¹¹⁹⁶ **ACAR**, Hasar Riski, s. 120 vd; benzer yönde örnek için bakınız **BOLLEE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹¹⁹⁷ **HUBER**, Peter, "CISG-Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları", (Çeviren: Başak Başoğlu), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 275 vd.

¹¹⁹⁸ **ACAR**, Hakan, "1980 Tarihli Malların Uluslararası Satışına İlişkin Viyana Konvansiyonunda Ayıba Karşı Tekeffül", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, Cilt 15, Sayı 2, s. 43.

yere taşınmasının önlenmesi gerek sözleşmeyi ayakta tutmak amacıyla bu hakkın kullanılması esaslı ihlâl olması şartına bağlanmıştır¹¹⁹⁹.

“Makul süre” kavramını nasıl değerlendirmek gerektiği tartışma konusu olmaktadır. Doktrindeki bir görüş, alıcı için sahip olduğu talepler arasında tercih yapmak zor olabileceğinden süreyi geniş tutmak gerektiğini söylemiştir. Bu bağlamda yaklaşık 1 ay kadar bir süre belirlemenin uygun olduğu ve bunun CISG m. 39/f. 1 uyarınca ihbar süresinin yaklaşık olarak bir ay belirlenmesine ilişkin yeni yaklaşımlarla da örtüştüğü ifade edilmiştir¹²⁰⁰. Ancak makul süreyi somut olayın özelliklerine göre saptamak daha uygun bir yol olarak görülmektedir. Bir yandan alıcının, hangi seçimlik hakkı kullanmanın kendisi açısından daha avantajlı olduğunu araştırmak için belirli bir süreye ihtiyaç duyacağını, diğer taraftan satıcı aleyhine spekülasyona imkân vermemek gerektiğini dikkate almak zorunludur¹²⁰¹.

Yukarıdaki örneği ikame mal teslimi bakımından uyguladığımız takdirde alıcının ayıplı olarak teslim edilen yani istenilen kalitede olmayan 1250 paketin tekrar teslimini isteyebileceği söylenebilecektir; ancak istenilen kalitedeki diğer 1250 paketin içinden deniz suyu yüzünden hasara uğrayan 300 paketlik kısmın teslimini isteyememelidir. Alıcıya ikame mal teslimini talep etme yetkisi sadece ayıplı olan yani hasar riskinin alıcıya geçmesinden önce var olan 1250 paketlik kısmı için tanınmıştır. Maddenin lâfzî anlamı ve amacı ile hasar riskinin geçişini düzenleyen hükümler alıcının bu yetkiye sahip olmadığı sonucuna ulaştırmaktadır¹²⁰². Alıcının riskin geçmesinden sonra zayi olmamış veya zarar görmemiş yani sadece hasara uğramamış bulunan sözleşmeye uygun olmayan malların değiştirilmesini isteyebileceği yolundaki iddialar ise CISG m. 70’in lafzıyla bağdaşmamaktadır. Bu hüküm açıkça satıcının sözleşmeyi esaslı ihlali dolayısıyla alıcının sahip olduğu hukuki çarelerin risk geçmesine rağmen korunduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla alıcının ikame mal talep etme imkânını henüz hasar görmemiş mallarla sınırlamak mümkün değildir. Zira CISG m. 82/f. 2 (a) bendi de bu sonucu desteklemektedir¹²⁰³.

¹¹⁹⁹ **AYHAN**, s. 44.

¹²⁰⁰ Bu konudaki tartışma için bakınız **HUBER**, s. 276.

¹²⁰¹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 381.

¹²⁰² **ACAR**, Hasar Riski, s. 121.

¹²⁰³ **BOLLEE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

Malların yenisiyle değiştirilmesi durumunda yeni malların teslimi CISG m. 31 uyarınca asıl malların teslim yerinde yapılacaktır ve buna göre satış sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malların alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya verilmesi yeterli olacaktır¹²⁰⁴.

ddd. Bedel İndirimi

Satıcının sözleşmeye aykırı davranışının esaslı olması durumunda alıcının başvurabileceği hukuki imkânlardan biri de bedel indirimidir. Bedel indirimi hakkının Viyana Satım Antlaşmasında düzenlenmiş olması her ne kadar Kara Avrupa'sı hukuk sistemlerinde yetişmiş hukukçular bakımından normal görünse de common law ülkelerinin kavram olarak yabancı oldukları bir hak söz konusudur. Common law hukuk çevresinde, teslim edilen malın sözleşmeye aykırılığı sebebiyle değerinin düşük olması bir zarar sorunu olarak görülmektedir ve alıcıya sadece tazminat hakkı tanınmaktadır. Buna karşılık CISG m. 50'de bedelin indirilmesi imkânı, tazminat talep etme hakkından bağımsız olarak tanınmıştır¹²⁰⁵. Viyana Satım Antlaşmasının 50'inci maddesi, *"Malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda semen ödenmiş olsun veya olmasın alıcı semeni, fiilen teslim edilen malların teslim anındaki değeri ile sözleşmeye uygun malların aynı andaki değeri arasındaki farkla orantılı olarak indirebilir. Ancak satıcı 37. veya 48. maddeler uyarınca yükümlülüklerinin ifasındaki bütün eksiklikleri giderirse veya alıcı, satıcının bu maddelere uygun olarak yaptığı ifayı reddederse alıcı semeni indiremez."* şeklindedir.

Bedelin indirilmesi hakkının kullanılabilmesinin ön koşulu, satıcının malı teslim etmiş olmasıdır. Satıcı ifa etmediği sürece, hatta satıcının malı geç teslim etmiş olması halinde bile bedelin indirilmesi yoluna gidilmesi mümkün değildir¹²⁰⁶. Mallar üzerinde üçüncü kişilerin hak ileri sürdüğü ve talepte bulunduğu durumlarda bedelde indirim talep edilip edilemeyeceği

¹²⁰⁴ BAŞOĞLU, Aynen İfa, s. 232 vd.

¹²⁰⁵ ACAR, Tekeffül, s. 46 vd; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 387; Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız PILIOUNIS, Peter A., "The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/piliounis.html>); Zeytin de bedelden indirim hakkının Kara Avrupa'sı hukukuna yabancı olmayan ve Türk-İsviçre hukukunda da uygulama alanı bulan bir kurum olduğunu ifade etmiştir (ZEYTİN, CISG Hukuku, s. 183); Bedelde indirim yapılması talebinin kökeni Roma Hukukundaki actio quanti minoris olarak anılan davaya dayanmaktadır (DAYIOĞLU, s. 54, dpn. 45); BİNGÖL, s. 311-312.

¹²⁰⁶ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 388; WELSER/WELSER, s. 160.

ise tartışmalıdır¹²⁰⁷. Viyana Satım Antlaşmasının 50'nci maddesi malların sözleşmeye uygun olmamasından bahseder, dolayısıyla malların sözleşmeye aykırı olması gerekmektedir. Malın ayıplı olduğu durumda (maddi ve hukuki ayıp), aliud ifa¹²⁰⁸ durumunda, malın eksik teslim edilmesinde, hatta malla ilgili belgelerdeki eksiklikler halinde bile alıcının bedelden indirim hakkı bulunmaktadır¹²⁰⁹. Ayrıca maldaki sözleşmeye aykırılığın bedelden indirim hakkını doğurabilmesi için aykırılığın esaslı olmasına gerek yoktur¹²¹⁰.

Alıcının bedel indirimini talep hakkı, malların sonrasında zarar görmüş olup olmadığı fark etmeksizin, tüm sözleşmeye aykırı mallar bakımından geçerli olacaktır. Mesela satıcı sözleşmede birinci kalitede soya fasulyesi satılmasını borçlanmışken, ikinci kalite soya fasulyesini sevk etmişse, ilgili soya fasulyelerinin taşıma sırasında zayi olması veya zarar görmesi önemli olmayacak ve birinci kalitede soya fasulyelerine ilişkin bedelin ödenmesini isteyemeyecektir¹²¹¹.

Uygulamada sözleşmeden dönme ya da ikame malların verilmesi alıcı için her zaman daha avantajlı olacaktır. Alıcı sözü edilen hukuki çarelere (sözleşmeden dönme ve ikame mal verilmesi) ilişkin talebini makul bir sürede yöneltmediği için onlara dayanma hakkını kaybetmedikçe bedel indirimi hakkına başvurmayacaktır¹²¹². Bu hakkın kullanılması konusunda Viyana Satım Antlaşması herhangi bir süre sınırlaması getirmemiştir ve bu sebeple alıcının vaktinde yapacağı bir sözleşmeye aykırılık ihbarının¹²¹³ yeterli olacağı

¹²⁰⁷ **WELSER/WELSER**, s. 160.

¹²⁰⁸ Satıcının, alıcıya, sözleşme konusu olan mal dışındaki başka bir şeyi teslim etmesi durumunda aliud ifa söz konusu olur. Aliud ifade satıcı, satılan malı değil, tarafların aralarında kararlaştırdıkları maldan başka bir şeyi teslim etmektedir. Diğer bir deyişle taahhüt edilen ya da ısmarlanan mal teslim edilmemektedir. Buna karşılık ayıplı ifade satıcı, taahhüt ettiği malı teslim etmektedir, ancak taahhüt edilen mal teslim edilmesine rağmen teslim edilen malda maddi, hukuki veya ekonomik bir noksanlık ya da bozukluk bulunmaktadır. (**AYHAN**, s. 9, dñn. 49).

¹²⁰⁹ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 183; Atamer de teslim edilen malın her türlü sözleşmeye aykırılığı halinde alıcının bedelin indirilmesini talep edebilme imkânının olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu ayıbın bir aliud ifa olabileceğini, hukuki bir ayıp olabileceğini, miktar itibarıyla bir ayıp olabileceğini ve maddi ayıp olabileceğini belirtmiştir (**ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 388); Aynı yönde **DAYIOĞLU**, s. 55.

¹²¹⁰ **ZEYTİN**, CISG Hukuku, s. 183.

¹²¹¹ **BOLLEE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹²¹² **BOLLEE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹²¹³ Kendisine ayıplı bir mal ifa edilmesi sebebiyle seçimlik hakkını kullanmak isteyen alıcının bütün seçimlik haklarını kullanabilmesi bakımından vaktinde bir sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmuş olması gerekmektedir. Antlaşmanın bu konuyla ilgili 39'uncü maddesi şu şekildedir: "(1) Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder. (2) Her halde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya

söylenmelidir, sadece ulusal hukuklarda var olan zamanaşımı süreleri bir üst sınır oluşturabilecektir¹²¹⁴.

eee. Onarım Talebi

Alıcının, Viyana Satım Antlaşmasının 46'ncı maddesinin 3'üncü fıkrası uyarınca ayıplı malın tamir edilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. İlgili düzenleme şu şekildedir: “...Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı, satıcıdan sözleşmeye aykırılığın onarım yoluyla giderilmesini isteyebilir; meğerki tüm koşullar göz önüne alındığında bu, makul olmayan bir talep oluştursun. Onarım talebi 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde yöneltilmelidir.” Bu talep bakımından da satıcının, alıcıya sözleşmeye aykırı bir mal teslim etmiş olması gerekmektedir.

Malların onarım talebi mallar zayi olduğu için yani pratik sebeplerden dolayı mümkün olmayabilmektedir. Eğer malların zayi olduğu durumda bile onarım talebinde bulunulabileceği kabul edilirse malların tamirini isteme hukuki çaresi, ikame malların verilmesini isteme hukuki çaresiyle aynılaştırmış olur¹²¹⁵. Hâlbuki sözleşme açıkça her iki hukuki imkân arasında ayırım yapmaktadır. Ayrıca ikame mal teslimini talep etmenin aksine malların onarım talebi satıcının sözleşmeyi esaslı ihlalini gerektirmemektedir¹²¹⁶. CISG m. 46/f. 3'te alıcının onarım talebinin sınırını “tüm koşullar göz önüne alındığında bunun makul olmayan bir talep olması” oluşturmaktadır. Makul olma şartı tüm koşullar göz önünde bulundurularak alıcının onarım menfaati karşısında satıcının yapacağı masraflar ve yaşayacağı güçlük değerlendirilerek incelenmelidir¹²¹⁷. Mesela tamiratın yenisi ile değiştirmeye nazaran daha masraflı olması durumunda satıcının, alıcıya yeni mal vermek suretiyle sözleşmeye aykırılığı gidermeyi teklif etmesi mümkün olacaktır. Aynı şekilde, ayıbın alıcı tarafından kolayca giderilmesi imkânı varsa ve bunun satıcı tarafından yapılması çok daha fazla masraflı olacaksa, satıcının, alıcıya masraflarını tazmin etmeyi teklif etmek yoluyla tamirat talebini bloke etmesi de mümkündür; ancak malın yenisi ile değiştirilmesi mümkün değilse ve tamir

bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğerki, bu süre sözleşmesel bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olsun.”

