

**T.C.  
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ULUSLARARASI SATIM SÖZLEŞMELERİNE İLİŞKİN  
BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG) UYARINCA  
ALICININ SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Işıl YELKENCİ**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. M. Turgut ÖZ**

**Haziran 2013**



## ÖNSÖZ

Bu çalışma Prof. Dr. M. Turgut ÖZ, Prof. Dr. O. Gökhan ANTALYA ve Doç. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU'ndan oluşan jüri önünde yüksek lisans tezi olarak savunulmuş ve oybirliğiyle başarılı bulunmuştur.

Öncelikle Prof. Dr. M. Turgut ÖZ'e danışmanım olmayı kabul ederek beni onurlandırdığı için teşekkür etmek isterim. Değerli hocam sağlamış olduğu akademik özgürlük ve göstermiş olduğu anlayış ile bu zor süreci atlatmamda bana her daim yardımcı oldu. Diğer yandan hazırlık süreci boyunca daha iyi bir çalışma hazırlamam konusunda beni motive eden ve tezimi ayrıntılı bir biçimde inceleyerek geliştiren Prof. Dr. O. Gökhan ANTALYA'ya; lisans eğitimimden bu yana akademik gelişimimde önemli pay sahibi olan ve savunma jürisindeki varlığıyla beni destekleyen Doç. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU'na müteşekkirim. Ayrıca bu vesileyle kürsülerinde bulunmaktan ve asistanları olmaktan onur duyduğum Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a ve Prof. Dr. Serap HELVACI'ya akademik gelişimimde sağlamış oldukları destek ve olanaklar sebebiyle teşekkür etmek isterim.

Hazırlık sürecinin her aşamasında yanımda olarak beni koşulsuz destekleyen Yrd. Doç. Dr. İpek SAĞLAM'a, onun katkılarıyla ortaya koymuş olduğum bu çalışmanın önsözünde teşekkür etmek benim için bir mutluluk kaynağı. Ayrıca engin bilgisiyle her zaman yanımda olan hocam Doç. Dr. Burak ÖZEN'e de müteşekkirim.

Bu tezin en önemli destekçileri Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'ndaki araştırma görevlisi arkadaşlarımdır. Zeynep ALTINER'in, Can ARMUTCUOĞLU'nun, Çisil DURGUN'un, Başak GÖRGEÇ'in, Ahmet GÜNDOĞDU'nun, Zeynep Uyar HATİPOĞLU'nun ve Ekin ŞENTÜRK'ün benim için yaptıkları karşısında ne kadar teşekkür etsem az. Bu tezin onların tezlerinden çalınan vakitte yazıldığının bilincinde olarak sevgili arkadaşlarımla her birine ayrı ayrı teşekkür ederim.

Son olarak yüksek lisans eğitimim boyunca destek aldığım Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'nun (TÜBİTAK) katkılarını anmak isterim.

## İÇİNDEKİLER

<b>Bölüm 1 - Özel Hukukun Uluslararası Uyumlaştırılması Sürecinde CISG</b> .....	<b>4</b>
I. Özel Hukukun Uluslararası Uyumlaştırılması Sürecinde Önemli Dönemeç: Uluslararası Satım Hukukunun Yeknesaklaştırılması .....	6
II. Özel Hukukun Uluslararası Uyumlaştırılması Sürecinde Diğer Önemli Projeler: UNIDROIT İlkeleri, PECL ve DCFR .....	12
<b>Bölüm 2 - Sözleşmeden Dönme Hakkının İfa Engelleri Sistemindeki Yeri</b> .....	<b>18</b>
I. Sözleşmeden Dönme Hakkını Sınırlayıcı Anlayış: <i>Favor Contractus</i> İlkesi .....	20
A. CISG'in Sözleşmeyi Ayakta Tutmayı Amaçlamasının Sebepleri .....	23
B. CISG'in Sözleşmeyi Ayakta Tutmak için Benimsediği Yaklaşımlar .....	24
II. Alıcıya Sözleşmeden Dönme Hakkı Veren Durumlar ve Bu Durumların Çeşitli İhlal Türleri Çerçevesinde İncelenmesi .....	25
A. Sözleşmenin Esaslı İhlali .....	26
1. Yükümlülük İhlali .....	28
2. Sözleşmeden Haklı Olarak Beklenen Menfaatten Önemli Ölçüde Yoksun Bırakan Olumsuzluk .....	30
3. Olumsuzluğun Öngörülebilirliği .....	34
B. Satıcının Mehile Rağmen Satım Konusu Malı Teslim Etmemiş Olması .	37
1. Satıcının Satım Konusu Malları Teslim Etmemesi .....	38
2. CISG m. 47 Uyarınca Satıcıya Mehil Verilmesi .....	41
3. Mehilin Sonuçsuz Kalması .....	44
C. Çeşitli İhlal Türleri Çerçevesinde Alıcıya Sözleşmeden Dönme Hakkı Veren Bir Durumun Varlığı .....	44
1. Satıcının Satım Konusu Malları Temelli Olarak Teslim Etmemesi .....	45
2. Satıcının Satım Konusu Malları Teslimde Gecikmesi .....	46
3. Satıcının Satım Konusu Malları Eksik Teslim Etmesi .....	48
4. Satıcının Sözleşmeye Aykırı Mal veya Üçüncü Kişilerin Haklarından Ari Olmayan Mal Teslim Etmesi.....	49
5. Satıcının Belgelerle İlgili Yükümlülüklerini İhlal Etmesi .....	51
6. Satıcının Diğer İhlalleri .....	53
III. Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkına Getirilen Sınırlamalar .....	54
A. Satıcının Sözleşme İhlalini Giderme Hakkının Bulunmaması .....	54

1. Satıcının Vadeden Önce Sözleşme İhlalini Giderme Hakkı .....	55
2. Satıcının Vadeden Sonra Sözleşme İhlalini Giderme Hakkı .....	56
B. Teslim Edilen Malın İadesinin Mümkün Olması .....	60
1. Kural: Teslim Edilen Malın İadesi Mümkün Oldukça Sözleşmeden Dönme Hakkı .....	61
2. İstisna: Teslim Edilen Malın İadesi Mümkün Olmasa Bile Sözleşmeden Dönme Hakkı .....	65
a. İmkânsızlığın Alıcının Eyleminden veya Eylemsizliğinden Kaynaklanmamış Olması .....	65
b. Malların Muayene Sonucunda Telef Olması veya Hasara Uğraması .....	67
c. Malların Satılması, Tüketilmesi veya Şeklinin Değiştirilmesi .....	68
C. İhlalin Alıcının Kendi Eylemi veya Eylemsizliğinden Kaynaklanmamış Olması .....	70
1. İhlalin Sadece Alıcının Eylemi veya Eylemsizliğinden Kaynaklanması .....	70
2. İhlalin Alıcı ile Satıcının Ortak Eylem veya Eylemsizliklerinden Kaynaklanması .....	73
D. Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkıyla Bağdaşmayacak Bir Seçimlik Haktan Faydalanmamış Olması .....	76
E. Satıcının Sözleşmeye Aykırı Mal Teslim Ettiği Durumda Alıcının İhbarda Bulunmuş Olması .....	78
1. İhbarın İçeriği ve Şekli .....	84
2. İhbarın Yapılabileceği Süre .....	87
a. Alıcının Sözleşmeye Aykırılığı Saptadığı veya Saptaması Gerektiği Andan İtibaren Makul Süre .....	89
i. Sürenin Uzunluğu .....	89
ii. Sürenin Başlangıç Anı .....	91
b. Malların Alıcıya Fiilen Verildiği Andan İtibaren İki Yıl ..	93
F. Satıcının Üçüncü Kişilerin Hak ve Taleplerinden Arı Olmayan Mal Teslim Ettiği Durumda Alıcının İhbarda Bulunmuş Olması .....	97
1. İhbarın İçeriği ve Şekli .....	99
2. İhbarın Yapılabileceği Süre .....	100

IV. Özel Bazı Durumlarda Sözleşmeden Dönme .....	102
A. Öne Alınmış Sözleşme İhlali Durumunda Dönme .....	102
B. Art Arda Teslimli Sözleşmelerde Dönme .....	104
<b>Bölüm 3 - Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılması .....</b>	<b>109</b>
I. Sözleşmeden Dönme Beyanı .....	109
A. Sözleşmeden Dönme Beyanının İçeriği ve Şekli .....	110
B. Sözleşmeden Dönme Beyanının Hüküm İfade Etme Anı ve Geri Alınması .....	112
II. Sözleşmeden Dönme Beyanında Bulunulabilecek Süre .....	116
A. Mallar Teslim Edilmeden Önce Sözleşmeden Dönüldüğünde Uyulacak Süre .....	117
B. Mallar Teslim Edildikten Sonra Sözleşmeden Dönüldüğünde Uyulacak Süre .....	118
1. Satım Konusu Malların Geç Teslim Edilmiş Olması .....	119
2. Satıcının Diğer İhlalleri .....	120
<b>Bölüm 4 - Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları ve Alıcının Zararının Tazmini . 125</b>	
I. Dönmenin Sözleşme Üzerindeki Etkisi .....	127
A. Dönmenin Sözleşme Üzerindeki Etkisinin Tespit Edilmesinin Gerekliliği .....	128
B. Dönmenin Sözleşme Üzerindeki Etkisinin Tespit Edilmesi .....	131
II. Dönmenin Borçlardan Kurtarıcı Etkisi: İfa Edilmemiş Borçların Sona Ermesi	135
III. Dönmenin Edimleri Geri Sağlayıcı Etkisi: İfa Edilmiş Olan Edimlerin ve Elde Edilen Yararların İadesi .....	137
A. İfa Edilmiş Olan Edimlerin İadesi .....	138
1. İadenin Konusu: Edimlerin Aynen İadesi .....	140
2. İade Zamanı: Aynı Anda ve Makul Süre İçerisinde İade .....	142
3. Edimlerin İade Edileceği Yer .....	144
4. İade Masrafları .....	146
B. Edimlerden Elde Edilen Yararların İadesi .....	147
1. Satıcının Satım Bedeline İlişkin Faiz Ödeme Borcu .....	149
2. Alıcının Elde Ettiği Yararların Parasal Karşılığını İade Etme Borcu .....	152

C. İadeye İlişkin Alacakların Takası .....	155
D. Tarafların İade Borçlarının Kapsamının Belirlenmesi Bağlamında Hasar Sorunu .....	156
1. Malların Sözleşmeden Dönülmesinden Önce Zarar Görmesi .....	157
2. Malların Sözleşmeden Dönülmesinden Sonra Zarar Görmesi ....	159
3. Alıcının Malı Muhafaza Etme Yükümlülüğü .....	160
IV. Alıcının Zararının Tazmini .....	161
A. Tazminat Sorumluluğunun Varlığına İlişkin Kusursuz Sorumluluk İlkesi .....	163
B. Tazminat Sorumluluğunun Kapsamına İlişkin Tam Tazmin İlkesi .....	165
1. Tam Tazmin İlkesi Çerçevesinde Korunan Menfaatler .....	167
2. Tam Tazmin İlkesi Çerçevesinde Tazmin Edilebilecek Zarar Türleri .....	171
C. Tazminat Sorumluluğunun Kapsamının Sınırlanması .....	175
1. Nedensellik Bağı .....	176
2. Öngörülebilirlik İlkesi .....	177
3. Zararı Azaltma Külfeti .....	182
D. Zararın Hesaplanması .....	185
1. Genel Kural .....	185
2. Sözleşmeden Dönen Alıcının İfa Etmeme Zararının Hesaplanmasına İlişkin Özel Hükümler .....	188
a. Sözleşmeden Dönen Alıcının Zararının Somut Yöntemle Hesaplanması .....	188
b. Sözleşmeden Dönen Alıcının Zararının Soyut Yöntemle Hesaplanması .....	194
E. Zararın Tazminine İlişkin Diğer Önemli Konular .....	199
1. Üçüncü Kişilerin Satıcıya Karşı Olan Talepleri .....	199
2. Tazminat Borcunun İfa Yeri .....	199
3. Tazminat Alacağına Tâbi Olduğu Zamanaşımı .....	200
4. Tazminat Çerçevesinde İspat Sorunu .....	201
V. İfa Yerine Tazminat Talep Etme Olanasının İfa Engelleri Sistemindeki Yeri ..	203
<b>SONUÇ</b> .....	206

## KISALTMALAR

Art.	Article
bkz.	bakınız
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods / Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması
CCFr	Fransız Medeni Kanunu
CO	İsviçre Borçlar Kanunu
DCFR	Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference / Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak
dn.	Dipnot
eBK	818 sayılı Borçlar Kanunu
eTTK	6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
m.	Madde
para.	Paragraf
PECL	Principles of European Contract Law / Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri
s.	Sayfa
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
ULIS	Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods / Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Yeknesak Kanun Hakkında Antlaşma
ULFC	Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods/ Milletlerarası Mal Satımı Sözleşmelerinin Kurulmasına İlişkin Yeknesak Kanun Hakkında Antlaşma
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
UNIDROIT İlkeleri	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts / Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law



## RESUME

Variété des différents systèmes juridiques en vigueur dans les différents pays a toujours été un obstacle au développement du commerce international. Grâce au renforcement de l'internationalisation de l'économie du 20e siècle, les efforts visant à harmoniser le droit privé se sont accélérées. Dans ce contexte, la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM), qui est développé par les efforts de la CNUDCI, mérite une attention particulière. CVIM est une partie intégrante de la *lex mercatoria* avec son succès exceptionnel. Son acceptation mondiale a également attiré la Turquie qui est devenue partie à la Convention. A la fin de la procédure juridique requise, la Convention est entrée en vigueur en Turquie le 1er Août 2011, sans aucune réserve. L'entrée en vigueur en Turquie de la Convention a marqué une nouvelle ère pour le droit de vente turc, qui a acquiert une structure dualiste. Les contrats qui ne relèvent pas de la sphère d'application de la Convention sont exclusivement régis par la législation nationale turque (Code des Obligations Turc, Code sur la Protection du Consommateur Turc, Code du Commerce Turc). Les contrats qui relèvent de la sphère d'application de la Convention sont soumis à la Convention en principe. Recours à la législation nationale turque n'est possible que pour les lacunes externes.

Une des qualités les plus importantes de la Convention est son caractère composite mêlant les traditions de *common law* et de *civil law*. Influence de *common law* sur la Convention et en particulier sur son système de remèdes, est très intéressant aux yeux d'un juriste turc. Qualité caractéristique du système de remèdes est sa notion unifiée de contravention au contrat, héritage de *common law*. Une telle notion unifiée différencie le système de remèdes de la Convention, du système de remèdes en droit Suisse - Turquie. Cependant, notre étude analysant le remède de résolution du contrat a pour but de révéler le fait que la Convention dispose d'un système de remèdes unique et autonome qui ne peut pas être expliqué simplement à la lumière de *common law* ou de *civil law*. L'étude analyse le système de remèdes autonome avec un point de vue limité en mettant l'accent sur le remède de résolution du contrat par l'acheteur.

Remède de résolution au sein de la Convention est compensé par principe de *favor contractus*, en parallèle avec d'autres systèmes juridiques. *Favor contractus* est un principe favorisant la formation et la maintenance valide du contrat. Le maintien du contrat est préférable à la résolution par une déclaration unilatérale d'une des parties. Toutefois, la Convention octroie l'acheteur le droit de déclarer le contrat résolu dans les cas où il est impossible pour l'acheteur de se contenter d'un autre remède. En d'autres termes, le remède de résolution est une mesure de dernier recours (*ultima ratio*).

En accord avec le principe de *favor contractus*, le droit de l'acheteur à déclarer le contrat résolu est soumise à des conditions strictes. Principale disposition octroyant à l'acheteur le droit à déclarer le contrat résolu est l'art. 49. Le droit à déclarer le contrat résolu en cas de contravention anticipée et en cas de contravention d'un contrat à livraisons successives sont régies séparément en plus de cette disposition principale. L'art. 49 enrôle deux *numerus clausus* conditions qui octroient à l'acheteur le droit à déclarer le contrat résolu. **a)** Tout d'abord, l'acheteur peut déclarer le contrat résolu si l'inexécution par le vendeur de l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat ou de la présente Convention constitue une contravention essentielle au contrat. En règle générale, le droit à déclarer le contrat résolu est attaché à la contravention essentielle. Dans un tel cas, l'acheteur peut résoudre le contrat en vertu de l'art. 49(1)(a). Conformément à l'art. 25 définissant la contravention essentielle, il y a trois conditions préalables pour que la contravention essentielle existe. La première condition est que le vendeur commise une contravention au contrat. La seconde condition est que la contravention cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat. La troisième condition est que le vendeur ait prévu un tel résultat ou qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation l'aurait prévu. **b)** Malgré le fait que le droit à déclarer le contrat résolu est attaché à la contravention essentielle en règle générale, il s'agit d'une disposition exceptionnelle accordant à l'acheteur un tel droit en cas de défaut de livraison, même si la contravention n'est pas essentielle. Cette disposition exceptionnelle est l'art. 49(1)(b). L'acheteur peut déclarer le contrat résolu en cas de défaut de livraison, si le vendeur ne livre pas les marchandises dans le délai supplémentaire imparti par l'acheteur conformément à l'article 47 ou s'il déclare qu'il

ne les livrera pas dans le délai ainsi imparti. Il y a trois conditions préalables requises pour que l'acheteur puisse déclarer le contrat résolu en vertu de l'art. 49(1)(b). La première condition est un défaut de livraison ; la seconde condition est que l'acheteur fixe un délai supplémentaire conformément à l'art. 47 ; la troisième condition est que le vendeur ne livre pas les marchandises dans le délai supplémentaire.

L'une de ces deux conditions accorde à l'acheteur le droit à déclarer le contrat résolu. Cependant, il y a d'autres certaines dispositions limitant ce droit. Dans certains cas, l'acheteur ne peut pas déclarer le contrat résolu malgré la condition lui accordant un tel droit. **a)** Les dispositions limitant le droit de l'acheteur à éviter premier est le droit du vendeur à remédier. Le droit du vendeur à remédier ne peut pas être considéré comme un obstacle direct et absolu du droit de l'acheteur à résoudre. S'il y a une contravention essentielle ou le défaut de livraison persiste malgré un délai supplémentaire accordé, l'acheteur peut déclarer le contrat résolu quel que soit le droit du vendeur à remédier. Toutefois, en cas de livraison de marchandises non conformes, le droit du vendeur à remédier peut empêcher la contravention d'être essentielle. **b)** Art. 82(1) est une autre disposition de ce genre qui limite le droit de l'acheteur à résoudre dans le cas où les marchandises ont déjà été livrées. 1) L'acheteur perd le droit de déclarer le contrat résolu s'il lui est impossible de restituer les marchandises dans un état sensiblement identique à celui dans lequel il les a reçues. Cette limite ne s'applique pas aux exceptions prévues à l'art. 82(2). **c)** Une autre disposition limitant le droit de l'acheteur à résoudre, c'est l'art. 80. L'acheteur ne peut pas se prévaloir d'une inexécution par le vendeur où cette inexécution est due à un acte ou à une omission de sa part. **d)** Il n'est pas possible pour l'acheteur de combiner le droit à déclarer le contrat résolu avec les remèdes incompatibles comme l'exécution en nature ou la réduction de prix. **e)** En cas de livraison de marchandises non conformes, l'acheteur doit dénoncer au vendeur, en précisant la nature du défaut de conformité, conformément à l'art. 39. Sinon, l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir d'un défaut de conformité et donc de résoudre le contrat. **f)** En cas de livraison des biens qui ne sont pas libres de tout droit ou prétention d'un tiers, l'acheteur doit dénoncer au vendeur, en précisant la nature de ce droit ou de prétention, conformément à l'art. 43. Sinon, l'acheteur est déchu du droit de se prévaloir des dispositions de l'art. 41 ou Art. 42 et donc de résoudre le contrat.

La Convention ne reconnaît pas la notion de résiliation *ipso facto*. Le contrat n'est pas résilié automatiquement lorsque certaines conditions sont satisfaites. L'acheteur doit déclarer le contrat résolu par une notification dans le délai qui s'est tenue conformément à l'art. 49(2). Le délai prévu à l'art. 49 (2) n'est applicable que si le vendeur a livré les marchandises. L'acheteur titulaire d'un droit à déclarer le contrat résolu sous l'art. 49(1) et ayant déclaré le contrat résolu par une déclaration remplissant les conditions de l'art. 49(2) est réputé d'avoir évité le contrat quand il a envoyé la déclaration. Conformément à l'art. 27, la déclaration devient effective avec son expédition. Ainsi, les conséquences de la résolution deviennent applicables en ce moment.

La résolution du contrat libère les deux parties de leurs obligations et permet la partie qui a exécuté le contrat réclamer restitution à l'autre partie de ce qu'elle a fourni ou payé en exécution du contrat (Art. 81 et suiv.). De plus, les dommages-intérêts peuvent être demandées (Art. 74 et suiv.). Par la présente le *status quo ante* est rétablie. Dans le cadre du système de remèdes de la Convention, la résolution n'a pas d'effet direct sur le contrat. En d'autres termes, l'évitement n'anéantit pas le contrat rétrospectivement ou prospectivement. Cependant, il transforme le contenu du contrat en lui renversant. Par conséquent, le contrat persiste transformée en une relation de restitution.

La première dimension de la résolution rétablissant le *status quo ante*, c'est son effet libératoire des obligations qui ne sont pas effectuées. Les parties sont libérées de leurs obligations découlant du contrat avec l'effet de la déclaration à résoudre.

Effet récupérateur de la résolution constitue sa deuxième dimension rétablissant le *status quo ante*. La partie qui a exécuté le contrat peut réclamer restitution à l'autre partie de ce qu'elle a fourni ou payé en exécution du contrat. Demande de restitution est basée sur le contrat qui survit comme une relation de restitution malgré la résolution. Pour le rétablissement de *status quo ante*, la restitution de ce qu'elle a fourni ou payé en exécution du contrat n'est pas suffisante. Profits découlant de la performance doivent également être restitué. Dans ce

contexte, le vendeur doit payer des intérêts sur le prix à compter du jour du paiement, s'il est tenu de restituer le prix. L'obligation du vendeur à payer des intérêts est tenue l'art. 84(1). L'acheteur doit au vendeur l'équivalent de tout profit qu'il a retiré des marchandises. Cette obligation de l'acheteur à tenir est tenue à l'art. 84(2).

Dans de nombreux cas, la restitution de ce qu'il a fourni en exécution du contrat ne sera pas suffisante pour satisfaire l'acheteur. Dans de tels cas, l'acheteur peut également demander des dommages-intérêts pour le préjudice causé par la contravention du vendeur en vertu de l'art. 74. Conformément à l'art. 74, « *Les dommages-intérêts pour une contravention au contrat commise par une partie sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie par suite de la contravention. Ces dommages- intérêts ne peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut avait prévus ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat, en considérant les faits dont elle avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, comme étant des conséquences possibles de la contravention au contrat.* » Premièrement, une contravention au contrat commis par le vendeur est nécessaire, pour qu'une demande des dommages-intérêts soit établie. Comme l'acheteur déclare le contrat résolu sur la base d'une contravention commis par le vendeur, cette condition préalable est déjà remplie. La question est de déterminer l'ampleur de la perte qui doit être compensée. L'ampleur de la perte qui doit être compensée est déterminée par deux principes contradictoires. Selon le principe de la réparation intégrale, d'une part, toute la perte subie par la contravention du vendeur doit être compensée. D'autre part, le principe de prévisibilité soutient que le vendeur ne peut être tenu pour responsable de la perte qu'il avait prévu ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat. Lien de causalité et l'incombance de limiter la perte sont d'autres concepts qui limitent la responsabilité du vendeur pour les dommages-intérêts.

La provision générale en ce qui concerne le calcul de la perte subie par l'acheteur est l'art. 74. La Convention contient également des dispositions spéciales concernant le calcul de la perte non-exécution subi par l'acheteur en cas de résolution: art. 75 et art. 76. Dans le cas où l'acheteur a déclaré le contrat résolu et a procédé une transaction de remplacement, sa perte peut être calculée concrètement fondée sur cette transaction. Si l'acheteur a acheté les marchandises en remplacement

d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable après la résolution, il peut obtenir la différence entre le prix du contrat et le prix de la transaction de substitution. D'autre part, dans le cas où l'acheteur n'a pas procédé une transaction de remplacement, sa perte peut être calculée abstraitement basée sur le prix courant des marchandises. L'acheteur peut obtenir la différence entre le prix fixé dans le contrat et le prix courant des marchandises.

**ABSTRACT**

Variety of different legal systems in force in different countries has always been a barrier to development of international trade. Due to strengthening internationalization of economics in the 20<sup>th</sup> century, efforts to harmonize private law have accelerated recently. In this context United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), which is developed by UNCITRAL's efforts, deserves particular attention. CISG forms an integral part of *lex mercatoria* with its outstanding success. Its world-wide acceptance has also attracted Turkey which became a party to the Convention. At the end of the required legal procedure, the CISG entered into force in Turkey on 1 August 2011 without any reservations. The Convention's entry into force in Turkey has marked a new era for Turkish sales law, which hereby transformed to a dualist structure. Contracts falling outside the CISG's sphere of application are exclusively governed by Turkish domestic sales law legislation (Turkish Code of Obligations, Turkish Commercial Code, Turkish Consumer Protection Code). Contracts within the CISG's sphere of application are subject to the Convention in the first place. Subsidiary recourse to Turkish domestic sales law legislation is only possible for external gaps.

One of the most important qualities of the world-wide accepted Convention is its composite character blending *common law* and *civil law* traditions. *Common law* influence on the Convention and particularly on its remedial system constitutes an appeal to Turkish law which is a member of *civil law* family. Characteristic property of the remedial system is its unified breach of contract concept, legacy of *common law*. Such a unified concept differentiates the Convention's remedial system from Swiss – Turkish one. However our study analyzing the remedy of avoidance aims to reveal the fact that the CISG features a unique and autonomous remedial system which cannot be explained merely in the light of *common law* or *civil law*. The study analyzes the autonomous remedial system with a limited point of view focusing on buyer's avoidance remedy.

Remedy of avoidance within the Convention is balanced by *favor contractus* principle, in parallel with other legal systems. *Favor contractus* is a principle promoting valid formation and maintenance of the contract. Maintenance of the

contract is preferred over its avoidance by a unilateral declaration of one party. However the CISG still grants the buyer a right to declare the contract avoided in cases where it is impossible for the buyer to be satisfied with another remedy. In other words, the remedy of avoidance is a remedy of last resort (*ultima ratio*).

In line with the *favor contractus* principle, buyer's right to avoid is subject to strict conditions. Main provision granting the buyer a right to avoid the contract under CISG is Art. 49. Right to avoid in case of anticipatory breach and right of avoidance regarding installment contracts are held in addition to that main provision. Art. 49 enlists two *numerus clausus* conditions which grants the buyer a right to avoid the contract. **a)** Firstly, the buyer may declare the contract avoided if the failure by the seller to perform any of his obligations amounts to a fundamental breach of contract. As a rule, right to avoid is attached to fundamental breach within the remedial system of the Convention. In such a case the buyer may avoid the contract under Art. 49(1)(a). According to Art. 25, which defines the fundamental breach, there are three preconditions for a fundamental breach to occur. The first precondition is that the seller breaches any of his obligations. The second precondition is that the breach results in such detriment to the buyer as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract. The third precondition is that the seller has foreseen or a reasonable person of the same kind as the seller would have foreseen such a result. **b)** Despite the fact that the remedy of avoidance is attached to fundamental breach as a rule, there is an exceptional provision granting the buyer a right to avoid in case of non-delivery even if the breach is not fundamental. The buyer may declare the contract avoided in case of non-delivery if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with Art. 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed. There are three preconditions required for the buyer to avoid the contract under Art. 49(1)(b). There should be a case of non-delivery; the buyer should fix a reasonable additional period for the delivery to take place under Art. 47; the seller should fail to perform within the additional period.

One of those two conditions grants the buyer the right to avoid the contract. However, the existence of some other provisions limiting the right to avoid should not be omitted. In some situations, the buyer may be deprived of the right to avoid



despite the condition granting him such a right. **a)** First of the provisions limiting the buyer's right to avoid is the seller's right to cure. The seller's right to cure cannot be deemed as a direct and absolute barrier to buyer's right to avoid. If the contract is breached fundamentally or non-delivery persists despite an additional period granted, the buyer may avoid the contract regardless of seller's right to cure. However in case of delivery with non-conforming goods, the seller's right to cure may prevent the breach from being fundamental and block buyer's right to avoid. **b)** Art. 82(1) is another provision of that sort which limits the buyer's right to avoid in case the goods have already been delivered. The buyer loses the right to declare the contract avoided if it is impossible for him to make restitution of the goods substantially in the condition in which he received them. That limit does not apply for exceptions under Art. 82(2). **c)** Another provision limiting buyer's right to avoid is Art. 80. The buyer may not rely on a failure of the seller and avoid the contract, if such failure was caused by buyer's act or omission. **d)** It is not possible for the buyer to combine the right to avoid with mutually incompatible remedies including specific performance and price reduction. **e)** In case of delivery with non-conforming goods, the buyer has to give notice to the seller specifying the nature of the lack of conformity, under Art. 39. Otherwise the buyer loses the right to rely on a lack of conformity and therefore avoid the contract. **f)** In case of delivery with goods encumbered with third party's rights or claims, the buyer has to give notice to the seller specifying the nature of such a right or claim, under Art. 43. Otherwise the buyer loses the right to rely on the provisions of Art. 41 or Art. 42 and therefore to avoid the contract.

The Convention does not recognize the concept of *ipso facto* avoidance. The contract is not terminated automatically whenever certain required conditions are met. The buyer needs to declare the contract avoided by a notice within the time limit held under Art. 49(2), for the contract to be avoided. The time limit under Art. 49(2) is applicable only if the seller has delivered the goods. The buyer holding a right to avoid arising from Art. 49(1) and having declared the contract avoided by a notice fulfilling conditions of Art. 49(2) is deemed to have avoided the contract when he has dispatched the notice. According to Art. 27 the declaration to avoid becomes effective with its dispatch. Thus the consequences of avoidance step in at that moment.

Avoidance of the contract releases both parties from their obligations under it and enables the party who has performed the contract to claim restitution from the other party (Art. 81 et. seq.). In addition to those, damages may be claimed (Art. 74 et. seq.). Hereby the *status quo ante* is reestablished. In the context of the CISG's remedial system, the avoidance does not have any direct effect on the contract. In other words, the avoidance does not annihilate the contract retrospectively or prospectively. However, it transforms the content of the contract by reversing it upside down. Therefore, the contract persists as transformed into a restitutionary relationship.

The first side of the avoidance reestablishing *status quo ante*, is its liberating effect (*effet libératoire*) from obligations not performed. The parties are released from their obligations arising from the contract with the effect of declaration to avoid.

Recuperatory effect (*effet récupérateur*) of the avoidance constitutes its second side reestablishing *status quo ante*. The party who has performed the contract may claim restitution from the other party of whatever the first party has supplied or paid under the contract. Claim for restitution arises from the contract which survives as a restitutionary relationship despite avoidance. For the reestablishment of *status quo ante*, restitution of whatever the first party has supplied or paid under the contract is not enough. Benefits deriving from performance are also to be restituted. In this context, the seller must pay interest on the price from the date on which it was paid, if he is bound to refund the price. Seller's obligation pay interest is held under Art. 84(1). The buyer must account to the seller for all benefits which he has derived from the goods. Buyer's obligation to account for the benefits is held under Art. 84(2).

In many cases restitution of what he has performed under the contract will not be enough to satisfy the buyer. In such cases the buyer may also claim damages for the loss caused by the breach of the seller under Art. 74. According to Art. 74, "*Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach.*"

*Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.”* Under this provision, it is required that the seller has breached the contract. Since the buyer avoids the contract based on a breach by the seller, such precondition is already fulfilled. The matter is to determine the extent of the loss to be compensated. The extent of the loss to be compensated is determined by two conflicting principles. According to the full compensation principle, on one hand, all the loss that is caused by the seller’s breach has to be compensated. On the other hand, the foreseeability principle holds that the seller can only be held responsible for the loss that he knew or ought to have known at the time of the conclusion of the contract. Relation of causality and duty to mitigate losses are other concepts which limit the seller’s responsibility for damages.

The general provision as regards to the calculation of loss suffered by the buyer is Art. 74. The Convention also holds special provisions regarding the calculation of non-performance loss suffered by the buyer in case of avoidance: Art. 75 and Art. 76. In case the avoiding buyer has conducted a substitute transaction, his loss may be calculated concretely based on that transaction. If the buyer has bought goods in replacement in a reasonable manner and within a reasonable time after avoidance, he may recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction. On the other hand in case the avoiding buyer has not conducted a substitute transaction, his loss may be calculated abstractly based on the current price for the goods. The buyer may recover the difference between the price fixed by the contract and the current price of the goods.

## ÖZET

Farklı devletlerde hüküm süren hukuk sistemleri arasındaki farklılık, öteden beri uluslararası ticaretin gelişmesinin önünde duran bir engel olarak algılanmıştır. Nitekim 20. yüzyılda ekonominin uluslararası niteliğinin güçlenmesi karşısında özel hukukun uyumlaştırılması konusunda yapılan çalışmalar hız kazanmıştır. UNCITRAL tarafından yürütülen çalışmalar neticesinde oluşturulan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, “CISG”) Bu çerçevede özel bir önem taşımaktadır. Ulaştığı başarı ile diğer pek çok uluslararası antlaşma arasından sıyrılan CISG, günümüzde *lex mercatoria*'nın önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Antlaşma'nın görmüş olduğu yaygın uluslararası kabul karşısında Türkiye de kayıtsız kalamamış ve Antlaşma'ya taraf olmuştur. CISG, gerekli işlemlerin tamamlanmasını takiben 1.8.2011'de herhangi bir çekinceyle kayıtlanmış olmaksızın Türk hukuku açısından yürürlüğe girmiştir. Antlaşma'nın Türkiye'de yürürlüğe girdiği tarih, Türk satım hukukunda yeni bir dönemin başlangıcıdır. Böylelikle Türk satım hukuku “ikili bir yapıya” kavuşmuştur. CISG'in uygulama alanı içinde olmayan satımlara, münhasıran CISG dışındaki Türk satım hukuku mevzuatı (TBK, TTK, TKHK) uygulanacaktır. CISG'in uygulama alanı içinde kalan satımlarda ise öncelikle CISG'a başvurulacak, CISG dışındaki Türk satım hukuku mevzuatına başvurulması ancak tâli olarak mümkün olacaktır.

Yaygın kabul kazanan Antlaşma'nın en önemli özelliklerinden biri, *common law* ve *civil law* geleneklerini başarıyla kaynaştırmış olmasıdır. *Civil law* ailesine mensup olan Türk hukuku açısından, Antlaşma'da özellikle ifa engelleri sistemine nüfuz etmiş olan *common law* etkisi ilgi çekicidir. CISG'in ifa engelleri sisteminin karakteristik özelliği, “yeknesak sözleşme ihlali anlayışı” çerçevesinde yapılandırılmış olmasıdır. Bu anlayış, CISG ifa engelleri sistemini İsviçre - Türk hukuklarında benimsenen sistemden ayırmaktadır. Fakat ifa engelleri sisteminin temel yaptırımlarından biri olan sözleşmeden dönme hakkını inceleyen bu çalışma, CISG'in sadece *common law* veya sadece *civil law* ışığında açıklanamayacak kendine özgü otonom bir sistem kurduğunu ortaya koymayı amaçlamaktadır. Çalışma, alıcının sözleşmeden dönme hakkını temel alan sınırlı bir bakış açısı çerçevesinde CISG'in otonom ifa engelleri sistemini incelemektedir.