¹²¹⁴ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 390.

¹²¹⁵ Sözleşmeye uygun olmayan mal taşıma sırasında zarar görmüş ya da zayı olmuş bile olsa alıcı ikame mal verilmesini isteyebilecektir.

¹²¹⁶ **BOLLEE**, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>); **DAYIOĞLU**, s. 53; **BERNSTEIN /LOOKOFSKY**, s. 122, N. 6-7.

¹²¹⁷ **HUBER**, s. 277-278.

edilmesine ilişkin teknik bilgiye sadece satıcı sahipse çok masraflı olmasına rağmen alıcının tamiratta ısrarcı olması kabul edilebilecektir¹²¹⁸.

Yukarıda da ifade edildiği üzere sözleşmeye aykırı mallar ayıp tamir edilmeden (onarılmadan) önce telef olursa alıcı, satıcının sözleşmeyi ihlalden kaynaklanan diğer hukuki çarelere (sözleşmeden dönme ve ikame mal talebi için ayrıca satıcının sözleşmeyi esaslı ihlali aranmaktadır) başvurabilecektir; çünkü onarım talebi artık uygulanabilir olmaktan çıkmaktadır¹²¹⁹.

Onarım, malların tamir edilmesi ya da ayıplı parçaların değiştirilmesi şeklinde yapılabilmektedir; ama onarım masraflarının satıcı tarafından karşılanması gerekmektedir. Onarım borcunun ifa yerinin neresi olacağı, onarıma göre farklılık arz edecektir. Eğer ayıplı malların onarım için esas teslim yerine gönderilmesi ekonomik olarak makul değilse malların bulunduğu yerde onarımın yapılması gerekmektedir¹²²⁰.

fff. Tazminat Talebi

Sözleşmenin 74'üncü maddesine göre; *“Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli hâlinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dâhil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. Söz konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.”* Bu hüküm uyarınca alıcı, sözleşmeye aykırılık nedeniyle uğradığı müspet zararları talep edebileceği gibi, menfi zararların da tazmin edilmesini talep edebilecektir¹²²¹. Viyana Satım Antlaşmasının 75'inci maddesinde sözleşmeden dönme halinde tazmin edilecek zararlar düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmeden dönmeden itibaren makul süre içinde alıcının ikame mal alması veya satıcının mallarını yeniden satması hâlinde, alıcı, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı talep edebilecektir. Burada alıcının, taraflar arasındaki

¹²¹⁸ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 385.

¹²¹⁹ BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹²²⁰ HUBER, s. 278.

¹²²¹ AYHAN, s. 51.

sözleşmeye göre ödemesi gereken bedelin fiilen aldığı mal için ödediği bedelden daha yüksek olduğu varsayılmaktadır¹²²².

Alıcının CISG m. 74 vd. hükümleri uyarınca bir tazminat talebinin var olduğunun kabul edilebilmesi satıcının sözleşmeyi ihlal etmiş olmasını gerektirmektedir. Zira CISG bakımından tazminata hak kazanmanın tek şartı karşılaştırılan yükümlülüğün ihlal edilmesidir¹²²³. CISG m. 74-77 hükümleri hem satıcı hem alıcı için geçerli olan ortak hükümlerdir¹²²⁴.

Viyana Satım Antlaşmasının 70'inci maddesi, hasarın geçişine ilişkin hükümlerin alıcının sözleşmeyi esaslı ihlali nedeniyle sahip olduğu hukuki imkânlarla hâle vermeyeceğini belirtmiştir. Bu durumda alıcının uğradığı zararın tazminini talep etme imkânı da bulunmaktadır.

Tazminata hükmedilebilmesi bakımından tarafların kusuru aranmamakla beraber, Antlaşma sisteminde hükmedilecek tazminatın sınırını öngörülebilirlik ilkesi oluşturmaktadır. Buna göre, zarar, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması anında öngördüğü ya da öngörmesi gerektiği ölçüde tazmin edilecektir. (CISG m. 74/c. 2). CISG uyarınca, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan tazminat yükümlülüğü kusur esasına dayandırılmış olmayıp daha çok garanti yükümüne dayanan bir sorumluluğa benzemektedir; ancak kusursuz sorumluluktan da belirli farklılıklar taşımaktadır. Sözleşmeyi ihlal eden taraf, sözleşme ihlalinin makul şartlar çerçevesinde gideremeyeceği kendi kontrolü dışındaki olgulara dayandığını ispat etmek yoluyla sorumluluktan kurtulabilecektir¹²²⁵.

Tazminat miktarının hesaplanmasında Viyana Satım Antlaşmasının 77'nci maddesi dikkate alınacaktır ve alıcının zararı azaltmak için gerekli önlemleri almaması hâlinde satıcı, tazminattan indirim yapılmasını isteyebilecektir.

¹²²² ACAR, Tekeffül, s. 44; AYHAN, s. 51.

¹²²³ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 426-427; MAGNUS, CISG Uyarınca, s. 288.

¹²²⁴ BERNSTEIN/LOOKOFSKY, s. 139, N. 6-15.

¹²²⁵ WELSER/WELSER, s. 162.

Zararların tazminini talep hakkı, diğer hukuki imkânlar ile birlikte de kullanılabilir¹²²⁶.

bb. Sözleşmenin Esaslı Olmayan İhlali Durumunda Alıcının Sahip Olduğu Hukuki İmkânlar

Sözleşmeye aykırılık kavramı Viyana Satım Antlaşmasında açıklanmamıştır; ancak genel olarak, taraflardan birinin satış sözleşmesi ile yüklediği edimi sözleşmede öngörülen şekilde ifa etmemesi durumunda sözleşmeye aykırılık söz konusu olacaktır. Tarafların bazı haklarını kullanmaları her sözleşmeye aykırılık hali için geçerli iken diğer bazıları daha ağır sözleşmeye aykırılık hallerinin varlığını gerektirmektedir. Alıcının sahip olduğu hukuki imkânların ikisi bakımından yani sözleşmeden dönebilmesi ve ikame mal talep edebilmesi açısından sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmiş olması gerekmektedir.

Viyana Satım Antlaşmasının incelemekte olduğumuz 70'inci maddesinin, “satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal etmişse” riskin geçişine ilişkin kuralların alıcının ihlal dolayısıyla sahip olduğu hukuki imkânları etkilemeyeceği yolundaki ifadesi, eğer satıcı sözleşmeyi esaslı olmayan şekilde ihlal etmişse riskin geçişine ilişkin kuralların alıcının sahip olduğu hukuki imkânlarla hanel getireceği şeklinde yorumlanabilecektir. Ancak doktrinde, satıcının malların zayı olması ya da zarar görmesi ile ilgisi olmayan sözleşmenin ihlalinin sonuçlarından, risk kuralları sebebiyle muaf olmasının saçma olacağı ifade edilmiştir¹²²⁷.

Bu durumda daha önce de ifade edildiği üzere alıcı tarafından aynen ifa (CISG m. 46/f. 1), makul olması koşuluyla onarım (CISG m. 46/f. 3), mal bedelinden indirim (CISG m. 50) ve tazminat (CISG m. 74-77) istenebilecektir¹²²⁸. Yani aynen sözleşmeye aykırılığın esaslı olması durumundaki gibi, sözleşmeye aykırılığın esaslı olmadığı durumlarda da alıcı hasar riskinin kimde olduğundan bağımsız olarak sözleşmeye aykırılıktan doğan seçimlik haklarından yararlanabilecektir¹²²⁹. BOLLEE'ye göre, bu hükmün tek amacı, riski satıcıya geri döndürme etkisini gösteren alıcının sahip olduğu hukuki imkânların risk kurallarından olumsuz etkilenmemesini sağlamaktır. Sözleşmeyi ortadan kaldırma ve ikame mal talep etme,

¹²²⁶ WELSER/WELSER, s. 155.

¹²²⁷ BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹²²⁸ NICHOLAS, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb70.html>), N. 2. 2.

¹²²⁹ ACAR, Hasar Riski, s. 122.

riski satıcıya geri döndürücü etkiye sahip hukuki çareler olduğundan bu durum, taslağı hazırlayanlarda “satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal etmişse” şeklindeki ifadeye yer verilmesi gerektiği yönünde bir algının oluşmasına neden olmuştur; çünkü her iki hukuki çare de sözleşmenin esaslı ihlali durumu için tasarlanmıştır. Bu 70’inci maddenin esaslı olmayan ihlalleri öngörmemesine ve böyle bir ifadenin kullanılmasına sebebiyet vermiştir. Ayrıca yazar taslağı hazırlayanların niyetinin, “esaslı” ifadesini hükümden kaldırmak olduğunu ve sadece hata sebebiyle metinde kaldığının anlaşıldığını söylemektedir¹²³⁰. GUSTIN de hasar riskinin geçişi esnasında sözleşmeye esaslı aykırılık oluşturmayacak şekilde (non-fundamental breach of contract) ayıplı olan malların, taşıma sırasında bir kaza sonucunda zarara uğraması ya da yok olması halinde alıcı bakımından, sözleşmeye esaslı bir aykırılık olması ile aynı sonucun doğacağını ve bu sebeple 70’inci maddeden sözleşmeye esaslı bir aykırılık olması şartının (fundamental breach of contract) çıkarılması gerektiğini belirtmiştir¹²³¹.

Satıcının sözleşmeyi esaslı olmayan ihlali sebebiyle alıcının tazminat talep etme hakkı dışında aynen ifa, malların tamirini, bedelin indirilmesini isteme hakları da bulunmaktadır. Bunun yanı sıra Viyana Satım Antlaşmasının 49’uncu maddesinin 1’inci fıkrasının (b) bendine göre, teslim etmeme durumunda satıcı, alıcı tarafından 47’nci maddenin 1’inci fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde malları teslim etmez veya verilmiş süre içinde bunları teslim etmeyeceğini açıklarsa alıcı sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilecektir¹²³².

§ 2. HASARIN GEÇİŞİ BAKIMINDAN VİYANA SATIM ANTLAŞMASIYLA INCOTERM KLOZLARININ İLİŞKİSİ

Viyana Satım Antlaşması’nın hasarın geçişine ilişkin hükümleri tarafların bu konuda sözleşmede aksine bir düzenleme yapmamış olmaları durumunda uygulanacaktır; çünkü milletlerarası satış sözleşmelerinde sıklıkla Incoterms¹²³³ kurallarının kararlaştırılmış olması

¹²³⁰ BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹²³¹ GUSTIN, Manuel, “Passing of Risk and Impossibility of Performance Under the CISG”, International Business Law Journal, NO: 3/4, 2001, s. 393.

¹²³² Aynı yönde BOLLEE, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

¹²³³ Incoterm terimleriyle ilgili açıklamalar için bakınız Bölüm II, § 3 E.

ya da bu kuralların CISG m. 8 ve CISG m. 9 uyarınca sözleşme içeriği olmuş olması kabul edilebileceği için CISG kurallarının devre dışı kalması mümkündür¹²³⁴.

Hasara katlanma yükümlülüğünün geçişi, Incoterms A5 ve B5 hükümlerinde düzenlenmiştir. Incoterms'te, hasarın satıcıdan alıcıya geçmesi, CISG düzenlemesine paralel şekilde malların satıcı tarafından teslim edilmiş olmasına bağlanmıştır. Kural olarak, satıcının malları teslimi ile hasar alıcıya geçmiş olur ve burada da tıpkı Viyana Satım Antlaşmasında olduğu gibi malların mülkiyetinin geçiş anı hasarın geçişinde dikkate alınmamıştır. Satıcı veya alıcının Incoterms'te düzenlenen yükümlülüklerinin gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle ortaya çıkan hasar bu kapsamda değildir. Mesela malların uygun şekilde paketlenmemiş veya işaretlenmemiş olması nedeniyle ortaya çıkan hasarlar kapsam dışındadır¹²³⁵.