Sözleşmeden dönme kurumu, Antlaşma çerçevesinde diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi, *favor contractus* ilkesiyle dengelenmiştir. *Favor contractus*, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasının ve varlığını korumasının desteklenmesini konu alan genel bir ilkedir. Bu ilke çerçevesinde, sözleşmenin ayakta tutulması, taraflardan birinin tek taraflı iradesiyle sona erdirilmesine nazaran tercih edilir. CISG da, alacaklıya, başka bir hukuki imkân ile tatmin edilmesinin mümkün olmadığı durumda sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. Başka bir deyişle, CISG için, sözleşmeden dönme, *ultima ratio* (son çare) olarak başvurulabilecek bir hukuki imkândır.

Alıcının sözleşmeden dönme hakkı, CISG'in sözleşmenin geçerli olarak ayakta tutulmasını destekleyici anlayışı doğrultusunda katı şartlara bağlanmıştır. CISG çerçevesinde alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanıyan temel hüküm m. 49'dur. Fakat öne alınmış sözleşme ihlali durumunda dönme hakkı ile art arda teslimli sözleşmelerde dönme hakkı, m. 49'a ek olarak Antlaşma'da ayrıca düzenlenmiştir. CISG m. 49(1), alıcının sözleşmeden dönebileceği durumları *numerus clausus* olarak iki bent halinde saymıştır. **a)** Alıcı, ilk olarak, satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlâl ettiği durumda sözleşmeden dönebilir. CISG'in ifa engelleri sisteminde alıcının sözleşmeden dönme hakkı, kural olarak esaslı ihlalin varlığına bağlanmıştır. Sözleşme esaslı olarak ihlal edildiği takdirde, alıcı, m. 49(1)(a) uyarınca sözleşmeden dönebilir. Sözleşmenin esaslı ihlâli, m. 25'te tanımlanmıştır. Bu hüküm uyarınca, sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edildiğinin kabul edilebilmesi, üç şartın bir arada bulunmasına bağlıdır. İlk şart, borçlunun bir yükümlülüğünü ihlâl etmiş olmasıdır. İkinci şart, bu ihlâlin alacaklı aleyhine bir olumsuzluğa sebep olmuş olması ve bu olumsuzluğun alacaklıyı sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden yani sözleşmesel menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakmış olmasıdır. Üçüncü şart ise ihlâlin sebep olduğu bu sonucun borçlu tarafından öngörülmüş olması veya aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi tarafından öngörülebilecek olmasıdır. **b)** CISG'in ifa engelleri sisteminde alıcının sözleşmeden dönme hakkı, kural olarak esaslı ihlalin varlığına bağlanmış olsa da, satıcının satım konusu malları teslim etmemesi durumuna ilişkin istisnai bir düzenleme bulunmaktadır. CISG m. 49(1)(b)'deki bu istisnai düzenleme uyarınca, sözleşme konusu malları vadede teslim etmeyen satıcının kendisine tanınan mehile

rağmen teslim borcunu ifa etmemesi veya ifa etmeyeceğini bildirmesi hâlinde, esaslı ihlal mevcut olmasa bile sözleşmeden dönülebilir. Böylelikle sözleşmeden dönme hakkının mutlak olarak esaslı ihlal durumuna hasredilmesinin önüne geçilmiş ve istisnai olarak esaslı olmayan bir ihlalin sanki esashymış gibi sözleşmeden dönme hakkına dayanak oluşturması sağlanmıştır. Alıcının bu çerçevede sözleşmeden dönebilmesi için, üç şartın yerine gelmiş olması gerekir. Satıcı satım konusu malları teslim etmemiş olmalıdır; satıcıya m. 47 uyarınca malların teslim edilmesi için belirli ve makul uzunlukta bir mehil tanınmış olmalıdır; satıcının sözleşme konusu malları mehile rağmen teslim etmiş olmaması veya teslim etmeyeceğini bildirmesi neticesinde mehil sonuçsuz kalmış olmalıdır.

Bu iki durumdan birinin varlığı kural olarak, alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanıyacaktır. Bununla beraber, Antlaşma'da, alıcının sözleşmeden dönme hakkını sınırlayan bazı hükümler bulunmaktadır. Kimi zaman alıcı, CISG m. 49(1) uyarınca sözleşmeden hakkına temel oluşturacak bir durumun varlığına rağmen, başka bir sınırlayıcı hüküm nedeniyle sözleşmeden dönme hakkından mahrum kalır. **a)** Alıcının sözleşmeden dönme hakkını sınırlayan bu hükümlerden ilki, satıcının ihlali giderme hakkıdır. Fakat satıcının ihlali giderme hakkının, alıcının sözleşmeden dönme hakkının önünde doğrudan ve mutlak bir engel oluşturmadığı belirtilmelidir. Yani sözleşme esaslı olarak ihlal edildiyse veya borcun hiç ifa edilmemesi karşısında tanınan mehilin sonunda ifa etmeme durumu devam ediyorsa; alıcı sözleşmeden dönebilir. Fakat satıcı sözleşmeye aykırı mal teslim ettiyse, kimi durumlarda ihlali giderme hakkı, esaslı ihlalin oluşmasını önleyerek alıcının sözleşmeden dönmesini engelleyebilecektir. **b)** CISG m. 82(1), malları teslim almış olduğu hâlde sözleşmeden dönmek isteyen alıcının sözleşmeden dönme hakkını, ek bir sınıra tâbi tutmuştur: Alıcının, teslim aldığı malları, teslim aldığı andaki duruma önemli ölçüde yakın bir durumda iade etmesi mümkün olmalıdır. Böyle bir iade mümkün değilse alıcı sözleşmeden dönemez. Bununla beraber, alıcının sözleşmeden dönme hakkını sınırlayan bu koşul, m. 82(2)'de belirtilmiş olan istisnalardan herhangi biri varlığı hâlinde uygulama bulmaz. **c)** Alıcının sözleşmeden dönme hakkını sınırlayan bir diğer hüküm de m. 80'dir. Bu hüküm uyarınca alıcı, satıcının sözleşmeyi ihlal etmesine kendi eylemi veya eylemsizliğiyle yol açtığı takdirde sözleşmeden dönebilir. **d)** Alıcının sözleşmeden dönebilmesi için sözleşmeden dönme hakkıyla bağdaşmayacak bir seçimlik haktan yani aynen ifa veya semenin tenzili talebinden

faydalanmaması gerekir. e) Satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim ettiği durumda, alıcının sözleşmeden dönebilmesi için malı muayene edip sözleşmeye aykırılığı m. 39 uyarınca satıcıya ihbar yoluyla bildirmesi şarttır. İhbarda bulunmayan alıcı, diğer seçimlik hakların yanı sıra sözleşmeden dönme hakkını kaybeder. f) Satıcının üçüncü kişilerin hak ve taleplerinden âri olmayan mal teslim ettiği durumda alıcının sözleşmeden dönebilmesi için üçüncü kişinin hakkını veya talebini m. 43 uyarınca satıcıya ihbar yoluyla bildirmesi şarttır. İhbarda bulunmayan alıcı, diğer seçimlik hakların yanı sıra sözleşmeden dönme hakkını kaybeder.

Antlaşma, belirli şartların sağlanmasını halinde sözleşme ilişkisinin *ipso facto* (kendiliğinden) sona ermesini sağlayan bir mekanizma öngörmemiştir. CISG uyarınca sözleşmeden kurtulmak isteyen alıcının, sözleşmeden dönme hakkına temel oluşturacak bir durum ortaya çıktıktan sonra, CISG m. 49(2)'deki süre sınırlaması içinde sözleşmeden dönme beyanında bulunması gerekir. Somut olaya m. 49(2)'deki süre sınırlamasının uygulanması için, alıcının sözleşmeden dönme beyanında bulunmasından önce malların teslim edilmiş olması gerekir. CISG m. 49(1)'den doğan bir dönme hakkına sahip olan ve m. 49(2)'deki koşulları sağlayan bir beyanda bulunan alıcı, beyanı gönderdiği anda sözleşmeden dönmüş olur. Alıcının sözleşmeden dönme yönündeki bildirimini, m. 27 uyarınca, gönderilmekle hüküm ifade eder. Buna bağlı olarak sözleşmeden dönülmesinin sonuçları devreye girer.

Alıcının sözleşmeden dönmesi, tarafların henüz ifa etmemiş oldukları borçları sona erdirir ve hâlihazırda ifa etmiş oldukları edimlerin edimlerden elde edilen yararlarla birlikte iadesini gerektirir (m. 81 vd.). Ayrıca taraflar uğradıkları zarara ilişkin olarak tazminat talebinde bulunabileceklerdir (m. 74 vd.). Böylelikle *status quo ante* sağlanmış olur. Bu çerçevede dönmenin sözleşmeyi dolaysız olarak etkileyecek bir güce sahip olmadığını kabul etmek, CISG bağlamındaki en uygun sonuç olacaktır. Dönme, sözleşmenin varlığını etkilemez. Başka bir deyişle, sözleşmeyi geriye veya ileriye etkili olarak geçersizleştirmez. Ancak sözleşmenin konusunu ileriye etkili olarak değiştirerek, sözleşmeyi ters yüz eder. Böylelikle sözleşme içerik değiştirip bir tasfiye ilişkisine dönüşerek varlığını sürdürür.

Sözleşmeden dönmenin *status quo ante*'yi sağlayan iki ayağından ilki, m. 81(1) uyarınca, henüz ifa edilmemiş olan borçlardan kurtarıcı etki (*effet libératoire*)

biçiminde görülür. Tarafların ifa etmemiş oldukları borçlar, dönmenin hüküm ifade etmesiyle birlikte kendiliğinden sona erecektir. Sözleşmeden dönmenin ifa edilmiş olan edimleri geri sağlayıcı etkisi (*effet récupérateur*) ise *status quo ante*'yi sağlama amacının ikinci ayağını oluşturmaktadır. Bu çerçevede taraflar ifa etmiş oldukları edimlerin, bu edimlerden elde edilen yararlarla birlikte iadesini karşı taraftan talep edebilir. İade talebi, taraflar arasında varlığını sürdüren sözleşmeye dayanır. Dönme üzerine *status quo ante*'nin sağlanabilmesi için, satım sözleşmesi çerçevesinde ifa edilmiş olan edimlerin yanı sıra, bu edimlerden elde edilen yararların da karşı tarafa iade edilmesi gerekir. Bu çerçevede satım bedelini iade edecek olan satıcı, satım bedeli üzerinde tasarrufta bulunabildiği döneme ilişkin olarak bir faiz ödemelidir. Satıcının faiz ödeme borcu, m. 84(1)'de düzenlenmiştir. Alıcı ise malları iade ederken bu mallardan elde ettiği yararların ve malları iade edemiyorsa bu mallardan elde ettiği ikame değerlerin karşılığını satıcıya ödeyecektir. Alıcının yararların karşılığını ödeme borcu, m. 84(2)'de düzenlenmiştir.

Alıcının satıcıya verdiklerinin ve bunlardan elde edilen yararların iadesi, sözleşmeden dönen alıcıyı tatmin etmek için çoğu zaman yeterli olmaz. Sözleşmeden dönme hakkının doğmasına yol açan ihlalin alıcı nezdinde oluşturduğu zararın ayrıca tazmin edilmesi gerekir. Sözleşmeden dönen alıcı, uğramış olduğu zararın tazminini CISG m. 74 vd. uyarınca talep edebilir. CISG m. 74 uyarınca, “*Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli halinde 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 alıcının bir tazminat talebinde bulunabilmesi için öncelikle satıcının sözleşmeyi ihlal etmiş olması gerekmektedir. Tazminat sorumluluğunun varlığı açısından satıcının sözleşmeyi ihlal etmiş olması yeterlidir, kusura gerek yoktur. Alıcı satıcının ihlaline dayanarak sözleşmeden döndüğüne göre, bu koşul hâlihazırda zaten yerine gelmiştir. Önemli olan, satıcının tazminat sorumluluğunun kapsamını belirlemektir. Tazmin edilecek zararın kapsamı, temelde çatışan iki ilke ışığında belirlenir. Tam tazmin ilkesi uyarınca kural, alıcının ihlal dolayısıyla uğramış olduğu zararın tamamının satıcı tarafından tazmin edilmesidir. Ancak diğer yandan öngörülebilirlik ilkesi uyarınca satıcı ancak sözleşmenin kurulması anında öngörebileceği zarardan ötürü



sorumlu tutulabilecektir. Ayrıca nedensellik bağı ve alıcının zararı azaltma külfeti de satıcının tazminat sorumluluğunun kapsamını sınırlayan diğer kurumlardır.

Sözleşmeden dönen alıcının zararının hesaplanmasına ilişkin genel hüküm, m. 74'tür. Antlaşma, sözleşmeden dönen alıcının ifa etmeme zararının hesaplanması konusunu ayrıca özel olarak m. 75 ve 76'da düzenlemiştir. Sözleşmeden dönen alıcının uğramış olduğu ifa etmeme zararı, alıcı ikame bir işlem gerçekleştirmişse m. 75 uyarınca ikame alım bedeline kıyasla somut olarak hesaplanabilir. Buna göre, alıcı, dönmeden itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde ikame mal satın alırsa, dönülen sözleşmedeki satım bedeli ile ikame işlemdeki satım bedeli arasındaki farkı talep edebilecektir. Böyle bir işlem yapılmamışsa alıcının ifa etmeme zararı, m. 76 uyarınca piyasadaki cari fiyata kıyasla soyut olarak hesaplanabilir. Buna göre alıcı, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile piyasadaki cari fiyat arasındaki farkı tazminat olarak talep edebilecektir.

## GİRİŞ

## GİRİŞ

Bu çalışmanın konusunu “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nda<sup>1</sup> (CISG) Alıcının Sözleşmeden Dönmesi” oluşturmaktadır.

CISG, özel hukukun uyumlaştırılması konusunda yapılan çalışmaların en başarılı ürünlerinden biridir. Henüz on devlette yürürlüğe girdiği 1.1.1988 tarihinden bu yana artan ve yakın zamanda 77’ye ulaşmış olan onaylarla birlikte, dünyanın en yaygın kabul gören uluslararası antlaşmalarından biri olmuştur. Böylelikle uluslararası satım hukukunu önemli ölçüde yeknesaklaştırmıştır. Antlaşma, gerekli işlemlerin tamamlanmasını takiben 1.8.2011’de herhangi bir çekinceyle kayıtlanmış olmaksızın Türk hukuku açısından da yürürlüğe girmiştir. Böylelikle kapalı ve içe dönük bir satım hukukuyla çalışmaya alışmış olan Türk hukukçulara, hukukun sınıraşan niteliğinin ön planda olduğu yeni bir dünyanın kapıları açılmıştır. *Common law* ve *civil law* geleneklerinin başarıyla kaynaştırıldığı bu yeni dünyayı tanımak ve özümsemek, *civil law* geleneğinin bir parçasını teşkil eden Türk hukukçular açısından zorlu fakat ufuk açıcı bir uğraş olacaktır. Bu çalışma da CISG’ı alıcının sözleşmeden dönmesini merkez alan bir bakış açısı ile inceleyerek söz konusu uğraşa katkıda bulunmayı hedeflemektedir.

İsviçre - Türk hukukunda sözleşmeden dönme “*geçerli bir karşılıklı borçlandırıcı sözleşmeyi çözüp, henüz yerine getirilmemiş olan edim yükümlülüklerinden kurtarıcı, evvelce yerine getirilmiş edimleri de gerisin geriye sağlayıcı bir yenilik doğuran hak*” olarak anılır<sup>2</sup>. Karşılıklı irade uyuşmasıyla kurulmuş olan bir sözleşmeyi taraflardan yalnız birinin iradesi doğrultusunda çözmeye yarayan sözleşmeden dönme benzeri kurumlar, ulusal hukuklarda farklı isimler ve farklı düzenlemeler çerçevesinde kendilerine yer bulmuşlardır. CISG, her bir ulusal hukukun kendi ifa engelleri sisteminin temel ilkeleri yüzünden farklılaşmış bu düzenlemeleri, tek bir potada eritmiş ve kendi ilkeleri doğrultusunda

---

<sup>1</sup>*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Antlaşma’nın İngilizce metni: UNCITRAL-Yearbook Volume:XI 1980 s. 151 vd. (Çevrimiçi Erişim: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1980-e/vol11-p151-162-e.pdf>>, Son Erişim: 01.05.2013). Antlaşma’nın Türkçe metni: 7.4.2010 tarihli 27545 sayılı Resmi Gazete (Çevrimiçi Erişim: <<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm>>, Son Erişim: 01.05.2013).

<sup>2</sup>**Rona Serozan**, “CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXX S. 2 2012, s. 207 vd., s. 209.

şekillendirmiştir. CISG çerçevesinde alıcıya sözleşmeden dönme hakkı veren koşullar ve alıcının bu hakkı kullanmasının sonuçlarının incelenmesi, Antlaşma'nın ifa engelleri sisteminin dayandığı temel ilkeleri ortaya koyması itibariyle ilgi çekicidir. Antlaşma'nın ifa engelleri sisteminde *common law* etkisinin daha baskın olmasına rağmen; sözleşmeden dönme kavramının incelenmesi, CISG'in sadece *common law* veya sadece *civil law* ışığında açıklanamayacak kendine özgü bir sistem kurguladığını ortaya koymaktadır. Bu kendi özgü sistemde sözleşmeden dönme kurumunun sahip olduğu yer, İsviçre - Türk hukukunda sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak yürütülen ebedi tartışmalar açısından ilham verici olabilir.

Bu çerçevede şekillendirilmiş çalışma, dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde özel hukukun uluslararası uyumlaştırılması sürecine göz atılmış ve CISG'in bu süreç için taşıdığı öneme değinilmiştir. Böylelikle Antlaşma'nın varlık nedeni olan dinamikler ortaya koyulmuş ve çalışma boyunca yeri geldikçe bahsedilecek özel hukukun uyumlaştırılmasına ilişkin diğer metinler tanıtılmıştır. İkinci bölümde CISG'in ifa engelleri sisteminde alıcının sözleşmeden dönme hakkının sahip olduğu konum ele alınmıştır. Bu kapsamda öncelikle CISG'a hâkim olan sözleşmeden dönme hakkını sınırlayıcı anlayış üzerinde durulmuş; ardından alıcıya sözleşmeden dönme hakkı veren durumlar ile bu hakka getirilen sınırlamalar incelenmiştir. Üçüncü bölümde sözleşmeden dönme hakkının nasıl kullanılacağı ele alınmıştır. Antlaşma uyarınca bu hakkın belirli süreler içerisinde karşı tarafa yöneltilecek bir beyanla kullanılması şarttır. Dolayısıyla bu bölümde sözleşmeden dönme beyanı içerik, şekil, hüküm ifade etme anı ve geri alınabilirliği açısından değerlendirilmiş; alıcının sözleşmeden dönme beyanında bulunabileceği süreye de çeşitli ihtimaller çerçevesinde değinilmiştir. Dördüncü ve son bölümde ise sözleşmeden dönmenin sonuçları incelenmiştir. Bu konuda öncelikle dönmenin sözleşmeyi nasıl etkileyeceği konusunda detaylı bir değerlendirme yapılmıştır. Ardından yapılan bu değerlendirme ışığında dönmenin borçlardan kurtarıcı etkisi ile edimleri geri sağlayıcı etkisi ele alınmıştır. Nihayet sözleşmeden dönen alıcının uğramış olduğu zararın tazmini konusu incelenmiştir.

İnceleme sırasında yeri geldikçe CISG'in uygulandığı yabancı mahkeme ve tahkim kararlarına yer verilmiştir. Bu kararlar Türk mahkemeleri açısından herhangi bir bağlayıcılık taşımaları bile Antlaşma'nın yeknesak yorumunu sağlayabilmek

açısından dikkate alınmalıdır. Bu kararlara künyelerinde belirtilen karar numaralarıyla CISG-Online veritabanından ulaşılabilir<sup>3</sup>.

Çalışmada mümkün olduğu ölçüde CISG’in Resmi Gazete’de yayınlanan tercümesini esas alan bir terminoloji kullanılmıştır. Ancak bazı konularda bu tercümedeki terimleri kullanmaktan bilinçli olarak kaçınılmıştır. Değnilmesi gereken önemli terminolojik tercihlerden biri, “sözleşmeye aykırılık” teriminin kullanım alanıdır. CISG, ulusal hukuklardaki ayıp kavramı yerine, ona kıyasla daha geniş olan sözleşmeye uygunluk kavramını benimsemiştir. Satıcının teslim ettiği malların belirli koşulları taşıması durumunda, mallar sözleşmeye aykırı olarak nitelendirilir. Sözleşmeye aykırılık, sözleşmenin ihlal edilmesinin özel bir görünümünden ibarettir. Örneğin satıcının malları geç teslim ettiği durumda, sözleşme ihlal edilmiştir; fakat herhangi bir sözleşmeye aykırılık yoktur. Nitekim Antlaşma’nın İngilizce ve Fransızca metinlerinde sözleşmeye aykırılık (*non-conformity/non conformité*) ile sözleşmenin ihlali (*breach of contract/contravention au contrat*) terimlerinin farklı kavramları ifade etmek üzere kullanılmaları bilinçli bir tercihtir. Fakat Antlaşma’nın Türkçe tercümesinde bu ayırım göz ardı edilmiştir. Bu terimlerin Türk hukukundaki özdeş anlamlarına rağmen, “sözleşmeye aykırılığın” CISG çerçevesinde kazandığı özel anlam sebebiyle, CISG’ı inceleyen bu çalışmada iki terimin farklı anlamlarda kullanılması uygun bulunmuştur. Değnilecek diğer önemli tercih ise Türkçe tercümedeki “sözleşmenin sona erdirilmesi” teriminin yerine “sözleşmeden dönmenin” benimsenmesidir. Antlaşma’da *avoidance of the contract* ve *résolution du contrat* ifadeleri ile kastedilen kavram, sözleşmeden dönmedir. Bu sebeple hukuki olarak herhangi bir çağrışım yapmayan sözleşmenin sona erdirilmesi teriminin yerine, kavramı net bir şekilde ortaya koyan sözleşmeden dönme teriminin kullanılması tercih edilmiştir<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Çevrimiçi Erişim için: <<http://www.cisg-online.ch>>, Son Erişim Tarihi: 01.01.2103.

<sup>4</sup> Nitekim doktrinde de bu terim tercih edilmektedir. Bkz. **Yeşim M. Atamer**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 394 dn. 609; **Ercüment Erdem**, “Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmeden Dönme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt I İstanbul 2010, s. 857 vd., s. 859 dn. 8; **Kutluhan Erkan**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, s. 53.

## Bölüm 1

### Özel Hukukun Uluslararası Uyumlaştırılması Sürecinde CISG

Farklı devletlerde hüküm süren hukuk sistemleri arasındaki uyumsuzluk, uluslararası ticaretin gelişmesinin önünde duran bir engeldir<sup>5</sup>. Bu uyumsuzluk, uluslararası ticaretle uğraşan tacirler açısından aşılması güç belirsizlikler yaratmaktadır. Olası bir uyuşmazlığın nasıl çözümleneceğine ilişkin bir öngörude bulunmak, ulusal nitelikli bir işlem (*domestic transaction*) için nispeten kolayken; uluslararası bir işlem (*international transaction*) söz konusu olduğunda zorlaşır. İşlemin uluslararası olma özelliği, uyuşmazlığın farklı bir devlet mahkemesi nezdinde ve/veya farklı bir devletin ulusal hukukuna tabi olarak çözülmesi ihtimalini gündeme getirir. Bu ihtimaller, tacir için bir riziko oluşturur ve her riziko gibi fiyatlandırılarak sözleşmeye yansıtılır. Hatta kimi zaman taciri yıldırarak işlemi yapmaktan vazgeçirir. Bu sebeplerle uluslararası ticaretin pürüzsüz bir şekilde işleyebilmesi, farklı devletlerde hüküm süren uyumsuz hukuk sistemlerinin bu konudaki düzenlemelerinin yeknesak veya en azından uyumlu olmasına bağlıdır<sup>6</sup>.

Nitekim ticaret hukuku, uyumlu bir hukuk yaratma çabasının öteden beri en yoğun olduğu alandır<sup>7</sup>. Bu çabanın izlerini Orta Çağ Avrupası'na kadar takip etmek mümkündür<sup>8</sup>. Bu dönemde toprağa bağlı feodal toplumların birbirlerinden izole

<sup>5</sup> Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 17.12.1966 tarihli 2205 (XXI) sayılı kararı, Çevrimiçi Erişim: <<http://www.un.org/documents/ga/res/21/ares21.htm>>, Son Erişim: 01.05.2013; **Bernardo M. Cremades/Steven L. Plehn**, "The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions", Boston University International Law Journal Vol. 2 1983-1984 s. 317 vd., s. 317; **Michael Joachim Bonell**, Massimo Bianca/Michael Joachim Bonell (ed.), Commentary on the International Sales Law, 1987, Introduction to the Convention para. 1.1; **Franco Ferrari**, "Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law", Georgia Journal of International and Comparative Law Vol. 24 1994-1995 s. 183 vd., s. 185; **Arzu Oğuz**, "Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 49 S. 1-4 2000 s. 31 vd., s. 31; **Atamer**, CISG, s. 11; **John O. Honnold (Edited and updated by Harry M. Flechtner)**, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 2009, Introduction para. 4. CISG'in dibacesinde de "*milletlerarası mal satımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak (...) yeknesak kuralların kabul edilmesinin milletlerarası ticarete hukuki engellerin kaldırılmasına yardımcı olacağı*" belirtilmiştir; bkz. CISG Dibace para. 3.

<sup>6</sup> Hukukun yeknesaklaştırılması kavramını farklı bir açıdan ele alan *Graveson*, yeknesak hukuka kendiliğinden olumlu bir değer atfetmenin doğru olmadığını belirtmektedir. Çeşitlilik, özel yerel koşullara cevap verdiği müddetçe mantıklıdır. (**Ronald Harry Graveson**, "The International Unification of Law", American Journal of Comparative Law Vol. 16 No. 1/2 1968 s. 4 vd., s. 5-6). Diğer yandan kanımca uluslararası ticaret hukuku alanında böyle bir çeşitliliğe gerek yoktur. Bu alanın uluslararası niteliği, yerelliği dışlar.

<sup>7</sup> **Atamer**, CISG, s. 12.

<sup>8</sup> **Ferrari**, Uniform Interpretation, s. 186. Bununla beraber, özellikle deniz ticareti alanında gelişen ticari teamüllerin varlığına çok daha evvel de rastlamak mümkündür. Bu konuda bkz. **Leon E.**

hukuk sistemleri, hareketli yapıdaki tacirlerin işini oldukça güçleştirmiştir. Buna karşılık Orta Çağ iktidarları tacirlere kendi aralarındaki ilişkileri düzenleme olanağı tanımışlardır<sup>9</sup>. Böylelikle tacirler arasındaki uyuşmazlıkları çözmek üzere tacir mahkemeleri (*merchant courts*) kurulmuştur. Bu mahkemeler, kararlarında feodal hukuklar yerine ticari davranış normlarını esas alarak, otonom bir ticaret hukuku olan *Lex Mercatoria*'yı oluşturmuşlardır<sup>10</sup>. Fakat 18. yüzyılda yükselen ulus devlet anlayışı ulusal hukuk sistemlerinden ayrı bir hukuku tehdit olarak algıladığı için, tacir mahkemelerine tanınan ayrıcalık sona erdirilmiştir. Bu mahkemelerin ortaya çıkardığı prensipler ulusal hukukların içinde eritilmiş ve otonom *Lex Mercatoria* dönemi kapanmıştır<sup>11</sup>.

20. yüzyılda ise içe kapalı hukuk anlayışı yeniden sorgulanmaya başlamıştır. Ulusal ekonomilerin birbirlerine bağımlı hale gelmeleri ve ekonominin uluslararası niteliğinin güçlenmesi, hukukun uyumlaştırılmasını zorunlu kılmıştır<sup>12</sup>. Savaş sonrası parçalanmış siyasi yapının ortaya çıkardığı sınırların, hukuk uyumlaştırılması aracılığıyla aşabileceği anlaşılmıştır. Bu çerçevede 20. yüzyıl, günden güne hem niceliksel hem niteliksel açıdan gelişen hukuk uyumlaştırılması projelerine tanıklık etmiştir. Öyle ki *Schmitthoff*, henüz 1961 yılındayken *Yeni Lex Mercatoria*'nın doğmakta olduğunu iddia etmiştir<sup>13</sup>. Yazara göre, bu yeniden doğuş, ulus devletin

---

**Trakman**, "The Evolution of the Law Merchant: Our Commercial Heritage", *Journal of Maritime Law and Commerce* Vol. 12 1980-1981 s. 1 vd., s. 3 vd.

<sup>9</sup>**Cremades/Plehn**, s. 318; **Tolga Ayoğlu**, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, İstanbul 2010, s. 9.

<sup>10</sup>**Cremades/Plehn**, s. 319. **Berman ve Kaufman**, *Lex Mercatoria*'nın temel özelliklerini şu şekilde saymaktadırlar: "1) Sınıraşan niteliktedir, 2) Temel kaynağını ticari teamüller oluşturur, 3) Meslek olarak hâkimlik yapan kişiler tarafından değil, bizzat tacirler tarafından yürütülür, 4) Usulü hızlı ve formaliteden uzaktır, 5) Orta Çağ adalet anlayışı bağlamındaki hakkaniyeti, üstün bir ilke olarak benimser." (**Harold J. Berman/Colin Kaufman**, "The Law of International Commercial Transactions (Lex mercatoria)", *Harvard International Law Journal* Vol. 19 1978 s. 221 vd., s. 225). Aynı yönde bkz. **Ayoğlu**, s. 9-10.

<sup>11</sup>**Cremades/Plehn**, s. 319-320; **Ferrari**, *Uniform Interpretation*, s. 184-185; **Ayoğlu**, s. 11. Bu değişim, Avrupa'da ulusal kanunların kabul edilmesi vasıtasıyla gerçekleşmiştir. Bu dönemde kabul edilen kanunlar, hukukun ulusallaştırılması için bir araç olarak tasarlandığından; "Avrupa Ortak Hukukunun" yeni bir ifadesi olarak görülemez. *Common law* hukuk ailesine mensup olan İngiliz ve Amerikan hukukları ise aynı değişimi ulusal kanunlar olmaksızın yaşamıştır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Berman/Kaufman**, s. 226-227.

<sup>12</sup>**Cremades/Plehn**, s. 320.

<sup>13</sup>*Schmitthoff*, uluslararası ticaret hukukunun gelişimini üç aşamaya ayırarak incelemektedir. İlk aşama, orta çağdaki *Lex Mercatoria* dönemi; ikinci aşama, ulusal egemenlik akımı sonucunda *Lex Mercatoria*'nın ulusal hukukların içinde eritildiği dönem; üçüncü aşama ise uluslararası düşünme refleksinin yeniden canlandığı "*Yeni Lex Mercatoria*" dönemidir. Bkz. **Clive M. Schmitthoff**, "International Business Law: A New Law Merchant", Chia-Jui Cheng (ed.), *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, 1988, s. 20 vd. Benzer bir tespit için bkz. **Cremades/Plehn**, s. 320.

esas siyasi örgütlenme biçimi olarak varlığını korumasına rağmen; örgütlenmenin en üst ifadesi olma niteliğini kaybetmesi ile açıklanabilir<sup>14</sup>.

20. yüzyıl hukuk uyumlaştırılması projeleri, şekil ile içerik açısından fazlasıyla geniş bir yelpazeye yayılacak kadar çeşitli ve sayıca çoktur. Çalışmamızın kapsamı çerçevesinde bunların hepsine değinmek mümkün değildir. Bu bölümde doğrudan konumuzu oluşturan uluslararası satım hukukunun yeknesaklaştırılması projesinin (I) ve özel hukukun uluslararası uyumlaştırılması sürecinde önem taşıyan üç özel projenin (II) ele alınmasıyla yetinilecektir.

## **I. Özel Hukukun Uluslararası Uyumlaştırılması Sürecinde Önemli Dönemeç: Uluslararası Satım Hukukunun Yeknesaklaştırılması**

Satım sözleşmesi, uluslararası ticaret işlemlerinin merkez noktasıdır<sup>15</sup>. Bu itibarla uluslararası satım hukuku, özel hukukun uyumlaştırılması sürecinde ayrı bir anlam taşımakta ve bu alana özel bir önem atfedilmektedir. Bu alanda yapılan çalışmalarda, ulusal hukukların birbirleriyle uyumlu hale getirilmesi amacıyla değiştirilmelerine ilişkin bir süreç (uyumlaştırma/*harmonisation*) takip etmekle yetinilmemiş; devletlerin ortak bir hukuki metin benimsemesi amaçlanmıştır (yeknesaklaştırma/*unification*)<sup>16</sup>.

Uluslararası satım hukukunun yeknesaklaştırılmasına ilişkin projenin geçmişi, yeknesak uluslararası satım hukuku fikrinin öncüsü olarak anılan Alman hukukçu *Ernst Rabel*<sup>17</sup> tarafından UNIDROIT'ya (*International Institute for the Unification of*

<sup>14</sup>**Clive M. Schmitthoff**, "The Unification of the Law of International Trade", Chia-Jui Cheng (ed.), *Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*, 1988, s. 170-188, s. 170.

<sup>15</sup>**Bonell**, Bianca/Bonell, Introduction to the Convention para. 1.1; **Ferrari**, Uniform Interpretation, s. 189; **Stefan Kröll/Loukas Mistelis/Pilar Perales Viscaillas**, Stefan Kröll/Loukas Mistelis/Pilar Perales Viscaillas (ed.), *UN Convention on Contracts for International Sale of Goods (CISG)*, 2011, Introduction to the CISG para. 27. Taşıma sözleşmesi, sigorta sözleşmesi gibi unsurlarla örülmüş bir uluslararası ticaret işlemi ağının merkezinde, çoğunlukla bir satım sözleşmesi bulunur (**Berman/Kaufman**, s. 229).

<sup>16</sup> Uyumlaştırma ve yeknesaklaştırma terimleri için bkz. <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin-faq.html>>, Son Erişim: 01.05.2013; **PeterSchlechtriem/Petra Butler**, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, 2009, s. 2.

<sup>17</sup>**Atamer**, CISG, s. 22. **PeterHuber**, Peter Huber/Alastair Mullis, *The CISG, A New Textbook for Students and Practitioners*, 2007, s. 2; **Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer**, Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer (ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2010, Introduction, s. 1



*Private Law*) 1920'li yıllarda yapılan öneriye kadar dayandırılmaktadır<sup>18</sup>. Bu alandaki çalışmaların ilk aşaması, farklı devletlerin özel hukuklarını çağdaşlaştırmak ve uyumlaştırmak amacıyla kurulmuş bağımsız bir devletlerarası kuruluş olan UNIDROIT tarafından yürütülmüştür<sup>19</sup>. Çalışmalar, 1964 yılında Lahey’de toplanan diplomatik konferansta kabul edilen iki uluslararası antlaşma ile nihai ürünlerini vermiştir: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Yeknesak Kanun Hakkında Antlaşma<sup>20</sup> (*Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods*, “ULIS”) ve Milletlerarası Mal Satımı Sözleşmelerinin Kurulmasına İlişkin Yeknesak Kanun Hakkında Antlaşma<sup>21</sup> (*Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*, “ULFC”). Söz konusu iki antlaşmanın, yeknesak uluslararası satım hukuku projesinin gidişatı yönünden önemli bir adım oluşturdukları şüphesizdir<sup>22</sup>. Fakat sadece dokuz devlet tarafından<sup>23</sup> onaylanmış olmaları itibarıyla, uluslararası satım hukukunu yeknesaklaştırma amacına ulaşamamışlardır. Başarısızlığın sebebi, ULIS ve ULFC’nin endüstrileşmiş Avrupa devletlerinin baskın etkisi altında kaleme alınmış olmalarıdır<sup>24</sup>. Bu durum, endüstrileşme aşamasını henüz tamamlamamış oldukları için alıcı konumunda olan devletlerin antlaşmaları benimsemeye isteksiz davranmalarına sebep olmuştur.