CISG gibi Incoterms de sadece “bedel riski”ni kapsamaktadır, yani alıcının malların hasara uğramasına rağmen bedeli ödemekle yükümlü olup olmayacağı ya da malların zayi olması veya zarar görmesi durumunda satıcının bedel talep etme hakkına sahip olup olmayacağı hususu düzenlenmiştir. Ayrıca Incoterms kapsamında riskin anlamı Viyana Satım Antlaşması ile aynıdır ve malların kazara fiziksel olarak zayi olması veya zarar görmesini kapsamaktadır. Bu ziya ya da zararlar, tarafların hiçbirinin sorumlu olmadığı, üçüncü kişilerin eylem veya eylemsizliğinden ya da doğal olaylardan kaynaklanmaktadır. Mesela hırsızlık, aşırı ısınmadan dolayı bozulma, su sızıntısı, kötü depolama örnek olarak verilmektedir¹²³⁶.

A. İki Düzenleme Arasındaki Benzerlikler

Viyana Satım Antlaşmasında hasarın geçişi ile INCOTERMS arasında birçok benzerlik ve ortak nokta bulunmaktadır. Her iki düzenleme yukarıda da ifade edildiği üzere “risk” kavramını aynı şekilde tanımlamıştır. Buna göre risk, tarafların birinin eylem ya da eylemsizliğinden kaynaklanmayan şekilde, diğer bir deyişle kazara malların zayi olması veya zarar görmesidir. Bununla beraber her iki düzenlemenin sadece bedel riskini kapsamına aldığı görülmektedir. Riskin geçtiği zaman bakımından da iki düzenleme birbirine benzemektedir; çünkü Viyana Satım Antlaşmasının 68'inci maddesindeki hasarın geçişini sözleşmenin

¹²³⁴ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 264.

¹²³⁵ KUYUCU, s. 48.

¹²³⁶ VALIOTI, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>, N. 4.B.ii.a.

kuruluşuna bağlayan istisna dışında hasar riskinin geçişi teslim bağlanmıştır. Son olarak her iki düzenleme de hasar riskinin alıcıya geçmesi için malların sözleşmeye özgülenmesi gerektiğine dair özel hükümler içermektedir¹²³⁷.

B. Viyana Satım Antlaşmasında Hasarın Geçişine İlişkin Hükümlerin Incotermlerle İlişkisi

I. Viyana Satım Antlaşması M. 67 Bakımından

Viyana Satım Antlaşmasının hükümleriyle INCOTERMS karşılaştırıldığında CISG m. 67/f. 1'in ilk cümlesinin "FCA" terimi bakımından uygulanabilir olabileceği açıktır. Multimodal taşımaları içeren durumları kapsamı için formüle edilmiş olan FCA terimi birden çok taşıyıcının olduğu durumda da uygulanabilmektedir. Viyana Satım Antlaşmasının 67'nci maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi hasarın, malların alıcıya ulaştırılması amacıyla ilk taşıyıcıya verildiği anda alıcıya geçeceğine ilişkin düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla FCA bakımından Antlaşmanın en uygun kuralı CISG m. 67/f. 1'in ilk cümlesidir¹²³⁸.

Aynı şekilde CPT ve CIP terimleri bağlamında hasar riski malların alıcıya ulaştırılması amacıyla taşıyıcıya verilmesiyle ya da ardışık taşıyıcıların söz konusu olması durumunda ilk taşıyıcıya verilmesiyle alıcıya geçmektedir. Viyana Satım Antlaşmasının 67'nci maddesinin ilk fıkrasının ilk cümlesi de bu terimleri karşılayan şekilde hasarın, malların alıcıya ulaştırılması amacıyla ilk taşıyıcıya verildiği anda alıcıya geçeceğini düzenlemektedir.

Viyana Satım Antlaşmasının 67'nci maddesinin ilk fıkrasının ikinci cümlesine göre satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmeyecektir. Bu kural FAS sözleşmeler için de uygulanabilir görünmektedir; çünkü FAS terimine göre hasar, satıcı malları gemi doğrultusunda rıhtıma veya mavnaya yerleştirdiği zaman alıcıya geçmektedir. Malları geminin yanına yerleştirme sorumluluğu, "malları belirli bir yerde" taşıyıcıya verme durumuna benzemektedir. Bununla beraber Viyana Satım Antlaşmasının hükümleri FAS teriminden

¹²³⁷ VALIOTI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N. 5.A.ii; INCOTERMS bakımından malların sözleşmeye özgülenmesi hususu açısından bakınız RAMBERG, INCOTERMS 2010, s. 78.

¹²³⁸ VALIOTI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N. 5.A.iii.a.

farklıdır. FAS teriminde hasar riski mallar, geminin yanına yerleştirildiği zaman, yani alıcının teslim almasına gerek olmadan geçer. Buna karşılık Konvansiyon bağlamında hasar riski malların belirli bir yerde taşıyıcıya verilmesi gerekiyorsa o yerde taşıyıcıya verilmesiyle geçer, alıcının tasarrufuna hazır bulundurma yeterli değildir¹²³⁹.

Daha önce de belirtildiği üzere 2010 revizyonuyla FOB, CIF ve CFR terimlerinde yapılan değişiklikle bu üç kuraldaki hasarın geçişi ile ilgili esas CISG m. 67'deki düzenlemeye uygun hale getirilmiştir. Ayrıca doktrinde zincirleme satışlarla ilgili olarak Viyana Satım Antlaşmasının 68'inci madde hükmüne özellikle CFR ve CIF kurallarının uyumlu hale getirilmesi çabasının vurgulanmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir¹²⁴⁰.

II. Viyana Satım Antlaşması M. 68 Bakımından

Viyana Satım Antlaşmasının 68'inci maddesi uyarınca taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satış sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer; ancak koşulların haklı göstermesi durumunda (mesela sigorta koruması varsa) taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilmektedir. Doktrinde INCOTERMS 2000'in özellikle bu konuyla ilgili herhangi bir hüküm içermediği ifade edilmiştir. Bu sebeple taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin olarak CIF ve CFR terimlerinden sonra "afloat" kelimesi eklenerek bu terimlerin kullanılması tavsiye edilmektedir. INCOTERMS 2000'de hasarın alıcıya geçmesi için malların geminin küpeştesini geçmesi gerekmektedir. Bu ihtimalde satış sözleşmesinin kurulmasından önce meydana gelen zararlardan sorumluluk alıcı için bir dezavantaj olarak görülmektedir, dolayısıyla Viyana Satım Antlaşmasının 6'ncı maddesinin öngördüğü sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların hasar riskinin ya sözleşmenin başlangıcında ya da taşımanın sonunda geçeceğini kararlaştırmaları uygun bir çözüm gibi görünmektedir¹²⁴¹.

¹²³⁹ VALIOTI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N. 5.A.iii.a.

¹²⁴⁰ CANER, s. 250.

¹²⁴¹ VALIOTI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N. 5.A.iii.b; Ayrıca CISG m. 68 ve INCOTERMS 2000 CFR ve CIF arasındaki benzerlik hakkında bakınız RAMBERG, Jan, "To What Extent do INCOTERMS 2000 Vary Articles 67(2), 68 and 69?", (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ramberg.html>).

INCOTERMS 2010 bakımından doktrinde zincirleme satışlarla ilgili olarak Viyana Satım Antlaşmasının 68'inci madde hükmüne özellikle CFR ve CIF kurallarının uyumlu hale getirilmesi çabasının vurgulanmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir¹²⁴².

III. Viyana Satım Antlaşması M. 69 Bakımından

Viyana Satım Antlaşmasının 67'nci ve 68'inci maddelerinin uygulanmadığı durumda uygulama alanı bulacak olan 69'uncu madde düzenlemesi EXW klozuyla ve D grubu terimlerle uyum göstermektedir. İlgili düzenleme şu şekildedir: “*Madde 67 ve 68 kapsamına girmeyen hallerde hasar, alıcının malları teslim aldığı anda veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer./Ancak alıcının, satıcının işyerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde hasar, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda intikal eder./Sözleşmenin, henüz ayıredilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir*”. Aranılacak borçlar bakımından hasarın geçişi alıcının malları teslim almasına (CISG m. 69/f. 1), bunun dışında kalan diğer tüm hallerde ise malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasına (CISG m. 69/f. 2) bağlanmıştır. Viyana Satım Antlaşmasının teslim borcunun ifasını düzenleyen CISG m. 31 (b) ve (c) bentlerinde tasarrufa hazır bulundurmadan söz edildiği için, doktrinde hasarın geçişi bakımından neden bir farklılık yaratıldığına anlaşılamadığı ve bu ayrımın suni kaldığı ifade edilmiştir. Bu noktada Viyana Satım Antlaşmasının 69'uncu maddesinin 1'inci ve 2'nci fıkralarındaki farklılığın giderilerek her iki durumda alıcının tasarrufuna hazır bulundurma anının esas alınmasının gerektiği, zira INCOTERMS içinde de “ex Works” klozu altında düzenlenen aranacak borçlar bakımından hasarın intikali anının, hazır bulundurma anı olduğu belirtilmiştir¹²⁴³.

DDP terimi bakımından hasar riski malların varma yerinde, taraflarca belirlenen teslim noktasında, taşındıkları vasıta içerisinde boşaltılmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna

¹²⁴² CANER, s. 250.

¹²⁴³ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 270; Aksi yönde KUYUCU, s. 60, dpn. 267.

bırakıldıkları an itibariyle alıcıya geçmektedir¹²⁴⁴. Dolayısıyla DDP satışlarla Antlaşmanın 69'uncu maddesinin 2'nci fıkrası arasında benzerlikler bulmak mümkündür¹²⁴⁵.

IV. Viyana Satım Antlaşması M. 66 ve 70 Bakımından

INCOTERMS malların kaza sonucu uğradığı ziya ya da zararları ele almaktadır. Bu sebeple INCOTERMS de kayıp ya da zararın satıcının bir eylemi ya da eylemsizliği nedeniyle meydana geldiği durumları düzenlememektedir. Diğer bir deyişle böyle bir durumda CISG m. 66 hükmü ile paralel şekilde ziya ya da zararın, satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanması alıcının bedeli ödeme yükümlülüğünde olduğu yolunda yorumlanamamaktadır.

Ancak INCOTERM'lerin Viyana Satım Antlaşmasınının 70'inci maddesiyle benzer herhangi bir hüküm içermediği görülmektedir, dolayısıyla INCOTERMS eş zamanlı meydana gelen hasar ve sözleşmenin esaslı ihlali durumunun çözümünü Viyana Satım Antlaşmasına bırakmıştır¹²⁴⁶.

¹²⁴⁴ AYOĞLU, s. 332-333.

¹²⁴⁵ INCOTERMS 2000'de D klotlarının CISG m. 69/f. 2 ile mukayesesi hakkında bakınız VALIOTI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N. 5.A.iii.c.

¹²⁴⁶ VALIOTI, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>), N.5.A.iii.d.

SONUÇ

CISG kısa adıyla anılan ve bu çalışmaya ilham vermiş Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması uluslararası satış hukukunun birleştirilmesinde hem “Common Law” ve “Civil Law” un geleneklerini hem de gelişmiş ve sanayileşmiş ülkeler ile gelişmekte olan ve azgelişmiş ülkelerin menfaatlerini dengelemeye çalışması ve bu iki sistemi kaynaştırmayı başarması ile öne çıkmış bir antlaşmadır. Antlaşma yeknesaklığı sağlama konusundaki başarısını, borçlar hukuku alanında son yıllarda kabul edilmiş hem ulusal hem de uluslararası bir dizi metnin hazırlanmasında oynadığı rolle de ortaya koymuştur. CISG başta Alman Medeni Kanununun Borçlar Hukuku kısmında 2002 yılında gerçekleşen reform olmak üzere birçok ülkenin borçlar kanunlarında yapmış olduğu yenileme çalışmalarında da dikkate alınmıştır. 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun da satış hukukunda yaşanan bu gelişmelere kayıtsız kalmadığı ve bu gelişmeleri yakalamaya çalıştığı söylenebilecektir.