<sup>18</sup> **Bonell**, Bianca/Bonell, Introduction to the Convention, para. 1.2; **Ercüment Erdem**, “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, 2008, s. 1 vd., s. 3; **Huber**, Huber/Mullis, s. 2; **Schlechtriem/Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction, s. 1.

<sup>19</sup> UNIDROIT tarafından yürütülen çalışmalar için bkz. **Bonell**, Bianca/Bonell, Introduction to the Convention, para. 1.2.

<sup>20</sup> Metin için bkz. <<http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulis.htm>>, Son Erişim: 01.05.2013.

<sup>21</sup> Metin için bkz. <<http://www.unidroit.org/english/conventions/c-ulf.htm>>, Son Erişim: 01.05.2013.

<sup>22</sup> **Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Introduction to the CISG para. 6. Antlaşmalar Alman, Belçika, Hollanda, Lüksemburg ve İtalyan mahkemeleri tarafından yaygın biçimde uygulanmış; ulusal hukuk reformlarını etkilemiş ve yeknesak uluslararası satım hukuku projesinin bir sonraki aşaması için referans noktası teşkil etmiştir. Bkz. **Schlechtriem/Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction, s. 1-2.

<sup>23</sup> Antlaşmaları onaylayan devletler; Belçika, Birleşik Krallık, Federal Almanya, Gambiya, Hollanda, İsrail, İtalya, Lüksemburg ve San Marino’dur.

<sup>24</sup> **Philippe Kahn**, “La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises”, Revue internationale de droit comparé Vol. 33 No. 4 1981 s. 951 vd., s. 952; **Atamer**, CISG, s. 23, **Schlechtriem/Butler**, para. 1; **Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Introduction to the CISG para. 22; **Zafer Zeytin**, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011, s. 30; **Cansu Kaya**, CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu, İstanbul 2012, s. 8 dn. 9. **Kahn**, Antlaşma’nın satım sözleşmesini geleneksel bir bakış açısıyla ele almasını ve karmaşık, soyut bir dil kullanmasını başarısızlığın diğer sebepleri olarak belirtmektedir (**Kahn**, s. 952). *Civil law* hukuk ailesine mensup olan devletlerin yoğun etkisi ise Antlaşma’nın genel kabul görmemesinin başka bir sebebi olarak gösterilmektedir (**Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Introduction to the CISG para. 6).

Yeknesak uluslararası satım hukuku oluşturma projesinin ULIS ve ULFC'yi takip eden ikinci aşaması, UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) tarafından yürütülmüştür. UNCITRAL, uluslararası ticaret hukukunun uyumlaştırılması ve yeknesaklaştırılması amacıyla çalışmak üzere 1966 yılında Birleşmiş Milletler nezdinde kurulmuş bir komisyondur<sup>25</sup>. Komisyon, ULIS ve ULFC'yi temel alarak yeknesak satım hukuku projesi üzerinde yeniden çalışmaya başlamış; ancak bu defa sürece farklı coğrafi bölgelerden ve farklı ekonomik altyapılara sahip devletlerin katılımı sağlanmıştır<sup>26</sup>. UNCITRAL'in çalışmaları 1976 yılında Cenevre Taslağı'nda<sup>27</sup> ve 1977 yılında Viyana Taslağı'nda<sup>28</sup> somutlaşmıştır. Son kertede ise 1978 yılında New York Taslağı<sup>29</sup> oluşturulmuştur. Söz konusu taslak, 10 Mart - 11 Nisan 1980 tarihleri arasında Viyana'da düzenlenen geniş katılımlı bir diplomatik konferansta değerlendirilmiş ve çeşitli değişikliklerle beraber Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması<sup>30</sup> (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, "CISG" veya "Antlaşma") kabul edilmiştir.

CISG, özel hukukun uyumlaştırılması süreci için önemli bir dönemeçtir. Ulaştığı başarı, diğer pek çok uluslararası antlaşma arasından sıyrılmasını sağlamıştır<sup>31</sup>. Antlaşma, öncelikle uyumlaştırdığı hukuki alan itibarıyla özel bir metin olarak değerlendirilmelidir. Hukuk düzenlerinin en temel sözleşmesi, satım sözleşmesidir<sup>32</sup>. Satım hukukuna ilişkin kurallar zamanla özel hukukun diğer

<sup>25</sup> UNCITRAL, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 17.12.1966 tarihli 2205 (XXI) sayılı kararı ile kurulmuştur. Bkz. yukarıda dn. 1.

<sup>26</sup> **Honnold**, Introduction para. 6; **Schlechtriem/Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction, s. 2-3.

<sup>27</sup> Draft Convention on the International Sale of Goods,. Metin için bkz. UNCITRAL - Yearbook Volume:VII 1976 s. 89 vd.

<sup>28</sup> Draft Convention on the International Sale of Goods. Metin için bkz. UNCITRAL - Yearbook Volume: VIII 1977 s. 15 vd.

<sup>29</sup> Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Metin için bkz. UNCITRAL - Yearbook Volume:IX 1978 s. 14 vd.

<sup>30</sup> Antlaşma'nın İngilizce metni: UNCITRAL-Yearbook Volume:XI 1980 s. 151 vd. (Çevrimiçi Erişim: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1980-e/vol11-p151-162-e.pdf>>, Son Erişim: 01.05.2013). Antlaşma'nın Türkçe metni: 7.4.2010 tarihli 27545 sayılı Resmi Gazete (Çevrimiçi Erişim: <<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm>>, Son Erişim: 01.05.2013).

<sup>31</sup> CISG, **Lookofsky** tarafından "uluslararası seviyede yürürlükte olan en önemli maddi sözleşme hukuku mevzuatı" olarak anılmaktadır (**Joseph Lookofsky**, "The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", J. Herbots/R. Blanpain (ed.), International Encyclopaedia of Laws - Contracts, 2000, s. 1 vd., s. 18).

<sup>32</sup> **Bernard Audit**, La vente internationale de marchandises, Commentaire de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980, Paris 1990, s. 3; **Lookofsky**, s. 17; **Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Introduction to the CISG para. 27.

alanlarında da esas alındığı için; özel hukukun çekirdeğini, satım hukuku oluşturur. Böyle ayrıcalıklı bir alanda yapılan uyumlaştırma, başlı başına önem taşımaktadır<sup>33</sup>. Öte yandan CISG'in *common law* ve *civil law* arasındaki derin ayrılıklara rağmen ortak bir metin oluşturmayı başarması, bu iki hukuk ailesinin benzerliklerinin ön plana çıkarılmasını sağlayarak hukuk uyumlaştırmasının geleceği için önemli bir altyapı oluşturmuştur<sup>34</sup>. CISG, kendisini takip eden uluslararası özel hukukun uyumlaştırması projeleri için referans noktası teşkil etmiş<sup>35</sup>; ulusal hukuk reformlarında temel alınan kaynak metinlerden biri olmuştur<sup>36</sup>. Ancak CISG'in başarısı, bu noktalardan ziyade uyumlaştırmanın yayıldığı çevre ile ilintilendirilmektedir. Antlaşma henüz on devlette yürürlüğe girdiği 1.1.1988 tarihinden bu yana artan onaylarla birlikte, dünyanın en yaygın kabul gören uluslararası antlaşmalarından biri olmuştur. Bugün Antlaşma'ya taraf devletlerin sayısı 77'yi bulmuştur<sup>37</sup>. Öyle ki dünya ticaret hacminin yaklaşık % 80'inin Antlaşma'ya tabi olduğu söylenmektedir<sup>38</sup>. Taraf devletlerin ekonomik altyapıları ve mensup oldukları hukuk aileleri arasındaki derin farklılıklara rağmen CISG üzerinde uzlaşmış olmaları; Antlaşma'nın adil, makul ve uluslararası ticarete uygun bir düzenleme olduğunu kanıtlamaktadır<sup>39</sup>. Nitekim CISG sadece devletlerin resmi desteğini kazanmamış; bizzat uluslararası ticaretle uğraşan tacirler tarafından da

<sup>33</sup>**Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Introduction to the CISG para. 27.

<sup>34</sup>**Schlechtriem/Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction, s. 10-11.

<sup>35</sup> Bu konuda bkz. aşağıda "Bölüm 1 / II. Özel Hukukun Uluslararası Uyumlaştırılması Sürecinde Diğer Önemli Projeler: UNIDROIT İlkeleri, PECL ve DCFR".

<sup>36</sup> Örneğin Alman borçlar hukuku reformu, Hollanda Medeni Kanunu, İskandinav satım hukukları, Rus Medeni Kanunu, Çin Medeni Kanunu, Estonya Borçlar Kanunu CISG'ı temel alarak oluşturulmuştur. Bkz. **Schlechtriem/Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction, s. 10; **Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Introduction to the CISG para. 30. Başka örnekler için bkz. **YavuzDayıoğlu**, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011, s. 3 dn. 7. CISG'in ulusal hukuk reformları üzerinde gösterdiği bu yoğun etki, yakın dönemde gerçekleşen Türk borçlar hukuku reformu kapsamında kendisini göstermemiştir. TBK'nun genel gerekçesinde CISG'dan etkilenildiği genel bir ifadeyle belirtilmiş; ancak somut herhangi bir örnek anılmamıştır. Madde gerekçelerinde de satım sözleşmesinde hasar ve yararın geçişini düzenleyen TBK m. 208 dışında CISG'a doğrudan veya dolaylı bir atıf bulmak mümkün değildir. *Zeytin*, bu durumun başlı başına bir olumsuzluk olarak değerlendirilemeyeceğini; fakat kanunun uluslararası gelişmeler dikkate alınarak hazırlandığı söylemini "*tam desteklemediğini*" belirtmektedir (**Zeytin**, s. 31). Kanımca bu durum, kanunun uluslararası gelişmeler dikkate alınarak hazırlandığı söyleminin aksini ortaya koymaktadır.

<sup>37</sup> Antlaşma'ya taraf devletlerin güncel listesi için bkz. <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html)>, Son Erişim: 01.05.2013.

<sup>38</sup>*Schlechtriem* ile *Schwenzer*, söz konusu tespiti Antlaşma'ya taraf devlet sayısı 74 iken (**Schlechtriem/Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction s. 1); *Kröll*, *Mistelis* ile *PeralesViscasillas* ise 76 iken yapmıştır (**Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Introduction to the CISG para. 1).

<sup>39</sup> Bu konuda bkz. **Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Introduction to the CISG para. 24-25.

kabul görmüştür<sup>40</sup>. Bu çerçevede Antlaşma, devlet mahkemeleri ile tahkim yargılaması tarafından yaygın olarak uygulanmaktadır. Antlaşma'ya tabi olan satım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara ilişkin kararları toplayan veritabanlarının hacmi günden güne artmaktadır. Diğer yandan bu alandaki bilimsel çalışmaların zenginliği, Antlaşma'nın bilimsel camiada uyandırdığı ilgiyi ortaya koymaktadır. Tüm bu bilgiler ışığında değerlendirildiğinde, CISG, *Lex Mercatoria*'nın önemli bir parçasıdır<sup>41</sup>.

Türkiye, CISG'in nihai metninin kabul edildiği diplomatik konferansa katılmış olmasına rağmen, çekimser oy kullanmış<sup>42</sup> ve Antlaşma'yı onaylamaktan kaçınmıştır. Ancak nihayetinde Türkiye de yeknesak uluslararası satım hukuku alanındaki gelişmelere kayıtsız kalamamıştır. Zira Türkiye'nin yoğun ticari ilişki içinde olduğu devletlerin çoğu Antlaşma'ya taraftır<sup>43</sup>. Yapılan çalışmaların akabinde 2.4.2009 tarihli ve 5870 sayılı “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun”<sup>44</sup> ile Türkiye'nin Antlaşma'ya katılması TBMM tarafından uygun bulunmuştur. Bakanlar Kurulu ise 11.3.2010 tarihli ve 2010/247 sayılı kararı<sup>45</sup> ile Türkiye'nin Antlaşma'ya katılmasına karar vermiştir. Bu karara istinaden Antlaşma'ya katılma belgesi 7.7.2010'da Birleşmiş Milletler'e tevdi edilmiştir<sup>46</sup>. Antlaşma, m. 99(2) uyarınca katılma belgesinin tevdi edilmesinden itibaren on iki ayın tamamlanmasını takip eden ayın ilk gününde yürürlüğe gireceği için, 1.8.2011'de herhangi bir çekinceyle kayıtlanmış olmaksızın yürürlüğe girmiştir<sup>47</sup>.

<sup>40</sup> Uluslararası ticaret aktörlerinin ilk etapta CISG'a karşı olan şüpheli yaklaşımları ve bu şüpheli yaklaşımın günümüzde yerini yaygın bir kabule bırakması hakkında bkz. **Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Introduction to the CISG para. 40 vd.

<sup>41</sup> **Schlechtriem/Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction, s. 11.

<sup>42</sup> United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods Vienna 10 March – 11 April 1980, Official Records, New York 1991, s. 230.

<sup>43</sup> Türkiye'nin en çok ihracat yaptığı on devletten yedisi, en çok ithalat yaptığı on devletten sekizi Antlaşma'ya taraftır. Türkiye'nin 2011 yılında en çok ihracat yaptığı on devlet sırasıyla, Almanya, Irak, İngiltere, İtalya, Fransa, Rusya, ABD, İspanya, Birleşik Arap Emirliği, İran'dır. Türkiye'nin 2011 yılında en çok ithalat yaptığı on devlet sırasıyla, Rusya, Almanya, Çin, ABD, İtalya, İran, Fransa, Hindistan, Güney Kore, İspanya'dır. (İstatistikler için bkz. <http://www.tuik.gov.tr/>, Son Erişim: 01.05.2013) İngiltere, Birleşik Arap Emirlikleri, İran ve Hindistan hariç olmak üzere bu devletlerin hepsi CISG'a taraftır.

<sup>44</sup> 14.4.2009 tarihli 27200 sayılı Resmi Gazete.

<sup>45</sup> 7.4.2010 tarihli 27545 sayılı Resmi Gazete.

<sup>46</sup> Bkz. <<http://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2010/CN.428.2010-Eng.pdf>>, Son Erişim: 01.05.2013.

<sup>47</sup> Aynı yönde, bkz. **Ayşe Elif Ulusu**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, İstanbul 2011, s. 3; **Simin Yalçıntaş**, “Viyana Satım Sözleşmesi'nin Kapsamı ve Sözleşme ile Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C.

Antlaşma'nın Türkiye'de yürürlüğe girdiği tarih, Türk satım hukukunda yeni bir dönemin başlangıcıdır. Bu tarihten evvel Türk mahkemeleri tarafından yalnızca dolaylı olarak m. 1(1)(b) vasıtasıyla uygulanabilir olan Antlaşma, artık hem m. 1(1)(a) hem de m. 1(1)(b) yoluyla uygulanabilecektir<sup>48</sup>. Yani Türk mahkemelerinin CISG'ı (a) bendi çerçevesinde kendi hukukunun sınırları içinde kalarak, (b) bendindeki gibi akit bir devletin iç hukukuna başvurmak zorunda olmaksızın uygulama imkanı doğmuştur. CISG, artık Türk hukukunun bir parçasıdır. Dolayısıyla, Türk satım hukukunun “ikili bir yapıya” kavuştuğu iddia edilebilir<sup>49</sup>. CISG'ın uygulama alanı içinde olmayan satımlara, münhasıran CISG dışındaki Türk satım hukuku mevzuatı (TBK, TTK, TKHK) uygulanacaktır<sup>50</sup>. CISG'ın uygulama alanı içinde kalan satımlarda ise öncelikle CISG'a başvurulacak, CISG dışındaki Türk satım hukuku mevzuatına başvurulması ancak CISG'da düzenlenmeyen

---

XXVII S. 3 Eylül 2011 s. 281 vd., s. 281 ve 282 dn. 3; **Erkan**, s. 1 dn. 1. Dolayısıyla *Zeytin*'in Antlaşma'nın 7.4.2010 tarihinde yürürlüğe girdiği yönündeki tespitine katılmak mümkün değildir (**Zeytin**, s. 19). Yazar, uluslararası antlaşmaların ilgili hükümlerinde öngörülen ya da tarafların anlaşarak kabul ettikleri yönetime göre yürürlüğe gireceğini (1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi m. 24) ve CISG m. 99'da Antlaşma'nın yürürlüğünün düzenlendiğini gözden kaçırmıştır. Uluslararası bir antlaşmanın yürürlüğe girebilmesi için kimi iç hukuk işlemlerinin yanında uluslararası hukuk işlemlerinin gerekli olabileceği hakkında bkz. **Hüseyin Pazarcı**, Uluslararası Hukuk, Ankara 2007, s. 64 vd.

<sup>48</sup> CISG'ın yer açısından uygulama alanını düzenleyen m. 1 uyarınca, bir sözleşmeye CISG'ın uygulanabilmesi için kümülatif olarak iki koşul aranır. Birinci koşul, sözleşme taraflarının işyerlerinin farklı ülkelerde bulunmasıdır. İkinci koşul ise sözleşmenin akit bir devletin hukuku ile bağlantılı olmasıdır. Bu bağlantı iki farklı olasılıkta gündeme gelebilir. İlk olasılık, tarafların işyerlerinin akit ülkelerde bulunması ile bağlantının sağlanmasıdır. Bu olasılık, m. 1(1)(a) bendinde düzenlenmiştir. Bir hâkimin (a) bendi çerçevesinde CISG'ı uygulayabilmesi için forum devletinin CISG'a taraf olması şarttır. Çünkü burada “doğrudan uygulanırlık” mevcuttur. İkinci olasılık, forum devletinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacak hukuk olarak akit bir devletin hukukunu işaret etmesidir. Bu olasılık m. 1(1)(b) bendinde düzenlenmiştir. Bir hâkimin (b) bendi çerçevesinde CISG'ı uygulayabilmesi için forum devletinin CISG'a taraf olması şart değildir. Çünkü burada “dolaylı uygulanırlık” mevcuttur. CISG'ın yer açısından uygulama alanına ilişkin daha detaylı bilgi için, bkz. **Erdem**, Uygulama Alanı, s. 9 vd.; **Ali Gümrah Toker**, 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005, s. 40 vd.; **Atamer**, CISG, s. 47 vd.; **Loukas Mistelis**, CISG'ın Uygulama Alanı: Yer Zaman ve Kişi Bakımından, Yeşim Atamer (ed.), Milletlerarası Satım Hukuku, İstanbul 2008, s. 7 vd., s. 13 vd.; **Ingeborg Schwenzer/Pascal Hachem**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 1 para. 26 vd; **Dayioğlu**, s. 13 vd.; **Kaya**, s. 28 vd. Bununla birlikte, CISG'ın uygulama alanı meselesinin yer açısından uygulama alanı ile sınırlı olmadığı, somut olay çerçevesinde konu itibarıyla uygulama alanını ve zaman itibarıyla uygulama alanını da göz önünde tutmak gerektiği unutulmamalıdır. Çalışmanın amacını aşmamak için, uygulama alanı konusu kapsam dışında bırakılmıştır.

<sup>49</sup> **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 858. CISG'ın getirdiği satım hukukuna dair hükümlerin TBK m. 236 sonrasına eklenen yeni bir Ayırım olarak değerlendirilmesinin uygulama açısından kolaylık yaratacağı yönünde bkz. **Yeşim M. Atamer**, “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, M. Murat İnceoğlu (ed.), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 187 vd., s. 188 dn. 1.

<sup>50</sup> CISG, uygulama alanı içinde bulunmayan satımlara yürürlük kaynağı olarak uygulanamaz. Fakat *Serozan*, bu satımlar açısından Antlaşma'dan bir yardımcı kaynak olarak yararlanılabileceğini belirtmektedir (**Serozan**, CISG ve TBK, s. 208).

noktalarda tali olarak mümkün olacaktır<sup>51</sup>.

## II. Özel Hukukun Uluslararası Uyumlaştırılması Sürecinde Diğer Önemli Projeler: UNIDROIT İlkeleri, PECL ve DCFR

Belirtildiği üzere 20. yüzyıl hukuk uyumlaştırılması projeleri, fazlasıyla çeşitli ve sayıca çoktur. Çalışmamızın kapsamını aşmamak adına, doğrudan konumuz olan uluslararası satım hukukunun yeknesaklaştırılması projesinin yanı sıra, diğer proje metinlerinin yalnızca üçüne değinilecektir. Özel hukukun uyumlaştırılması sürecinde ayrıcalıklı bir önem taşıyan bu metinler, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, “UNIDROIT İlkeleri”), Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (*Principles of European Contract Law*, “PECL”) ile Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak’tır (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law– Draft Common Frame of Reference*, “DCFR”).

UNIDROIT İlkeleri, özel hukukun uyumlaştırılması sürecinde, bağlayıcı nitelikteki araçların yanı sıra bağlayıcı nitelikte olmayan araçlara da başvurmanın yararlı ve gerekli olduğu fikrinden<sup>52</sup> doğmuştur. UNIDROIT, bu fikirden hareketle

<sup>51</sup> CISG, satım hukukunun tamamını düzenleyen bir metin değildir. Dolayısıyla somut olayı çözmek için, kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek ulusal hukuka tali olarak bile olsa başvurmak kimi zaman kaçınılmaz olacaktır. Bununla beraber, CISG açısından son derece önemli bir hüküm olan m. 7(2)'nin altının çizilmesi şarttır. CISG hükümlerinin yorumlanması sonucunda mevcut hukuki soruna uygulanabilir bir kural bulunamazsa, bir boşluk söz konusu olur. CISG’in yorumlanması ve tamamlanmasını düzenleyen m. 7 uyarınca, bu boşluklar harici boşluk (*lacuna praeter legem*) ve dahili boşluk (*lacuna intra legem*) olarak ikiye ayrılır. Harici boşluklar, CISG’in düzenleme alanına girmeyen konulara ilişkindir. Bu boşlukların doldurulmasında, doğrudan doğruya uygulanacak ulusal hukuktan faydalanılır (**Atamer**, CISG, s. 102; **Schwenzer/Hachem**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 7 para. 27). Dahili boşluklar ise CISG’in düzenleme alanına girmekle beraber, herhangi bir düzenlemeye tabi tutulmamış konulara ilişkindir. Bu boşlukların doldurulmasında, öncelikle “Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere” ve bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde ancak ikinci aşamada uygulanacak ulusal hukuka başvurulur (**Atamer**, CISG, s. 109; **Schwenzer/Hachem**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 7 para. 27). Yani CISG'daki dahili boşluklar, asli olarak yine CISG'in temel ilkeleri tarafından, tali olarak ulusal hukuklar tarafından doldurulur (**Atamer**, CISG, s. 115; **FrancoFerrari**, Uluslararası İctihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler, Yeşim Atamer (ed.), Milletlerarası Satım Hukuku, 2008, s. 37 vd., s. 68-69; **Schwenzer/Hachem**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 7 para. 27; **Pilar Perales Viscasillas**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 7 para. 47). CISG'in uygulama alanına giren sözleşmeler açısından uygulanacak kurallar hiyerarşisine ilişkin son derece analitik bir inceleme için, bkz. **Atamer**, CISG, s.67 vd.

<sup>52</sup> Bu fikir için bkz. **Herbert Kronke**, “International Uniform Commercial Law Conventions: Advantages, Disadvantages, Criteria for Choice”, *Uniform Law Review* 2000-1 s. 13 vd.; **Jürgen Basedow**, “Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial



yaptığı çalışmaların sonucunda, UNIDROIT İlkeleri'nin ilk versiyonunu<sup>53</sup> 1994'te yayınlamıştır. Bu metni, 2004 tarihli genişletilmiş ikinci versiyon<sup>54</sup> ile mevcut güncel metin olan 2010 tarihli genişletilmiş üçüncü versiyon<sup>55</sup> takip etmiştir. UNIDROIT İlkeleri, uluslararası ticari sözleşmeler hukukunun genel prensiplerinin derlemesi (*restatement*) niteliğindedir<sup>56</sup>. Sözleşme hukukunun genel kısmına ilişkin kurallar ve bu kuralların yorumlarını içerir. İlkelerin amacını belirleyen dibace kısmının yanı sıra on bir bölümden<sup>57</sup> oluşur. İlkeleri hazırlayanlar, asli görev olarak halihazırdaki hukuku tespit etmeyi benimsemiş, tamamen yeni kurallar oluşturmaktan uzak durmuşlardır<sup>58</sup>. Bununla beraber hazırlık süreci boyunca çatışan “gelenekçi” ve “yenilikçi” bakış açıları birbirini dengelemiş ve hem geleneksel uluslararası ticaret hukukuna saygılı hem de güncel uluslararası ticaret uygulamasının ihtiyaçlarına cevap verebilecek bir kurallar bütünü ortaya çıkmıştır<sup>59</sup>. UNIDROIT İlkeleri, bağlayıcı kurallar içermez; uygulanması büyük ölçüde tarafların iradesine bağlıdır<sup>60</sup>. Fakat bu *soft-law*<sup>61</sup> özelliğine rağmen; büyük bir başarı elde ederek, özellikle uluslararası tahkim alanında yaygın bir uygulamaya kavuşmuştur.

---

Contracts”, Uniform Law Review 2000-1 s. 129 vd., s. 129-130; **Michael Joachim Bonell**, An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2005, s. 1 vd; **Henry Deeb Gabriel**, “The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL and the Hague Conference”, Brooklyn Journal of International Law Vol. 34 2008-2009 s. 655 vd., s. 660 vd.

<sup>53</sup> **UNIDROIT (ed.)**, Principles of European Contract Law, 1994. Çevrimiçi Erişim:

<<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles1994/1994fulltext-english.pdf>>, Son Erişim: 01.05.2013.

<sup>54</sup> **UNIDROIT (ed.)**, Principles of European Contract Law, 2004. Çevrimiçi Erişim: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-e.pdf>>, Son Erişim: 01.05.2013.

<sup>55</sup> **UNIDROIT (ed.)**, Principles of European Contract Law, 2010. Çevrimiçi Erişim:

<<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>>, Son Erişim: 01.05.2013. Aksi belirtilmedikçe UNIDROIT İlkeleri'ne ilişkin yapılan değerlendirme ve atıflar, güncel 2010 versiyonunu esas almaktadır.

<sup>56</sup> Bu konuda bkz. **Ayoğlu**, s. 195 vd.

<sup>57</sup> Bölüm 1: Genel Hükümler; Bölüm 2: Sözleşmenin Kurulması ve Temsil; Bölüm 3: Geçerlilik; Bölüm 4: Yorum; Bölüm 5: Sözleşmenin İçeriği, Üçüncü Kişilerin Hakları ve Şart; Bölüm 6: İfa; Bölüm 7: İfa Etmeme; Bölüm 8: Takas; Bölüm 9: Alacağın Temliki, Borcun Nakli, Sözleşmenin Devri; Bölüm 10: Zamanaşımı; Bölüm 11: Müteselsil Borçluluk ve Alacaklılık.

<sup>58</sup> **Basedow**, Uniform Law Conventions, s. 130; **Bonell**, International Restatement, s. 48.

<sup>59</sup> **Bonell**, International Restatement, s. 48-49.

<sup>60</sup> UNIDROIT İlkeleri, tarafların uygulanacak hukuk olarak UNIDROIT İlkeleri'ni seçmeleri halinde uygulanır (*shall be applied*). Bunun dışında, tarafların uygulanacak hukuk olarak hukukun genel ilkelerini, *Lex Mercatoria*'yı veya benzer bir kurallar bütününi seçmeleri halinde yahut tarafların uygulanacak hukuku seçmemeleri halinde uygulanabilir (*may be applied*). Ayrıca uluslararası yeknesak hukuk araçlarının yorumlanması ve tamamlanması amacıyla kullanılması da mümkündür. Bkz. UNIDROIT İlkeleri, Dibace para. 2, 3, 4 ve 5. UNIDROIT İlkeleri'nin uygulama alanına ilişkin detaylı bilgi için; bkz. **Bonell**, International Restatement, s. 174 vd.; **Ayoğlu**, s. 208 vd.

<sup>61</sup> Pozitif hukuk kurallarının aksine, devlet egemenliğinden kaynaklanmadıkları için herhangi bir bağlayıcılığı olmayan fakat taraf iradeleri çerçevesinde uygulanabilir hale gelen hukuk kuralları, “*soft law*” olarak sınıflandırılır. UNIDROIT İlkeleri gibi derleme niteliğinde hazırlanan araçlar, model kanunlar, standart sözleşmeler vb. bu sınıfta değerlendirilir. Bkz. **Michael Joachim Bonell**, “Soft

UNIDROIT İlkeleri'nin aksine; PECL ile DCFR, bölgesel nitelikli metinlerdir. Her iki metnin de asıl amacı, Avrupa Birliği ölçeğinde özel hukukun uyumlaştırılmasına hizmet etmektir. Bu yönüyle, daha dar ve homojen bir alanı uyumlaştırmaya çalıştıkları söylenebilir<sup>62</sup>.

PECL, *Ole Lando*'nun Avrupa sözleşme hukukuna ilişkin yeknesak bir kanun yahut en azından bir derleme hazırlama önerisinin desteklenmesi üzerine kurulan komisyonun yaptığı çalışmaların ürünüdür<sup>63</sup>. Çalışmalar sırasında bir derleme hazırlama fikri ağır basmış ve Avrupa sözleşme hukukunun genel kısmına ilişkin ilkeleri, bu ilkelere ilişkin yorumları ve Avrupa Birliği üyesi devletlerin bu konudaki hukuki düzenlemelerine ilişkin notları içerecek bir metin hazırlanmıştır. Metnin ilk bölümü 1995'te<sup>64</sup>, bu ilk bölümün revize edilmiş hali ile yeni hazırlanan ikinci bölümün birleşimi 2000'de<sup>65</sup>, üçüncü bölümü ise 2003'te<sup>66</sup> yayınlanmıştır. PECL, sözleşmelere ilişkin ilkeleri derlemesi ve *soft law* niteliğinde olması<sup>67</sup> itibarıyla, UNIDROIT İlkeleri ile benzerlik taşır. Ancak UNIDROIT İlkeleri, ticari sözleşmelere ilişkin uluslararası ilkeleri; PECL ise ticari olsun olmasın tüm sözleşmelere ilişkin Avrupa ilkelerini bir araya getirmektedir<sup>68</sup>. Nitekim bu durumun yansıması olarak, PECL'nin asıl amacı Avrupa Birliği ölçeğinde hazırlanacak bir Yeknesak Borçlar Kanunu için temel oluşturmaktır<sup>69</sup>.

Avrupa Birliği'nde Avrupa Borçlar Kanunu ideali askıda kalsa bile, özel hukuku uyumlaştırma çalışmaları devam etmiştir. Avrupa Birliği Komisyonu'nun

---

Law and Party Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles”, *Loyola Law Review* Vol. 51 2005 s. 229 vd., s. 229; **Gabriel**, *Soft Law*, s. 658-659; **Ayoğlu**, s. 190.

<sup>62</sup>**Bonell**, *International Restatement*, s. 339.

<sup>63</sup>**Bonell**, *International Restatement*, s. 335-336.

<sup>64</sup>**Ole Lando/Hugh Beale (ed.)**, *The Principles of European Contract Law, Part I: Performance, Non-Performance and Remedies*, 1995.

<sup>65</sup>**Ole Lando/Hugh Beale (ed.)**, *Principles of European Contract Law, Part I and II (combined and revised)*, 2000.

<sup>66</sup>**Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann (ed.)**, *Principles of European Contract Law, Part III*, 2003.

<sup>67</sup> Bkz. PECL Art. 1:101, Comment.

<sup>68</sup>**Bonell**, *International Restatement*, s. 348-349.

<sup>69</sup>**Ole Lando**, “The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law”, *Hastings International and Comparative Law Review* Vol. 21 1997-1998 s. 809 vd., s. 810. Bu amaç hakkında bkz. **Lando**, *Common Core*, s. 811-812. Bunun yanı sıra, PECL'nin amaçlarından biri de Avrupa Birliği hukuku araçlarının hazırlanmasında ve bu araçların uygulanmasında yol gösterici olarak, yeknesaklığa hizmet etmektir. Bu amaç hakkında bkz. **Lando**, *Common Core*, s. 812. Bu yönüyle PECL'nin, UNIDROIT İlkeleri'ndeki “uluslararası yeknesak hukuk araçlarının yorumlanması ve tamamlanması amacıyla kullanılması” amacını (UNIDROIT İlkeleri, Dibace para. 5) taşımaması son derece mantıklıdır.



teşviki neticesinde mevcut müktesebatın değerlendirilmesi ve yeni müktesebatın oluşturulmasında kullanılmak üzere Ortak Referans Noktaları'nın (*Common Frame of Reference* - "CFR") oluşturulması gündeme alınmıştır. Böylelikle CFR'a model oluşturacak DCFR'nin sadece kuralları içeren anahat versiyonu<sup>70</sup> ile kurallar, yorumlar ve karşılaştırmalı notları içeren tam versiyonu<sup>71</sup> 2009 yılında yayınlanmıştır. DCFR, Avrupa Birliği'nin resmi belgesi olarak siyasi bir metin olma özelliğini taşıyacak CFR'ın aksine akademik bir metindir. Avrupa borçlar hukukunun hem genel hem de özel kısmına ilişkin ilkeleri içeren toplam on kitaptan oluşur<sup>72</sup>. Sözleşme hukukunun genel kısmına ilişkin ilkeleri içeren ikinci ve üçüncü kitap, PECL'nin gözden geçirilmiş halinden ibarettir. Bu yönüyle DCFR'nin, PECL'yi genişlettiği ve Avrupa özel hukukunun uyumlaştırılması projesinin devamı niteliğinde olduğu söylenebilir.

UNIDROIT İlkeleri'nin, PECL'nin ve DCFR'nin hazırlanmasında, CISG, başvurulan temel kaynaklardan biri olmuştur<sup>73</sup>. Bu nedenle tüm bu metinlerde, paralel bir anlayışın yansımaları görmek mümkündür. Fakat bu metinler, yalnızca satım hukukunu sınırlı bir bakış açısıyla düzenleyen CISG'in bir adım ötesine geçmiş ve düzenleme alanını geniş tutarak borçlar hukukuna ilişkin genel bir panorama

<sup>70</sup>Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (ed.), Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition, 2009.

<sup>71</sup>Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (ed.), Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Full Edition, 2009.

<sup>72</sup> Kitap 1: Genel hükümler; Kitap 2: Sözleşmeler ve diğer hukuki işlemler; Kitap 3: Borçlar ve ilgili haklar; Kitap 4: Özel sözleşmeler ve bu sözleşmelerden doğan haklar ve borçlar; Kitap 5: Vekaletsiz iş görme; Kitap 6: Üçüncü kişiye zarar vermeden doğan sözleşme dışı sorumluluk; Kitap 7: Sebepsiz zenginleşme; Kitap 8: Taşınırın mülkiyetinin kazanılması ve kaybedilmesi; Kitap 9: Taşınır üzerindeki teminat hakları; Kitap 10: *Trust*'lar.

<sup>73</sup> UNIDROIT İlkeleri'ne ilişkin söz konusu tespit için bkz. UNIDROIT İlkeleri, Introduction to the 1994 Edition para. 5; **Alejandro M. Garro**, "The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG", Tulane Law Review Vol. 69 1994-1995 s. 1149 vd., s. 1160; **Michael Joachim Bonell**, "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?", Uniform Law Review 1996-1 s. 26 vd., s. 30; **Arthur S. Hartkamp**, "Principles of Contract Law", Arthur Hartkamp/Martijn Hesselink/Ewoud Hondius/Carla Joustra/Edgar du Perron/Muriel Veldman (ed.), Towards a European Civil Code, 2004, s. 125 vd., s. 142; **Herbert Kronke**, "The UN Sales Convention, The UNIDROIT Contract Principles and the Way Beyond", Journal of Law and Commerce Vol. 25 2005-2006 s. 451 vd., s. 456; **Ayoğlu**, s. 206-207; **Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Introduction to the CISG para. 32. PECL'ye ilişkin söz konusu tespit için bkz. **Hartkamp**, s. 142; **Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Introduction to the CISG para. 31. DCFR'ye ilişkin olarak söz konusu tespit için bkz. **DCFR-Outline Edition**, Introduction para. 63; **Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Introduction to the CISG para. 31.

sunmayı başarmıştır<sup>74</sup>. Bu itibarla UNIDROIT ilkeleri, PECL ve DCFR, çalışmamızın doğrudan konusunu oluşturmasalar bile; “21. yüzyılda borçlar hukukunun geldiği noktayı uluslararası bir düzlemde tespit etmeleri”<sup>75</sup> itibarıyla incelenmeye değerdir.

Ayrıca çalışmamızın doğrudan konusunu oluşturan CISG’ı incelerken, özellikle UNIDROIT İlkeleri’ne değinmemek; bu iki metin arasındaki yakın ilişki sebebiyle imkansızdır. UNIDROIT İlkeleri’nin uygulama alanını belirleyen Dibase (*Preamble*) para. 5 uyarınca; İlkeler, uluslararası yeknesak hukuk araçlarının yorumlanması ve tamamlanması amacıyla kullanılabilir. İlkeler’in buradan hareketle CISG’ın yorumlanması ve özellikle tamamlanması amacıyla kullanılmasının mümkün olup olmadığı, doktrinde yoğun bir tartışmaya konu olmuştur<sup>76</sup>. CISG, satım hukukunun tüm yönlerine ilişkin çözümler sunan bir metin değildir. CISG hükümlerinin yorumlanması sonucunda mevcut hukuki soruna uygulanabilir bir kural bulunamaması, fakat ilgili konunun CISG’ın düzenleme alanına girmesi ihtimalinde dahili bir boşluğun var olduğu söylenir. Dahili boşluklar ise m. 7(2) uyarınca, öncelikle “Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere” ve ancak bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde ikinci aşamada kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecek ulusal hukuka göre doldurulur<sup>77</sup>. Bu konudaki tartışma da CISG m. 7(2)’deki “Antlaşmanın temelinde yatan ilkeler” (“*the general principles on which it is based*”) ifadesinin kapsamına UNIDROIT İlkeleri’nin girip girmeyeceği noktasında kilitlenmektedir. Hâkim olan görüş, UNIDROIT İlkeleri’ne CISG’ın dahili boşluklarının tamamlanmasında başvurulmasını kabul etmektedir<sup>78</sup>. Bu konuda

<sup>74</sup> UNIDROIT İlkeleri’ne ilişkin olarak söz konusu tespit için bkz. **Bonell**, UNIDROIT Principles and CISG, s. 32-33; **Kronke**, UN Sales Convention, s. 453 vd.

<sup>75</sup> **Yeşim M. Atamer**, “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 317 vd., s. 330.

<sup>76</sup> Tartışmalar için bkz. **Basedow**, Uniform Law Conventions, s. 135 vd.; **Atamer**, CISG, s. 120 vd; **Ayoğlu**, s. 217 vd. Bu tartışmanın yoğunlaştığı nokta, CISG’ın yorumlanmasından ziyade tamamlanması konusudur. UNIDROIT İlkeleri’nin CISG’ın yorumlanmasında nasıl kullanılabileceğine ilişkin; bkz. **Bonell**, UNIDROIT Principles and CISG, s. 34-35.

<sup>77</sup> Bu konuda bkz. yukarıda dn. 51.

<sup>78</sup> **Garro**, s. 1156; **Basedow**, Uniform Law Conventions, s. 136; **Kronke**, UN Sales Convention, s. 457-458; **Ayoğlu**, s. 221; **Pilar Perales Viscasillas**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 7 para. 61. Nitekim pek çok mahkeme ve tahkim kararında da UNIDROIT İlkeleri’nin CISG m. 7(2) bağlamında Antlaşma’nın temelinde yatan ilkeler arasında bulunduğu belirtilmektedir. Örneğin bkz. *ICC International Court of Arbitration*, 01.01.1995, CISG-Online No. 526; *Gerechthof’s Hertogenbosch*, 16.10.2002, CISG-Online No. 816; *Cour de cassation de Belgique*, 19.06.2009, CISG-Online No. 1963. CISG’ın yorumlanmasında UNIDROIT İlkeleri’ne başvurulup başvurulamayacağını her hüküm çerçevesinde karşılaştırma yaparak ayrı ayrı değerlendiren bir çalışma hakkında bkz. **Albert H. Kritzer**, General observations on use of the UNIDROIT Principles to help interpret the CISG,

*Bonell*'in ılımlı yaklaşımını benimsemek ve UNIDROIT İlkeleri'nde yer alan tüm kurallar yerine, sadece CISG'dan türetilen ilkeleri somutlaştıran kuralları esas almak uygun olacaktır<sup>79</sup>.

---

Çevrimiçi Erişim: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/matchup/general-observations.html>>, Son Erişim Tarihi: 01.05.2013. Bu çalışma çerçevesinde yapılan değerlendirmelere <[http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni/CISG'daki\\_madde\\_numarası.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni/CISG'daki_madde_numarası.html)> adresi üzerinden çevrimiçi erişim sağlanabilir. Örneğin CISG m. 27'ye ilişkin değerlendirme, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni27.html>> adresinde bulunmaktadır.

<sup>79</sup>**Bonell**, UNIDROIT Principles and CISG, s. 36; **Bonell**, International Restatement, s. 78. Aynı yönde bkz. **Atamer**, CISG, s. 122. *Schwenzer* ile *Hachem* de bir kuralın CISG'ın temelinde yatan ilke olarak kabul edilebilmesi için, UNIDROIT İlkeleri arasında yer almasının başlı başına yeterli olmayacağını vurgulamaktadır; **Schwenzer/Hachem**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 7 para. 36.

## Bölüm 2

### Sözleşmeden Dönme Hakkının İfa Engelleri Sistemindeki Yeri

Karşılıklı irade uyuşmasıyla kurulmuş olan bir sözleşmeyi taraflardan yalnız birinin iradesi doğrultusunda çözmeye yarayan sözleşmeden dönme benzeri kurumlar, ulusal hukuklarda farklı isimler ve farklı düzenlemeler çerçevesinde kendilerine yer bulmuşlardır. CISG, bu düzenlemeleri tek bir potada eritmiş ve sözleşmeden dönme kurumunu kendi ifa engelleri sisteminin temel ilkeleri doğrultusunda şekillendirmiştir. Sözleşmeden dönme, taraflar arasındaki satım sözleşmesini çözerek tarafları ifa edilmemiş edim yükümlülüklerinden kurtaran ve yerine getirilmiş olan edimleri geri sağlayan bir haktır<sup>80</sup>.

CISG uyarınca sözleşmeden dönmenin sonuçlarını ele alabilmek için öncelikle sözleşmeden dönme hakkının Antlaşma'nın ifa engelleri sistemi içindeki yerini tespit etmek gerekir. CISG'nin ifa engelleri sisteminin karakteristik özelliği, “yeknesak sözleşme ihlali anlayışı”<sup>81</sup> çerçevesinde yapılandırılmış olmasıdır. Yeknesak sözleşme ihlali anlayışının anlamını, iki yönden ele almak gerekir. Yeknesaklığın ilk yönü, CISG'nin genel hükümler ile özel hükümler için farklı ifa engelleri sistemleri yerine, tek bir sistem kurgulamış olmasıdır. CISG münhasıran satım sözleşmesine ilişkin düzenlemeler içerdiği için, yapısı gereği genel bölüm ile özel bölüm ayrımını barındırmamaktadır. Dolayısıyla İsviçre - Türk hukuklarındakinin aksine, CISG'a tabi bir satım sözleşmesi ihlal edildiğinde, yarışmaları çeşitli tartışmalara yol açacak farklı hükümlerin devreye girmesi söz

<sup>80</sup> Görüldüğü üzere CISG'daki sözleşmeden dönme kurumunun kavramsal çerçevesi, İsviçre – Türk hukukundaki sözleşmeden dönme kurumunun kavramsal çerçevesiyle örtüşmektedir. Nitekim İsviçre – Türk hukukunda sözleşmeden dönme, *Serozan* tarafından, “geçerli bir karşılıklı borçlandırıcı sözleşmeyi çözüp, henüz yerine getirilmemiş olan edim yükümlülüklerinden kurtarıcı, evvelce yerine getirilmiş edimleri de gerisin geriye sağlayıcı bir yenilik doğuran hak” olarak tanımlanmaktadır (*Serozan*, TBK ve CISG, s. 209). Fakat bu kavramsal benzerlik aldatıcı olmamalıdır. CISG'daki sözleşmeden dönme kurumu, İsviçre – Türk hukukuna başvurmaksızın münhasıran Antlaşma hükümleri çerçevesinde anamlandırılmalıdır.

<sup>81</sup> **Robert Koch**, “The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998, 1999*, s. 177 vd., s. 298; **Atamer**, CISG, s.288; **Franco Ferrari**, “Fundamental Breach of Contract under the UN Sales Convention – 25 Years Article 25 CISG –”, *International Business Law Journal* 2005 s. 389 vd., s. 390; **Ercüment Erdem**, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, *Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler*, 2008, s. 25 vd., s. 69; **Erdem**, *Sözleşmeden Dönme*, s. 889; **Dayıoğlu**, s. 158; **Başak Başoğlu**, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi*, İstanbul 2012, s. 219; **Erkan**, s. 27.

konusu olmayacaktır<sup>82</sup>. Yeknesaklığın ikinci yönü ise ifa engelleri sisteminde imkansızlık veya temerrüt gibi alt başlıklar bulunmamasıdır. Somut sözleşme ihlali, hukuki olgu aşamasında sınıflandırılmaz. Bunun yerine “sözleşmeye ihlali” genel bir hukuki olgu olarak düzenlenmiştir. Her tür sözleşme ihlali, bu genel hukuki olgu çerçevesinde değerlendirilir<sup>83</sup>. Kaynağını *common law*’da bulan<sup>84</sup> yeknesak sözleşme ihlali anlayışı, CISG’in ifa engelleri sistemini takip eden diğer uluslararası hukuk uyumlaştırması metinleri için de referans noktası teşkil etmiştir. Bu anlayış, CISG ifa engelleri sistemini İsviçre - Türk hukuklarında benimsenen sistemden ayırmaktadır.

Yeknesak sözleşme ihlali anlayışı, satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde alıcının sahip olacağı hakların genel panoramasını ortaya koyan m. 45’te kendini gösterir<sup>85</sup>. Bu hüküm, ihlal halinde başvurulabilecek yaptırımları, ihlal kavramını hukuki olgular bağlamında sınıflandırmaksızın ortaya koyar. Bu hüküm uyarınca alıcı, satıcının sözleşmeyi herhangi bir şekilde ihlal etmesi durumunda, m. 46 ila 52 arasındaki haklardan faydalanabilir ve/veya m. 74 ila m. 77 uyarınca tazminat talep edebilir<sup>86</sup>. Bu çerçevede alıcı, aynen ifa talebinde bulunabilir, sözleşmeden dönebilir, semenin tenzilini talep edebilir, tazminat talep edebilir<sup>87</sup>. Aynen ifa talebi, asli ifa talebi ile tali ifa talepleri olan malın yenisi ile değiştirilmesi ve onarım haklarını kapsar<sup>88</sup>.

<sup>82</sup> **Atamer**, CISG, s.282 ve 288; **Dayioğlu**, s. 158. Türk ifa engelleri hukukunda benimsenen genel bölüm – özel bölüm ayrımının eleştirisi için bkz. **Atamer**, İfa Engelleri, s. 321 vd.

<sup>83</sup> **Atamer**, CISG, s. 282 ve 288; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 889; **Dayioğlu**, s. 158. Türk ifa engelleri hukukunda ihlal türlerine göre yapılan tasnifin eleştirisi için bkz. **Atamer**, İfa Engelleri, s. 318 vd.

<sup>84</sup> **Atamer**, CISG, s. 286 vd.; **Dayioğlu**, s. 31-32.

<sup>85</sup> Aynı anlayış, m. 45’in yansıma hükmü olan m. 61’de de kendini gösterir. CISG m. 45 satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi hâlinde alıcının sahip olacağı hakların genel panoramasını ortaya koyarken; CISG m. 61 alıcının sözleşmeyi ihlal etmesi hâlinde satıcının sahip olacağı hakların genel panoramasını ortaya koymaktadır. CISG m. 61 uyarınca, satıcı, alıcının sözleşmeyi herhangi bir şekilde ihlal etmesi durumunda, m. 62 ila 65 arasındaki haklardan faydalanabilir ve/veya m. 74 ila 77 uyarınca tazminat talep edebilir. Bu çerçevede satıcı, aynen ifa talebinde bulunabilir, sözleşmeden dönebilir, tazminat talep edebilir.

<sup>86</sup> Bu bağlamda, satıcının sözleşmeden veya Antlaşma’dan doğan herhangi bir yükümlülüğünü ihlal etmesi, “sözleşme ihlali” olarak nitelendirilecektir; **MarkusMüller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 3.

<sup>87</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 1; **Peter Huber**, “CISG - The Structure of Remedies”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* Vol. 71 2007 s. 13 vd., s. 13; **Peter Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscaillas, Art. 45 para. 2. CISG m. 45(1)(a) ile beraber, aynen ifa talebinin dayanağı m. 46; sözleşmeden dönme hakkının dayanağı m. 49; semenin tenzili talebinin dayanağı m. 50’dir. CISG m. 45(1)(b) ile beraber, tazminat talebinin dayanağı m. 74 vd.’dir. Bunların yanı sıra alıcının ifada bulunmaktan kaçınma yönünde bir hakkının olduğu, Antlaşma’da açıkça belirtilmiş olmasa bile kabul edilmektedir (**Slechtriem/Butler**, para. 205 vd.; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 22; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscaillas, Art. 45 para. 8).

<sup>88</sup> CISG m. 45(1)(a) ile beraber, asli ifa talebinin dayanağı m. 46(1); malın yenisi ile değiştirilmesi talebinin dayanağı m. 46(2); onarım talebinin dayanağı m. 46(3)’tür.

CISG, somut sözleşme ihlalini hukuki olgu aşamasında sınıflandırmadığı için, yapay ayrımlara dayanarak farklılaştırılmış hukuki olgu kalıplarıyla hareket etmenin sağduyuya aykırı olarak değerlendirilebilecek sonuçlarını dışlar<sup>89</sup>. Ancak bununla beraber, somut bir sözleşme ihlalinde alacaklının belirli bir hukuki imkandan faydalanıp faydalanamayacağını tespit edebilmek için bir sınıflandırma yapılması şarttır. Örneğin borçlu açısından çok ağır sonuçlar doğurabilecek sözleşmeden dönmeye, her tür sözleşme ihlalinde hiçbir ön koşul bulunmaksızın başvurulabilmesi makul bir çözüm değildir. Nitekim CISG, somut sözleşme ihlalini yaptırım aşamasında sınıflandırır. Bu sınıflandırmada hâkim olan sözleşmeden dönme hakkını sınırlayıcı anlayış, bu hakkı katı kurallara bağlamıştır. Bu bölümde öncelikle sözleşmeden dönme hakkını sınırlayıcı anlayış incelenecektir (I). Ardından bu anlayış ışığında alıcının sözleşmeden dönme hakkına sahip olacağı durumlar (II) ve bu hakka getirilen sınırlamalar (III) ele alınacaktır. Son olarak öne alınmış esaslı ihlal durumunda ve art arda teslimli satım sözleşmelerinde dönmeye özel olarak değinilecektir (IV).

### I. Sözleşmeden Dönme Hakkını Sınırlayıcı Anlayış: *Favor Contractus* İlkesi

Sözleşmeden dönme, borçlar hukuku alanındaki yeni sayılabilecek kurumlardandır. Borçlar hukuku kurumlarının çoğunun kökeninin Roma hukukuna dayandığı düşünülürse, kendisine ancak 19. yüzyıl kanunlarında yer bulabilmiş bu kurumun yeniliği daha iyi anlaşılır<sup>90</sup>. Hukuk sistemleri, sözleşmeden dönmeye karşı yüzyıllar boyunca direndikten sonra bu kurumun zorunluluğunu kabul etmiştir. Ancak bu defa da sözleşmeden dönme kurumu *favor contractus* ilkesiyle

<sup>89</sup>Serozan tarafından çeşitli örneklerle ortaya koyulan bu sonuç için bkz. **Rona Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, § 11 N. 10. Yazar, Türk hukukundaki “*baştan ve sonradan, kusurlu ve kusursuz, objektif ve subjektif tüm imkansızlıklar, temerrüt, gereği gibi ifa etmeme, asli edim, yan edim ve davranış yükümlülüklerine aykırılıklar, sözleşmenin müspet ihlali, başka şeyle (aliud) ifa, ayıplı (peius) ifa, satılanın zaptı (evictio), “genel olarak” borçlunun temerrüdü, “özel olarak satıcının ve alıcının, kirayaverenin ve kiracının, eser müteahhidinin ve eser ismarlayanın sözleşmeye aykırılıkları arasındaki kavram hukukçusu ayrımcılığı*” eleştirmektedir.

<sup>90</sup>**Atamer**, CISG, s. 394. **Huber**, ortaya koyduğumuz aksine, Roma hukukunda sözleşmeden dönme hakkının sıkı şartlarla sınırlanmış bir hak olmadığını ve bu yaptırıma başvurmanın fazlasıyla kolay olduğunu belirtmektedir (**Huber**, Structure of Remedies, s 18-19). Ancak Roma hukukunda modern hukuk tekniği anlamında bir sözleşmeden dönme hakkı bulunmamaktadır. Kastedilen, muhtemelen, Roma hukukundaki sözleşmeden dönme hakkı benzeri hukuki kurumlardır. Sözleşmeden dönme hakkının tarihi gelişimi için bkz. **Rona Serozan**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007, s. 7 vd.; **Vedat Buz**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 45 vd. Ayrıca bkz. **Turgut Öz**, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 25-26.

dengelenmiştir.

*Favor contractus*, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasının ve varlığını korumasının desteklenmesini konu alan genel bir ilkedir. Bu ilke çerçevesinde, sözleşmenin ayakta tutulması, taraflardan birinin tek taraflı iradesiyle sona erdirilmesine nazaran tercih edilir<sup>91</sup>. *Favor contractus*, CISG’ın genel ilkelerinden biri olarak<sup>92</sup>, Antlaşma’nın temelinde yatan anlayışı yansıtır. Ancak diğer yandan CISG, sırf borçlu ile bir kere sözleşme ilişkisi içine girdiği için, her ne pahasına olursa olsun alacaklıdan sözleşme ile bağlı kalmasını beklemeyecektir. Borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi üzerine bozulan karşılıklı edimler arasındaki fonksiyonel bağlılık ve dengenin yeniden sağlanabilmesi için<sup>93</sup>, bazı istisnai durumlarda alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı tanınması şarttır. CISG da, alacaklıya, başka bir hukuki imkan ile tatmin edilmesinin mümkün olmadığı durumda sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. Başka bir deyişle, CISG için, sözleşmeden dönme, *ultima ratio* (son çare) olarak başvurulabilecek bir hukuki imkandır<sup>94</sup>. CISG sisteminde *favor*

<sup>91</sup>**Bertram Keller**, “Favor Contractus in CISG”, Camilla B. Andersen & Ulrich G. Schroeter (ed.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries; Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, 2008, s. 247 vd., s. 249. Çalışmamızda *favor contractus* ilkesinin sözleşmenin sona ermesine ilişkin yansımaları ve dolayısıyla geçerli bir şekilde kurulmuş bir sözleşmeyi ayakta tutma amacı incelenmiştir. Bununla beraber söz konusu ilkenin sözleşmenin kurulmasına ve ifasına ilişkin başka yansımaları bulunduğu da unutulmamalıdır. Bu konuda detaylı bilgi için, bkz. **Keller**, s. 251 vd.

<sup>92</sup>**Keller**, bu ilkenin m. 7(2) bağlamında CISG’ın genel ilkelerinden olduğunu savunmaktadır. Zira ilkenin temelindeki mantık, CISG’ın sözleşmenin kuruluşuna, ifasına ve ihlaline ilişkin hükümlerinde yansıma bulmuştur; bkz. **Keller**, s. 250. Aynı yönde bkz. **Darren Peacock**, “Avoidance and the Notion of Fundamental Breach Under the CISG: An English Perspective”, *International Business and Trade Law Journal*, Vol. 8 2003, s. 95 vd., s. 106; **Ferrari**, *Yorum ve Boşluk Doldurma*, s. 79-80. “Sözleşmenin sona erdirilmesi imkanının sınırlanmış olmasına” ilişkin genel bir ilkenin varlığı yönünde, bkz. **Atamer**, CISG, s. 119. “Sözleşmenin kutsallığına” (*sanctity of contract*) ilişkin genel bir ilkenin varlığı yönünde, bkz. **Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas**, *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Introduction to the CISG* para. 20. **Huber** ise sözleşmeyi mümkün olduğu ölçüde ayakta tutmanın CISG’ın ifa engelleri sisteminin tanımlayıcı özelliği olduğunu belirtmektedir (**Huber**, *Structure of Remedies*, s. 17; **Huber**, *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, Art. 45 para. 9).

<sup>93</sup> Sözleşmeden dönmenin bu işlevi hakkında, bkz. **Serozan**, *Sözleşmeden Dönme*, s. 40; **Buz**, s. 66. Sözleşmeden dönmenin işlevleri hakkında detaylı bilgi için; bkz. **Serozan**, *Sözleşmeden Dönme*, s. 39; **Buz**, s. 65 vd.

<sup>94</sup>**Koch**, *Fundamental Breach*, s. 299; **Ferrari**, *Fundamental Breach*, s. 391; **Huber**, *Structure of Remedies*, s. 17; **Ingeborg Schwenzer**, “The Danger of Domestic Pre-Conceived Views with Respect to the Uniform Interpretation of the CISG: The Question of Avoidance in the Case of Non-Conforming Goods and Documents”, *Victoria University Wellington Law Review* Vol. 36 2005 s. 795 vd., s. 799; **Ulrich Magnus**, “The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG – General Remarks and Special Cases”, *Journal of Law and Commerce* Vol. 25 2005 s. 423 vd. s. 424; **Eduardo Grebler**, “Fundamental Breach of Contract Under the CISG: A Controversial Rule”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 101 (March 28-31, 2007), s. 407 vd., s. 409; **Huber**, *Huber/Mullis*, s. 181; **Erdem**, *Sözleşmeden Dönme*, s. 866; **Ulrich G. Schroeter**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art 25 para. 1; **Müller-Chen**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 49, para. 2; **Huber**, *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, Art. 45 para. 9 ve Art. 49 para. 2; **UNCITRAL Digest**, *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale*

*contractus* ilkesinin etkisinin ULIS'e nazaran daha güçlü bir şekilde görüldüğü söylenebilir<sup>95</sup>.

CISG tarafından sözleşmeden dönmenin *ultima ratio* olarak benimsenmesi, modern borçlar hukukundaki anlayışa paraleldir<sup>96</sup>. Borçlar hukukunun uyumlaştırması yönünde ciddi adımlar teşkil eden UNIDROIT İlkeleri<sup>97</sup>, PECL<sup>98</sup> ve DCFR<sup>99</sup> bu akımı takip etmiştir. Söz konusu anlayış, bu uluslararası metinlerin yanı sıra, Alman hukuku, Hollanda hukuku, İskandinav hukukları gibi bazı ulusal hukuklara da yayılmıştır<sup>100</sup>. Öyle ki, sözleşmeden dönmeye *ultima ratio* olarak başvurulabilmesi, uluslararası sözleşmeler hukukunun genel ilkelerinden<sup>101</sup> biri olarak sayılmaktadır<sup>102</sup>.

## A. CISG'ın Sözleşmeyi Ayakta Tutmayı Amaçlamasının Sebepleri

---

of Goods, 2012, Art. 49 para. 2; **Erkan**, s. 55. Bu tespiti vurgulayan kararlardan bazıları için bkz. *Oberlandesgericht Hamburg*, 25.01.2008, CISG-Online No. 1681; *Oberster Gerichtshof*, 07.09.2000, CISG-Online No. 642.

<sup>95</sup>**GyulaEörsi**, “A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *The American Journal of Comparative Law* Vol. 31 1983 s. 333 vd., s. 334. ULIS, sözleşmenin ihlal sebebiyle sona ermesini ikili bir yapı çerçevesinde ele almıştır. Bir yandan beş özel durumda sözleşmenin *ipso facto* (kendiliğinden) sona ermesi düzenlenmiş (bkz. ULIS m. 25, 26, 30, 61, 62), diğer yandan alıcıya belli koşullarda sözleşmeden dönme hakkı verilmiştir. Oysa CISG’da sözleşmesel ilişkinin *ipso facto* sona ermesi mümkün değildir; bu ilişki ancak sözleşmeden dönme beyanıyla sona erdirilebilir. Bu konuda bkz. aşağıda “Bölüm 3 - Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılması”. ULIS ile CISG’ın sözleşmeden dönme rejimlerinin karşılaştırılması için bkz. **MichaelWill**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 1.2.1.1 vd. Ayrıca bkz. aşağıda dn. 243.

<sup>96</sup>**Huber**, *Structure of Remedies*, s. 18; **Huber**, Kröll/Mistel/Perales Viscasillas, Art. 45 para. 10.

<sup>97</sup> UNIDROIT İlkeleri’nde *favor contractus* ilkesinin benimsendiği yönünde, bkz. **Michael Joachim Bonell**, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why What How”, *Tulane Law Review* Vol. 69 1994-1995 s. 1121 vd., s. 1137.

<sup>98</sup> PECL’de *favor contractus* ilkesinin benimsendiği yönünde, bkz. **Martijn W. Hesselink**, “The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission”, *Martijn W. Hesselink/Gerard J.P. de Vries, The Principles of European Contract Law*, 2001 s. 8 vd., s. 91.

<sup>99</sup> DCFR’de *favor contractus* ilkesinin benimsendiği yönünde, bkz. **DCFR-Outline Edition**, Principles para. 28.

<sup>100</sup>**Huber**, *Huber/Mullis*, s. 181-182; **Huber**, Kröll/Mistel/Perales Viscasillas, Art. 45 para. 10.

<sup>101</sup> *Lex Mercatoria*’nın sert çekirdeğini teşkil eden sözleşmeler hukukunun genel ilkeleri, **Ayoğlu** tarafından, “sözleşmeler hukukunun, mukayeseli hukukta kabul gören genel prensipleri” olarak tanımlanmaktadır; bkz. **Ayoğlu**, s. 122-123.

<sup>102</sup> **FilaliOsman**, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria – Contribution à l’étude d’un ordre juridique anational*, Paris 1992, s. 186; **Ayoğlu**, s. 147 dn. 432. *Osman*, söz konusu ilkeye tahkim yargılamasında yaygın olarak başvurulduğunu ve geliştirilen uygulama uyarınca sadece esaslı yükümlülüklerin ihlali halinde sözleşmeden dönülebileceğini belirtmektedir; örneğin *ICC Court of Arbitration Case No. 2583*, *ICC Court of Arbitration Case No. 4761*, *ICC Court of Arbitration Case No. 5904* (**Osman**, s. 186-187). Ancak *Osman*’ın da haklı olarak belirttiği gibi tahkim uygulamasındaki esaslı yükümlülüklerin ihlali kavramı ile CISG’daki yükümlülüklerin esaslı ihlali kavramı birbirini tam olarak karşılamamakta, sadece kısmen çakışmaktadır; bkz. **Osman**, s. 188.



Sözleşmeyi mümkün olduğu ölçüde ayakta tutma ve sözleşmeden dönme hakkını *ultima ratio* olarak benimseme anlayışının temeli, *pacta sunt servanda* ilkesine dayandırılabilir. Günümüzde bu klasik gerekçe geçerliliğini korumaktadır; tarafların bağlı oldukları taahhütleri yerine getireceklerine duyulan güven, ekonominin temel yapı taşlarındandır<sup>103</sup>.

Bu ilkenin yanı sıra özellikle uluslararası sözleşmeler açısından gündeme gelen ekonomik gerekçe dikkat çekmektedir. Bu gerekçe, satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi açısından kritik önem arz eder. Satıcı bir kere malları teslim ettikten sonra alıcının sözleşmeden dönmesi, tasfiye ilişkisi çerçevesinde malların satıcıya iadesini yahut malların bulunduğu yerde yeniden satılarak ikinci bir alıcıya nakliyesini gerektirir. Malların satıcıya iadesi, taşımanın ciddi masraflara yol açtığı ve riskler içerdiği uluslararası satımlar açısından sorunlu bir konudur. Diğer yandan malların bulunduğu yerde yeniden satılması da çoğu zaman güçtür ve kurulması muhtemel yeni bir satım sözleşmesinin ifası beraberinde yeni sorunlar getirecektir. Dolayısıyla alıcının başka bir hukuki yaptırım ile tatmin edilmesi mümkünken sözleşmeden dönmemesi, malların satıcıya iadesi veya yeniden satılması halinde doğacak gereksiz ve verimsiz masrafları engelleyeceği için tercih edilmektedir<sup>104</sup>.

Sözleşmeyi ayakta tutmanın tercih edilmesinin bir diğer sebebi ise alacaklının basit bir sözleşme ihlalini bahane edip, kendisi için cazibesini yitirmiş olan sözleşme yerine güncel piyasa koşulları çerçevesinde daha avantajlı bir sözleşme kurabilmesini engellemektir. Zira aksi yönde bir kabul, piyasa koşullarındaki değişiklik riskini tek bir tarafa yükleme sonucunu doğuracaktır<sup>105</sup>. Uluslararası ticaret ilişkilerinde, değişken emtia fiyatları ve döviz kurları sebebiyle “kaybeden tarafın” sözleşmeden dönmek için fırsat kolladığı unutulmamalıdır<sup>106</sup>.

## B. CISG'in Sözleşmeyi Ayakta Tutmak için Benimsediği Yaklaşımlar

<sup>103</sup> **Atamer**, CISG, s. 395; **Huber**, Structure of Remedies, s. 18; **Huber**, Huber/Mullis, s. 182. Benzer bir ifade için; bkz. **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 389.

<sup>104</sup> **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.1.2; **Peacock**, s. 106; **Huber**, Structure of Remedies, s. 19; **Atamer**, CISG, s.395; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 389; **Grebler**, s. 410; **Huber**, Huber/Mullis, s. 182; **Andrea Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 2; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 45 para. 11.

<sup>105</sup> **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.1.2; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 389.

<sup>106</sup> **Peacock**, s. 106; **Huber**, Huber/Mullis, s. 183; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 45 para. 12.

*Favor contractus* ilkesini benimseyen sistemler, sözleşmeden dönme hakkını sınırlamak için çeşitli yöntemlerden faydalanır. Sözleşmeden dönme hakkını sınırlamak için benimsenen yöntemleri, üçe ayırarak inceleyebiliriz. CISG bu yöntemleri birbiriyle kaynaştırarak kullanmaktadır<sup>107</sup>.

Yöntemlerden ilki, ayırıcı ölçüt olarak sözleşmenin esaslı ihlali kavramının kullanılması ve sözleşmeden dönme hakkının varlığının sözleşmenin esaslı ihlaline bağlanmasıdır<sup>108</sup>. CISG, genel olarak bu yöntemi kullanır: Sözleşmeden ancak esaslı olarak ihlal edildiği takdirde dönülebilir. Alıcının sözleşmeden dönmesi açısından m. 49(1)(a), satıcının sözleşmeden dönmesi açısından ise m. 64(1)(a); dönme hakkının varlığını sözleşmenin esaslı ihlaline bağlamıştır. Özel sözleşmeden dönme hallerini düzenleyen m. 51(2), m. 72(1), m. 73(1), m. 73(2)'ye ilişkin olarak da aynı tespiti yapmak mümkündür. Sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmediği durumlarda, sinallagma ilişkisinin çekirdeği zarar görmediği için; taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki varlığını koruyacaktır<sup>109</sup>.

Bir diğer yöntem, sözleşmeden dönme hakkının varlığını, sözleşmeyi ihlal eden tarafa verilecek mehilin (*nachfrist*) bitiminde ihlalin devam ediyor olmasına bağlamaktır<sup>110</sup>. CISG istisnaen bu yöntemden de faydalanır. Satıcının malları hiç teslim etmediği durumda, alıcı, m. 47 uyarınca mehil tanıyarak sözleşmeden esaslı olarak ihlal edilmiş olmasa bile dönebilir [m. 49(1)(b)]. Alıcının semeni ödeme borcunu yerine getirmediği veya malları teslim almadığı durumda, satıcı, m. 63 uyarınca mehil tanıyarak sözleşmeden esaslı olarak ihlal edilmiş olmasa bile dönebilir [m. 64(1)(b)]. Görüldüğü üzere, mehil vererek sözleşmeden dönme hakkı,

<sup>107</sup> **Atamer**, CISG, s. 396; **Huber**, Huber/Mullis, s. 184; **Erkan**, s. 49. UNIDROIT İlkeleri, PECL ve DCFR açısından benzer tespit için bkz. **Atamer**, İfa Engelleri, s. 350.

<sup>108</sup> **Atamer**, CISG, s. 396; **Huber**, Structure of Remedies, s. 23 vd.; **Huber**, Huber/Mullis, s. 184; **Erkan**, s. 49. CISG'a paralel olarak UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.1, PECL m. 9:301 ve DCFR m. III. – 3.502 sözleşmenin sona erdirilmesi hakkını, esaslı ifa etmeme durumuna (*fundamental non-performance*) bağlamıştır. Aynı yaklaşım reform sonrası Alman hukukunda (§ 323 BGB), Hollanda hukukunda (Art. 6:265 Burgerlijk Wetboek) ve İskandinav hukuklarında da (§ 39 Norwegian Sale of Goods Act 1988, § 39 Finnish Sale of Goods Act 1987, § 39 Swedish Sale of Goods Act 1990) görülmektedir; bkz. **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 2.

<sup>109</sup> Bu konuda bkz. aşağıda “Bölüm 2 / II. / A. Sözleşmenin Esaslı İhlali”.

<sup>110</sup> **Atamer**, CISG, s. 395; **Huber**, Structure of Remedies, s. 19-20; **Huber**, Huber/Mullis, s. 183; **Erkan**, s. 50. CISG'a paralel olarak UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.1 (3), PECL m. 9:301 (2) ve DCFR m. III. – 3.503 sözleşmeyi ihlal eden tarafa verilecek bir mehil ile sözleşmeyi sona erdirme imkanı tanır.

borçlunun henüz hiç ifade bulunmamış olduğu duruma özgülenmiştir<sup>111</sup>. Böylelikle alacaklının basit bir ihlalde bu yönteme başvurmasının ve esaslı ihlal kavramının çevresini dolanarak sistemi baltalamasının önüne geçilmiştir<sup>112</sup>.

Son yöntem ise, sözleşmeyi ihlal eden tarafa “sözleşme ihlalini giderme hakkı” tanınması ve ancak borçlunun bu haktan faydalanmaması halinde, alacaklıya sözleşmeden dönme hakkının tanınmasıdır<sup>113</sup>. CISG’in istisnaen bu yöntemden de faydalandığı görülür. Satıcıya m. 34 ve m. 37 ile vadeden önce sözleşme ihlalini giderme hakkı tanınırken, m. 48 ile vadeden sonra sözleşme ihlalini giderme hakkı tanınmıştır<sup>114</sup>.