Çalışmamızın giriş kısmında da belirttiğimiz üzere, bu çalışmanın amacı hasarın geçişi meselesinin, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasında (CISG) ne şekilde ele alındığını ortaya koymaktır. Türkiye bu Antlaşmaya 07.07.2010 tarihinde taraf olmuş ve 1 Ağustos 2011 tarihi itibarıyla Antlaşma yürürlüğe girmiştir. Bu çalışma ile Türk hukuk camiasının, gittikçe önemi artan bu Antlaşma hakkında farkındalığının artmasına yardımcı olabilmek istenmiştir.

Viyana Satım Antlaşmasının temel amacı, uluslararası satış hukukunu birleştirmek ve böylece tarafların aralarındaki sözleşmeye hangi iç hukuk kurallarının uygulanacağı yolundaki belirsizliği ortadan kaldırmak yani yeknesaklığı sağlamak olduğu için, Viyana Satım Antlaşmasının otonom yorumlanması, diğer bir deyişle ulusal hukuk temelinde yorumlanmaması gereği sıklıkla ifade edilmektedir. Antlaşmanın diğer tüm hükümlerinin yorumunda olduğu gibi hasar riskinin geçişine ilişkin 66 ila 70. madde hükümlerinin yorumlanmasında da Antlaşmanın otonom yorumlanması ilkesini gözetme zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu bağlamda, sonuç kısmında, çalışmamızın metin kısmında yaptığımız açıklamalar çerçevesinde “hasarın geçişi” konusu ile ilgili değerlendirmelerimize ve vardığımız sonuçlara yer vermek istiyoruz.

Hasar riskinin geçişine ilişkin kuralların önem taşımasının nedeni, sözleşme yapıldıktan sonra sözleşme konusu malların kaza sonucu olarak kısmen ya da tamamen zarara uğraması halinde alıcı bakımından mal bedelini ödeme yükümlülüğü olup olmadığı, satıcı bakımından ise bedeli talep etme yetkisinin olup olmadığı sorununa çözüm üretmesidir. Antlaşmanın bu soruna getirdiği çözümler ele alındığında varılan sonuçları şu şekilde özetlemek mümkün olacaktır:

İlk olarak belirtmek gerekir ki CISG m. 4/f. 1 (b) bendi uyarınca mülkiyetin geçişi Antlaşmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu hükmün yansımaları hasarın geçişine ilişkin hükümlerde de görülmektedir. Mesela CISG m. 67/f. 1 uyarınca, satıcının mal üzerinde tasarruf etme imkânı veren belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile, bu durum hasarın geçişini etkilemeyecektir. Mülkiyetin geçiş anının hasarın geçişi anından bağımsız olduğunu bu düzenleme bir kere daha vurgulamıştır. Viyana Satım Antlaşmasının, hasarın geçişi sorununu mülkiyetin geçişinden ayırmasının nedeni yeknesaklığı sağlamayı amaç edinmiş bir antlaşmada mülkiyetin geçişi gibi ülkeden ülkeye farklılık gösteren bir kavrama hasar riskinin geçişinin bağlanmak istenmemesidir. Bununla beraber sözleşmenin hasar riskinin geçişine ilişkin hükümlerinin altında yatan ilke risk yükü ile malların kontrolünü (fiili hâkimiyet) birbirine bağlamaktır. Buna rağmen Antlaşma belirli durumlarda risk ve fiili hâkimiyeti birbirinden ayırmıştır ve böylece mallar satıcının gözetimindeyken hasarı alıcının taşıması sonucu doğmuştur.

Viyana Satım Antlaşması’nde hasar riskinin geçişine ilişkin kurallar sadece mülkiyetin geçişinden değil, aynı zamanda taşıma bedelinin ödenmesinden de bağımsız kılınmıştır. Zira Antlaşma hasar riskinin geçişine ilişkin olarak benimseyeceği prensibi belirlerken ulusal mevzuatların öncelik tanıdığı hususlara itibar etmemiştir.

İkinci olarak, Viyana Satım Antlaşmasında hasarın geçişi meselesinin, değişik satış türleri bakımından ayrı ayrı ele alındığını ve çeşitli olasılıklar göz önünde bulundurularak düzenlendiğini vurgulamak gerekmektedir. Riskin geçişi ile ilgili genel bir ilke olmamasının

temel nedeni farklı türdeki taşıma içeren uluslararası sözleşmelerin pratik ihtiyaçlarıyla başa çıkılabilmesi düşüncesidir. Bu sebeple Viyana Satım Antlaşması riskin geçişi bakımından genel bir ölçüt sunmamıştır ve CISG m. 67, 68’de ve 69’da riskin geçmesi farklı esaslara bağlanmıştır.

Antlaşmanın 66 ila 70. madde hükümleri düzenlenirken bedel hasarı düşünülmüştür; ancak edim hasarı konusuna yer verilmemiştir. Dolayısıyla bedel hasarına ilişkin düzenlemelerden edim hasarının hangi anda geçtiğine dair çıkarımda bulunulması gerekmektedir. Viyana Satım Antlaşmasının hasara ilişkin ilk hükmü olan 66’ncı maddesinde hasarın geçişinin hukuki sonuçlarına yer verilmiştir. Bu maddede hasarın geçişinin sonuçları edim hasarının düşünülmemesinin bir sonucu olarak bedel hasarı bakımından düzenlenmiştir. Yine aynı maddede, sözleşmenin ifa edilmemesinin tarafların kusuru olmaksızın meydana gelen olaylardan kaynaklanması gerektiği ifade edilmiştir. Viyana Satım Antlaşması anlamında hasar kavramı genel hukuk doktrininde kabul görmüş hasar kavramının kapsamıyla örtüşmektedir ve satılan malın fiziksel olarak yok olması ya da bozularak ayıplı hale gelmesi anlamında kullanılmaktadır. Antlaşma, gönderilecek nitelikte borçları konu alan satış sözleşmelerinde hasar riskinin geçişini m. 67’de düzenlemiştir, götürülecek borçlarda hasar riskinin geçişini CISG m. 69/f. 2’de hüküm altına almıştır. Viyana Satım Antlaşmasının 68’inci maddesi ise taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasarın geçişine, bu çeşit sözleşmelerin uluslararası ticarete yaygın bir şekilde kullanılmasından ötürü, yer vermiştir.

Gönderme borcunda hasar, malın alıcıya ulaştırılması amacıyla ilk bağımsız taşıyıcıya verilmesi ile geçmektedir. Bu husus CISG m. 67/f. 1’de yer alan ana kuraldır. CISG m. 67/f. 1’deki bu ana kuralın istisnası ise, satış sözleşmesinde malların taşıyıcıya “belirli bir yerde” verilmesi kararlaştırılmışsa, hasarın malların o yerde taşıyıcıya verilmesi anına kadar alıcıya geçmeyeceği şeklindedir. CISG m. 67/f. 1’deki kural ya da istisna uyarınca intikal eden hasar ayrıca aynı maddenin 2’nci fıkrasında malların öncelikle sözleşmeye tahsis edilmesi ön koşuluna bağlanmıştır.

Nakil halinde bulunan malların satılması durumunda ise CISG m. 68 uyarınca hasarın sözleşmenin kurulması anında alıcıya geçeceği ancak mala ilişkin sigorta sözleşmesinin akdedilmiş olması gibi haklı nedenlerin varlığı durumunda taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen ilk taşıyıcıya malın teslim edilmesi anına kadar geriye etkili olarak

hasarın geçmesi çözüm yolu olarak benimsenmiştir. Hasarın geçmişe etkili olarak satış sözleşmesinin kurulmasından önce alıcıya geçmesi durumun koşullarına uygun kabul edilmelidir. Zira taşıyıcıya teslim edilmiş olan malların arka arkaya yani zincirleme olarak satılması durumunda söz konusu malların hangi anda zayi olduklarının ya da zarar gördüklerinin tespit edilmesi zordur. Bu bağlamda ziya veya zarar riskinin kimin üzerinde olduğunun tespit edilmesindeki güçlük, tüm taşıma süresi boyunca hasarı tek bir tarafın taşımasını uygun hale getirmektedir. Ancak bu sonucun doğması satıcının iyiniyetli olmasına bağlanmıştır. Viyana Satım Antlaşması, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan imkânsızlık ile sonraki imkânsızlık arasında bir ayırım yapmadan imkânsız sözleşmelerin geçerli olacağını ve satıcının kusuru bulunması durumunda sorumlu tutulacağını kabul etmiştir. Her ne kadar Antlaşma bu hususu açık bir hükümle ifade etmemiş olsa da CISG m. 68/son cümle düzenlemesinden bu sonucun çıkarılması mümkündür. Bu hüküm uyarınca malın başlangıçta mevcut olmaması durumunda bile satış sözleşmesi geçerliliğini koruyacak; ancak bu durumu bilen ya da bilebilecek durumda olan satıcının sözleşmesel sorumluluğu doğacaktır. Burada başlangıçtaki imkânsızlığın sözleşmeyi batıl kılacağı yolundaki birçok Kara Avrupası ülkesinde geçerli olan ilkenin kabul görmediği anlaşılmaktadır.

Aranacak borçlarda hasar riski CISG m. 69/f. 1 uyarınca teslim alma anına, bunun dışında kalan hallerde ise malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması anına bağlanmıştır. Antlaşmanın bu düzenlemesinde CISG m. 31 hükmünden ayrıldığı görülmektedir; çünkü 31'inci madde hükmü hem aranacak hem götürülecek borçlar açısından malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması anını esas almıştır. Doktrin haklı olarak yaratılan bu farklılığa karşı eleştirel bir tutum takınmıştır. Ayrıca gerek 67'nci maddede gerekse 68'inci maddede “hand over (vermek)” ifadesi kullanılmışken, her nasılsa 69'uncu maddede “delivery (teslim)” ifadesi kullanılmıştır. Antlaşmanın neden bu maddede farklı bir terim kullandığı anlaşılammamaktadır.

Antlaşmanın hasar riskinin geçişine ilişkin son düzenlemesi olan 70'inci madde hükmü, satıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal etmesi durumunda 67, 68 ve 69. madde hükümlerinin alıcının ihlal dolayısıyla sahip olduğu hukuki imkânlara hanel vermeyeceğini düzenlemektedir. CISG m. 70 hükmü sadece satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde ve bunun malların zayi olmasıyla ya da zarar görmesiyle ilgisinin olmadığı durumda uygulama

alanı bulmaktadır, yani bu durumlarda satıcının sözleşmeyi ihlaline rağmen malların kazara zayi olması veya zarar görmesi söz konusudur. Satıcının ihlalinin ziya ya da zarara neden olması durumunu hasar kavramı içinde değerlendirmek mümkün olmadığından bu sonuç doğal karşılanmalıdır.