## II. Alıcıya Sözleşmeden Dönme Hakkı Veren Durumlar ve Bu Durumların Çeşitli İhlal Türleri Çerçevesinde İncelenmesi

Alıcıya sözleşmeden dönme hakkı veren genel hüküm, m. 49(1)’dir. Bu bölümde genel nitelikli olması ve çalışmanın asli konusunu teşkil etmesi sebebiyle bu hüküm incelenecektir. Fakat Antlaşma’da m. 49(1)’in yanı sıra, alıcıya özel durumlarda sözleşmeden dönme hakkı tanıyan iki hükmün daha (öne alınmış ihlal durumunda m. 72 ve art arda teslimli sözleşmelerde m. 73) bulunduğu unutulmamalıdır<sup>115</sup>.

Alıcının sözleşmeden dönme hakkı, CISG’in sözleşmenin geçerli olarak ayakta tutulmasını destekleyici anlayışı doğrultusunda katı şartlara bağlanmıştır. CISG m. 49(1), alıcının sözleşmeden dönebileceği durumları *numerus clausus* olarak iki bent halinde saymıştır. Alıcı, ilk olarak, satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlal ettiği durumda sözleşmeden dönebilir. Bu durum çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkı, m. 49(1)(a)’ya dayanacaktır. Alıcının sözleşmeden dönebileceği ikinci durum ise satıcının sözleşme konusu malları vadede teslim etmemesi üzerine kendisine

<sup>111</sup> Bu konuda bkz. aşağıda “Bölüm 2 / II. / B. Satıcının Mehile Rağmen Satım Konusu Malı Teslim Etmemiş Olması”.

<sup>112</sup> Keller, s. 260.

<sup>113</sup> Atamer, CISG, s. 395; Huber, Structure of Remedies, s. 20 vd.; Huber, Huber/Mullis, s. 183; Erkan, s. 49-50. CISG’a paralel olarak UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.4, PECL m. 8:104 ve DCFR m. III. – 3:201 de sözleşmeyi ihlal eden tarafa sözleşme ihlalini giderme hakkı tanır.

<sup>114</sup> Bu konuda bkz. aşağıda “Bölüm 2 / III. / A. Satıcının Sözleşme İhlalini Giderme Hakkının Bulunmaması”.

<sup>115</sup> Özel durumlarda sözleşmeden dönmeye ilişkin açıklamalara daha sonra kısaca yer verilecektir. Bkz. aşağıda “Bölüm 2 / IV. Özel Bazı Durumlarda Sözleşmeden Dönme”.

tanınan mehile rağmen teslim borcunu ifa etmemesi halidir. Bu durumda sözleşmeden dönme hakkı, m. 49(1)(b)'ye dayanacaktır.

Görüldüğü üzere, sözleşmeden dönme hakkına temel oluşturabilecek bu iki durum, özünde satıcının sözleşmeyi ihlal etmesinden ibarettir. Fakat CISG çerçevesinde, her ihlal alıcı lehine sözleşmeden dönme hakkı doğmasını sağlayamaz. Ancak m. 49(1)'de belirtilen özellikli ihlaller sözleşmeden dönme hakkını tetikleyebilir. Bu özellikli ihlaller mevcutsa, alıcının sözleşmeden dönme hakkı açısından satıcının kusurlu olup olmamasının bir önemi yoktur<sup>116</sup>. Hattasatıcının ihlalden sorumlu olup olmaması bile herhangi bir fark yaratmayacaktır. Satıcının m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulduğu durumda dahi, alıcı sözleşmeden dönebilir<sup>117</sup>.

Kural olarak, alıcı, CISG m. 49(1)'de belirtilen durumlardan herhangi biri mevcut olduğu müddetçe sözleşmeden dönebilir. Bununla beraber, Antlaşma'da sözleşmeden dönme hakkını sınırlayıcı bazı hükümlerin bulunduğu da unutulmamalıdır. Kimi zaman alıcı, CISG m. 49(1) uyarınca sözleşmeden dönmesine olanak tanıyacak bir durumun varlığına rağmen, başka bir hükümde düzenlenen sınırlama sebebiyle sözleşmeden dönebilecektir. Alıcının sözleşmeden dönme hakkına getirilen bu diğer sınırlamalara, bir sonraki bölümde değinilecektir<sup>118</sup>. Bu bölümde alıcının sözleşmeden dönme hakkına temel oluşturabilecek iki durum ve bu iki durumun çeşitli ihlal türleri çerçevesindeki görünüşleri incelenecektir.

### A. Sözleşmenin Esaslı İhlali

CISG'ın ifa engelleri sisteminde alıcının sözleşmeden dönme hakkı, kural olarak esaslı ihlalin varlığına bağlanmıştır. Bu sebeple alıcıya sözleşmeden dönme hakkı veren ilk durum, satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlal etmesi halidir. Sözleşme esaslı olarak ihlal edildiği takdirde, alıcı, m. 49(1)(a) uyarınca sözleşmeden dönebilir.

<sup>116</sup> CISG, kökeni *common law*'a dayanan kusurdan bağımsız sorumluluk anlayışını benimsemiştir (Treitel, para. 21).

<sup>117</sup> Honnold, para. 308.2; Audit, para. 185; Huber, Huber/Mullis, s. 264; Müller-Chen, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 4; Schwenzer, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 para. 55; Dayioğlu, s. 45; Huber, Kröll/Mistelis/Perales Viscasilas, Art. 49 para. 4; Yeşim M. Atamer, Kröll/Mistelis/Perales Viscasilas, Art. 79 para. 40; Zeytin, s. 179.

<sup>118</sup> Bkz. aşağıda "Bölüm 2 / III. Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkına Getirilen Sınırlamalar"

Sözleşmenin esaslı ihlali, m. 25'te tanımlanmıştır. İlgili hükme göre, *“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.”*

Bu hüküm uyarınca, sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edildiğinin kabul edilebilmesi, üç şartın bir arada bulunmasına bağlıdır. İlk şart, borçlunun bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olmasıdır. İkinci şart, bu ihlalin alacaklı aleyhine bir olumsuzluğa sebep olmuş olması ve bu olumsuzluğun alacaklıyı sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden yani sözleşmesel menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakmış olmasıdır. Üçüncü şart ise ihlalin sebep olduğu bu sonucun borçlu tarafından öngörülmüş olması veya aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi tarafından öngörülebilir olmasıdır. Görüldüğü üzere, CISG m. 25, alıcı ile satıcının hangisinin borçlu hangisinin alacaklı olduğunu dikkate almayan genel nitelikli bir hükümdür. Ancak bu çalışmada alıcının sözleşmeden dönme hakkı ön plana alındığı için, inceleme, satıcının borçlu ve alıcının alacaklı olduğu bir yükümlülüğün ihlal edilmesi ihtimali çerçevesinde yapılacaktır.

İhtilaf durumunda esaslı ihlalin varlığını ispat yükünün genel olarak alıcıda olduğu kabul edilir. Alıcı, bu kapsamda satıcının bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olduğunu ve bu ihlalin kendisini sözleşmesel menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakmış olduğunu ispatlamalıdır<sup>119</sup>. Öngörülebilirlik unsuruna ilişkin ispat yükünün hangi tarafta olduğu ise bu unsura verilecek anlama göre değişecektir. Bir görüş alıcının esaslı ihlalin ilk iki unsurunu ispatladığı durumda, öngörülebilirlik unsurunun varlığının karine olarak kabul edileceğini savunmaktadır. Satıcı ihlalin alıcıyı sözleşmesel menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakacağını öngöremeyeceğini ispatlamadığı müddetçe, ihlalin esaslı olduğu kabul edilir<sup>120</sup>. Buna karşıt görüş ise esaslı ihlalin varlığının kabul edilebilmesi için alıcının ilk iki unsurun yanı sıra öngörülebilirlik unsurunu da ispat etmesini aramaktadır<sup>121</sup>.

<sup>119</sup>**Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 34-35; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 81.

<sup>120</sup>**Will**, Bianca/Bonell, Art. 25 para. 2.2.1; **Honnold**, para. 183; **Huber/Mullis**, s. 215; **Erkan**, s. 68-69.

<sup>121</sup>**Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 35.

## 1. Yükümlülük İhlali

Esaslı ihlalin varlığının kabul edilebilmesinin ilk şartı, satıcının bir yükümlülüğü ihlal etmiş olmasıdır<sup>122</sup>.

Satıcının ihlal ettiği bu yükümlülük, kaynağını sözleşmede yahut CISG’ın tamamlayıcı kurallarında buluyor olabilir<sup>123</sup>. Aslında CISG m. 25 esaslı ihlalin temelini “sözleşme ihlaline” bağlamıştır. Ancak sistematik yorum ışığında, sözleşme ihlalinin, yalnızca sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlalinde değil, CISG’ın tamamlayıcı kurallarından doğan yükümlülüklerin ihlalinde de söz konusu olacağı söylenebilir<sup>124</sup>. Diğer yandan, sözleşmeden veya CISG’dan kaynaklanmayan yükümlülüklerin ihlali, m. 25 bağlamında esaslı ihlal teşkil edemeyecektir<sup>125</sup>. Bu yükümlülüklerin ihlali kaynaklandıkları ulusal hukuk kapsamında değerlendirilecek ve yaptırıma tabi tutulacaktır.

Hem asli edim yükümlülüklerinin hem de yan edim yükümlülüklerinin ihlali, esaslı ihlale yol açabilir<sup>126</sup>. Asli edim yükümlülükleri borç ilişkisine hukuki özelliğini veya hukuki tipini verdiği<sup>127</sup> için; herhangi bir asli edim yükümlülüğünün ihlali, esaslı ihlale kolaylıkla temel oluşturabilir. Bununla beraber asli edim yükümlülüğünün sözleşmeye uygun biçimde yerine getirilmesini amaçlayan yan edim yükümlülükleri<sup>128</sup> açısından böyle kapsayıcı bir sonuca varmak mümkün değildir. Bazı yazarlar, her yan edim yükümlülüğünün değil yalnızca belli şartları

<sup>122</sup> Satıcının tek bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olması, gerekli koşulların varlığı halinde esaslı ihlali kabul etmek için yeterlidir. Tek bir yükümlülük ihlalinin esaslı ihlalin kabulü için yeterli olmadığı ve satıcının birden fazla yükümlülüğünü ihlal ettiği durumda ise bu ihlallerin tümü beraber değerlendirilebilir; bkz. **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 20.

<sup>123</sup> **Koch**, Fundamental Breach, s. 261; **Atamer**, CISG, s.298; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 390; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 14; **Dayıoğlu**, s. 36; **Zeytin**, s. 106; **UNCITRAL Digest**, Art. 25 para. 2 ve Art. 49 para. 11; **Erkan**, s. 60.

<sup>124</sup> Bu sistematik yoruma esas alınabilecek hükümler için bkz. **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 14, dn. 49.

<sup>125</sup> **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25, para. 14.

<sup>126</sup> **Koch**, Fundamental Breach, s. 298; **VincentHeuzé**, La vente internationale des marchandises – Droit uniforme, 2000, para. 399; **LeonardoGraffi**, “Case Law on the Concept of “Fundamental Breach” in the Vienna Sales Convention”, International Business Law Journal 2003 s. 338 vd., s. 339; **Atamer**, CISG, s. 302; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 390; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 15; **Dayıoğlu**, s. 36; **Björklund**, in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 42; **Zeytin**, s. 106; **UNCITRAL Digest**, Art. 25 para. 2; **Erkan**, s. 61.

<sup>127</sup> **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme, İstanbul 2008, §2 para. 7; **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 31; **Antalya**, s. 11.

<sup>128</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, §2 para. 14. Yeknesak bir yan edim yükümlülüğü kavramını benimsemek yerine, yan edim yükümlülüğü ve yan yükümlülük kavramlarını ayrı ayrı ele alan farklı bir bakış açısı için bkz. **Eren**, s. 32 ve 37; **Antalya**, s. 12 vd.

taşıyan yan edim yükümlülüklerinin ihlalinin esaslı ihlale yol açabileceğini savunmaktadırlar. Bir yan edim yükümlülüğünün esaslı ihlale yol açabilmesini, *Schroeter* CISG’ın uygulama alanı içinde kalması şartına<sup>129</sup>, *Schlechtriem* satım hukuku kavramı altında değerlendirilebilmesi veya taraflarca CISG’a tabi tutulmuş olması şartına<sup>130</sup>, *Ferrari* ise sinallagma ilişkisiyle yakından bağlantılı olması veya taraflarca CISG kurallarına tabi tutulmuş olması şartına<sup>131</sup> bağlamıştır. Bu şartlar bulunmuyorsa yan edim yükümlülüklerinin ihlali m. 25 kapsamında değerlendirilmeyecektir. Koruma yükümlülüklerinin ihlali ise kural olarak m. 25 kapsamında değerlendirilmez ve esaslı ihlale yol açmaz. Çünkü bir sözleşme ilişkisine doğru yönelmiş olmaları itibarıyla temas içinde olan kişilerin birbirlerini zarardan uzak tutacak şekilde davranma yükümlülükleri olan koruma yükümlülükleri<sup>132</sup>, CISG bağlamında “sözleşme dışı yükümlülükler” (*extracontractual duties*) olarak nitelendirilmektedir<sup>133</sup>. Bu yüzden bir koruma yükümlülüğünün esaslı ihlale yol açabilmesi ancak bu yükümlülüğün sözleşmenin içeriği olarak kabul edilebilmesi halinde (yani taraflarca sözleşme içeriği olarak kararlaştırılmış olması veya m. 8 ya da m. 9 uyarınca sözleşme içeriği olarak kabul edilmesi halinde) mümkündür<sup>134</sup>.

Satıcının yükümlülük ihlalinin “haklı” olarak değerlendirilebilecek olması durumunda, esaslı ihlal söz konusu olamaz<sup>135</sup>. Satıcının ifadan kaçınmak için haklı bir sebebi varsa, örneğin m. 71 uyarınca kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya aldıysa, esaslı ihlal değerlendirmesi yapılmayacaktır. Satıcının yükümlülüğünü alıcının bir eylemi veya ihmali sebebiyle gerçekleştiremediği hallerde, örneğin ifa için alıcının katılımının zorunlu olduğu ancak alıcının bundan kaçındığı durumda da, m. 80 sebebiyle esaslı ihlal mevcut olamaz<sup>136</sup>.

Satıcının sözleşmeyi ihlal etmekte kusurlu olup olmadığının ve eğer

<sup>129</sup>**Schroeter**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 25 para. 15.

<sup>130</sup>**PeterSchlechtriem**, *Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2005, Art. 25 para. 7.

<sup>131</sup>**Ferrari**, *Fundamental Breach*, s. 390.

<sup>132</sup>**Kocayusufpaşaoğlu**, §2 para. 15; **Eren**, s. 40.

<sup>133</sup>**Schroeter**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 25 para. 17.

<sup>134</sup>**Atamer**, *CISG*, s. 298-299; **Schroeter**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 25 para. 17; **Erkan**, s. 61.

<sup>135</sup>**Koch**, *Fundamental Breach*, s. 261-262; **Ferrari**, *Fundamental Breach*, s. 390; **Schroeter**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 25 para. 18; **Björklund**, *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, Art. 25 para. 5; **Zeytin**, s. 106; **Erkan**, s. 62.

<sup>136</sup>**Schroeter**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 25 para. 13 ve 18. CISG m. 80 hakkında bkz. aşağıda “Bölüm 2 / III. / C. İhlalin Alıcının Kendi Eylemi veya Eylemsizliğinden Kaynaklanmamış Olması”.

kusurluysa bu kusurun derecesinin esaslı ihlalin tespiti bakımından bir önemi yoktur. Sözleşme ihlalinin kasten veya ihmâl neticesinde gerçekleşmiş olmasına kural olarak değer atfedilmeyecektir<sup>137</sup>. Bu bağlamda, sözleşmenin kasten yahut ihmâl neticesinde ihlal edilmiş olmasını esaslı ihlalin tespiti bakımından dikkate alan UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.1(2)(c)'nin CISG m. 25'in yorumunda dikkate alınması haklı olarak reddedilmektedir<sup>138</sup>. Sözleşmenin kasten ihlali, sadece taraflar arasındaki güven ilişkisinin sözleşmenin geleceği açısından önemli olduğu ihtimalde alıcının gelecekteki ifaya ilişkin duyduğu güven sarsılıyorsa dikkate alınacaktır<sup>139</sup>. Örneğin art arda teslimli bir satım sözleşmesi söz konusuysa satıcının teslimlerden birini kasten gerçekleştirmemesi durumunda, olayın şartları da göz önünde tutularak, esaslı ihlalin varlığı kabul edilebilir. Ancak, sözleşmenin kasten ihlal edilmiş olması esaslı ihlalin varlığını kabul için tek başına yeterli değildir<sup>140</sup>.

## 2.Sözleşmeden Haklı Olarak Beklenen Menfaatten Önemli Ölçüde Yoksun Bırakan Olumsuzluk

Esaslı ihlalin varlığının kabul edilebilmesinin ikinci şartı; satıcının yükümlülüğünü ihlal etmesinin, alıcıyı sözleşmeden haklı olarak beklediği menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakan bir olumsuzluğa yol açmasıdır<sup>141</sup>. Bu şart, bir ihlalin esaslı ihlal kategorisinde değerlendirilebilmesi için ulaşması gereken yoğunluk eşliğini belirler. Bu itibarla kavramın özünü oluşturur. CISG esaslı ihlalin varlığı için hayli yüksek bir eşik belirlemiştir<sup>142</sup>.

<sup>137</sup>**Koch**, Fundamental Breach, s. 345; **Atamer**, CISG, s. 300 dn. 94; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 394; **Magnus**, Remedy of Avoidance, s. 426; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 19; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 15.

<sup>138</sup>**Robert Koch**, "Commentary on Whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 25 CISG" 2004, Çevrimiçi Erişim: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch1.html#rk18>>, Son Erişim 01.05.2013, dn. 27'ye bağlı metin. *Koch*, bu tespiti CISG'in kusurdan bağımsız sorumluluk anlayışını esas alıyor olmasına dayandırmaktadır.

<sup>139</sup>**Koch**, PICC-CISG, dn. 28'e bağlı metin; **Atamer**, CISG, s. 300 dn. 94; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 394; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 15. Bu yaklaşım, ihlalin kasten gerçekleşmesi ve bu durumun alacaklı nezdinde borçlunun gelecekteki ifasına güvenemeyeceği konusunda haklı bir intiba uyandırması halinde sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmiş olacağını düzenleyen PECL m. 8:103'te açıkça ifade edilmiştir. Aynı yaklaşım DCFR m. III-3:502'de de benimsenmekle beraber, bu defa kasten ihlalin yanına ihmâl sonucu ihlal de eklenmiştir. Bu yaklaşımın yansıması UNIDROIT İlkeleri'nde m. 7.3.1(2)'nin (d) bendinde görülür.

<sup>140</sup>Aynı görüşte, bkz. **Koch**, PICC-CISG, dn. 27'ye bağlı metin; **Atamer**, CISG, s. 300 dn. 94; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 19.

<sup>141</sup>**Atamer**, CISG, s. 299; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25, para. 21; **Zeytin**, s. 106.

<sup>142</sup>**Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 12.



CISG ve selefi ULIS'in hazırlık çalışmalarında esaslı ihlal tartışmalarının toplandığı noktalardan biri, esaslı ihlalin kabulü için aranacak yoğunluk eşiğidir. Nitekim bu eşiğe ilişkin benimsenen yaklaşım zamanla değişmiştir<sup>143</sup>. ULIS'te esaslı ihlal testi, "karşı tarafın ihlali ve etkilerini öngörmesi halinde sözleşmeyi akdedip akdetmeyeceği" ölçütü çerçevesinde yapılmaktaydı (ULIS m. 10<sup>144</sup>). Ancak bu ölçütün karşı tarafın farazi iradesine dayandığı ve tanımı subjektif hale getirdiği gerekçeleriyle 1976 Cenevre Taslağı'nda bu konuda bir farklılaşmaya gidilmiş ve esaslı ihlal testi "karşı taraf aleyhine önemli bir olumsuzluğa yol açılıp açılmadığı" ölçütüne tabi tutulmuştur (1976 Cenevre Taslağı m. 9<sup>145</sup>). Bu yaklaşım 1977 Viyana Taslağı'nda (m. 8) ve 1978 New York Taslağı'nda da (m. 23) devam ettirilmiştir. CISG'ın nihai metni ise temel olarak bu yaklaşımı benimsemekle beraber; "önemli olumsuzluk" kavramını açıklama ihtiyacı duymuştur. CISG m. 25 çerçevesinde bir ihlalin esaslı nitelikte kabul edilebilmesi için "karşı tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluk" yaratacak yoğunluk seviyesine ulaşmış olması gerekir<sup>146</sup>. ULIS'teki varsayımsal test, yerini fiili durumu değerlendiren bir anlayışa bırakmıştır. Burada yapılması gereken sözleşmeye ilişkin haklı olarak beklenen menfaat ile sözleşmeden fiili olarak elde edilen menfaat arasındaki farkın değerlendirilmesidir<sup>147</sup>.

a. Bu şart kapsamında ilk olarak "olumsuzluk" kavramına değinilmesi gerekir. İhlal bir olumsuzluğa yol açmadığı müddetçe esaslılık araştırmasına girilmeyecektir. Bu bağlamda olumsuzluk kavramı bir nevi ilk filtredir<sup>148</sup>.

<sup>143</sup> Esaslı ihlal tanımının bu anlamda uğradığı değişikliğe ilişkin Antlaşma'nın hazırlık sürecini ele alan detaylı bir inceleme için, bkz. **Eörsi**, s. 337 vd.; **Koch**, *Fundamental Breach*, s. 271 vd.

<sup>144</sup> "For the purposes of the present Law, a breach of contract shall be deemed to be fundamental wherever a party in breach knew, or ought to have known, at the time of the conclusion of the contract, that a reasonable person in the same situation as the other party would not have entered into the contract if he had foreseen the breach and its effects."

<sup>145</sup> "A breach committed by one of the parties to the contract is fundamental if it results in substantial detriment to the other party and the party in breach foresaw or had reason to foresee such a result."

<sup>146</sup> **Ziegel**, CISG'da "önemli olumsuzluk" yerine "karşı tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluk" aranması yönünde yapılan bu değişikliğin, esaslı ihlalin varlığı için aranacak yoğunluk eşiğini daha da yükselttiğini savunmaktadır. Yazara göre, her önemli olumsuzluk, karşı tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluk teşkil etmez (**Jacob S. Ziegel**, "The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives", Nina Galston/Hans Smit (ed.), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1984 s. 9-1 vd., s. 9-15 ve 9-16).

<sup>147</sup> **Atamer**, CISG, s. 300.

<sup>148</sup> **Koch**, *Fundamental Breach*, s. 263; **Atamer**, CISG, s.299; **Björklund**, *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, Art. 25 para. 11; **Erkan**, s. 63.

Olumsuzluk kavramı CISG’ın başka bir hükmünde karşımıza çıkmaz, m. 25’e özgülüştür. Dolayısıyla bu kavramı diğerk hükümlerdeki benzer kavramlarla, özellikle m. 74’te düzenlenen “zarar”la karıştırmamak ve bağımsız olarak tanımlamak gerekir<sup>149</sup>. Olumsuzluk, zarara nazaran çok daha geniş bir kavramdır<sup>150</sup>. Zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir<sup>151</sup>; dolayısıyla parayla ölçülebilir niteliktedir. Olumsuzluk ise sadece mevcut veya müstakbel parayla ölçülebilir zararı değil, yükümlülük ihlalinin yol açtığı tüm negatif sonuçları kapsar<sup>152</sup>. Anlaşıldığı üzere zarar, olumsuzluğun ve dolayısıyla esaslı ihlalin varlığı için şart değildir<sup>153</sup>; olumsuzluk görünülerinden sadece biridir<sup>154</sup>.

**b.** Bir yükümlülüğün ihlali ve bunun yol açtığı olumsuzluk, esaslı ihlalin varlığı için ön koşuldur; fakat yeterli değildir. Bir olumsuzluğun esaslı ihlale temel teşkil edebilmesi “karşı tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakmasına” bağlıdır. Başka bir deyişle, esaslı ihlal için, alıcının sözleşme ile ulaşmak istediği amacın önemli ölçüde gerçekleşmemiş olması aranır<sup>155</sup>. Bir olumsuzluğun bu şartı taşıyıp taşımadığını tespit etmek için öncelikle alıcının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyin yani sözleşmesel menfaatin kapsamı belirlenir, ardından bu menfaatten önemli ölçüde yoksun kalınıp kalınmadığı incelenir.

<sup>149</sup> **Atamer**, CISG, s.299; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 390.

<sup>150</sup> **Andrew Babiak**, “Defining “Fundamental Breach” Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Temple International Comparative Law Journal Vol. 6 1992 s. 113 vd., s. 120; **Graffi**, s. 339; **Zeytin**, s. 106; **Erkan**, s. 62.

<sup>151</sup> **Feyzi Necmeddin Feyzioğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 1977, s. 182; **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul 2012, s. 428; **Eren**, s. 1052; **MehmetSerkan Ergüne**, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 9; **Antalya**, s. 455.

<sup>152</sup> **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 390.

<sup>153</sup> **Will**, Bianca/Bonell, Art. 25 para. 2.1.1.2; **Peacock**, s. 102; **Huber**, Huber/Mullis, s. 214; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 22; **Dayioğlu**, s. 37; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 12. *Will*, bu konuya ilişkin ilgi çekici bir örnek vermektedir: Satıcının gereği gibi paketlemeyi veya sigortalamayı ihmal ettiği malların herhangi bir hasara uğramadan alıcıya ulaştığı ihtimalde, alıcı herhangi bir zarara uğramamıştır. Fakat buna bağlı olarak malların üçüncü bir kişiye satılmaması, alıcıyı bir olumsuzluğa maruz bırakmış olur. Örnek için; bkz. **Will**, Bianca/Bonell, Art. 25 para. 2.1.1.2.

<sup>154</sup> Bununla beraber zarar olumsuzluğun yoğunluğunun tespitinde önemli bir faktördür; bkz. **Sekreteryä Şerhi**, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat, UN DOC.A/CONF. 97/5 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.uncitral.org/pdf/a\\_conf.97\\_5-ocred.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/a_conf.97_5-ocred.pdf)> Son Erişim: 01.05.2013), Art. 23 para. 3; **Babiak**, s. 120; **Peacock**, s. 102. **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 33. *Koch*’a göre, zarar miktarı esaslı ihlalin tespitinde belirleyici ölçüt olarak görülemez; **Koch**, Fundamental Breach, s. 344.

<sup>155</sup> **Atamer**, CISG, s.300; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 12; **Zeytin**, s. 106.

“Karşı tarafın sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şey” yani sözleşmesel menfaat belirlenirken, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin tespit edilmesi ve bu yükümlülükler taraflarca atfedilen önemin ortaya koyulması gerekir. Bu çerçevede dikkate alınacak olan, tarafların arzuları veya amaçlarının saf halleri değildir. Tanımdaki “sözleşme uyarınca haklı olarak” ifadesinin açıkça vurguladığı üzere, tarafların arzuları ve amaçları sözleşmede yansıma bulduğu oranda dikkate alınacaktır<sup>156</sup>. Yani sözleşme yalnızca yükümlülük yaratmaz, aynı zamanda belli bir yükümlülüğün taraflar için arz ettiği önemi de belirler<sup>157</sup>. Bir yükümlülüğün arz ettiği önem, sözleşmenin yorumlanması ile tespit edilecektir<sup>158</sup>. Bu konuda sözleşmenin yorumlanmasını düzenleyen m. 8’den faydalanılacaktır. Tarafların belli bir yükümlülüğe atfettikleri önemin sözleşmenin lafzından anlaşıldığı durumda herhangi bir sorunla karşılaşmaz<sup>159</sup>. Aksi halde, taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları değerlendirmeye katılır<sup>160</sup>.

Sözleşmesel menfaat belirlendikten sonra bu menfaatten yoksunluğun “önemli ölçüde” olup olmadığı tespit edilecektir<sup>161</sup>. Sözleşmesel menfaatten önemli ölçüde yoksun kaldığı takdirde, karşı tarafın tazminat, semenin tenzili yahut onarım gibi daha güçsüz yaptırımlarla tatmin edilmesi mümkün olmayacaktır<sup>162</sup>. İfanın önemi kalmamıştır<sup>163</sup>. Buradaki “önemli ölçü” kriteri, hâkime geniş ölçüde takdir hakkı tanımaktadır<sup>164</sup>. Hâkim bu takdir hakkını somut olay temelinde olayın koşullarını göz önüne alarak kullanacaktır.

<sup>156</sup> **Koch**, Fundamental Breach, s. 263-264; **Peacock**, s. 103; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 391; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 14; **Erkan**, s. 64.

<sup>157</sup> **Atamer**, CISG, s. 300; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 21.

<sup>158</sup> **Atamer**, CISG, s. 300; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 391; **Dayioğlu**, s. 38.

<sup>159</sup> **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 391; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 17. Tarafların yükümlülükler atfettikleri önemin genel işlem şartları ile belirlenmiş olması halinde ise durum bu kadar kolay olmayacaktır. Bu konuda bkz. **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 391; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 25.

<sup>160</sup> **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 391; **UNCITRAL Digest**, Art. 49 para. 11; **Erkan**, s. 65.

<sup>161</sup> Esaslılığı önemliliğe bağlayan bu yaklaşım, bazı yazarlar tarafından, *idem per idem* bir tanım yarattığı ve totolojiye sebep olduğu için eleştirilmektedir; bkz. **Will**, Bianca/Bonell, Art. 25 para. 2.1.2; **Graffi**, s. 339; **Peacock**, s. 102; **Grebler**, s. 409.

<sup>162</sup> **Peacock**, s. 102; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 391; **Dayioğlu**, s. 37; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 13.

<sup>163</sup> **Karl H. Neumayer/Catherine Ming**, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire, 1993, Art. 25 para. 3; **Erdem**, VSA, s. 81.

<sup>164</sup> **Magnus**, Remedy of Avoidance, s. 426; **Zeytin**, s. 106. **Grebler**; “önemli ölçü” kriterinin yanı sıra, m. 25’te kullanılan diğer pek çok kriterin hâkime geniş bir takdir yetkisi tanıdığını belirtmektedir; bkz. **Grebler**, s. 411.

### 3. Olumsuzluğun öngörülebilirliği

Satıcının yükümlülük ihlali alıcıyı sözleşmeden haklı olarak beklediği menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakan bir olumsuzluğa yol açsa da, bu sonucun satıcı tarafından öngörülmemesi ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi tarafından öngörülemeyecek olması durumunda, esaslı ihlalden bahsedilemez. Başka bir deyişle esaslı ihlalin üçüncü şartı, yükümlülük ihlalinin sebep olduğu sonucun satıcı tarafından öngörülmesi veya aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi tarafından öngörülebilecek olmasıdır. Bu şart kısaca “öngörülebilirlik şartı” olarak anılmaktadır.

CISG’in hazırlık çalışmaları boyunca gündeme gelen farklı esaslı ihlal kavramı tanımları, öngörülebilirlik unsurunun işlevine ilişkin pek çok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Bu işleve ilişkin yapılan teorik tartışma, öngörülebilirlik unsurunun hangi aşamada ve ne ölçüde dikkate alınacağını etkileyecektir. Bir görüş, öngörülebilirlik unsurunu subjektif kurtuluş kanıtı olarak değerlendirmektedir<sup>165</sup>. Yükümlülüğünü ihlal ederek alıcıyı sözleşmesel menfaatinden önemli ölçüde yoksun bırakan bir olumsuzluğa yol açtığı kanıtlanan satıcı, bu sonucun kendisi için öngörülebilir olmadığını kanıtlayarak ihlalin esaslı olmasının önüne geçebilir. Başka bir görüş öngörülebilirlik unsurunun alıcıyı sözleşmesel menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakan olumsuzluk unsurundan bağımsız olarak ona ilaveten ek filtre görevi gördüğünü savunmaktadır<sup>166</sup>. Olumsuzluk unsurunun yanı sıra öngörülebilirlik unsurunun da alıcı tarafından kanıtlanması halinde, ihlal esaslı nitelik kazanacaktır. Nihayet diğer bir görüş ise öngörülebilirlik unsurunun, alıcıyı sözleşmesel menfaatinden önemli ölçüde yoksun bırakan olumsuzluk unsurundan bağımsız olarak ele alınmasına karşı çıkmaktadır. Bu iki kavram arasında sıkı bir bağlantı mevcuttur<sup>167</sup>. Öngörülebilirlik, olumsuzluk unsurunun tamamlayıcısı niteliğindedir.

Öngörülebilirliği olumsuzluk unsurunun tamamlayıcısı olarak ele alan görüşün mantığı, CISG’in taslak metinleri ile nihai metni arasındaki farklılıkta kendini gösterir. Gerçekten de 1976 Cenevre Taslağı (m. 9), 1977 Viyana Taslağı (m.

<sup>165</sup> **Koch**, Fundamental Breach, s. 264-265; **Babiak**, s. 121; **Zeytin**, s. 107.

<sup>166</sup> **Will**, Bianca/Bonell, Art. 25 para. 2.2.

<sup>167</sup> **Schlechtriem**, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 25 para. 11; **Huber**, Huber/Mullis, s. 216; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 27; Bu yönde açık bir tespit bulunmasa bile, diğer açıklamalarından anlaşıldığı üzere; **Atamer**, CISG, s.304-305.

8) ve 1978 New York Taslağı (m. 23) esaslı ihlalin varlığı için “önemli olumsuzluğun” öngörülebilirliğine ilişkin bir değerlendirme yaparken; CISG’ın nihai metni “alacaklıyı sözleşmeden haklı olarak beklediği menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakacak olumsuzluğun” öngörülebilirliğini dikkate almaktadır. Nihai metin çerçevesinde, “alacaklının sözleşmeden haklı olarak beklediği menfaat” değerlendirmesi yapılırken, “borçlu tarafından öngörülebilirlik” de bu değerlendirmeye ister istemez dahil olmaktadır. Zira borçlu tarafından öngörülebilir olmayı, alacaklı sözleşmeden haklı olarak bekleyemez. Taslak metinlerde bulunmayan bu iç içe geçme durumu sebebiyle, *Schlechtriem* öngörülebilirlik unsurunun üç farklı olasılığa göre anlamlandırılmasını savunmaktadır. Ele alınan ilk olasılık, yükümlülüğün alıcı için arz ettiği önemin sözleşmede açıkça belirtilmesi durumudur. Bu olasılıkta öngörülebilirliğin bir önemi yoktur. Satıcı alıcıyı sözleşmesel menfaatten yoksun bırakan olumsuzluğun öngörülebilir olmadığını iddia ederek esaslı ihlalin varlığından kurtulamaz. İkinci olasılıkta yükümlülüğün alıcı için arz ettiği önemin sözleşmede açıkça belirtilmediği, ancak sözleşme görüşmeleri esnasında ortaya koyulduğu durum ele alınmaktadır. Bu durumda da tıpkı ilk durumda olduğu gibi öngörülebilirlik değerlendirmesinin bir önemi bulunmayacaktır; satıcı öngörülebilirlik gerekçesini ileri sürerek esaslı ihlalin varlığından kurtulamaz. Üçüncü olasılık ise yükümlülüğün alıcı için arz ettiği önemin ne sözleşmede belirtildiği ne de sözleşme görüşmelerinde ortaya koyulduğu durumdur. Öngörülebilirlik unsuru sadece bu ihtimal çerçevesinde işlev kazanacaktır<sup>168</sup>. Sözleşmenin yorumlanması vasıtasıyla, alıcıyı sözleşmesel menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakacak olumsuzluğun satıcı için öngörülebilir olup olmadığı tespit edilecektir. Bu durumda öngörülebilirlik, sözleşmedeki açık hükmün veya sözleşme görüşmelerindeki vurgunun yerini almaktadır.