Üçüncü olarak hasarın geçiş anının sözleşmeye aykırılığın aranacağı anı tespit etmek açısından da önem taşıdığı hatırlatılmalıdır. Nitekim CISG m. 36 düzenlemesi bunu ortaya koymaktadır. Mallara ilişkin sözleşmeye aykırılığının saptanması anı, hasarın alıcıya geçişi ile belirlenmektedir. Konuyla ilgili CISG madde 36 düzenlemesi uyarınca satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, aykırılık bu andan sonra belirgin hale gelmiş olsa bile sorumlu olmaktadır. Ancak CISG m. 36/f. 2 düzenlemesi hasarın geçmesinden sonra ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıklardan satıcının sorumluluğunu düzenlemektedir. Satıcı tarafından, malların belirli bir süre mutat ya da belirli bir amaca elverişli olarak kalacağı veya malların belirli nitelik ya da özellikleri koruyacağını garanti edildiği durumda, hasarın geçmesinden sonra ortaya çıkan garanti ihlallerinden de satıcının sorumluluğu gündeme gelecektir. Hasarın hangi anda intikal edeceği hususu ise öncelikle taraflar arasındaki antlaşmaya bağlıdır. Ayrıca ticari teamüller, taraflar arasındaki alışkanlıklar da hasarın geçiş anının tespit edilmesinde dikkate alınmaktadır. Mesela tarafların INCOTERMS'e atıf yaptığı durumlarda, bu kurallar içinde yer alan hasarın geçişi hükümleri devreye girmektedir, buna karşılık sözleşmeden bir sonuca varılamıyorsa CISG m. 67-70 hükümleri yedek kurallar olarak uygulama alanı bulmaktadır. CISG m. 66 düzenlemesi ise hasarın alıcıya geçişi anını tespit eden bir düzenleme olmayıp sadece hasarın geçişinin hukuki sonuçlarına yer verdiği için satıcının hangi anda var olan sözleşmeye aykırılıklardan sorumlu olacağını tespitinde dikkate alınmamaktadır. Hasarın geçişine ilişkin hükümlerin sözleşmeye aykırılığın aranacağı anı tespit etmede bu denli önemli olması, malların sözleşmeye aykırılığının belirlenmesi ile hasarın geçişi meselesinin atbaşı giden iki konu olduğunu gözler önüne sermektedir.

Dördüncü olarak Viyana Satım Antlaşmasının, hasar riskinin geçişi konusunda tenkit edilebilecek kimi yönlerinin olduğu görülmektedir. Antlaşmanın yeknesaklığı sağlama amacını tehlikeye sokan, karışıklığa ve yanlış anlamalara yol açabilecek kullanımlarına hasar riskinin geçişini düzenleyen hükümlerinde de rastlanmaktadır. Mesela Antlaşma "teslim",

“haklı koşullar”, “ilk taşıyıcı” gibi önemli kavramları tanımlamayı farklı yorumlara açık kapı bırakmaktadır. İlgili kavramlar dışında Antlaşma’da tahsisin ne anlama geldiğine ilişkin de açıklama bulmak mümkün olmadığından doktrin tarafından anlamı açıklanmaya çalışılmaktadır. Doktrin tarafından getirilen çözüme göre satıcının davranışlarının fiilen geri döndürülemez olması aranmamaktaysa da tahsis edilen malları ilgili sözleşme bağlamında kullanma niyeti açıkça ortaya konulmalıdır¹²⁴⁷. CISG m. 69’da belirtilen hasarın geçişinin bağlandığı “malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması” olgusunun ne anlama geldiği sorusuna da cevap aranmalıdır; çünkü Viyana Satım Antlaşmasının 69’uncu maddesi malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasının ne anlama geldiğini tanımlamamıştır. Özellikle sözleşmenin belirlenmemiş mallara ilişkin olması durumunda alıcının tasarrufuna hazır bulundurma olgusunun ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı bağlamında meselenin ele alındığı görülmektedir. Buna göre, CISG m. 67 gibi Viyana Satım Antlaşmasının 69’uncu maddesi de malların sözleşmeye tahsisini gerektirmektedir ve eğer sözleşme belirlenmemiş mallara ilişkinse ancak böyle bir tahsis gerçekleştiğinde mallar alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmuş kabul edilecektir. Bunun yanında Viyana Satım Antlaşmasının bazı hükümleri karmaşık bir teknikle kaleme alınmıştır. Mesela nakil halinde bulunan malların satışında geriye etkili olarak hasarın geçişinin kabul edilmesi hangi şartlarda bunun mümkün olabileceğinin yeterli açıklıkta olmamasından dolayı belirsiz bir yapı arz etmektedir. Ayrıca Viyana Satım Antlaşmasının modern gelişmeleri ve uluslararası ticari uygulamaları da göz ardı ettiği görülmektedir. Mesela konteyner taşımacılığının oldukça yaygınlaşmasına rağmen konteynerleşme için ayrı, özel kurallar içermemektedir. Viyana Satım Antlaşması’nın uluslararası taşımacılıkta bu kadar önem taşıyan bu taşıma tekniğini göz ardı etmesi tenkit edilmektedir. Bunlara ek olarak ticari satışlarda yaygın bir uygulama alanı bulunan dökme malların satışı durumunda hasar riskinin geçişine ilişkin herhangi bir kural bulunmamaktadır.

Antlaşmada alıcının malı teslim almada temerrüde düşmesi, CISG m. 69/f. 1’de düzenlenmiş olmasına rağmen CISG m. 67’de böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olması da kanımızca eksiklik olarak kabul edilebilecektir. Bu halde de CISG m. 69/f. 1’e uygun bir yorumla alacaklının temerrüde düştüğü andan itibaren hasarın alıcıya geçtiğini kabul etmek durumunun gereklerine uygun düşmektedir.

¹²⁴⁷ BRIDGE, s. 207.

Viyana Satım Antlaşmasının 70'inci maddesinde sözleşmeye esaslı aykırılık (fundamental breach of contract) durumunda ne gibi sonuçlar ortaya çıkacağı düzenlenmişken, sözleşmeye aykırılığın esaslı olmadığı (non-fundamental breach of contract) durumlar bakımından hangi sonuçların doğacağı konusu net değildir. Antlaşmanın bu hususa açıklık getirmemesi de yeknesaklığı sağlamayı amaç edinmiş bir Antlaşma için eksiklik olarak görülebilecektir. Bu durumda sözleşmeden dönme ve ikame mal teslimini talep etme dışındaki diğer seçimlik hakların, diğer bir deyişle aynen ifa (CISG m. 46/f. 1), makul olması koşuluyla onarım (CISG m. 46/f. 3), mal bedelinden indirim (CISG m. 50) ve tazminat (CISG m. 74-77) istenebileceği kabul edilmektedir. Bu sebeple daha önce ifade edildiği üzere, alıcının sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanmasında sözleşmeye esaslı aykırılık şartının konulmuş olması gereksizdir. Viyana Satım Antlaşmasını hazırlayanların 70'inci maddeyi bu şekilde yazmalarındaki amacın, hasar riskinin geçişine alternatif oluşturabilecek ve bir bakıma hasar riskini satıcıya geri döndürecek olan seçimlik hakların sözleşmeden dönme ve ikame mal teslimini talep etme olduğu düşünülmüştür; çünkü bu haklardan yararlanılması ancak sözleşmeye esaslı bir aykırılık olması durumunda mümkün olmaktadır. Konvansiyonu hazırlayanların bu yöndeki düşüncelerinin maddede böyle bir ifade kullanılmasına sebep olmasından dolayı “fundamental breach” ifadesini sınırlayıcı değil, açıklayıcı bir kavram olarak kabul etmenin amaca daha uygun olduğunu kabul eden görüşlere itibar edilmesi zorunluluğu doğmaktadır.

Viyana Satım Antlaşması'nın birtakım eksiklikleri olmasına rağmen tarafların arasındaki sözleşmeye hangi iç hukukun uygulanacağını bilinememesinin yaratacağı belirsizlik karşısında bu denli geniş kapsamlı düzenlemeleri bulunan bir Antlaşmanın varlığı ve bunun belirliliğinin yarattığı hukuki güvenlik, Antlaşmanın eksikliklerine hoşgörü ile yaklaşılmasını sağlamaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki Viyana Satım Antlaşması'nın hasarın geçişine ilişkin hükümleri tarafların bu konuda aksi yönde bir düzenleme yapmamış olmaları durumunda uygulama alanı bulabilecektir. Çünkü Viyana Satım Antlaşması'nın riskin geçişine ilişkin kuralları Antlaşmanın diğer tüm hükümleri gibi emredici değildir. Tarafların INCOTERMS kurallarını kararlaştırmış olmaları ya da bu kuralların sözleşme içeriğine dâhil kabul

edilmeleri INCOTERMS kurallarının, CISG kurallarına nazaran öncelikli uygulanmalarına neden olacaktır.

KAYNAKÇA

ACAR, Hakan, “1980 Tarihli Malların Uluslararası Satışına İlişkin Viyana Konvansiyonunda Ayıba Karşı Tekeffül”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, Cilt 15, Sayı 2, s. 25-50. (Anılış: Tekeffül)

ACAR, Hakan, Uluslararası Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi, İstanbul 2009. (Anılış: Hasar Riski)

ADIGÜZEL, Burak, Karayoluyla Yapılan Taşımalarda Taşıyıcının Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2012.

AKINTÜRK, Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.

AKINTÜRK, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

AKINTÜRK, Turgut/**KARAMAN ATEŞ**, Derya, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri), İstanbul 2012.

AKYOL, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995. (Anılış: Dürüstlük Kuralı)

AKYOL, Şener, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995.

ALTAŞ, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002.

ALTAY, Sabah, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul 2008.

ALTUNKAYA, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.

AMATO, Paul, “U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods—The Open Price Term and Uniform Application: An Early Interpretation by the Hungarian Courts”, Journal of Law and Commerce, Vol. 13, Y. 1993, s. 1-29.

American Bar Association Section of International Law and Practice Reports to the House of Delegates Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nelson.html>).

ANDERSEN, Camilla Baasch, Uniform Application of the International Sales Law| Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG, The Netherlands 2007.

ANSAY, Sabri Şakir, “Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistemler Arasında Bir Mukayese”, AÜHFD 1953, Cilt 10, Sayı 1-4, s. 450-456.

ANTALYA, O. Gökhan, Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, İstanbul 1993. (Anılış: Tecrübe)

ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, İstanbul 2012. (Anılış: Borçlar)

ANYAMELE, Uche, “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale Of Goods: A Proposal for Nigeria”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/anyamele.html>).

ARAL, Fahrettin, Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczi, AÜHFD 1973, Cilt 30, Sayı 1-4, s. 197-229.

ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2010. (Anılış: Borçlar Hukuku)

ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011. (Anılış: İfa)

ARAL, Fahrettin/**AYRANCI**, Hasan, Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, Ankara 2012.

ARIKAN, Mustafa, “Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı ve Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, Cilt 16, Sayı 2, s. 265-285.

ARKAN, Sabih, “Taşıma İşleri Komisyoncusunun Borçlarını ve Sorumluluğunu Düzenleyen Hükümler”, AÜHFD 1980, Cilt 37, Sayı 1-4.

ARKAN, Sabih, Karada Yapılan Eşya Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 1982.

ARSLANLI, Halil, “Mecellede Hasar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1948, Cilt 14, Sayı 1-2, s. 248-271.

ARSLANLI, Halil, Ticari Bey, İstanbul 1955. (Anılış: Ticari Bey)

ATAMER, Yeşim, “Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, İstanbul 2000, s. 131 -167. (Anılış: Hasarın İntikali)

ATAMER, Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005. (Anılış: Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları)

ATAMER, Yeşim; “Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı”, İstanbul Barosu Dergisi 1995, Cilt 69, Sayı 10-11-12, s. 551-567. (Uluslararası Uygulama Alanı)

ATAMER, Yeşim; “Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Türkiye”, Hukuki Perspektifler Dergisi 2006, Sayı 8, s. 158-163. (Anılış: Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru)

ATAMER, Yeşim, “Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış”, Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 221-265.

ATAMER, Yeşim M., “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, s. 187-221. (Anılış: Tebliğler)

ATEŞ, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara 2007.

ATEŞ, Ebru, Taşıyanın Sorumluluğunu Düzenleyen “Konişmentolu Taşımalar Hakkında Bazı Kuralların Birleştirilmesine Dair 1924 Brüksel (Lahey) Konvansiyonu’nun” Türk Hukukuna Etkisi, İstanbul 2008.

AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya 2012.

AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku I-Zilyetlik ve Tapu Sicili, Konya 2012. (Anılış: Eşya)

AYBAY, Aydın/**HATEMİ**, Hüseyin, Eşya Hukuku, İstanbul 2012.

AYDIN, İbrahim, 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler (Viyana) Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

AYDOĞDU, Murat/**KAHVECİ**, Nalân, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013.

AYHAN, Hilal Lale, “Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesine Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, Cilt 15, Sayı 2, s. 1-57.

AYİTER, Kudret, “Roma Hukukunda Alım Satım Akdinde Hasarın İntikali”, AÜHFD 1957, Cilt XIV, Sayı 1-4, s. 122-143.

AYOĞLU, Tolga, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak LEX MERCATORIA, İstanbul 2011.

BAINBRIDGE, Stephen, “Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Conventions”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bainbridge.html>).

BAKIR, Turan, “Alım-Satım Akdinde Hasar Problemi”, Adalet Dergisi 1954, Yıl 45-Sayı 9, s. 1091-1103.

BARLAS, Nami, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992.

BARLAS, Nami/**OĞUZMAN**, Kemal, Medeni Hukuk, İstanbul 2012.

BARON, Gesa, “Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts form a new lex mercatoria?”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html>).

BASEDOW, Jürgen, “Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, Uniform Law Review, NS-Vol 5, 2000-1, s. 129-140.

BASEDOW, Jürgen, “Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu”, (Çeviren: Arzu Oğuz), AÜHFD 2003, Cilt 52, Sayı 3.

BASEDOW, Jürgen, “Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/basedow.html>).

BAŞOĞLU, Başak, “Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”, İÜHFM 2008, Cilt 66, Sayı 2, s. 287-310. (Anılış: Öncelenmiş Borca Aykırılık)

BAŞOĞLU, Başak, “Sözleşmenin Konusundaki İmkânsızlık”, Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul 2011, s. 489-517.

BAŞOĞLU, Başak, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012. (Anılış: Aynen İfa)

BAŞOĞLU, Başak, “Borcun İfasındaki İmkânsızlık”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 307-346. (Anılış: Armağan)

BAŞPINAR, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.

BAYGIN, Cem, “Türk Borçlar Kanunu’nun Borç İlişkisinin Hükümleri- Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi Konularında Getirdiği Bazı Yenilik ve Değişiklikler”, EÜHFD 2010, Cilt 14, Sayı 3-4, s. 119-144.

BAYSAL, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009.

BAYSAL, Pelin, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’a Göre Satış Sözleşmeleri, Editörler: Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul 2012, s. 221-268.

BELL, Kevin, “The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bell.html>).

BERKİN, Necmeddin M., “Senedle İspata İmkan Bırakmayan Mücbir Sebep ve Fevkalade Haller”, İÜHFİM 1969, Cilt 35, Sayı 1-4 (Ord. Prof. Dr. Kemalettin Birsen’e Armağan), s. 211-230.

BERNSTEIN, Herbert/**LOOKOFKY**, Joseph, Understanding the CISG in Europe, Second Edition, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2003.

BERNASCONI, Christophe, “The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1)”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bernasconi.html>).

BETTI, Emilio, “Her İki Tarafa Borç Yükleyen Akitlerde Hasarın Kime Ait Olacağı Meselesi”, (Çeviren: Belgin Erdoğan), İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1968, Cilt 2, Sayı 3, s. 178-199.

BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku (Özel Borç Münasebetleri), Ankara 1971.

BİNGÖL, F.İtir, Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde MÜCBİR SEBEP (Türk Borçlar Hukuku’nda ve Viyana Satım Antlaşması’nda Mücbir Sebep), Ankara 2011.

BİRSEN, Kemaleddin, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1954.

BOGHOSSIAN, Nayiri, “A Comparative Study of Specific Performance Provisions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/boghossian.html>).

BOLLEE, Sylvain, “The Theory of Risks in the 1980 Vienna Sale Of Goods Convention”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bollee.html>).

BONELL, Michael Joachim, “Article 6”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb6.html>).

BONELL, Michael Joachim, “Article 7”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb7.html>).

BONELL, Michael Joachim, “Article 9”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb9.html>).

BONELL, Michael Joachim, “The UNIDROIT Principles and Transnational Law”, (<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2-bonell-e.pdf>).

BORISOVA, Bojidara, “Geographic Sphere of Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/borisova.html>).

BOZBEL, Savaş, “Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler”, AÜEHFD 2003, Cilt 7, Sayı 3-4, s. 783-804.

BOZER, Ali/**GÖLE**, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2013.

BRIDGE, Michael, “CISG Uyarınca Hasarın Geçmesi”, (Çeviren: Başak Başoğlu), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 193-219.

BULUT KARABAĞ, Nil, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul 2009.

BUZ, Vedat, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması”, AÜSBFD, Ocak-Haziran 1994, Cilt 49, Sayı 1 (İlhan Öztrak’a Armağan, Ankara 1994), s. 23-40.

BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998. (Anılış: Sözleşmeden Dönme)

CANBOLAT, Ayşe Gül, Hava Taşıma Sözleşmesinde Taşıyıcının Sorumluluğu, Ankara 2009.

CANBOLAT, Ferhat, Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi, Çökmesi ve Boşa Çıkması, Ankara 2012.

CANER, Oğuz, “INCOTERMS 2010 (ICC RULES FOR THE USE OF DOMESTIC AND INTERNATIONAL TRADE TERMS)”, 10. Yıl’a Armağan, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 11, Sayı 22, Güz 2012/2, s. 223-262.

CANPOLAT, Selin Sert; “Türk Satım Hukukunda 1 Ağustos 2011 İtibariyle Yeni Bir Dönem: 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Taşınır Mal Satımına İlişkin Viyana Satım Sözleşmesi”, Terazi Hukuk Dergisi 2011, Yıl 6, Sayı 60, s. 23-25.

COX, Öztuna Buket, Avrupa Birliği Hukukunda Elektronik Ticaret ve Türkiye’deki Gelişmeler, İstanbul 2002.

ÇAKIRCA, İrem, “Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi”, İÜHFM 2007, C. LXV, S. 1, s. 177-206.

ÇAKIRCA, Seda İrem, “Passing Of Risk According To The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods and The New Turkish Code Of Obligations From A Comparative Perspective”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2012, Cilt 16, Sayı 4, s. 91-115. (Anılış: Passing Of Risk)

ÇELİKEL, Aysel/**ERDEM**, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2012.

ÇETİNER, Bilgehan, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali İle Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, İÜHFM 2009, Cilt LXVII, Sayı 1-2, s. 97-114. (Anılış: Yarar ve Hasarın İntikali)

ÇETİNER, Bilgehan, “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı İle BM Satım Hukukunun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi”, Legal Hukuk Dergisi 2007, Sayı 58, s. 3139-3152.

DAYINLARLI, Kemal, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler”, Ankara 2005.

DAYIOĞLU, Yavuz, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011.

DEĞİRMENCİ KULA, Nil, “Türk Deniz Hukukunda Çoklu Taşımacılığın Yeri: Uluslararası Sözleşmeler İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Dokuz Eylül Üniversitesi Denizcilik Fakültesi Dergisi 2010, Sayı 1, Cilt 2, s. 79-98.

DEMİR, Mehmet, “Mesafeli Sözleşmelerle İlgili AB Yönergesine Göre Tüketicinin Geri Alma Hakkı”, GÜHFD 2003, Cilt VII, Sayı 1-2, s. 61-90. (Anılış: GÜHFD)

DEMİR, Mehmet, Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004. (Anılış: İnternet Üzerinden)

DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.

DEMİRELLİ, Korhan, “11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satışı Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması İmalatçının Akdi Sorumluluğunda Uygulama Alanı Bulabilir mi?”, İzmir Barosu Dergisi 1991, Sayı 4, s. 58-75.

DIMATTEO, Larry A./**DHOOGHE**, Lucien J./**GREENE**, Stephanie/**MAURER**, Virginia G./**PAGNATTARO**, Marisa Anne, International Sales Law A Critical Analysis of CISG Jurisprudence, Cambridge University Press 2005.

DOĞAN, Fatih, “INCOTERMS 2000 (Tarihi Gelişimi-Geçerlilik Kaynağı-Münferit Klotzlar-Son Değişiklikler)”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2002, Cilt 1, s. 337-367.

DOĞANAY, İsmail, “Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Karada Eşya Nakliyatı”, Adalet Dergisi 1960, Sayı 9, s. 661-699.

DOĞANAY, İsmail, Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri, Ankara 2003.

DORE, Isaak I./**DEFRANCO**, James E., A Comparison of the Non-Substantive Provisions of the UNCITRAL Convention on the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/dore.html>).

DURAL, Mustafa, “İmkânsızlık Kavramı ve Türleri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1973, Cilt VII, Sayı 1, s. 11-58. (Anılış: İmkânsızlık Kavramı)

DURAL, Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976. (Anılış: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık)

EKŞİ, Nuray, “Kanunlar İhtilafı Alanında INCORPORATION”, MHB 1999-2000, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, Cilt 19-20, Sayı 1-2, s. 263-291. (Anılış: INCORPORATION)

EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2010.

ELBİR, Halid Kemal, “Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesinin Mevzuu”, İstanbul Barosu Dergisi 1953, Cilt 27, Sayı 6, s. 281-299.

ENDERLEIN, Fritz/**MASKOW**, Dietrich, International Sales Law, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>).

EORSI, Gyula, “General Provisions”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi1.html>).

EORSI, Gyula, “A Propose the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eorsi3.html>).

ERAUW, Johan, “CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing It”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/erauw.html>).

ERAUW, Johan/**FLECHTNER**, Harry M., “Remedies Under the CISG and Limits to their Uniform Character”, The International Sale Of Goods Revisited, Edited by Petar Sarcevic and Paul Volken, Kluwer Law International 2001.

ERÇİN, Ferhat, “INCOTERMS 2000 Kurallarının Işığında Uluslararası Alım-Satımlarda Uygulanan Teslim Biçimleri, Risk ve Hasarın Geçişi-Masrafların Kime Ait Olacağı Sorunu Üzerine Bir İnceleme”, Legal Mali Hukuk Dergisi 2005, Cilt 1, Sayı 12, s. 3245-3272.

ERDEM, Ercüment, “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, İzmir Barosu Dergisi 1989, Yıl 54, Sayı 1, s. 90-107. (Anılış: Uygulama Alanı)

ERDEM, Ercüment, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1992, Cilt XVI, Sayı 3, s. 35-107. (Anılış: Viyana Satım Sözleşmesi)

ERDEM, Ercüment, “Denizaşırı Satış Olarak FOB Satış”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1996, Cilt 18, Sayı 4, s. 35-90.

ERDEM, Ercüment, SİF Satışlar (CIF Sales), İstanbul 1999. (Anılış: Sif Satışlar)

ERDEM, Ercüment, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008. (Anılış: Makaleler)

ERDEM, Ercüment, “Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu”, Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 105-162. (Anılış: Teslim Borcu)

ERDEM, Ercüment, “INCOTERMS 2010”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul 2010, Cilt 1, s. 219-235. (Anılış: INCOTERMS 2010)

ERDEM, Ercüment, “Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmeden Dönme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, Cilt 1, s. 857-891. (Anılış: Sözleşmeden Dönme)

ERDEM, Ercüment, “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, Editörler: Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul 2012, s. 117-156. (Anılış: Genel Bakış)

ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2012.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

ERGÜNE, Mehmet Serkan, “Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları”, İÜHFM 2004, Cilt LXII, S. 1-2, s. 351-380.

ERİŞGİN Söğütlü, Özlem, Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris (Hasar Alıcıya Aittir), Ankara 2010.

ERMAN, Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 2012.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, “Umulmayan Hal, Mücbir Neden ve Grev”, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi 1969, Cilt 1, Sayı 2, s. 27-29.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970. (Anılış: Edimin Yerine Getirilememesi)

ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2012. (Anılış: Sözleşmeler Hukuku)

ESENER, Turhan/**GÜVEN**, Kudret, Eşya Hukuku, Ankara 2008.

FARNSWORTH, E. ALLAN, “An International Restatement: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth2.html>) .

FAWCETT, James/**HARRIS**, Jonathan/**BRIDGE**, Michael, International Sale of Goods in the Conflict of Laws, New York, Oxford University Press, 2005.

FERRARİ, Franco, “Uluslararası İctihat Hukuku Işığında CISG’da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler”, (Çeviren: Candan Yasan), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 37-81.

FERRARI, Franco, “Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari11.html>).

FERRARI, Franco, “Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>).

FERRARI, Franco, “What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One Has to Look Beyond the CISG”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari15.html>).

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), Cilt 1, İstanbul 1978.

FLECHTNER, Harry, “Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner7.html>).