Öngörülebilir olup olmadığı tespit edilmeye çalışılan olgu, ihlalin alıcıyı sözleşmesel menfaatinden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa yol açacak olmasıdır. Yani öngörülebilirlik testi, ihlale yol açan sebepler veya ihlalin kendisi açısından değil, ihlalin alıcı için yol açtığı olumsuzluk açısından yapılacaktır<sup>169</sup>. Bu çerçevede esaslı ihlal testi bağlamında m. 25’te düzenlenen öngörülebilirlik testi ile tazmin edilecek zararın kapsamının belirlenmesi bağlamında

<sup>168</sup>**Schlechtriem**, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 25 para. 12-14. Aynı yönde bir değerlendirme için bkz. **Atamer**, CISG, s. 304-305; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 28-30.

<sup>169</sup>**Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 26; **Zeytin**, s. 107.

m. 74'te düzenlenen öngörülebilirlik testini karıştırmamak gerekir<sup>170</sup>. Bu iki test hem işlevleri hem de içerikleri bakımından birbirinden farklıdır<sup>171</sup>.

Bu değerlendirme çerçevesinde bir sonucun öngörülebilir olup olmadığını tespit etmek için hem satıcının subjektif bilgisi hem de satıcı ile aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişinin objektif bilgisi dikkate alınır. Bu bilgi setlerinden herhangi biri için sonuç öngörülebilir ise, öngörülebilirliğin varlığı kabul edilir<sup>172</sup>. Satıcı ile aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişinin objektif bilgisi, m. 8(2) ışığında tespit edilecektir<sup>173</sup>. Buna göre, satıcı ile aynı konumda bulunan makul bir farazi kişilik yaratılacak ve bu farazi kişiliğin aynı koşullarda bulunması halinde bu sonucu öngörüp öngöremeyeceği tespit edilecektir<sup>174</sup>. Bununla beraber “aynı konum” ve “aynı koşullar” kavramının dar ve geniş yorumlanmasına göre farklı sonuçlara varmak mümkündür<sup>175</sup>. Bu sebeple, bu objektif bilgi seti mümkün olduğunca subjektiflikten uzak şekillendirilmeli ve değerlendirme bu tespitin ışığında dikkatle yapılmalıdır.

Bu konuda farklı görüşlerin savunulduğu noktalardan biri de ilgili sonucun öngörülebilirliğinin satıcının hangi andaki bilgisine göre belirleneceğidir. ULIS m. 10, borçlunun sözleşmenin kurulduğu andaki bilgisinin esas alınacağını ortaya koymuştur; fakat CISG m. 25 bu yönde açık bir ifade içermemektedir. Sekreteryaya Şerhi'nde, esas alınacak ana ilişkin yaratılan bu belirsizliğin bilinçli olduğu ve bu konuda hâkimin karar vereceği belirtilmiştir<sup>176</sup>. Bu konuda Antlaşma'nın belirleyici bir tavır sergilememesi, kanımca hatalı bir tutumdur. Bu bağlamda pek çok yazar da esas alınacak anı sabitleyici değerlendirmeler yapmaktadır. Çoğunluk görüşü,

<sup>170</sup> **Atamer**, CISG, s. 303.

<sup>171</sup> **Dayıoğlu**, s. 40.

<sup>172</sup> **Sekreteryaya Şerhi**, Art. 23 para. 3; **Will**, Bianca/Bonell, Art. 25 para. 2.2.2; **Babiak**, s. 122-123; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 391; **Huber**, Huber/Mullis, s. 215; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 27; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 22. Bu konuda *Koch* ise başka bir bakış açısı getirmektedir. Yazara göre, satıcının kendisi için öngörülebilir olmayan sonucun satıcı ile aynı konum ve koşullardaki makul bir kişi için öngörülebilir olduğu durumda esaslı ihlalden kaçılmaz. Ancak aksi olasılıkta, yani objektif olarak öngörülebilir olmayan sonucu satıcının özel bir bilgisi sebebiyle öngördüğü durumda esaslı ihlalden kaçmak mümkündür; bkz. **Koch**, Fundamental Breach, s. 265. Aksi görüş için bkz. **Babiak**, s. 122; **Graffi**, s. 341; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 31.

<sup>173</sup> **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 392.

<sup>174</sup> **Peacock**, s. 105. Bu değerlendirme için, bkz. **Will**, Bianca/Bonell, Art. 25 para. 2.2.2.2..

<sup>175</sup> **Atamer**, CISG, s. 72 dn. 17.

<sup>176</sup> **Sekreteryaya Şerhi**, Art. 23 para. 5. *Ziegel*, bu konuda Antlaşma'nın kesin bir tavır almamasının ve m. 74'teki öngörülebilirlik unsuru sözleşmenin kurulması anını esas alırken m. 25'teki öngörülebilirlik unsurunun sessiz kalmasının şaşırtıcı olduğunu belirtmektedir; bkz. **Ziegel**, s. 9-19 ve 9-20.

sözleşmenin kurulduğu anı dikkate almaktadır<sup>177</sup>. Yani sadece satıcının sözleşmenin kurulması anında vakıf olduğu bilgiler, öngörülebilirlik değerlendirmesi açısından dikkate alınacaktır. Bazı yazarlar ise, bu bilgilerin yanı sıra satıcının sözleşmenin kurulmasından sonra öğrendiği bilgileri de değerlendirmeye dahil etmektedirler<sup>178</sup>.

Satıcının sözleşmenin kurulmasından sonra öğrendiği bilgileri öngörülebilirlik değerlendirmesine katmayıp dışlayan görüş, taraflar arasında sözleşmenin kurulması anında mevcut olan menfaat dengesini bozmamayı amaçlar<sup>179</sup>. Gerçekten de uluslararası ticarete taraflar, sözleşmenin kurulması anında öngörülebilir olan olasılıkları dikkate alarak sözleşmeyi kurup kurmamaya karar verirler ve eğer kuracaklarsa bu olasılıklara göre sözleşme hükümlerini oluştururlar. Örneğin öngörülebilir riskleri fiyatlandırarak satım bedelini belirlerler. Başlangıçta öngörülebilir olmayan ve dolayısıyla esaslı ihlale yol açamayacak bir olumsuzluğun, sözleşmenin kurulmasından sonra öngörülebilir hale gelmesi ve esaslı ihlal oluşturabilmesine imkan tanınması; tarafların üzerinde anlaştığı sözleşmesel dengeyi bozacaktır. Oysa tarafların üzerinde anlaştığı sözleşmesel dengeyi muhafaza etmek, sadece Antlaşma'nın değil hukukun genel ilkelerinden biridir. Bunun yanı sıra Antlaşma'nın sistematik yorumu da öngörülebilirlik değerlendirmesinde sözleşmenin kurulması anının esas alınmasını gerektirir<sup>180</sup>. Sözleşmenin kurulduğu anın esas alınması, tarafların bu andan sonra üzerinde uzlaşarak sözleşmenin kapsamına dahil ettikleri olguların değerlendirmeye katılmasına engel değildir<sup>181</sup>.

## B. Satıcının Mehile Rağmen Satım Konusu Malı Teslim Etmemiş Olması

CISG'in ifa engelleri sisteminde, alıcının sözleşmeden dönme hakkı, kural olarak esaslı ihlalin varlığına bağlanmıştır. Bununla beraber, satıcının satım konusu malları teslim etmemesi durumuna ilişkin istisnai bir düzenleme bulunmaktadır<sup>182</sup>.

<sup>177</sup> **Koch**, Fundamental Breach, s. 345; **Heuzé**, para. 400; **Atamer**, CISG, s. 305-306; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 392; **Schlechtriem**, Schlechtriem/Schwenzer(2005), Art. 25 para. 15; **Huber**, Huber/Mullis, s. 216 **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 33; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 25; **Erkan**, s. 71-72.

<sup>178</sup> **Will**, Bianca/Bonell, Art. 25 para. 2.2.2.2.5; **Neumayer/Ming**, Art. 25 para. 8; **Graffi**, s. 340; **Peacock**, s. 105; **Honnold**, para. 183; **Zeytin**, s. 107.

<sup>179</sup> **Koch**, Fundamental Breach, s. 321-322; **Atamer**, CISG, s. 305-306; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 392; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 26.

<sup>180</sup> **Koch**, Fundamental Breach, s. 322; **Atamer**, CISG, s. 305.

<sup>181</sup> Aynı yönde bkz. **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 33; **Erkan**, s. 73.

<sup>182</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 16; **Huber**, Structure of Remedies, s. 15; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 3.

CISG m. 49(1)(b)'deki bu istisnai düzenleme uyarınca, sözleşme konusu malları vadede teslim etmeyen satıcının kendisine tanınan mehile rağmen teslim borcunu ifa etmemesi veya ifa etmeyeceğini bildirmesi halinde, esaslı ihlal mevcut olmasa bile sözleşmeden dönülebilir. Böylelikle sözleşmeden dönme hakkının mutlak olarak esaslı ihlal durumuna hasredilmesinin önüne geçilmiş ve istisnai olarak esaslı olmayan bir ihlalin sanki esaslıymış gibi sözleşmeden dönme hakkına dayanak oluşturması sağlanmıştır.

Açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, alıcıya sözleşmeden dönme hakkı veren ikinci durum, satıcının kendisine tanınan mehile rağmen sözleşme konusu malları teslim etmemesi veya teslim etmeyeceğini bildirmesi halidir. Bu durumda, alıcı, m. 49(1)(b) çerçevesinde sözleşmeden dönebilir. Mehil mekanizmasının Alman hukuku kökeni sebebiyle, söz konusu düzenleme doktrinde *nachfrist* ismiyle anılmaktadır<sup>183</sup>. Alıcının bu çerçevede sözleşmeden dönebilmesi için, üç şartın yerine gelmiş olması gerekir. Satıcı satım konusu malları teslim etmemiş olmalıdır; satıcıya m. 47 uyarınca malların teslim edilmesi için bir mehil tanınmış olmalıdır; bu mehil sonuçsuz kalmış olmalıdır. Bu üç şartın yerine geldiği iddiasıyla sözleşmeden dönme beyanında bulunan alıcı, satım konusu malların teslim edilmemesi üzerine m. 47 uyarınca satıcıya mehil verdiğini ispatladığı takdirde, ispat yükü satıcıya geçer. Satıcı mehil içerisinde malları teslim etmediğini ispatlamadığı müddetçe, m. 49(1)(b)'deki sözleşmeden dönme sebebinin mevcut olduğu kabul edilir<sup>184</sup>.

## 1. Satıcının Satım Konusu Malları Teslim Etmemesi

Alıcının m. 49(1)(b) uyarınca sözleşmeden dönebilmesinin ilk şartı, satıcının sözleşme konusu malları teslim etmemiş olmasıdır. Bu hükümdeki esaslı olmayan bir ihlalin mehil vasıtasıyla sözleşmeden dönme hakkına dayanak oluşturacak şekilde terfi ettirilebilmesi olanağı, satıcının satım konusu malları teslim etme borcunun

<sup>183</sup>**Fritz Enderlein/Dietrich Maskow**, International Sales Law, 1992, s. 182; **Peter A. Piliounis**, "The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) Under the CISG: Are These Worthwhile Changes or Additions to English Law?", Pace International Law Review Vol. 12 2000 s. 1 vd., s. 20; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 1; **Erkan**, s. 100. Bununla birlikte Alman hukukundaki ve CISG'daki *nachfrist* düzenlemelerinin birbiriyle örtüşmediği belirtilmelidir; bkz. **Sekreteryä Şerhi**, Art. 43 para. 8; **Will**, Bianca/Bonell, Art. 47 para. 1.2; **Ericson P. Kimbel**, "Nachfrist Notice and Avoidance under the CISG", Journal of Law and Commerce Vol. 18 1998-1999, s. 301 vd., s. 307 dn. 25; **Honnold**, Art. 47 para. 290.

<sup>184</sup>**Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 20; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 81.



ihlaline özgüdür. Bunun dışında herhangi bir ihlalin böyle bir terfiye konu olabilmesi mümkün değildir<sup>185</sup>. Satıcının satım konusu malları teslim etmekle beraber başka bir borcunu ihlal ettiği durumda (örneğin sözleşmeye aykırı mal teslim ettiği durumda), alıcının satıcıya mehil vermesine engel yoktur. Fakat bu mehilin sonucu olarak sözleşmeden dönmesi mümkün değildir. Bu ihtimalde, m. 49(1)(a)'daki genel kurala göre esaslı ihlalin varlığı aranacaktır<sup>186</sup>.

CISG m. 49(1)(b) uyarınca sözleşmeden dönme hakkı malların teslim edilmemesi durumuna özgü olmakla beraber; alıcı, malların teslim edilmediği her durumda bu hükme dayanmak zorunda değildir<sup>187</sup>. Malların teslimindeki gecikmenin kendiliğinden esaslı ihlal teşkil ettiği durumda, alıcı m. 49(1)(a) uyarınca esaslı ihlale dayanarak herhangi bir mehil vermeye ihtiyaç duymaksızın da sözleşmeden dönebilir<sup>188</sup>. Teslimdeki gecikmenin esaslı ihlal teşkil edip etmediğinin şüpheli olduğu durumda ise alıcının mehil tanınması ve m. 49(1)(b) uyarınca sözleşmeden dönmesi daha güvenli olduğu için tavsiye edilmektedir<sup>189</sup>. Nitekim mehil mekanizmasının en önemli işlevi, sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilip edilmediği konusunda tereddüt yaşayan alıcı için güvenli bir çıkış kapısı oluşturmaktır<sup>190</sup>.

Satıcının sözleşmeden veya Antlaşma'dan kaynaklanan teslim yükümlülüklerini yerine getirmediği durumda, satım konusu malların teslim

<sup>185</sup> **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.1.3; **Heuzé**, para. 427; **Enderlein/Maskow**, s. 183; **Honnold**, Art. 47 para. 288; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 6, Art. 47 para. 1 ve Art. 49 para. 16; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 49; **Zeytin**, s. 169; **Serozan**, CISG ve TBK, s. 213; **Erkan**, s. 103. Bu açıdan CISG ile ULIS arasında ciddi bir farklılık bulunmaktadır. ULIS uyarınca sözleşmeden dönme hakkı, asli olarak, ihlal üzerine tanınacak mehilin sonuçsuz geçmesine bağlanmıştır. Bu çerçevede alıcı, her tür ihlal üzerine (satım konusu malların teslim edilmemesi durumu ile sınırlı olmaksızın) satıcıya mehil tanıyarak sözleşmeden dönebilir. CISG rejiminde ise sözleşmeden dönme hakkı kural olarak esaslı ihlale bağlanmıştır. İhlal üzerine mehil tanıyarak sözleşmeden dönme imkanı, istisnai olarak kabul edilmiş ve satım konusu malların teslim edilmemesi durumuna özgülenmiştir. Bkz. **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 1.2.1.2 ve 1.2.1.3. ULIS'teki gibi alıcı lehine esnek bir düzenlemenin CISG sisteminde de benimsenmesi hakkında yapılan tartışmaların varlığına ilişkin bkz. **Honnold**, Art. 47 para. 288.

<sup>186</sup> **Enderlein/Maskow**, s. 183; **Piliounis**, s. 21; **Atamer**, CISG, s. 336 ve 401; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35 para. 44; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 51.

<sup>187</sup> **Kimbel**, s. 306; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 50.

<sup>188</sup> **Honnold**, Art. 47 para. 305 **Atamer**, CISG, s. 335. Diğer yandan alıcı, gecikmenin kendiliğinden esaslı ihlal teşkil ettiği durumda doğrudan sözleşmeden dönmek yerine mehil tanıyabilir (**Will**, Bianca/Bonell, Art. 47 para. 2.1.2; **Atamer**, CISG, s. 335; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 1 dn. 4).

<sup>189</sup> **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 50. Teslimdeki gecikmenin hangi durumlarda mehil vermeksizin m. 49(1)(a) bağlamında ve hangi durumlarda ancak mehil vermek suretiyle m. 49(1)(b) bağlamında sözleşmeden dönmeye olanak tanıyacağı hakkında bkz. "Bölüm 2 / II. / C. / 2. Satıcının Satım Konusu Malları Teslimde Gecikmesi".

<sup>190</sup> **Will**, Bianca/Bonell, Art. 47 para. 2.1.2; **Audit**, para. 135; **Enderlein/Maskow**, s. 182; **Kimbel**, s. 302 dn. 6; **Piliounis**, s. 21.

edilmediği kabul edilir<sup>191</sup>. Malların kendisinin teslim edilmemesi kadar alıcının mallar üzerinde tasarruf edebilmesi ve malları teslim alabilmesinin bağlı olduğu belgelerin teslim edilmemesi de bu kapsamda değerlendirilecektir<sup>192</sup>.

Bu konuya ilişkin teslim etmeme olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalı olan bir durumu, ayrıca ele almak gerekir. Bu durum, özellikle, malların teslim edildiğinin kabul edilebilmesi için satıcının malları buldukları yerde veya kendi işyerinin bulunduğu yerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmasının yeterli olduğu CISG m. 31(b) ve 31(c) kapsamındaki satımlar açısından gündeme gelir. Bu satımlarda, alıcı malların sözleşmeye aykırı olduğunu henüz taşıma başlamadan evvel tespit ederse, alıcının malları kendi hâkimiyetine geçirmekten (*take-over*) kaçınabileceği savunulmaktadır<sup>193</sup>. *Müller-Chen* ve *Widmer*, böyle bir durumda alıcının mehil vererek m. 49(1)(b) uyarınca sözleşmeden dönebileceği görüşündedir<sup>194</sup>. Bu durumda Antlaşma'nın *ratio legis*'ine göre teslim etmeme mevcuttur. Mallar fiziki olarak hiç taşınmadığı için iade sorunu gündeme gelmeyeceğinden, esnek bir bakış açısıyla hareket etmek gerekir. Çünkü CISG'da hâkim olan sözleşmeden dönmeyi kısıtlayıcı anlayış, fiziki olarak taşınmış malların iadesi halinde gündeme gelecek masraf ve rizikoları önlemeyi amaçlamaktadır. *Huber* ve *Honnold* ise aksi fikirdedir<sup>195</sup>. Yazarlara göre, böyle bir durumda teslim etmemeye dayanarak mehil vermek suretiyle sözleşmeden dönmek mümkün değildir. CISG m. 49(1)(b)'deki malların teslim edilmemesini şart koşan sert ifade karşısında, malların taşınmasına ilişkin bir istisna yaratmak mümkün değildir.<sup>196</sup>

<sup>191</sup> **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 51.

<sup>192</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 18; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49, para. 56. Satıcının belgelerle ilgili yükümlülüklerini ihlal etmesi durumuna ilişkin olarak sözleşmeden dönme hakkının detaylı incelemesi için bkz. "Bölüm 2 / II. / C. / 5. Satıcının Belgelerle İlgili Yükümlülüklerini İhlal Etmesi".

<sup>193</sup> Alıcı, kural olarak, tasarrufuna hazır bulundurulmuş malları hâkimiyetine geçirmekten ancak esaslı ihlalin varlığı halinde kaçınabilir. Bununla birlikte *Müller-Chen* ve *Widmer*'in de aralarında olduğu bazı yazarlar, malların teslim edildiğinin kabul edilebilmesi için satıcının malları buldukları yerde veya kendi işyerinin bulunduğu yerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmasının yeterli olduğu satımlar açısından daha esnek bir çözümü savunmaktadır. Bu satımlarda, hazır bulundurulmuş malların sözleşmeye aykırılığı esaslı ihlal seviyesinde olmasa bile, taşınmanın başlamamış olması koşuluyla, alıcı malları kendi hâkimiyetine geçirmekten kaçınabilir. **Widmer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 31 para. 66; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 17. Tartışma için bkz. **Florian Mohs**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 60 para. 16.

<sup>194</sup> **Widmer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 31 para. 66; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 17.

<sup>195</sup> **Honnold**, Art. 49 para. 304-305; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 55.

<sup>196</sup> **Honnold**, Art. 49 para. 305; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 55. Ayrıca *Honnold*, aksi yönde bir kabulün Antlaşma'da kabul edilmemiş "*perfect tender rule*" benzeri bir prensibin benimsenmesi sonucuna yol açacağını belirtmektedir (**Honnold**, Art. 49 para. 304).

## 2. CISG m. 47 Uyarınca Satıcıya Mehil Verilmesi

Alıcının teslim etmemeye dayanarak sözleşmeden dönebilmesinin ikinci şartı, satıcıya malları teslim etmesi için m. 47 uyarınca mehil tanımış olmasıdır<sup>197</sup>.

Bir mehilin bu bağlamda sözleşmeden dönme hakkı tanınması için, ilk olarak, verildiği anda teslim etmeme durumunun mevcut ve halen devam ediyor olması gerekir. Bu tespiti göre, alıcının henüz vade gelmemişken mehil vererek m. 49(1)(b) uyarınca sözleşmeden dönebilmesi mümkün değildir<sup>198</sup>. Çünkü bu ihtimalde, mehil verildiği anda bir teslim etmeme mevcut değildir. Alıcının vadeden evvel sözleşmeden dönebilmesi olanağını, öne alınmış sözleşme ihlali çerçevesinde CISG m. 72 uyarınca ayrıca ele almak gerekir<sup>199</sup>. Bu tespitin diğer bir sonucu olarak, alıcı, satıcının vadeden sonra fakat mehil tanınmadan evvel teslimde bulunduğu durumda, mehil vererek m. 49(1)(b) uyarınca sözleşmeden dönemez. Çünkü bu ihtimalde, mehil verildiği anda teslim etmeme devam etmemektedir<sup>200</sup>.

Bir mehilin bu bağlamda sözleşmeden dönme hakkı tanınması için, ikinci olarak, m. 47'nin şartlarını sağlaması gerekir. CISG m. 47(1), alıcının satıcıya yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta bir mehil tanıyabileceğini öngörmektedir. Malumun ilanı olarak değerlendirilebilecek bu hükmün önemi, işlevleri açısından değerlendirildiğinde daha iyi anlaşılır<sup>201</sup>. Satıcının satım konusu malları teslim etmemesi halinde tanınacak ve m. 47'nin şartlarını sağlayan bir mehil,

<sup>197</sup> Alıcıya mehil tanıyan bildirim, m. 27 kapsamındadır. Bildirim koşullara uygun bir araçla yapılmışsa, bildirim satıcıya ulaşmasındaki gecikme veya hata yahut bildirim satıcıya ulaşmamış olması, alıcıyı ona dayanma hakkından mahrum bırakmaz. Buna göre bu bildirim, gönderilmekle hüküm ifade etmeye başlar. Aynı görüşte bkz. **Will**, Bianca/Bonell, Art. 47 para. 2.1.3.1; **Kimbel**, s. 314; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 12; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 6; **Zeytin**, s. 171; **Erkan**, s. 107. Aksi görüşte (satıcının ihlalini konu alan m. 47'nin, alıcının ihlaline ilişkin yansıması olan m. 63 hakkında) bkz. **Victor Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 63 para. 2.8. Fakat tanınan mehil üzerine alıcının m. 47(2) uyarınca hukuki imkanları kullanmak mahrum kalması, beyanın ulaşmasına bağlıdır. Aynı görüşte bkz. **Kimbel**, s. 314; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 12; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 6.

<sup>198</sup> **Atamer**, CISG, s. 337; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 11; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 53; **Zeytin**, s. 170; **Erkan**, s. 107. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Kimbel**, s. 326 vd. Vade gelmeden evvel satıcıya m. 47 uyarınca mehil tanınmasına olanak verilen alıcı, böylelikle kesin nitelikli bir vade yaratmış ve tek taraflı olarak sözleşmeyi değiştirmiş olur. Bu duruma Antlaşma'nın izin verdiği söylenemez (**Kimbel**, s. 328). Aksi görüş için (satıcının ihlalini konu alan m. 47'nin, alıcının ihlaline ilişkin yansıması olan m. 63 hakkında) bkz. **Enderlein/Maskow**, s. 237-238.

<sup>199</sup> **Kimbel**, s. 327; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 54.

<sup>200</sup> **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 53.

<sup>201</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 1; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 1.

alıcıya sözleşmeden dönme hakkı verecektir<sup>202</sup>. Ayrıca alıcı m. 47'nin şartlarını sağlayan bir mehil tanıdığı takdirde, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkı dışındaki hukuki imkanları kullanmaktan mehil boyunca mahrum kalacaktır<sup>203</sup>.

Bir bildirim, m. 47'nin şartlarını sağlayan bir mehil tanıdığı kabul edilebilmesi için alıcının ifa talebini yeterli açıklıkta ihtar ediyor olması gerekir<sup>204</sup>. Diğer yandan mehilin belirli ve makul uzunlukta olması şarttır<sup>205</sup>. Belirlilik, mehilin son günü olarak belirli bir takvim gününün veya basit bir hesap yoluyla belirlenebilecek bir takvim gününün tayin edilmesiyle sağlanabilir<sup>206</sup>. Uzunluğu belirli olmayan, örneğin “derhal” veya “makul bir süre içinde” biçimindeki ifadeler ile tanınacak mehil, m. 47 ve m. 49(1)(b) uyarınca sözleşmeden dönmeye zemin hazırlamaz<sup>207</sup>. Makul uzunluk ise somut olay değerlendirmesi ışığında<sup>208</sup> pek çok

<sup>202</sup>**Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 1; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 11.

<sup>203</sup>**Will**, Bianca/Bonell, Art. 47 para. 2.2.2; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 14 vd.; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 12 vd. Bu durum çelişkili davranış yasağının doğal bir sonucudur (**Serozan**, CISG ve TBK). Bu çerçevede alıcı, sözleşmeden dönemeyecek, semenin tenzilini talep edemeyecek veya mehil tanırken ileri sürdüğü ifa talebinden başka bir ifa talebinde bulunamayacaktır. Örneğin malın yenisi ile değiştirilmesini talep ettiyse, onarım talebinde bulunması mümkün olmayacaktır. Bu süre içerisinde ancak gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep edebilecek ve kendi borcunu ifa etmekten kaçınabilecektir (**Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 15). Alıcının tazminat talebinin sınırlarını ise gecikmiş ifaya dayanan tazminat taleplerinin çizdiği unutulmamalıdır (Bu ayrıma ilişkin bkz. **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 18 vd.; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 16 vd.). Böylelikle kendisine mehil tanıdığı düşüncesiyle ifa hazırlığında bulunan satıcının güveni korunmuş ve alıcının dürüstlük kuralına aykırı hareket etmesi engellenmiş olur (**Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 13). Alıcının bu hukuki imkanları kullanma mahrumiyeti, kural olarak mehilin sonuçsuz olarak sona ermesiyle ve istisnaen satıcının ifade bulunmayacağını bildirmesiyle biter (**Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 16-17; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 21). Bu çerçevede alıcı uygulanacak hukuktan kaynaklanabilecek diğer hukuki imkanları kullanmaktan da mahrum kalır (**Honnold**, Art. 47 para. 291).

<sup>204</sup>**Atamer**, CISG, s. 337; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 5; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 5; **Zeytin**, s. 171; **Erkan**, s. 107.

<sup>205</sup>**Will**, Bianca/Bonell, Art. 47 para. 2.1.3; **Audit**, para. 130; **Honnold**, Art. 47 para. 289; **Atamer**, CISG, s. 337-338; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 4 ve 6; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 8-9.

<sup>206</sup>**Will**, Bianca/Bonell, Art. 47 para. 2.1.3.1; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 4; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 8.

<sup>207</sup>**Sekreteryä Şerhi**, Art. 43 para. 7; **Will**, Bianca/Bonell, Art. 47 para. 2.1.3.1; **Enderlein/Maskow**, s. 182; **Honnold**, Art. 47 para. 289; **Atamer**, CISG, s. 337-338; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 4; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 8 ve 28; **Erkan**, s. 108. Derhal teslimin talep edilmesinin (*Fristsetzung zur sofortigen Lieferung*) m. 47 uyarınca tanınacak bir mehil için yeterli olmayacağı yönünde bkz. *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 24.04.1997, CISG-Online No. 385.

<sup>208</sup>**Will**, Bianca/Bonell, Art. 47 para. 2.1.3.2; **Enderlein/Maskow**, s. 182; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 6; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 9; **Zeytin**, s. 170; **Erkan**, s. 108.

etkenin dikkate alınması ile<sup>209</sup> tespit edilecektir. Bir mehil, satıcının o ana kadar makul bir hazırlık yapmış olması halinde ifade bulunabilmesine olanak tanıyorsa makul uzunluktadır. Dolayısıyla hiçbir hazırlık yapmamış satıcının ifade bulunmasına yetecek uzunlukta olmasına gerek yoktur<sup>210</sup>.

Alıcının gereğinden uzun bir mehil tanınmasının bir sakıncası yoktur. Alıcı, tanıdığı bu uzun mehil ile bağlı olacak ve bu süre boyunca gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkı dışındaki hukuki imkanları kullanamayacaktır. Mehilin sonuçsuz olarak sona ermesiyle beraber, m. 49(1)(b) uyarınca sözleşmeden dönebilecektir<sup>211</sup>. Alıcının gereğinden kısa bir mehil tanınması durumunda ise bildirimiminin tamamen etkisiz olmayıp makul uzunlukta bir mehili tetikleyeceği genel olarak kabul edilmektedir. Bu durumda sözleşmeden dönme hakkı, makul uzunlukta sürenin sonuçsuz olarak tamamlanmasıyla doğacaktır. Sözleşmeden dönme bildirim, makul uzunlukta süre tamamlanmadan evvel yapıldıysa etkisizdir. Bu süre dolduktan sonra yapılan bildirimler hüküm doğurur<sup>212</sup>. Buna paralel olarak alıcı, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkı dışındaki hukuki imkanları kullanmaktan da makul uzunlukta süre boyunca (kendisinin tanıdığı olduğu gereğinden kısa mehille sınırlı olmaksızın) mahrum kalacaktır<sup>213</sup>.

<sup>209</sup> Dikkate alınabilecek etkenlere sözleşme konusu malların niteliği ve kullanım amacı örnek verilebilir. Dikkate alınabilecek diğer etkenler için bkz. **Will**, Bianca/Bonell, Art. 47 para. 2.1.3.2; **Enderlein/Maskow**, s. 183; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 6; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 10. *Honnold*, makul süreyi belirlerken m. 25, 49 ve 64'te şekillendirilmiş olan *favor contractus* ilkesinin göz önünde tutulması gerektiğini belirtmektedir; **Honnold**, Art. 47 para. 290.

<sup>210</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 6; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 9.

<sup>211</sup> **Atamer**, CISG, s. 338; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 10; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 27; **Zeytin**, s. 171.

<sup>212</sup> **Atamer**, CISG, s. 338; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 9; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 47 para. 23-24. Aynı yönde bkz. *Oberlandesgericht Celle*, 24.05.1995, CISG-Online No. 152; *Oberlandesgericht Naumburg*, 27.04.1999, CISG-Online No. 512. Alıcının satıcıya tanıdığı mehil gereğinden kısaysa, ancak esaslı ihlalin varlığı halinde sözleşmeden dönülebileceğini belirten aksi görüş için bkz. **Zeytin**, s. 171.

<sup>213</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 47 para. 8. Alıcının gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkı dışındaki hukuki imkanları kullanma mahrumiyetinin sadece alıcının bildiriminde belirlediği kısa süre boyunca etkili olacağı yönünde bkz. **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 26. Kanımca *Huber*'in savunmakta olduğu görüş, m. 47'nin mantığına aykırıdır. CISG m. 47, alıcıyı makul bir süre boyunca hukuki imkanları kullanmaktan mahrum bırakarak satıcıya bu süre için bir güvence sağlanmasını ve satıcının kendisine sağlanan bu güvence çerçevesinde ifa hazırlıklarında bulunmasını sağlamaktadır. Güvenceden faydalanma olanağını kullanmayan satıcı, alıcının sözleşmeden dönme hakkına katlanmalıdır. Böylelikle taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetilmiş olur. Oysa *Huber*'in görüşü kabul edildiği takdirde, alıcı kendisinin belirlediği gereğinden kısa süre sona erdiği andan itibaren hukuki imkanlarını kullanabilecektir. Bu durumda satıcıya ifa hazırlıklarında bulunabilmesi için makul süre boyunca sürecek bir güvence sağlanamamış ve satıcı açısından bir belirsizlik yaratılmış olur. Satıcıdan bu belirsizliğe rağmen ifa hazırlıklarında

### 3. Mehilin Sonuçsuz Kalması

Alıcının teslim etmemeye dayanarak sözleşmeden dönebilmesinin üçüncü şartı, satıcıya tanıdığı mehilin sonuçsuz kalmasıdır. Satıcının sözleşme konusu malları mehile rağmen teslim etmiş olmaması veya teslim etmeyeceğini bildirmesi durumunda, mehil sonuçsuz kalmış olur<sup>214</sup>. Kural olarak sözleşmeden dönme hakkı, mehilin tamamlanmasıyla doğacaktır<sup>215</sup>. Satıcının malları teslim etmeyeceğini bildirmesi durumunda ise bildirimle beraber mehilin tamamlanmasına gerek olmaksızın sözleşmeden dönülebilir<sup>216</sup>. Mehilin sonuçsuz kalması sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmez. Alıcı bu yönde bir beyanda bulunarak sözleşmeden dönebilir, satıcıya yeni bir mehil tanıyabilir veya doğrudan diğer seçimlik haklarını kullanabilir<sup>217</sup>.

### C. Çeşitli İhlal Türleri Çerçevesinde Alıcıya Sözleşmeden Dönme Hakkı Veren Bir Durumun Varlığı

CISG'nin ifa engelleri sisteminin karakteristik özelliği, yeknesak sözleşmeihlali anlayışıdır. Bu anlayış uyarınca, belli ihlal türlerini karşılayan hukuki olgulara göre yapılacak sınıflandırma dışlanmıştır. Bununla beraber, sözleşmeden dönme hakkına temel oluşturacak iki durumun çeşitli ihlal türleri çerçevesinde ayrıca incelenmesi, sözleşmeden dönmenin ifa engelleri sistemindeki yerini daha açık olarak ortaya koyacağı için tercih edilmiştir<sup>218</sup>.

---

bulunmasının beklenmesi ve ifa gerçekleşmediği takdirde alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanınması m. 47'nin mantığıyla çelişmektedir.

<sup>214</sup>Will, Bianca/Bonell, Art. 47 para. 2.2.1; Audit, para. 130; Atamer, CISG, s. 401; Huber, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 60.

<sup>215</sup> Alıcının satıcıya bir mehil tanıdığı durumda, sözleşmeden dönme hakkı esaslı ihlal sebebiyle mehilden bağımsız olarak var olsa bile, sözleşmeden dönmek için mehilin tamamlanmasını beklemek şarttır. Bkz. Enderlein/Maskow, s. 183; Huber, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 60.

<sup>216</sup>Enderlein/Maskow, s. 184; Will, Bianca/Bonell, Art. 47 para. 2.2.1; Huber, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 61; Erkan, s. 109-110.

<sup>217</sup>Audit, para. 130; Enderlein/Maskow, s. 182; Serozan, CISG ve TBK, s. 213.

<sup>218</sup> Bu konuda yargı ve tahkim kararlarını ön plana alan bir inceleme için bkz. Işıl Yelkenci, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 1333vd.

## 1. Satıcının Satım Konusu Malları Temelli Olarak Teslim Etmemesi

Satıcının satım konusu malları temelli olarak teslim etmemesi, her halde esaslı ihlal teşkil edecektir<sup>219</sup>. Zira satıcının malları teslim etmemesi, bir yükümlülük ihlalidir ve bu ihlalin alıcıyı sözleşmeden haklı olarak beklediği menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakan bir olumsuzluğa yol açacağı kesindir. Bu sonucun satıcı tarafından öngörülebilir olmadığını iddia etmek de mümkün değildir. Bu durumda alıcı, esaslı ihlale dayanarak mehile gerek olmaksızın sözleşmeden dönebilir [m. 49(1)(a)].

Herhangi bir teslim etmeme durumunun nihai olup olmadığını bilmek için, satıcının iradesini tespit etmek gerekir. Satıcının iradesi malları hiç teslim etmeme yönündeyse temelli teslim etmeme durumunun olduğu söylenebilir. Fakat satıcının iradesi malları geç de olsa teslim etme yönündeyse, teslimde gecikme söz konusu olacaktır. Satıcının (iç) iradesini tespit etmek mümkün olmadığı için, vadede gerçekleşmemiş ve dolayısıyla askıda kalmış bir teslim henüz sadece “gecikmiş” olarak kabul edilir. Temelli teslim etmeme ile ancak istisnai durumlarda karşılaşılır. Bu istisnai durumların en klasik örneği, İsviçre - Türk hukuklarındaki “ifa imkansızlığı” halidir. Satıcının satım konusu malı tesliminin süreklilik arz eden bir biçimde objektif veya subjektif olarak imkansız olması durumunda temelli teslim etmeme hali ve dolayısıyla esaslı ihlal söz konusu olur<sup>220</sup>. Satıcının malı teslim etmeyi herhangi bir haklı sebebi olmaksızın reddettiği durumda da aynı sonuca varmak gerekir. Bu kapsama satıcının malı teslim etmeyeceğini kesin olarak beyan ettiği durumların<sup>221</sup> yanı sıra, malı teslim etmek için sözleşmede kararlaştırılmış

<sup>219</sup> **Atamer**, CISG, s.308; **Magnus**, Remedy of Avoidance, s. 433; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 392; **Magnus**, Remedy of Avoidance, s. 433; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 6; **Dayioğlu**, s. 41; **UNCITRAL Digest**, Art. 25 para. 6 ve Art. 49 para. 13; **Erkan**, s. 77. *Schroeter* bu durumda esaslı ihlalin “büyük olasılıkla daima”, *Huber* “genellikle” var olacağı tespitinde bulunmuştur (**Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 37 ve **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 32) Kanımca temelli teslim etmeme hali için böyle bir çekince koymaya gerek yoktur. Zira borçlunun sözleşme konusu malı teslim etmemesi durumunda, alacaklının sözleşmesel menfaatten önemli ölçüde yoksun kalacağı ve bu sonucun borçlu tarafından öngörülebilir olduğu kesindir.

<sup>220</sup> **Slechtriem/Butler**, para. 189; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 6; **Erkan**, s. 78.

<sup>221</sup> **Koch**, Fundamental Breach, s. 344; **Atamer**, CISG, s. 307; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 392; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 37; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 6; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 32; **Dayioğlu**, s. 41; **UNCITRAL Digest**, Art. 25 para. 6 ve Art. 49 para. 13; **Erkan**, s. 77. Bu durumu örnekleyen bir karar için bkz. *Cour d’Appel Grenoble*, 21.10.1999, CISG-Online No. 441.

olmayan bazı koşulları şart koşması<sup>222</sup> gibi durumlar da girecektir.

## 2. Satıcının Satım Konusu Malları Teslimde Gecikmesi

Yukarıda belirtildiği üzere, satıcının satım konusu malları vadede teslim etmemesi durumunda kural olarak teslimde geciktiği kabul edilir. Teslimdeki bir gecikmenin hangi hüküm uyarınca ve dolayısıyla hangi usul çerçevesinde sözleşmeden dönmeye olanak tanıyabileceğini ikili bir ayırım çerçevesinde ele almak gerekir.

Teslimdeki gecikme, kendiliğinden esaslı ihlal teşkil etmez<sup>223</sup>. Kural olarak teslimde gecikme olması halinde alıcı, bir esaslı ihlal mevcut olmayacağı için, teslim etmemeye dayanıp mehil vererek sözleşmeden dönebilir [m. 49(1)(b)]. Ancak istisnai olarak, teslimdeki gecikme esaslı ihlali tetikleyebilir ve bu durumda alıcı esaslı ihlale dayanarak mehile gerek olmaksızın sözleşmeden dönebilecektir [m. 49(1)(a)]. Teslimdeki gecikmenin esaslı ihlal yaratıp yaratmadığını belirlemek için, kararlaştırılan vadenin niteliğini tespit etmek gerekir. Kararlaştırılan vadenin “belirli vade” olması durumunda, teslimdeki gecikme esaslı ihlal teşkil etmez<sup>224</sup>. Fakat kararlaştırılan vadenin “kesin vade” niteliğinde olduğu durumda, teslimdeki gecikme kendiliğinden esaslı ihlali tetikler<sup>225</sup>.

Dolayısıyla satıcının satım konusu malları vadede teslim etmemesi üzerine, alıcının sözleşmeden dönme hakkının kaynağını ve kullanılma usulünü tespit etmek

<sup>222</sup>**Magnus**, Remedy of Avoidance, s. 433; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 6; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 32; **Erkan**, s. 77. Bu durumu örnekleyen bir karar için bkz. *Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg*, 21.3.1996, CISG-Online No. 187.

<sup>223</sup>**Sekreteryä Şerhi**, Art. 43 para. 4; **Enderlein/Maskow**, s. 181; **Graffi**, s. 341; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 393; **Magnus**, Remedy of Avoidance, s. 434; **Dayioğlu**, s. 42; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 31; **UNCITRAL Digest**, Art. 25 para. 7 ve Art. 49 para. 14; **Erkan**, s. 73. *Huber* aksi yönde bir kabulün m. 49(1)(b)'deki mehil vererek sözleşmeden dönme mekanizmasını anlamsız hale getireceğini haklı olarak vurgulamaktadır **Huber**, Huber/Mullis, s. 225 ve **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 28.

<sup>224</sup>**Atamer**, CISG, s. 309; **Graffi**, s. 341; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 393; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 40. Kural bu olmakla birlikte, belirli vadenin mevcut olduğu durumlarda esaslı ihlalin istisnaen gündeme geldiği görülebilir. Borçlunun belirli vadeden fazlasıyla uzun sayılabilecek bir müddet sonra dahi teslimatta bulunmamış olması, esaslı ihlalin kabulünü zorunlu kılar(**Huber**, Huber/Mullis, s. 226; **Dayioğlu**, s. 42; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 31). Bu tespiti örnekleyen bir karar için bkz. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade*, 18.11.2004, CISG-Online No. 1371.

<sup>225</sup>**Atamer**, CISG, s. 309; **Graffi**, s. 341; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 393; **Magnus**, Remedy of Avoidance, s. 434; **Dayioğlu**, s. 42; **Björklund**, in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 33; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 28; **UNCITRAL Digest**, Art. 25 para. 7 ve Art. 49 para. 14; **Erkan**, s. 73.



için, karşılaştırılan vadenin kesin nitelikli olup olmadığını belirlemek gerekecektir<sup>226</sup>. Öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK m. 212’de ticari satımlar açısından kabul edilen kesin vade karinesi, CISG’da bulunmamaktadır<sup>227</sup>. Bir vade, sözleşmenin özüne ilişkin olarak karşılaştırıldığı takdirde, kesin nitelik kazanacaktır. Vadenin sözleşmenin özüne ilişkin olarak karşılaştırıldığının söylenebilmesi için, alıcının vadede teslimine ilişkin özel bir menfaatinin olması ve bu durumun satıcı tarafından sözleşmenin kurulduğu anda öngörülebilir olması gerekir<sup>228</sup>. Vadenin bu özelliği taşıyıp taşımadığı sözleşmenin yorumlanması vasıtasıyla belirlenecektir<sup>229</sup>.

Teslimin tam olarak belli bir zamanda yapılması gerektiğine ilişkin sözleşme kayıtları, kesin vadenin varlığını ortaya koyar<sup>230</sup>. Sözleşmedeki kayıtlardan doğrudan bir sonuca varılamaması halinde ise m. 8(3)’ten yararlanılır. Sözleşme görüşmeleri, taraflar arasındaki alışkanlıklar, teamüller, tarafların sözleşme kurulduktan sonraki davranışları ve diğer önem taşıyabilecek hususlar değerlendirmeye katılır. Bu çerçevede satım konusu malın niteliğinin, karşılaştırılan vadeyi kesin vade haline getirebileceği doktrinde ve uygulamada vurgulanmaktadır<sup>231</sup>. Diğer yandan alıcı satım konusunu işleyerek elde edeceği malı veya satım konusunun bizzat kendisini satmak için alt alıcılarla bir sözleşme kurmuşsa ve satıcı bu sözleşmelerden haberdar edilmişse, olayın koşulları genellikle kesin vadenin varlığını kabul etmeyi

<sup>226</sup> Türk hukukunda kullanılan kesin vade – belirli vade terminolojisine CISG bağlamında yer vermemizin sebebi, metni anlaşılır kılmaktır. Kesin vade – belirli vade ayrımı, Türk hukuku ile CISG açısından paralellik arz etmektedir. Nitekim Türk hukuku bağlamında kesin vade kavramını inceleyen *Seliçi*, şüpheye yer vermeyecek şekilde belirlenen bir vadenin kesin vade niteliği kazanması için, sözleşmenin unsuru haline gelmesinin zorunlu olduğunu vurgular; bkz. **Özer Seliçi**, Kesin Vadeli İşlemler, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2 S. 3, s. 92 vd., s. 97. Bununla beraber, CISG’in ulusal hukuklardan bağımsız olarak yorumlanması gerektiği unutulmamalıdır.

<sup>227</sup> **Atamer**, CISG, s. 309. Türk hukukundaki kesin vadeli işlem karinesi hakkında bkz. **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri - Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama Cilt I/1, İstanbul 2008, s. 131 vd.; **Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011, s. 54.

<sup>228</sup> **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 38; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 29. Benzer bir tanım için bkz. **Graffi**, s. 341.

<sup>229</sup> **Atamer**, CISG, s. 309; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 393.

<sup>230</sup> **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 29. Bu konuda örnek kararlar için bkz. *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 21.4.2004, CISG-Online No. 915; *Oberlandesgericht Hamburg*, 12.11.2011, CISG-Online No. 1430.

<sup>231</sup> **Graffi**, s. 341; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 393; **Huber**, Huber/Mullis, s. 226; **Dayıoğlu**, s. 42; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 30. Örneğin çabuk bozulabilir veya sezonluk mallara ilişkin satımlardaki vade, genellikle kesin vade olarak nitelendirilecektir. Bu konudaki örnek kararlar için bkz. *ICC International Court of Arbitration*, 1.1.1997, CISG-Online No. 749; *Corte d’Appello di Milano*, 20.3.1998, CISG-Online No. 348.

gerektirecektir<sup>232</sup>.

### 3. Satıcının Satım Konusu Malları Eksik Teslim Etmesi

Satıcının satım konusu malları eksik teslim etmesi durumunda, alıcının sözleşmeden dönme hakkının kaynağını, kullanılma usulünü ve kapsamını tespit edebilmek için m. 49 ile beraber m. 51 veya m. 73'ü de dikkate almak gerekir. Bu özel hükümler, satıcının satım konusu malları eksik teslim etmesi halinde, alıcının başvurabileceği seçimlik hakların hangi kapsamda kullanılabileceğini düzenler. Böylelikle özellikle sözleşmeden dönme hakkının sadece teslim edilmeyen kısma ilişkin olarak mı yoksa sözleşmenin tamamına yaygın olarak mı kullanılabilceği tespit edilir.

CISG m. 51 ve m. 73'ün her ikisi de eksik ifaya ilişkindir ve bu hükümler temelde aynı mantığı yansıtır. Somut olayda bu hükümlerden hangisinin uygulama alanı bulacağına, eksikliğin özelliğine göre karar verilecektir<sup>233</sup>. Satıcı belirli bir vadedeki teslim borcunu kısmen ifa ederek eksik teslimde bulunmuşsa, m. 51 uygulama alanı bulur. Satıcının art arda teslimli satım sözleşmesinden<sup>234</sup> kaynaklanan münferit teslim borçlarından birini hiç ifa etmeyerek eksik teslimde bulunduğu durumda ise m. 73 uygulama alanı bulacaktır. Görüldüğü üzere, m. 51 eksik ifaya ilişkin genel nitelikli hükümken; m. 73, art arda teslimli satım sözleşmesinden kaynaklanan münferit teslim borçlarından birinin hiç ifa edilmemesindeki eksik ifaya ilişkin özel nitelikli hükümdür<sup>235</sup>. CISG m. 73 aşağıda inceleneceği için bu bölümde kısaca m. 51'e değinilecektir<sup>236</sup>.

CISG m.51'in temelindeki mantık uyarınca, alıcı kural olarak seçimlik

<sup>232</sup>**Graffi**, s. 341; **Ferrari**, Fundamental Breach, s. 3963; **Björklund**, in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 33; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 29. Bu konudaki örnek kararlar için bkz. *Ontario Supreme Court of Justice*, 06.10.2003, CISG-Online No. 1436; *Schweizerisches Bundesgericht*, 15.09.2000, CISG-Online No. 770.

<sup>233</sup> CISG m. 51 ile m. 73 arasındaki ilişki için bkz. **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 51 para. 3; **Christiana Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 73 para. 42-43.

<sup>234</sup> Satıcının borcunu zamana yaygın olarak birden fazla teslimle ifa etmesinin kararlaştırıldığı sözleşmeler, CISG bağlamında art arda teslimli satım sözleşmesi (*instalment contract*) olarak nitelendirilir. Bkz. **Atamer**, CISG, s. 411; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 73 para. 8.

<sup>235</sup> CISG m. 73'ün, m. 51'e kıyasla *lex specialis* olduğu yönünde bkz. **IvoBach**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 51 para. 4.

<sup>236</sup> Bkz. aşağıda "Bölüm 2 / IV. / B. Art Arda Teslimli Sözleşmelerde Dönme".

haklarını yalnızca teslim edilmemiş kısma ilişkin olarak kullanabilir<sup>237</sup>. Bu durum, m. 51(1)'de ortaya koyulmaktadır. Eksik teslim durumunda alıcı, kural olarak, sözleşmeden dönme hakkını yalnızca ilgili eksik kısma ilişkin kullanabilecektir. Esasen ilgili eksik kısım, sözleşmenin bütünü yönünden “sözleşmeye aykırılık” (*non-conformity*) teşkil etmekteyken, kendi içinde “teslim etmeme” (*non-delivery*) oluşturacaktır<sup>238</sup>. Bu bağlamda söz konusu eksik kısmın teslim edilmemesi temelli teslim etmeme teşkil ediyorsa, alıcı esaslı ihlale dayanarak suretiyle kısmi olarak sözleşmeden dönebilecektir [m. 49(1)(a)]. Söz konusu eksik kısmın teslim edilmemesi geç teslim teşkil ediyorsa, geç teslimdeki esaslar uyarınca alıcı esaslı ihlale dayanarak [m. 49(1)(a)] veya teslim etmemeye dayanıp mehil vererek [m. 49(1)(b)] kısmi olarak sözleşmeden dönebilir<sup>239</sup>.

Fakat seçimlik hakların yalnızca teslim edilmemiş kısma ilişkin olarak kullanılabilmesi kuralı, eksik kısmın alıcıyı sözleşmenin bütününden elde edeceği menfaatten önemli ölçüde yoksun bıraktığı durumda uygulanmaz. Bu durumda sözleşmenin tamamı açısından esaslı ihlal söz konusu olacak ve alıcı esaslı ihlale dayanarak m. 49(1)(a) uyarınca sözleşmenin tamamından dönebilecektir<sup>240</sup>. Bu istisnai nitelikteki düzenleme, m. 51(2)'de ortaya koyulmuştur. Alıcının eksik kısmın yokluğunda sözleşmenin bütününden elde edeceği menfaatten önemli ölçüde yoksun kalıp kalmayacağını belirlemek için, eksiksiz teslimde atfettiği önemi dikkate almak gerekmektedir<sup>241</sup>. Alıcının teslim edilmeyen kısmı başka yollardan temin edebileceği hallerde eksik teslim, sözleşmenin bütünü açısından esaslı ihlal yaratmayacaktır<sup>242</sup>.

#### **4. Satıcının Sözleşmeye Aykırı Mal veya Üçüncü Kişilerin Haklarından Ari Olmayan Mal Teslim Etmesi**

Satıcının teslimde bulunduğu ancak teslim edilen malların sözleşmeye aykırı olduğu durumda bir teslim meydana geldiği için, alıcının m. 49(1)(b) uyarınca teslim etmemeye dayanarak sözleşmeden dönmesi mümkün değildir. Bu durumda alıcı, ancak esaslı ihlalin varlığı halinde m. 49(1)(a) uyarınca sözleşmeden

<sup>237</sup> Björklund, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 40.

<sup>238</sup> Müller-Chen, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 51 para. 6.

<sup>239</sup> Müller-Chen, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 51 para. 6.

<sup>240</sup> Müller-Chen, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 51 para. 9.

<sup>241</sup> Schroeter, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 42.

<sup>242</sup> Bu konuda örnek bir karar için bkz. *Landgericht Heidelberg*, 03.07.1992, CISG-Online No. 38.

dönebilecektir<sup>243</sup>. Fakat alıcının bu ihtimalde sözleşmeden dönebilmesi için, esaslı ihlalin yanı sıra, mallara ilişkin sözleşmeye aykırılığı saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde ve her halde malların kendisine verilmesinden itibaren iki yılı geçirmeksizin satıcıya sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmesi (m. 39) şarttır<sup>244</sup>. Bu süre içerisinde sözleşmeye aykırılık bildiriminde bulunmayan alıcı, sözleşmeden dönme hakkından mahrum kalır.

Sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi durumu, esaslı ihlal tartışmasının en yoğun olduğu ihtimaldir. Bir sözleşmeye aykırılığın esaslı ihlal şartlarını (yükümlülük ihlali, sözleşmeden haklı olarak beklenen menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakan olumsuzluk, öngörülebilirlik) taşıyabilmesi için bu ihlalin hem belirli bir yoğunluk seviyesi eşğine ulaşmış olması hem de satıcı tarafından ihlali giderme hakkı çerçevesinde giderilmemiş olması gerekmektedir<sup>245</sup>.

Sözleşmeye aykırılık, alıcıdan malları alıkoyup semenin tenzili veya tazminat gibi diğer hukuki imkanlarla tatmin edilmesinin beklenemeyeceği kadar ciddiye, esaslı ihlal için aranan eşğe ulaşılmış olur<sup>246</sup>. Sözleşmenin özünden olan nitelikler taraflarca kararlaştırılmışsa, eşik belirlenirken tarafların anlaşmasına itibar edilir. Aykırılığın ilişkin olduğu nitelik sözleşmenin özündense, esaslı ihlal mevcut olacaktır<sup>247</sup>. Fakat tarafların bu konuda herhangi bir anlaşması yoksa makul kullanım

<sup>243</sup> Bu konuda ULIS'te benimsenmiş olan sözleşmeden dönme rejimi, CISG'dakine nazaran alıcının menfaatine olacak şekilde daha esnektir. ULIS m. 44(2), sözleşmeye aykırı mal teslimi durumunda alıcıya satıcı lehine bir mehil tanıma imkanı öngörmüştür. Bu mehilin sonunda sözleşmeye aykırılığın devam etmesi halinde, aykırılık ne denli önemsiz olursa olsun, alıcı sözleşmeden dönebilecektir. Yani CISG m. 49(1)(b)'de sadece satıcının teslimde bulunmadığı duruma özgülenmiş olarak kabul edilen *nachfrist* metoduna, ULIS'te satıcının teslimde bulunduğu fakat teslim edilen malların sözleşmeye aykırı olduğu halde de başvurulabilir. Bkz. **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 1.2.1.3; **Schwenzer**, Question of Avoidance, s. 799-800; **PeterSchlechtriem**, "Subsequent Performance and Delivery Deadlines – Avoidance of CISG Sales Contracts Due to Non-Conformity of the Goods", Pace International Law Review 2006 s. 83 vd., s. 86.

<sup>244</sup> **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.2.2.1; **Enderlein/Maskow**, s. 190; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 7; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscailas, Art. 49 para. 5. Bu konuda bkz. aşağıda "Bölüm 2 / III. / E. Satıcının Sözleşmeye Aykırı Mal Teslim Ettiği Durumda Alıcının İhbarda Bulunmuş Olması".

<sup>245</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 7. Bu konuda daha detaylı bir inceleme için bkz. **Yelkenci**, s. 1351 vd.

<sup>246</sup> **Schwenzer**, Question of Avoidance, s. 801; **Erkan**, s. 80.

<sup>247</sup> **CISG Advisory Council, Opinion No. 5**, The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents, 7 May 2005, Rapporteur: Professor Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Professor of Private Law, University of Basel, para. 4.2; **Schwenzer**, Question of Avoidance, s. 801; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscailas, Art. 49 para. 34; **Erkan**, s. 81-82. Bu konudaki örnek kararlar için bkz. *China International Economic and Trade Arbitration Commission*, 30.10.1991, CISG-Online No. 842; *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Chamber of*

testine (*reasonable use test*) başvurulacaktır. Mallar sözleşmeye aykırı olmakla beraber, başka bir şekilde değerlendirilebilecekse esaslı ihlalin varlığına hükmedilmez<sup>248</sup>. Fakat alıcıdan malları başka bir şekilde değerlendirmesini beklemek, her durumda hakkaniyete uygun olmayacaktır. Dolayısıyla makul kullanım testine ne ölçüde başvurulacağına, malların kullanım amacından hareket ederek somut olayın koşullarına göre karar verilir<sup>249</sup>. Alıcıdan malı başka bir şekilde değerlendirmesinin beklenmesinin sınırını makul olmayan zahmet ve masraf teşkil eder<sup>250</sup>.

Satıcının teslim ettiği malların üçüncü kişilerin haklarından arı olmadığı durumdaki sözleşmeden dönme incelemesi, satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim ettiği durum ile paralellik gösterir. Bu durumda mallar teslim edilmiş olduğu için, alıcının m. 49(1)(b) uyarınca sözleşmeden dönebilmesi mümkün değildir. Alıcı ancak esaslı ihlalin varlığı halinde m. 49(1)(a) uyarınca sözleşmeden dönebilecektir<sup>251</sup>. Üçüncü kişilerin satım konusu mallar üzerindeki her hakkı, esaslı ihlal oluşturmaz. Böyle bir hakkın esaslı ihlale yol açabilmesi için, üçüncü kişiye malların kendisine teslimini talep etme yetkisini veya alıcıyı malları sözleşmeye uygun olarak kullanmaktan mahrum bırakacak başka bir yetkiyi sağlıyor olması gerekir. Bu durumda satıcı ihlali makul bir süre içerisinde gidermemişse yahut alıcıdan ihlali bertaraf etmesi makul olarak beklenmiyorsa, esaslı ihlal mevcuttur<sup>252</sup>. Alıcının bu ihtimalde sözleşmeden dönebilmesi için, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini öğrendikten veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde bu hakkı

---

*Commerce and Industry*, 21.12.2004, CISG-Online No. 1187; *Appellationsgericht Basel-Stadt*, 22.08.2003, CISG-Online No. 943.

<sup>248</sup> **Atamer**, s. 310; **Ferrari**, *Fundamental Breach*, s. 292; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 25 para. 37; **UNCITRAL Digest**, Art. 25 para. 8 ve Art. 49 para. 16. *Huber*, makul kullanım testine özellikle Alman ve İsviçre mahkemeleri tarafından başvurulduğunu; bu testin genel kabul gördüğünü söylemek için henüz erken olduğunu belirtmektedir (**Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 37 ve 39).

<sup>249</sup> **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 40. Bu konudaki örnek kararlar için bkz. *Landgericht München*, 27.02.2002, CISG-Online No. 654; *Schweizerisches Bundesgericht*, 18.05.2009, CISG-Online No. 1900; *Schweizerisches Bundesgericht*, 28.10.1998, CISG-Online No. 413.

<sup>250</sup> **Schroeter**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 25 para. 54 vd.

<sup>251</sup> **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 44.

<sup>252</sup> **Schwenzer**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 41 para. 24; **Erkan**, s. 95-96. *Müller-Chen* ise bu durumda satıcı makul bir süre içerisinde sözleşmeye aykırılığı gidermediği müddetçe kural olarak esaslı ihlalin varlığının kabul edileceğini belirtmektedir (**Müller-Chen**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 49 para. 10).

veya talebi satıcıya bildirmesi (m. 43) şarttır<sup>253</sup>.

## 5. Satıcının Belgelerle İlgili Yükümlülüklerini İhlal Etmesi

Satıcının teslim etmekle yükümlü olduğu belgeleri hiç teslim etmediği veya sözleşmeye aykırı olarak teslim ettiği durumda, alıcının sözleşmeden dönme hakkının kaynağı ve kullanılma usulü, ihlalin ilişkin olduğu belgenin niteliğine göre yapılacak bir değerlendirme ile tespit edilecektir.

Kimi zaman ihlal, alıcının mallar üzerinde tasarruf edebilmesi veya malları teslim alabilmesi için ihtiyaç duymadığı ek belgelere (*accompanying documents*) ilişkindir. Sigorta poliçeleri, menşe şahadetnemeleri gibi belgelere ilişkin bir ihlal, satıcı ister bu belgeleri hiç teslim etmemiş ister sözleşmeye aykırı olarak teslim etmiş olsun “sözleşmeye aykırı mal teslimi” gibi değerlendirilecek ve alıcı ancak esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönebilecektir [m. 49(1)(a)]. Bunun için belgelere ilişkin aykırılığın belirli bir yoğunluk seviyesi eşğine ulaşmış olması ve usulünce giderilmemiş olması gerekmektedir. Bu çerçevede alıcının teslim etmemeye dayanarak mehil vermek suretiyle sözleşmeden dönme imkanı bulunmamaktadır [m. 49(1)(b)].

Malları temsil eden konişmento, emtia senedi gibi belgelere ilişkin ihlaller açısından ise farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. Alıcının mallar üzerinde tasarruf edebilmesi ve malları teslim alabilmesinin, malları temsil eden belgeleri elinde bulundurmasına bağlı olduğu belgeli satımlarda<sup>254</sup>, belgelerin hiç teslim edilmemesi “malların teslim edilmemesi” olarak değerlendirilecektir<sup>255</sup>. Buna göre, alıcı, yukarıda “temelli teslim etmeme” ve “teslimde gecikme” bölümlerinde yapılan

<sup>253</sup>Will, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.2.2.2. Bu konuda bkz. aşağıda “Bölüm 2 / III. / F. Satıcının Üçüncü Kişilerin Haklarından Ari Olmayan Mal Teslim Ettiği Durumda Alıcının İhbarda Bulunmuş Olması”.

<sup>254</sup>Schroeter, “belgeli satım” kavramına doktrinde getirilen yaklaşımların çeşitlilik sergilediğini haklı olarak vurgulamaktadır; bkz. Schroeter, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 62 dn. 263. Nitekim Schwenzer, belgeli satım kavramını INCOTERMS ile ilişkilendirirken (CISG-AC No. 5, para. 4.11 vd.; Schwenzer, Question of Avoidance, s. 804 vd.); Schroeter, INCOTERMS atfının yanı sıra akreditif yahut vesaik mukabili ödemenin de belgeli satımın varlığını kural olarak ortaya koyacağını belirtmiştir. Kavramın taşıdığı bu riske rağmen, belgeli satım kavramını, alıcının mallar üzerinde tasarruf edebilmesinin veya malları teslim alabilmesinin belgelerin teslimine bağlı olduğu satımlar açısından kullanmakta fayda görüyoruz.

<sup>255</sup>Müller-Chen, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 18; Huber, Kröll/Mistelis/Perales Viscaillas, Art. 49, para. 56.

açıklamalar ışığında<sup>256</sup>, esaslı ihlale dayanarak [m. 49(1)(a)] veya teslim etmemeye dayanarak mehil vermek suretiyle [m. 49(1)(b)] sözleşmeden dönebilir. Bu değerlendirme çerçevesinde, belgeli satımlardaki vadenin çoğunlukla kesin vade olacağı da gözden kaçırılmamalıdır<sup>257</sup>. Belgelerin teslim edildiği fakat teslim edilen belgelerin sözleşmeye aykırı olduğu durum ise, “sözleşmeye aykırı mal teslimi” gibi değerlendirilir<sup>258</sup>. Alıcı ancak esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönebilecektir [m. 49(1)(a)]. Bunun için belgelere ilişkin aykırılığın belirli bir yoğunluk seviyesi eşiğine ulaşmış olması ve usulünce giderilmemiş olması gerekmektedir.

## 6. Satıcının Diğer İhlalleri

CISG’a tabi bir satım sözleşmesinde satıcının asli edim yükümlülüğü, satım konusu malları veya malları temsil eden belgeleri alıcıya teslim etmektir. Bu borca ilişkin yukarıda incelenmiş olan ihlaller, kimi zaman esaslı ihlal sebebiyle m. 49(1)(a) uyarınca kimi zaman mehile rağmen teslim etmeme sebebiyle m. 49(1)(b) uyarınca sözleşmeden dönme hakkına temel oluşturacaktır. Bununla beraber alıcının sözleşmeden dönme hakkı, satıcının asli edim yükümlülüğünü ihlal etmesi durumuna özgülenmiş değildir. Yan edim yükümlülüklerinin ihlali halinde de alıcı sözleşmeden dönebilir. Fakat bu durumda herhangi bir teslim etmeme durumu söz konusu olmayacağı için, alıcı ancak esaslı ihlale dayanarak m. 49(1)(a) uyarınca sözleşmeden dönebilir.

Bir yükümlülüğün yan edim yükümlülüğü olarak nitelendirilebiliyor oluşu, alacaklının bu yükümlülüğün ifasına ilişkin menfaatinin azımsanabileceği anlamına gelmez<sup>259</sup>. Bu tür bir yükümlülük ihlal edildiğinde, esaslı ihlal incelemesi, yukarıda değindiğimiz üç şart çerçevesinde<sup>260</sup> satıcının sözleşme ihlalini giderme hakkı da göz önünde tutularak yapılacaktır. İhlalin geçici olması durumunda, ancak vadede ifanın sözleşmenin özüne ilişkin olduğu halde esaslı ihlalin gündeme geleceği

<sup>256</sup> Bu konuda bkz. yukarıda “Bölüm 2 / II. / C. / 1. Satıcının Satım Konusu Malları Temelli Olarak Teslim Etmemesi” ve “Bölüm 2 / II. / C. / 2. Satıcının Satım Konusu Malları Teslimde Gecikmesi”

<sup>257</sup> **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscaillas, Art. 49, para. 56.

<sup>258</sup> Bu konuda bkz. yukarıda “Bölüm 2 / II. / C. / 4. Satıcının Sözleşmeye Aykırı Mal veya Üçüncü Kişilerin Haklarından Ari Olmayan Mal Teslim Etmesi”

<sup>259</sup> **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 68; **Mohs**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 64 para. 18.

<sup>260</sup> Yükümlülük İhlali; Sözleşmeden haklı olarak beklenen menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakan olumsuzluk; Öngörülebilirlik.

unutulmamalıdır<sup>261</sup>. Örneğin somut olayın şartları bağlamında gerekli koşullar oluştuğu takdirde, satıcının ifa garantisi temin etmemesi<sup>262</sup>, teslim ettiği malların montajını yapmaması<sup>263</sup>, alıcıya ait olan marka hakkını korumaması<sup>264</sup> esaslı ihlal teşkil edebilecektir.

### III. Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkına Getirilen Sınırlamalar

CISG m. 49(1) uyarınca, alıcı, satıcı sözleşmeyi esaslı olarak ihlal ettiği veya kendisine tanınan mehile rağmen sözleşme konusu malları teslim etmediği takdirde sözleşmeden dönebilir. Bu iki durumdan herhangi birinin varlığı, kural olarak, alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanıyacaktır<sup>265</sup>. Bununla beraber, Antlaşma'da, alıcının sözleşmeden dönme hakkını sınırlayan bazı hükümler bulunmaktadır. Kimi zaman alıcı, CISG m. 49(1) uyarınca sözleşmeden hakkına temel oluşturacak bir durumun varlığına rağmen, başka bir sınırlayıcı hüküm nedeniyle sözleşmeden dönme hakkından mahrum kalır. Bu bölümde, alıcının sözleşmeden dönme hakkına taraflar arasındaki menfaat dengesini bozacak şekilde başvurmasını engelleyen söz konusu sınırlamalar incelenecektir.

#### A. Satıcının Sözleşme İhlalini Giderme Hakkının Bulunmaması

Sözleşmeyi ihlal eden satıcıya bu ihlali giderme hakkı verilmesi ve böylelikle alıcının seçimlik haklarını kullanmasının engellenmesi, Türk hukukunda istisnai olarak kabul edilir. Bu hak, Türk hukukunda olduğu gibi diğer *civil law* sistemlerinde de genel bir ilke olarak benimsenmekten uzaktır<sup>266</sup>. CISG ise *common laws* sisteminden esinlenerek, satıcının sözleşme ihlalini giderme hakkını genel bir ilke

<sup>261</sup> **Mohs**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 64 para. 18.

<sup>262</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 12.

<sup>263</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 12.

<sup>264</sup> *Oberlandesgericht Frankfurt am Main*, 17.09.1991, CISG-Online No. 28.

<sup>265</sup> Bu konuda bkz. yukarıda “Bölüm 2 / II. Alıcıya Sözleşmeden Dönme Hakkı Veren Durumlar ve Bu Durumların Çeşitli İhlal Türleri Çerçevesinde İncelenmesi”.

<sup>266</sup> Bu hak, satıcının ayıba karşı tekeffül borcu çerçevesinde sınırlı bir kapsamda kabul edilmiştir. 6098 sayılı TBK, 818 sayılı BK'ya kıyasla bu hakkın kapsamını bir ölçüde genişletmiş olsa bile, sözleşme ihlalini giderme hakkının Türk hukukunda genel bir ilke olarak kabul edildiğini söylemek mümkün değildir. BK m. 203/II uyarınca, satılanın çeşidiyle belirli bir eşya olması ve satımın ifa yerinde teslim şartıyla yapılmış olması koşuluyla, satıcı ayıplı malı hemen ayıpsız ile değiştirip alıcının zararını tazmin ederek alıcının ayıba ilişkin seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebiliyordu. Bu konuda bkz. **Tandoğan**, s. 199-200. TBK m. 227/III, bu konuda yapılan yerinde satım ve mesafe satımı ayırımı kaldırmıştır. Buna göre satıcı, yerinde satımların yanı sıra mesafe satımlarında da, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve alıcının uğradığı zararı tazmin ederek alıcının seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir (**Atamer**, Taşınır Satımı, s. 205-206)



olarak kabul etmiştir<sup>267</sup>.

Bu itibarla satıcının sözleşme ihlalini giderme hakkının, alıcının sözleşmeden dönme hakkının önünde doğrudan ve mutlak bir engel oluşturmadığı belirtilmelidir. Sözleşmeyi ihlal eden satıcının ihlali giderme hakkını kullanarak alıcının seçimlik haklarını (özellikle sözleşmeden dönme hakkını) kullanmasına engel olup olmayacağını, farklı ihtimallere göre ele almak gerekir. Satıcının sözleşme ihlalini giderme hakkı ile alıcının sözleşmeden dönme arasındaki ilişki, hem doktrini hem de uygulamayı en çok meşgul eden konulardan biridir.