FLECHTNER, Harry M., “Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi”, (Çeviren: Zeynep Erverdi), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 163-192.

FRANKO, Nisim, “Satım Akdinde Hasarın İntikali”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 349-369.

GABRIEL, Henry, “The International Chamber Of Commerce INCOTERMS 1990-A Guide To Their Usage”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gabriel1.html>).

GENÇTÜRK, Muharrem, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku, İstanbul 2006.

GEZDER, Ümit, Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, İstanbul 1998.

GEZDER, Ümit, Erzurumlu Şerhi Mesafeli Sözleşmeler, İstanbul 2006. (Anılış: Mesafeli Sözleşmeler)

GOLDSTAJN, Aleksandar, “LEX MERCATORIA and the CISG: the Global Law Mercant”, The International Sale Of Goods Revisited, Edited by Petar Sarcevic and Paul Volken, Kluwer Law International 2001, s. 241-258.

GOLDSTAJN, Aleksandar, “Usages of Trade and Other Autonomous Rules of International Trade According to the UN (1980) Sales Convention”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/goldstajn.html>).

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1977.

GÜLEKLİ, Yeşim, “Aşırı İfa Güçlüğü ve Alacaklının Tasavvurunun Boşa Çıkması Halinde İşlem Temelinin Çökmesi Öğretisi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1990, Cilt 15, Sayı 18, s. 43-69.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001. (Anılış: Vekilin Özen Borcu)

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, “Kısmi İfa”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 603-631.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2008. (Anılış: Cilt 1, 2008)

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2012.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012. (Anılış: Cilt 1, 2012)

GÜNAY, Cevdet İlhan, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

GÜNDOĞDU, Fatih, “Birleşmiş Milletler Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Viyana Konvansiyonuna Göre İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011, Yıl 10, Cilt 10, Sayı 2, s. 331-356. (Anılış: İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları)

GÜNDOĞDU, Fatih, Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2011. (Anılış: Borca Aykırılık)

HATEMİ, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976.

HATEMİ, Hüseyin/**GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012.

HATEMİ, Hüseyin/**SEROZAN**, Rona/**ARPACI**, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991.

HAVUTÇU, Ayşe, “İfa Engelleri ve İfa Engellerine Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 2011, s. 317-337.

HEIDERHOFF, Bettina, “CISG’ın Uygulama Alanı: Konu Bakımından”, (Çeviren: Ajda Gençsoy), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 25-36.

HERGÜNER, Ümit, “Applicability of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Sales Contracts Concluded by Turkish Companies and Their Affiliates Abroad”, Murat Sarıca Armağanı, İstanbul 1988, s. 95-101.

HOFFMANN, Bernd Von, “Passing of Risk in International Sales of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vonhoffmann.html>).

HONNOLD, John, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Boston 1991.

HONNOLD, John, “Article 12, Declaration by Contracting State Preserving Its Domestic Requirements as to Form”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho12.html>).

HUBER, Peter/**MULLIS**, Alastair, The CISG (A new textbook for students and practitioners), 2007.

HUBER, Peter, “CISG-Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları”, (Çeviren: Başak Başoğlu), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 267-285.

İŞIKTAÇ, Yasemin, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, İstanbul 2009.

İNAL, Tamer, “Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları”, Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997, s. 13-53. (Anılış: Mücbir Sebep)

İNAL, Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2009.

İNAN, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979.

JAYME, Eric, “Article 1”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/jayme-bb1.html>).

KALPSÜZ, Turgut, Denizaşırı Satışlar (Giriş-Boşaltmada Satışlar), Ankara 1967.

KANIŞLI, Erhan, CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, İstanbul 2013.

KAPLAN, Yavuz, “1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde, İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 2002, Yıl 22, Sayı 2, s. 325-356.

KAPLAN, İbrahim, Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), Ankara 2012.

KARA, Hacı, “Deniz Taşımacılığında Freight Forwarder”, Legal Hukuk Dergisi 2006, Cilt 4, Sayı 37, s. 67-89.

KARACAN, Hatice, “Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu’nda (CISG) Satıcı Açısından İfa Yeri ve Zamanı (Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırmalı Olarak)”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, Cilt II, Sayı 3-4, s. 243-270.

KARAN, Yeliz, “Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 723-748.

KAROLLUS, Martin, “Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/karollus.html>).

KASTELY, Amy H., “Unification and Community: A Rhetorical Analysis of the United Nations Sales Convention”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kastely.html>).

KAŞIKÇI, Osman, “İslam ve Osmanlı Hukukunda Mecelle”, İstanbul 1997.

KAYA, Cansu, CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu, İstanbul 2012.

KAYIHAN, Şaban/**ESKİ**, Mehmet, Uluslararası Ekonomi Hukuku, Ankara 2010.

KAZMA, Sedef Burçin, “INCOTERMS 2000, INCOTERMS 2010 Değişiklikleri ve Türk Ticaret Hukukunda INCOTERMS”, İstanbul 2011, (http://www.agchukuk.com/dosyalar/uluslararasi_ticari_satislarda_teslim_klozlari_incoterms-20.PDF).

KEILY, Troy, “Harmonisation and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/keily3.html>).

KESKİN, A. Dilşat, “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, Cilt 11, Sayı 1-2, s. 209-232.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, “Milletlerarası Ticarete Hakemlerin Lex Mercatoria’yı Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 2006, Cilt 64, Sayı 1, s. 259-290.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul 2011. (Anılış: Kısmi Hükümsüzlük)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 1, “Borçlar Hukukuna Giriş-Hukuki İşlem-Sözleşme”, İstanbul 2010.

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

KURT, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.

KUYUCU, Aslıhan Sevinç, INCOTERMS, İstanbul 2011.

LOEWE, Roland, “The Sphere of Application of the UN Sales Convention”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Loewe.html>).

LOOKOFSKY, Joseph, “Article 36-Time of Conformity Determination”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo36.html>).

MAGNUS, Ulrich, “CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma”, (Çeviren: Cüneyt Süznel), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler

Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 287-307.
(Anılış: CISG Uyarınca)

MAGNUS, Ulrich, “Force Majeure and the CISG”, The International Sale Of Goods Revisited, Edited by Petar Sarcevic and Paul Volken, Kluwer Law International 2001, s. 1-33.
(Anılış: Force Majeure)

MATHER, Henry, “Choise of Law for International Sales Issues Not Resolved by the CISG”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mather1.html>).

MCNAMARA, Tom, “U.N. Sale of Goods Convention: Finally Coming of Age?”, (www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mcnamara.html).

MENDES, Errol P., “The U.N. Sales Convention & U.S.-Canada Transactions; Enticing the World’s Largest Trading Bloc to Do Business Under a Global Sales Law”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mendes.html>).

MISTELIS, Loukas, “CISG’in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından” (Çeviren: Candan Yasan), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 7-36.

MURPHY, Maureen T., “United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Creating Uniformity in International Sales Law”, Fordham International Law Journal, Vol. 12, Y. 1988, s. 727-750.

NICHOLAS, Barry, “Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas1.html>).

NICHOLAS, Barry, “Article 67”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb67.html>).

NICHOLAS, Barry, “Article 68”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb68.html>).

NICHOLAS, Barry, “Article 69”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb69.html>).

NICHOLAS, Barry, “Article 70”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas-bb70.html>).

NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.

OBERMAN, Me. Neil Gary, “Transfer of Risk from Seller to Buyer in International Commercial Contracts: A Comparative Analysis of Risk Allocation Under the CISG, UCC and INCOTERMS”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/thesis/Oberman.html>).

OĞUZ, Arzu, “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, AÜHFD 2000, Cilt 49, Sayı 1, s. 31-65. (Anılış: Hukukun Birleştirilmesi)

OĞUZ, Arzu, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku” (Lex Mercatoria)-Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği”, AÜHFD 2001, Cilt 50, Sayı 3, s. 11-53.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012.

OĞUZMAN, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **ÖZDEMİR-OKTAY**, Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2012.

OĞUZTÜRK KALKAN, Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008.

OZANOĞLU, Hasan Seçkin, “Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Maddi Anlamda Uygulanma Alanı)”, AÜHFD 2001, Cilt 50, Sayı 1, s. 55-90.

ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.

ÖZ, Turgut, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Satım Sözleşmesine İlişkin Temel Değişiklikler ve Yenilikler”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’a Göre Satış Sözleşmeleri, Editörler:

Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul 2012, s. 7-41. (Anılış: Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Satım Sözleşmesine İlişkin Temel Değişiklikler ve Yenilikler)

ÖZALP, Abdurrahman, “ICC INCOTERMS 2010”, Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi 2012, Cilt 1, Sayı 1, s. 139-153.

ÖZDEMİR, Didem, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak LEX MERCATORIA”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2003, Cilt 7, Sayı 1-2, (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/7_4.pdf).

ÖZDEMİR, Hakan, Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Çerçevesinde Uluslararası Ticari Satımlarda Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, “Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan 2011, s. 359-379.

ÖZDEMİR, Turkey, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu), İstanbul 2006.

ÖZEL, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1999.

ÖZEN, Burak, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008.

ÖZKAN, Işıl, Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003.

ÖZKAN, Ömer, “INCOTERMS 2010 İle Getirilen Yenilikler”, Akademik Bakış Dergisi, Sayı 31, Temmuz-Ağustos 2012, <http://www.akademikbakis.org>.

ÖZSUNAY, Ergun, “1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları”, İstanbul Barosu Dergisi 2004, Cilt 78, Sayı 3, s. 906-959.

ÖZTAN, Bilge, Kitap Tahlili, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 1987, Cilt 14, Sayı 2, s. 209-211.

PAMBOUKIS, Ch., “The Concept and Function of Usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/pamboukis.html>).

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

POROY, Reha/**TEKİNALP**, Ünal/**ÇAMOĞLU**, Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2010.

POROY, Reha/**YASAMAN**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2012.

POROY, Reha/**TEKİNALP**, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2013.

RADO, Türkan, Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku, İstanbul 2011.

RAJSKİ, Jerzi, “Article 12”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rajski-bb12.html>).

RAMBERG, Jan, “CISG and INCOTERMS 2000”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ramberg2.pdf>).

RAMBERG, Jan, “To What Extent do INCOTERMS 2000 Vary Articles 67(2), 68 and 69?”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ramberg.html>).

RAMBERG, Jan, ICC Guide to Incoterms 2010, Paris 2011.

REİSOĞLU, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2012.

REİSOĞLU, Safa, Eşya Hukuku- Zilyedlik-Tapu Sicili-Kadastro, Ankara 1984.

ROMEIN, Annemieke, “The Passing of Risk A Comparison between the Passing of Risk under the CISG and German Law”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/romein.html>).

ROTH, P. M., “The Passing Of Risk”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/roth.html>).

[SCHROETER, Ulrich G., “Freedom of Contract: Comparison between Provisions of the CISG (Article 6) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter2.html>)].

SAF, Carolina, “A Study of the Interplay between the Conventions Governing International Contracts of Sale”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saf.html>).

SAĞLAM, İpek, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul 2007.

SAIDOV, Djakhongir, The Law of Damages in International Sales (The CISG and other International Instruments), Oxford and Portland, Oregon, 2008.

SARAÇ, Senem, “Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)’in 79. Maddesi Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi 2010, Cilt 84, Sayı 3, s. 1675-1683.

SARI, Suat, Alıkoyma Hakkı, İstanbul 1997.

SCHLECHTRIEM, Peter, “Uniform Sales Law-The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-66.html>).

SCHLECHTRIEM, Peter, “Uniform Sales Law-The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlech2.html>).

SCHLECHTRIEM, Peter/BUTLER, Petra, UN Law on International Sales, Springer, Heidelberg 2009.

SCHLECHTRIEM, Peter/SCHWENZER, Ingeborg, Commentary on the UN Convention On The International Sale Of Goods, Oxford 2005.

SCHROETER, Ulrich G., “Vienna Sales Convention: Applicability to "Mixed Contracts" and Interaction with the 1968 Brussels Convention”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schroeter1.html>).

SCHWARZ, Andreas B., “Satış Akdinde Hasarın İntikali”, (Çeviren: Kudret Ayiter), AÜHFD 1947, Cilt 4, Sayı 1-4, s. 159-167.

SCHWENZER, Ingeborg/**MOHS**, Florian, “Sözleşmenin Kurulması”, (Çeviren: Gözde Kayacık), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Editör: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, s. 83-103.

SELİÇİ, Özer, “Kesin Vadeli İşlemler”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1968, Cilt 2, Sayı 3, s. 92-107.

SELİÇİ, Özer, “Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı”, İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu 1979, İstanbul 1980, s. 61-69. (Anılış: Mücbir Sebep)

SEROZAN, Rona, “Culpa in Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve 3. Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1968, Cilt 2, Sayı 3, s. 108-129.

SEROZAN, Rona, “Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1968, Cilt 1, Sayı 2, s. 176-200.

SEROZAN, Rona, “Geçersiz Satış Sözleşmesinin Karşılıklı İfa Sonrası Çözülmesi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1969, Cilt 3, Sayı 4, s. 187-213.

SEROZAN, Rona, “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)”, İÜHFM 2000, Cilt 58, Sayı 1-2, s. 233-248. (Anılış: Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku)

SEROZAN, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, (**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/HATEMİ/SEROZAN/ARPACI**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt). (Anılış: İfa Engelleri)

SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.

SEROZAN, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2007. (Anılış: Taşınır Eşya)

SEROZAN, Rona, “CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, İÜHFİM 2012, Cilt 70, S. 2, s. 207-220.

SHEAFFER, Christopher, “The Failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a Proposal for a New Uniform Global Code in International Sales Law”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sheaffer.html>).

SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, Ankara 2013.

SMIT, Hans, “The Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: UNCITRAL’s First Born”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/smit.html>).

SONDAHL, Erika, “Understanding the Remedy of Price Reduction-A Means to Fostering a More Uniform Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sondahl.html>).

SONO, Kazuaki, “The Vienna Sales Convention: History and Perspective”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sono.html>).

SOUTHERINGTON, Tom, “Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html>).

SÖZER, Bülent, Deniz Ticaret Hukuku-I (Giriş-Gemi Donatan ve Navlun Sözleşmeleri, İstanbul 2013.

SUNAY, Nesrin Akın, “INCOTERMS 2010 Kuralları Hakkında Genel Bilgi ve Bu Kurallar Kapsamında DAT ve DAP Ticari Terimleri”, e-akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Eylül 2012-Sayı 126.

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

ŞAMLI, Yetiş Kübra, “Borçlar Kanunu ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali”, İÜHFİM 2007, Cilt LXV, S. 1, s. 303-350.

ŞANLI, Cemal/**EKŞİ**, Nuray, Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul 2006.

ŞENYÜZ, Doğan, Borçlar Hukuku- Genel ve Özel Hükümler, Bursa 2011.

TAHİROĞLU, Bülent, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2012.

TALLON, Denis, “Article 79”, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>).

TALLON, Denis, “Article 81”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb81.html>).

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul 1989. (Anılış: Borçlar)

TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961. (Anılış: Mesuliyet Hukuku)

TANGÜN, Kürşat, “INCOTERMS 2010 İle Getirilen Yenilikler”, Legal Hukuk Dergisi 2012, Cilt 10, Sayı 119, s. 113-124.

TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2004.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ **AKMAN**, Sermet/ **BURCUOĞLU**, Haluk/ **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996. (Anılış: Milletlerarası Unsurlu Satım Akitleri)

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, “11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satışlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi”, AÜHFD 1989-1990, Cilt 41, Sayı 1-4, s. 191-207. (Anılış: Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları)

TOKER, Ali Gümrah, 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Uygulama Alanı, Ankara 2005.

TOPUZ, Seçkin/**CANBOLAT**, Ferhat, “Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi”, AÜHFD 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 673-718.

TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 1969.

TUZCU, Burcu, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkelerinin Uygulama Alanı ve Özellikle Uluslararası Ticari Tahkimdeki Yeri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.

TÜZÜNER, Özlem, “Karayoluyla Eşya Taşıma Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve İş Görme Amacı Güden Sözleşmelerle İlişkisi”, TBB Dergisi 2012, Sayı 101, s. 167-196.

ULUSOY, Erol, Ticari Örf ve Adet Hukuku ve Türkiye’de Geçerli Olan Ticari Örf, Adet ve Teamüller Fire ve Zayıf Kararları, İstanbul 2001.

UMUR, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999.

UYAR, Turgut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt 1, Ankara 2012.

ÜLGEN, Hüseyin/**HELVACI**, Mehmet/**KENDİGELEN**, Abuzer/**KAYA**, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2013.

ÜNEL, Nehir, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu, Ekonomik Sorunlar Dergisi, Sayı 32, ([http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/Sayı 32/nehirunel.pdf](http://www.mfa.gov.tr/data/Kutuphane/yayinlar/EkonomikSorunlarDergisi/Sayı%2032/nehirunel.pdf)), s. 51-64.

ÜREM, Müge, “Satım İçin Bırakma Sözleşmesinde Hasarın Geçişi”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, s. 699-713.

VALIOTI, Zoi, “Passing of Risk in international sale contracts: A comparative examination of the rules on risk under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna 1980) and INCOTERMS 2000”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti1.html>).

VOLKEN, Paul, “The Vienna Convention: Scope, Interpretation and Gap-filling”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/volken.html>).

WELSER, Rudolf/**WELSER**, Irene, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkânlar”, (Çev: Ayça Akkayan Yıldırım), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2006, s. 145-164.

WILL, Michael R., Milletlerarası Mal Satım Hukuku ve Milletlerarası Tahkim, (Çeviren: Bilge Öztan), Ankara 2002.

WINSHIP, Peter, “The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship5.html>).

WINSHIP, Peter, “An Introduction to the United Nations Sales Convention”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship2.html>).

WINSHIP, Peter, “The Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: The United States Adopts UNCITRAL’s Firstborn” (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship4.html>).

YAKUPPUR, Sendi, Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul 2009.

YALÇINTAŞ, Simin, “Viyana Satım Sözleşmesinin Kapsamı ve Sözleşme İle Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2011, Cilt XXVII, Sayı 3, s. 281-308.

YAVUZ, Cevdet, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989.

YAVUZ, Cevdet/**ACAR**, Faruk/**ÖZEN**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2012.

YAVUZ, Nihat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler, Ankara 2011.

YELKENCİ, Işıl, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali”, Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1333-1373.

YEŞİLOVA, Ecehan, “CMR-Taşıma Senedinin İspat Kuvveti”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, Cilt 7, Sayı 1, s. 237-273.

YILDIRIM, Abdulkerim, “Mesafe Satımı ile Mesafeli Satım Kavramları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2005, Cilt 9, Sayı 1-2, s. 127-152. (Anılış: GÜHFD)

YILDIRIM, Abdulkerim, Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2009. (Anılış: Tüketicinin Korunması)

YILMAZ, İlhan, “Uluslararası Menkul Satışı Sözleşmelerine Dair Viyana Konvansiyonu ve Türk Hukuku’na Göre Sözleşmenin Kuruluşu”, Kemal Oğuzman’a Armağan 2002, Yıl 1, Sayı 1, s. 573-603.

YILMAZ, Mutlu/**ÖZKEN**, Ahmet/**ŞAHİN**, Necmettin, “INCOTERMS 2000 ve 2010’un Mukayeseli Analizi ve Türkiye Uygulamalarındaki Eksiklikler”, Journal of Yasar University, No 23, Cilt 6, <http://journal.yasar.edu.tr/arsiv/vol-6/no23-vol6/>, s. 3814-3825.

YÜCER, İpek, “Impossibility in Turkish Law”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010, Cilt 14, Sayı 2, s. 169-181.

YÜCER, Zeynep İpek, Borç İlişkisi Doğuran Sözleşmelerde Başlangıçtaki İmkânsızlık, Hüküm ve Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.

YÜKSEL BOZKURT, Armağan Ebru, “UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu’na Genel Bir Bakış”, TAAD 2011, Cilt 2, Yıl 2, Sayı 4, s. 135-172.

ZEVKLİLER, Aydın/**GÖKYAYLA**, K. EMRE, Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2013.

ZEYTİN, Zafer, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 2008, Cilt XXIV, Sayı 3, s. 223. (Anılış: CISG’in Uygulama Alanı)

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

ZİLELİOĞLU, Hilal, “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, AÜHFD (Yıl 1982-87), Cilt 39, Sayı 1-4, s. 241-264.

KARAR İNDEKSİ

<http://www.cisg.law.pace.edu> bünyesinde yer alan kararlar:

Yunanistan, 2008 Monomeles Protodikio Thessalonikis (Single Member Court of First Instance of Thessalonika)	(Clothes Case)	825 ¹²⁴⁸
Slovak Cumhuriyeti, 12.03.2009 District Court in Komarno	(Frozen Peas Case)	825
Slovak Cumhuriyeti, 24.02.2009 District Court in Komarno	(Potatoes Case)	825
Rusya, 11.03.1998 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	Arbitration	859
Çin, 25.06.1997 China International Economic & Trade Arbitration Commission	Arbitration	861
Almanya, OLG Schleswig, 22.08.2002 (OLG=Oberlandesgericht=Appellate Court)	(Live Sheep Case)	826
Çin, 01.04.1997 China International Economic & Trade Arbitration Commission	(Fishmeal case)	797, 1061
Rusya, 30.12.1998 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	Arbitration	858, 913

¹²⁴⁸ Kararın hangi dipnot numarasında yer aldığını göstermektedir.

Rusya, 17.05.1999 Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	Arbitration	860
Rusya, 03.06.2003 Federal Arbitration Court for the Northwestern Circuit	(Appellate Court)	1061
İsviçre, 28.10.1997 Tribunal Cantonal de vaud	(Second hand buldozer case)	956
Almanya, 05.04.1995 LG Landshut (LG=Landgericht=District Court)	(Sport clothing case)	1152
Almanya, Bundesgerichtshof, 03.04.1996	(cobalt sulphate case)	1188
Avusturya OLG Innsbruck, 01.07.1994	CLOUT No. 107	1144
Macaristan, 10.12.1996 Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest	CLOUT No. 163	858
Arjantin, 31.10.1995 Camara Nacional de Apelaciones en lo Comercial	CLOUT No. 191	914
Fransa, CA Grenoble, 15.05.1996	CLOUT No. 204	1159
İspanya, 31.10.1997 Appellate Court Cordoba	CLOUT No. 247	915
Almanya OLG Köln, 09.07.1997	CLOUT No. 283	885
Almanya OLG Karlsruhe, 20.11.1992	CLOUT No. 317	978
Almanya OLG Hamm, 23.06.1998	CLOUT No. 338	905
Almanya OLG Oldenburg, 22 Eylül 1998	CLOUT No. 340	903
Almanya AG Duisburg, 13.04.2000	CLOUT No. 360	965, 1058

Amerika Birleşik Devletleri, 26.03.2002 Federal District Court	CLOUT No. 447	916
İspanya, Audiencia Provincial de Valencia, 15.02.2003	CLOUT No. 552	796
Almanya OLG Koblenz, 14.12.2006	CLOUT No. 724	832
Danimarka, Randers Byret, 08.07.2004	CLOUT No. 995	904
Almanya, OLG Frankfurt, 29.01.2004 (OLG=Oberlandesgericht=Appellate Court)	CLOUT No. 820	1151
Almanya, OLG Schleswig-Holstein, 29.10.2002	(Stallion case)	790
Rusya, 06.08.2002 Federal Arbitration Court for the Western Siberia Circuit	(Harvesting combines case)	825
Çin, 1999 China International Economic & Trade Arbitration Commission	(Piperonal aldehyde case)	828
İsviçre, 15.01.1998 Appellate Court Lugano Cantone Del Ticino http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=368&step=Abstract .	(Cocoa beans case)	1145
Court of Arbitration of the ICC International Chamber of Commerce, 1992	ICC, Arbitration	873
Hollanda, 17.07.1997 District Court Arnhem http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=355&step=Abstract .	(Work of Art)	1151
ABD, 23.05.2005 Federal Appellate Court http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1032&step=Abstract	(7th Circuit)	956, 1057

Belçika, 18.02.2002

(Rechtbank van 873
Koophandel, Ieper)

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=771&step=Abstract>