CISG, satıcının ihlali giderme hakkını, vadenin geçmiş olupolmamasına göre farklı ihtimaller çerçevesinde düzenlemiştir. Vade henüz geçmediyse satıcı m. 34 veya m. 37'den faydalanarak sözleşme ihlalini giderebilir. Vade geçtiyse satıcı ihlali m. 48'den faydalanarak giderebilecektir.

## 1. Satıcının Vadeden Önce Sözleşmeİhlalini Giderme Hakkı

Vadeden önce ihlali giderme hakkının gündeme gelebilmesi için, borcun vadeden önce fakat sözleşmeye aykırı olarak ifa edilmiş olması gerekir. Bu durumda, satıcı, alıcı aleyhine makul olmayan zahmete veya masrafa yol açmamak koşuluyla ihlali giderme hakkına sahiptir. Sadece belgelerle ilgili olan ihlalin giderilmesi hakkı m. 34'ten, diğer tüm ihlal hallerinin giderilmesi hakkı ise m. 37'den doğmaktadır<sup>268</sup>.

Satıcının vadeden önce ihlali giderme hakkı ile alıcının sözleşmeden dönme hakkı arasındaki ilişki açık ve nettir. Satıcının m. 34 veya m. 37 çerçevesinde vadeden önce ihlali giderme hakkı bulunduğu sürece, alıcı tazminat dışındaki seçimlik haklarından faydalanamadığı gibi sözleşmeden de dönemez<sup>269</sup>. Alıcı, bu haklardan, ancak vadenin gelmesiyle, yani satıcının vadeden önce ihlali giderme hakkının sona ermesiyle faydalanabilir.

<sup>267</sup> **Atamer**, CISG, s. 344-345; **Erkan**, s. 43.

<sup>268</sup> Vadeden önce sözleşme ihlalini giderme hakkı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Atamer**, CISG, s. 345 vd.; **Honnold**, para. 244 vd.; **Corinne Widmer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 34 para. 8 vd. ile **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 37 para. 1 vd.; **Burghard Piltz**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 34 para. 24 vd. ile **Stefan Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 37 para. 1 vd.

<sup>269</sup> **Ziegel**, s. 9-21; **Atamer**, CISG, s. 347; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 37 para. 15. Bu konuda m. 72 kapsamındaki öne alınmış sözleşmeihlali istisna teşkil etmektedir (**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 37 para. 15).

## 2. Satıcının Vadeden Sonra Sözleşme İhlalini Giderme Hakkı

Vadeden sonra sözleşme ihlalinin giderme hakkını m. 48(1) ve m. 48(2) bağlamında ayrı ayrı ele almak gerekir<sup>270</sup>. Satıcı lehine birinci fıkrada düzenlenen ihlali giderme hakkının doğması için, alıcının rızasına ihtiyacı yoktur. Belli şartların bulunması, bu hakkın varlığı için yeterlidir. Hakkın varlığı için gerekli şartlar, ihlalin giderilmesinin makul olmayan bir gecikmeye yol açmaması, alıcı aleyhine makul olmayan bir zahmete sebep olmaması ve alıcı tarafından yapılan masrafların satıcı tarafından karşılanacağı konusunda bir tereddüde neden olmamasıdır<sup>271</sup>. Bu şartların bulunmaması halinde ise birinci fıkradaki ihlali giderme hakkı doğmaz; satıcının ikinci fıkraya yönelmesi gerekir. İkinci fıkraya göre, satıcının sözleşmeihlalinin belirli bir süre içinde gidermek istediğini bildiren ve alıcıya ulaşan beyanı karşısında alıcı sessiz kalırsa, satıcının ihlali giderme hakkının doğduğu kabul edilir<sup>272</sup>. Bu hakkın kaynağı, alıcının susması üzerine varlığı kabul edilen irade uyuşmasıdır.

Satıcının vadeden sonra ihlali giderme hakkı ile alıcının sözleşmeden dönme hakkı arasındaki ilişki pek çok yönden tartışmalıdır. Bu tartışmanın, m. 48(2) açısından bir önemi bulunmamaktadır. Zira m. 48(2) çerçevesinde ihlali giderme hakkının doğması, satıcı ile alıcı arasında bu konuya ilişkin bir irade uyuşmasının bulunmasına veya bulunduğu varsayılabilmesine bağlıdır. Satıcının m. 48(2)'den doğan ihlali giderme hakkı, bu irade uyuşması sebebiyle, alıcının sözleşmeden dönme hakkına nazaran mutlak bir öncelik arz edecektir<sup>273</sup>. Ancak m. 48(1) bağlamında, m. 48(2)'deki gibi bir irade uyuşmasının varlığından söz edilemeyeceği için, satıcının ihlali giderme hakkı ile alıcının sözleşmeden dönme hakkı arasındaki ilişki çetrefilli bir hal almaktadır. Bu noktada öncelikle alıcının sözleşmeden dönme hakkının ihlali giderme hakkına nazaran öncelik arz ettiği vurgulanmalıdır. Zira CISG m. 48(1)'de de vurgulandığı üzere, satıcı ihlali giderme hakkını, alıcının sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen “49. madde saklı kalmak üzere”

<sup>270</sup> Vadeden sonra sözleşme ihlalinin giderme hakkı ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Atamer**, CISG, s. 347 vd.; **Honnold**, para. 292 vd.; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 48, para. 1 vd.; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 48 para. 1 vd.

<sup>271</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 48 para. 9.

<sup>272</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 48 para. 25-26.

<sup>273</sup> **Atamer**, CISG, s.352 dn. 376; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 48 para. 27; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 16; **Erkan**, s. 89. Aynı tespiti m. 48(1)'deki “49. madde saklı kalmak üzere” ifadesinin, m. 48(2)'de bulunmamasından hareket ederek yapan bir yazar için bkz. **Neumayer/Ming**, Art. 48 para. 7.

kullanabilir<sup>274</sup>. Yani sözleşme esaslı olarak ihlal edildiyse [m. 49(1)(a)'daki dönme sebebi oluştuysa] veya borcun hiç ifa edilmemesi karşısında tanınan mehilin sonunda ifa etmeme durumu devam ediyorsa [m. 49(1)(b)'deki dönme sebebi oluştuysa]; alıcı sözleşmeden dönebilir. Satıcının ihlali giderme talebinde bulunması, alıcının yolunda bir engel teşkil etmez. Bu konuda doktrinde ve uygulamada yaygın bir fikir birliğinin bulunduğu söylenebilir<sup>275</sup>.

Peki satıcının ihlali giderme talebinde bulunduğu ve ihlalin giderilmesinin de mümkün olduğu durumda, sözleşmeden dönme sebebinin oluştuğu söylenebilecek midir? Bu soru, m. 49(1)(b)'deki dönme sebebi (malların mehile rağmen teslim edilmiş olmaması) açısından bir tartışma yaratmaz. Zira alıcının m. 49(1)(b) çerçevesinde sözleşmeden dönebilmesi için, teslimde bulunmayan satıcıya mehil tanımış olması gerekir. Bu durumda satıcı, alıcının kendisine tanımış olduğu mehil süresi içinde gecikmiş de olsa ifada bulunarak ihlali giderebilecektir. Fakat mehil süresi içinde de ifada bulunulmaması ve ihlalin giderilmemesi halinde, alıcının sözleşmeden dönme hakkı (satıcının ihlali giderme hakkıyla hiçbir şekilde sınırlandırılmaksızın) mevcut olacaktır. CISG m. 49(1)(a) kapsamındaki dönme sebebi olan esaslı ihlal açısından ise böyle açık ve net bir sonuca varmak mümkün değildir. Burada ihlal bazında bir değerlendirme yapmak gerekir. Bazı ihtimallerde satıcının ihlali giderme hakkı, esaslı ihlalin mevcut olmamasına sebep olabilecektir.

Satıcının ihlali giderme hakkı, temelli teslim etmeme ve teslimde gecikme halleri açısından esaslı ihlalin varlığını etkilemez<sup>276</sup>. Tartışmanın ana eksenini teşkil

<sup>274</sup> Sözleşmeden dönme hakkı ve sözleşme ihlalini giderme hakkı arasındaki ilişkiyi düzenleyen bu ifade Antlaşmanın hazırlık sürecinde en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Bu tartışmalara ilişkin detaylı bir inceleme için, bkz. **Koch**, *Fundamental Breach*, s. 282 vd.

<sup>275</sup> **Babiak**, s. 127 dn. 92; **Graffi**, s. 344; **Müller-Chen**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 48, para. 14; **Huber**, *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, Art. 49 para. 18; **Zeytin**, s. 173. *Will*, satıcının ihlali giderme hakkının, alıcının sözleşmeden dönme hakkını askıya alacağını savunmakta ve dolayısıyla neredeyse oybirliğiyle kabul edilen bu çözümden ayrılmaktadır; bkz. **Will**, *Bianca/Bonell*, Art. 48 para. 2.1.1.1.1. *Neumayer/Ming* de satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlal ettiği bazı durumlarda, koşullar gereği alıcının sözleşmeden dönebileceğini ve satıcının ihlali giderip gidermeyeceğinin kesinleşmesinin beklenmesi gerektiğini belirtmektedir; bkz. **Neumayer/Ming**, Art. 48 para. 4.

<sup>276</sup> Sözleşme ihlalini giderme hakkı ile esaslı ihlal arasındaki ilişki, temelli teslim etmeme ve teslimde gecikme hallerinde oldukça nettir. Temelli teslim etmeme durumunda, esaslı ihlalin varlığını tartışmaya gerek yoktur, ihlali giderme hakkı gündeme hiç gelmez. Teslimin gecikmesi durumunda ise soruya ikili bir çözümlerle yanıt verilir. Sözleşmede kesin vade kararlaştırılmışsa, vadede ifanın gerçekleşmemesi üzerine alıcı esaslı ihlale dayanarak [m. 49(1)(a)] sözleşmeden dönebilir. Bu durumda ihlali gecikmiş bir ifa ile gidermek mümkün olmadığı için, esaslı ihlalin varlığı noktasında tartışma yaşanmaz. Sözleşmede kesin vade kararlaştırılmamışsa, kural olarak esaslı ihlal zaten mevcut değildir. Sözleşmeden dönme hakkı ancak m. 49(1)(b) çerçevesinde gündeme gelebilir. Bu konuda bkz. **Atamer**, *CISG*, s. 352-353.

eden esas sorun, sözleşmeye aykırı mal ile ifa durumunda karşımıza çıkar: Satıcı sözleşmeye aykırı mal teslim ettiyse, ihlali giderme hakkı, esaslı ihlalin oluşmasını önleyerek alıcının sözleşmeden dönmesini engelleyecek midir?

Bu konuda bir görüş, sözleşmeden dönme hakkına öncelik vererek esaslı ihlal değerlendirmesinin ihlali giderme hakkından ve dolayısıyla sözleşmeye aykırılığı gidermenin mümkün olup olmamasından bağımsız olarak yapılmasını savunmaktadır<sup>277</sup>. Hem doktrinde hem de uygulamada bu tutucu yaklaşımın yerini alan ve bizim de katılmakta olduğumuz uzlaştırıcı görüş ise soruna ayrımcı bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır.

Bu görüş uyarınca, sözleşmeye aykırılık makul olmayan bir gecikmeye veya zahmete yol açmamak koşuluyla giderilebilecekse başlangıçta doğrudan esaslı ihlal olarak nitelendirilemez<sup>278</sup>. Yani ihlali giderme hakkı, kural olarak esaslı ihlalin varlığını dışlar. Bir Alman mahkemesi kararı, bu tespiti son derece açık ve net bir şekilde ortaya koymaktadır. Mahkemenin ifadesiyle “*CISG m. 48'in m. 49'a yaptığı gönderme; alıcının sözleşmeden dönme hakkına, satıcının ihlali giderme hakkına nazaran öncelik verir. Fakat bu öncelik sadece ayıplı mal tesliminin m. 49(1)(a) ve m. 25 anlamında esaslı ihlal teşkil etmesi halinde uygulama alanı bulacaktır. Esaslı ihlalin varlığı ise yalnızca ayıbın ciddiyetine değil satıcının makul olmayan bir gecikme veya zahmete yol açmaksızın sözleşmeye aykırılığı giderme yönündeki arzusuna da bağlıdır.*”<sup>279</sup> Kanaatimizce ihlali giderme hakkının esaslı ihlali dışlaması için satıcının ihlali gidermeyi teklif etmiş olması da şart değildir, ihlalin

<sup>277</sup> *Will*, ihlali giderme hakkını esaslı ihlal değerlendirmesine katmanın, alıcının haklarını fazlasıyla kısıtlayacağını ve ciddi bir belirsizliğe yol açacağını savunmaktadır. Bu sebeple, esaslı ihlalin satıcının ihlali giderme hakkına rağmen mevcut olacağını, ancak alıcının sözleşmeden dönme hakkının askıda sayılacağını belirtmektedir (**Will**, Bianca/Bonell, Art. 48 para. 3.2). *Neumayer/Ming*, kural olarak ihlalin giderilmesinin mümkün olup olmadığının esaslı ihlal değerlendirmesi çerçevesinde dikkate alınmayacağını belirtmekte; fakat dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek durumlara ilişkin bir istisna kabul etmektedir (**Neumayer/Ming**, Art. 49 para. 4). *Koch*, satıcının ihlali giderme teklifinin esaslı ihlal incelemesinde belirleyici faktör olarak değerlendirmeye alınmayacağını, bununla beraber ihlalin giderilmesinin mümkün olup olmadığının göz önünde tutulabileceğini belirtmektedir (**Koch**, Fundamental Breach, s. 344). *Graffi*, m. 48 ve m. 49 arasındaki ilişki ile ihlali giderme hakkı ve esaslı ihlal arasındaki ilişkiyi birbirinden ayırmadığı için net olarak ortaya koyabilmiş olmamakla beraber bu görüştedir (**Graffi**, s. 344).

<sup>278</sup> **Atamer**, CISG, s. 354-355; **Ferrari**, s. 392; **Schwenzer**, Question of Avoidance, s. 802; **Honnold**, para. 296; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 48; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 48 para. 15; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 20; **UNCITRAL Digest**, Art. 49 para. 17; **Serozan**, CISG ve TBK, s. 212. *Ziegel* ihlali giderme hakkının esaslı ihlal değerlendirmesine katılabilmesi için, alıcının sözleşmeden dönme beyanından evvel satıcının ihlali giderme teklifinde bulunmasını şart koşmaktadır; bkz. **Ziegel**, s. 9-23.

<sup>279</sup> *Oberlandesgericht Koblenz*, 31.01.1997, CISG-Online No. 256.

giderilebilmesinin mümkün olması yeterlidir. Ancak sözleşmeye aykırılık makul bir sürenin geçmesine rağmen giderilmemişse, “makul olmayan gecikmeye veya zahmete yol açmama” koşulu ortadan kalkar. Dolayısıyla başlangıçta doğrudan esaslı ihlal olarak nitelendirilmeyen sözleşmeye aykırılık, esaslı ihlal haline gelir<sup>280</sup>. Tarafların satıcının ihlali giderme hakkına ilişkin bir irade uyuşmasının bulunduğu veya bulunduğu varsayılabilirdiği durumda da [m. 48(2)], satıcı belirttiği süre içerisinde ihlali gidermezse aynı sonuca varmak gerekir<sup>281</sup>.

Kural bu olmakla birlikte, bazı durumlarda, makul bir sürenin geçmesine gerek olmaksızın sözleşmeye aykırılık giderilmemiş sayılacaktır. Alıcının derhal sözleşmeden dönmekte meşru bir menfaati varsa, sözleşmeye aykırılık giderilmemiş sayılır ve alıcı sözleşmeden dönebilir<sup>282</sup>. Teslim zamanı kesin vade özelliği gösteriyorsa, sözleşmeye aykırılığın vadeye kadar giderilmemiş olması bu kabul için yeterlidir<sup>283</sup>. Bunun yanı sıra satıcının ihlaligidermeyi reddettiği<sup>284</sup> veya satıcının hileli davranışının sözleşmenin dayandığı güven ilişkisini yıktığı durumda<sup>285</sup> makul bir sürenin geçmesini beklemeye gerek yoktur. Çünkü bu durumlarda sözleşmeye aykırılığın sonucu başlı başına esaslı ihlali kabul etmek için yeterlidir.

## B. Teslim Edilen Malın İadesinin Mümkün Olması

<sup>280</sup> *Sekreteryaya Şerhi*, Art. 45 para. 6; **CISG-AC No. 5**, 4.4; **Schwenzer**, Question of Avoidance, s. 803; **Schlechtriem**, Non-Conformity, s. 89; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 48; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 23; **UNCITRAL Digest**, Art. 49 para. 17. Bu konuda örnek bir karar için bkz. *Landgericht Heilbronn*, 15.09.1997, CISG-Online No. 562. *Mullis* bu çözümü kesinlikten uzak olduğu için özellikle belgeli satımlar açısından eleştirmektedir. Bkz. **Alastair Mullis**, “Avoidance for Breach under the Vienna Convention; A Critical Analysis of Some of the Early Cases”, Andreas/Jarborg (eds.), *Anglo-Swedish Studies in Law*, 1998, s. 326 vd., s. 344.

<sup>281</sup> Bu konuda örnek bir karar için bkz. *Rechtbank van Koophandel Kortrijk*, 04.06.2004, CISG-Online No. 945.

<sup>282</sup> **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 20.

<sup>283</sup> **Atamer**, CISG, s. 354; **CISG-AC No. 5**, para. 4.4; **Schwenzer**, Question of Avoidance, s. 803; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 48 para. 15; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 22. *Slechtriem*, CISG’da benimsenmiş olan çözümün, böylelikle, ULIS m. 43’teki sözleşmeye aykırılık ile vadeyi birlikte ele alarak esaslı ihlal incelemesi yapan bakış açısına bir ölçüde yaklaştığını vurgulamaktadır. Bkz. **Schlechtriem**, Non-Conformity, s. 89-90.

<sup>284</sup> **CISG-AC No. 5**, para.4.4; **Schwenzer**, Question of Avoidance, s. 803; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 25 para. 48; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 20. Bu konuda örnek bir karar için bkz. *Landgericht Berlin*, 15.9.1994, CISG-Online No. 399.

<sup>285</sup> **Atamer**, CISG, s.354; **CISG-AC No. 5**, para.4.4; **Schwenzer**, Question of Avoidance, s. 803; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 48 para. 15; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 21. Bu konuda örnek bir karar için bkz. *Landgericht Trier*, 12.10.1995, CISG-Online No. 160.

Sözleşmeden dönen alıcı, satıcı tarafından ifa edilmiş olan edimleri iade etmelidir<sup>286</sup>. Bu sebeple CISG m. 82(1), malları teslim almış olduğu halde sözleşmeden dönmek isteyen alıcının sözleşmeden dönme hakkını, ek bir sınıra tabi tutmuştur: Alıcının, teslim aldığı malları, teslim aldığı andaki duruma önemli ölçüde yakın bir durumda iade etmesi mümkün olmalıdır. Böyle bir iade mümkün değilse alıcı sözleşmeden dönemez<sup>287</sup>. Bununla beraber, alıcının sözleşmeden dönme hakkını sınırlayan bu koşul, m. 82(2)'de belirtilmiş olan istisnalardan herhangi birinin varlığı halinde uygulama bulmaz. İstisnalardan biri mevcutsa, malların teslim alındığı andakine önemli ölçüde yakın bir durumda iadesi mümkün olmasa bile; alıcı sözleşmeden dönebilecektir.

CISG m. 82(1)'deki genel kural, m. 82(2)'deki geniş kapsamlı istisnalarla ve m. 84(2)'deki yararların iadesi hükmüyle büyük ölçüde yumuşatılmıştır. Öyle ki malların teslim alındığı andakine önemli ölçüde yakın bir durumda iade edilmesi mümkün olmadığında, çoğunlukla m. 82(2)'deki istisnalardan biri uygulama alanı bulacak ve alıcı m. 84(2)(b) uyarınca kaim değerlerin karşılığını ödeyerek sözleşmeden dönebilecektir. Bu sebeple pratikte hükümdeki kuralın kendisi, istisna haline gelmiştir<sup>288</sup>. Fakat hükümdeki kural, istisnalarla büyük ölçüde tersyüz edilmiş olmasına rağmen, bu haliyle bile modern borçlar hukuku gelişmelerine aykırı olduğu için eleştirilmektedir.

CISG m. 82'de ifade bulan kural, köken itibarıyla, Roma hukukundaki aynen iade ilkesine (*restitutio in natura*) dayanmaktadır<sup>289</sup>. Büyük ölçüde *civil law* sistemlerinde etkisini devam ettiren bu ilkenin bir yansımasını, İsviçre – Türk

<sup>286</sup> Bu konuda bkz. aşağıda “Bölüm 4 / III. Dönmenin Edimleri Geri Sağlayıcı Etkisi: İfa Edilmiş Edimlerin ve Elde Edilen Yararların İadesi”.

<sup>287</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 10. Alıcının diğer seçimlik hakları ise iadenin mümkün olmamasından etkilenmez; bkz. CISG m. 83. Antlaşma, malın iadesinin mümkün olmasını sözleşmeden dönme hakkının koşulu olarak arayan bu kuralı, sadece alıcının sözleşmeden dönme hakkı açısından öngörmüştür. Bu kuralın satıcının sözleşmeden dönme hakkı açısından (Enderlein, Maskow, Art. 82 para. 1.1; Fountoulakis, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 31 vd.; Bridge, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 82 para. 13) veya tarafların anlaşarak sözleşmeyi ortadan kaldırmaları açısından uygulanabilmesi mümkün değildir (Fountoulakis, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 31 vd.). Aynı yönde bkz. *Oberlandesgericht Karlsruhe*, 14.02.2008, CISG-Online No. 1649.

<sup>288</sup> Enderlein/Maskow, Art. 82 para. 1.2; Fountoulakis, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 20.

<sup>289</sup> Fountoulakis, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 2.

hukuklarında da görmek mümkündür<sup>290</sup>. Fakat bu geleneksel yaklaşım, uluslararası düzlemdeki güncel borçlar hukuku gelişmelerinde kendisine yer bulamamıştır. UNIDROIT İlkeleri, PECL ve DCFR uyarınca, satım konusu malın aynen iadesinin mümkün olmaması sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldırmaz; alıcı malın değerini nakden iade ederek sözleşmeden dönebilecektir<sup>291</sup>. CISG'in bu metinlerin aksine geleneksel *restitutio in natura* ilkesini benimsemesi, *Fountoulakis* tarafından, iade rejimini pek çok açıdan karmaşıktığı gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>292</sup>. Yazar, bu sebeple m. 82(1)'deki genel kuralın dar; m. 82(2)'deki istisnaların ise geniş yorumlanmasını önermektedir. Böylelikle ilkeyi tamamen göz ardı ederek CISG'in lafzının aksine hareket edilmemiş ve ilkenin olumsuz etkisi mümkün olduğu ölçüde azaltılmış olacaktır<sup>293</sup>.

## 1. Kural: Teslim Edilen Malın İadesi Mümkün Oldukça Sözleşmeden Dönme Hakkı

Alıcı, satım konusu malları teslim almış olduğu halde sözleşmeden dönmek istiyorsa, kural olarak, malları teslim aldığı andakine önemli ölçüde yakın bir durumda satıcıya iade edebilecek olmalıdır. Alıcının kendisine teslim edilen malları<sup>294</sup> teslim aldığı andakine büyük ölçüde yakın bir durumda iade etmesi imkansızsa, yani mevcut ve objektif bir engel sebebiyle mümkün değilse<sup>295</sup>, alıcı sözleşmeden dönemez. Teslim edilen malların yerine başka malları iade ederek m.

<sup>290</sup> CO m. 207 ve TBK m. 228 uyarınca, satım konusu mal alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı malı bir başkasına devretmiş ya da malın biçimini değiştirmişse, alıcı, sözleşmeden dönemez.

<sup>291</sup> Bkz. UNIDROIT İlkeleri, m. 7.3.6(1); PECL m. 9:309; DCFR m. III. – 3:510(3) ve (4). Bu konuda UNIDROIT İlkeleri ile CISG'in karşılaştırılması için bkz. **Florian Mohs**, "Commentary on the manner in which Articles 7.3.5 and 7.3.6 of the UNIDROIT Principles compare with Articles 81 and 82 of the CISG", 2004, Çevrimiçi Erişim: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mohs.html>>, Son Erişim: 01.05.2013. Bu konuda PECL ile CISG'in karşılaştırılması için bkz. **Francesco G. Mazzotta**, Commentary on CISG Article 82 and PECL Article 9:309, Çevrimiçi Erişim: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp82.html>>, Son Erişim: 01.05.2013.

<sup>292</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 4. Sözleşmeden dönme anında malların uygun durumda iadesini şart koşmanın, dönmeden önce ve sonra meydana gelen hasarlara ilişkin olarak zamansal açıdan keyfi bir ayırım yarattığı yönünde bkz. **Slechtriem/Butler**, para. 321. Diğer eleştiriler için bkz. **Mohs**, PICC-CISG, dn. 24'e bağlı metin; **Bridge**, Kröll/Mistelis Perales Viscasillas, Art. 82 para. 25.

<sup>293</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 4. Aynı yönde, bkz. **Mohs**, PICC-CISG, dn. 28'e bağlı metin.

<sup>294</sup> İade imkanının varlığı, yalnızca satım konusu mallar açısından aranır. Sözleşme uyarınca bunun dışında elde edilen diğer menfaatlerin iadesi mümkün olmasa bile, satım konusu malların iadesi mümkün olduğu müddetçe alıcının sözleşmeden dönmesi mümkündür (**Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 2).

<sup>295</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 5.

82(1)'deki kuralın etkisinin bertaraf edilmesi ve sözleşmeden dönülmesi mümkün değildir<sup>296</sup>.

Kural olarak, malların teslim alındığı andakine önemli ölçüde uygun olarak iade edilebilmesi imkanının, alıcının sözleşmeden döndüğü anda (sözleşmeden dönme beyanının hüküm doğurmaya başladığı anda) mevcut olması gerekli ve yeterlidir<sup>297</sup>. Sözleşmeden dönme beyanının hüküm ifade etmeye başladığı an, kabul ettiğimiz görüş uyarınca, gönderildiği andır<sup>298</sup>. Buna göre sözleşmeden dönme beyanı gönderildikten sonra malların hasara uğraması ve iade imkanının ortadan kalkması, dönme beyanının geçerliliğini etkilemez<sup>299</sup>. Sözleşmeden dönme beyanından evvel meydana gelmiş olan hasarın da, beyan gönderildiği anda uygun iade imkanı mevcut olduğu müddetçe bir önemi bulunmamaktadır<sup>300</sup>. Belirtildiği üzere kural, uygun iade imkanını sözleşmeden dönme beyanının gönderildiği anda aramaktır. Fakat beyanın gönderildiği anda imkansız olan iade, kısa bir süre içerisinde mümkün hale gelirse (örneğin hasara uğramış satım konusu mal tamir edilirse), alıcıyı sözleşmeden dönme hakkından mahrum bırakmak hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu durumda *Fountoulakis*, sonradan mevcut hale gelen iade imkanından hareketle, alıcının sözleşmeden dönme beyanını geçerli kabul etmeyi teklif etmektedir. Ancak bu istisna, satıcı iadenin mümkün olmaması sebebiyle alıcının sözleşmeden dönemeyeceğine duyduğu güvenle hareket etmeye başlamadığı müddetçe uygulanabilir. Satıcı bu güvenle hareket etmeye başladıktan sonra iade mümkün hale gelirse, sözleşmeden dönme beyanını geçerli kabul etmek uygun

<sup>296</sup>**Enderlein/Maskow**, Art. 82 para. 2.2; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 5; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 82 para. 15. *Fountoulakis*, aksi yönde bir kabulün, alıcının piyasadaki dalgalanmalardan faydalanarak satıcı aleyhine spekülasyon yapmasına olanak sağlayacağını ve riziko dağılımına ilişkin kurallara aykırı bir sonuca yol açacağını belirtmektedir. Aksi görüşte bkz. **Denis Tallon**, Bianca/Bonell, Art. 82 para. 2.1.

<sup>297</sup>**Huber**, Huber/Mullis, s. 211; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 9; **Erkan**, s. 141.

<sup>298</sup> Bu konuda bkz. aşağıda "Bölüm 3 / I. / B. Sözleşmeden Dönme Beyanının Hüküm İfade Etme Anı ve Geri Alınması".

<sup>299</sup>**Atamer**, CISG, s. 359; **Huber**, Huber/Mullis, s. 211; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 9 ve 30; **Erkan**, s. 141. Aynı yönde bkz. Oberlandesgericht *Frankfurt am Main*, 17.09.1991, CISG-Online No. 28. Alıcı sözleşmeden döndükten sonra da malların uygun iadesinin mümkün olması gerektiğini savunan aksi görüş için bkz. **Enderlein/Maskow**, Art. 82 para. 1.3. Aşağıda inceleneceği üzere böyle bir durum alıcının sözleşmeden dönme hakkını etkilemese de, alıcının hasara uğrayan mallara ilişkin olarak satıcının zararını gidermekle sorumlu tutulmasını gerektirebilir (**Atamer**, CISG, s. 359; **Huber**, Huber/Mullis, s. 211 dn. 780; **Slechtriem/Butler**, para. 325; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 30). Bu tazminat yükümlülüğünün kaynağı, malları muhafaza borcunu düzenleyen m. 86 veya taraflar arasındaki sözleşmeden dönme sonrasında oluşan tasfiye ilişkisinin kendisidir (**Huber**, Huber/Mullis, s. 211 dn. 780). Bu konuda bkz. "Bölüm 4 / III. / D. Tarafların İade Borçlarının Kapsamının Belirlenmesi Bağlamında Hasar Sorunu".

<sup>300</sup>**Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 9.



olmaz<sup>301</sup>. Yazarın m. 16(2)(b) ve 29(2)'den hareket eden bu önerisi kanımca son derece mantıklıdır.

Madde metninden anlaşıldığı üzere, m. 82(1)'deki kurala riayet edildiğinin kabul edilebilmesi için, alıcının malları aynen teslim aldığı andaki durumda iade edebilecek olması şart değildir. Malların “teslim alındığı andakine önemli ölçüde yakın bir durumda<sup>302</sup>” iade edilebilecek olması yeterlidir. Malların teslim anındakine önemli ölçüde yakın durumda olup olmadığı değerlendirilirken *de minimis* kuralı dikkate alınır<sup>303</sup>. Değerlendirmedeki ayırt edici kriter, satıcının malları iade almayı kabul etmesinin kendisinden makul olarak beklenip beklenemeyeceğidir<sup>304</sup>. Bu çerçevede, önemli olmayan değişiklikler kadar, satıcının menfaat sağlayabileceği değişikliklerin de sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir<sup>305</sup>. Değerlendirmede değişikliğin malın piyasa fiyatı üzerinde yarattığı etki, malın amacı, ilgili ticaret alanındaki yaygın teamül ve her iki tarafça bilinebilir olduğu ölçüde somut olayın koşulları dikkate alınacaktır<sup>306</sup>. Mal üzerinde yapılan değişikliğin malın piyasa fiyatını arttırdığı durumda, genellikle, satıcıdan iade almayı kabul etmesi makul olarak beklenebilir. Örneğin satıcının boyası yıpranmış bir biçimde alıcıya teslim ettiği otomobili, boyası yenilendikten sonra iade alması makuldür. Fakat malın fiyatını arttıran her değişiklik için aynı sonuca varmak mümkün değildir. Sadece işlenmemiş kereste satımıyla uğraşan satıcı, çalışma masası haline getirilerek piyasa fiyatı arttırılmış kerestelerin iadesini kabul etmek zorunda tutulamaz. Çünkü bu durumda satıcının söz konusu çalışma masalarını satabilecek uygun bir dağıtım ağı bulunmadığı için, menfaat sağlanabilecek bu

<sup>301</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 11.

<sup>302</sup> CISG'nin Resmi Gazete'de yayımlanan Türkçe tercümesinde, “malın teslim alındığı andaki duruma *esashi surette* yakın bir durumda iade edilmesi” ifadesi kullanılmıştır. Kanımca m. 82 bağlamında *esashi* ifadesinin kullanılması, m. 25'te düzenlenen *esashi* ihlal kavramı karşısında bir anlam kargaşasına sebep olabilir. Bu sebeple çalışmada “*esashi surette*” yerine, “önemli ölçüde” ifadesi kullanılmıştır. Nitekim CISG'nin İngilizce ve Fransızca metinlerinde de bu iki hüküm için farklı ifadeler yer verilmiştir (*fundamental/substantially* ve *essentiel/sensiblement*).

<sup>303</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 6 vd.; **Erkan**, s. 140. Benzer ifadeler için bkz. **Atamer**, CISG, s. 359. *Slechtriem* ile *Butler* da öncelikle benzer bir değerlendirme yapmakta, ancak ardından soruna farklı bir bakış açısıyla yaklaşmaktadırlar. Yazarlara göre, CISG'nin sözleşmeden dönmeyi mümkün olduğunca kısıtlayan bakış açısı uyarınca, alıcının mallara minimal bir zarar vermesi durumunda dahi sözleşmeden dönme hakkını bloke ederek tazminat talep etmesini sağlamak daha uygun bir çözüm olur (**Slechtriem/Butler**, para. 324).

<sup>304</sup> **Sekreteryä Şerhi**, Art. 67 para. 3; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 6. Paketleme makinesi gibi dayanıklı tüketim mallarının alıcı tarafından kullanılmasının yaratacağı değişikliğin önemsiz kabul edileceği ve bu durumda satıcının malı iade almayı kabul etmesinin kendisinden makul olarak beklenebileceği yönünde bkz. *Bundesgericht*, 18.05.2009, CISG-Online No. 1900.

<sup>305</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 6.

<sup>306</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 6.

değişiklikten fiilen menfaat sağlayabilmesi mümkün değildir<sup>307</sup>. Diğer yandan malın piyasa fiyatını azaltan bazı değişikliklerin, malın teslim alındığı andakine önemli ölçüde yakın bir durumda iade koşulunu yerine getirdiği de pekala söylenebilir. Örneğin bir fotokopi makinesinin işlevini etkilemeyecek fakat görünümünde bir kusur yaratacak şekilde çizilmesi, alıcının sözleşmeden dönme hakkını etkilemeyecektir.

İmkansızlık, satım konusu malın alıcının iradesi dışında tahrip olmuş veya çalınmış olmasından kaynaklanabileceği gibi; alıcının iradesiyle satılmış, tüketilmiş, şekil değiştirmiş veya kullanılmış olmasından da kaynaklanabilir. Fakat malın uygun durumda iadesinin satılmakla, tüketilmekle, şekil değiştirmekle, kullanılmakla imkansızlaştığı her durumun m. 82(1) kapsamında sözleşmeden dönme hakkını sınırlamayacağı ve bazı durumlarda m. 82(2)(c)'deki istisna kapsamında değerlendirileceği unutulmamalıdır<sup>308</sup>. Mallar sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya tespit edilmesi gerektiği tarihten önce ticari faaliyetin olağan seyri içinde satılmış, tüketilmiş, şekil değiştirmiş veya kullanılmışsa, m. 82(2)(c)'deki istisna uygulama alanı bulur. Bu durumda malların teslim alındığı andakine önemli ölçüde yakın durumda iadesinin mümkün olup olmaması önemli değildir. Bu ihtimalde *de minimis* kuralının uygulanmasına gerek yoktur. Uygun durumda iade imkansız olsa bile, alıcı sözleşmeden dönebilir. Fakat mallar sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya tespit edilmesi gerektiği tarihten sonra yahut ticari faaliyetin olağan seyri dışında satılmış, tüketilmiş, şekil değiştirmiş veya kullanılmışsa, m. 82(2)(c)'deki istisna uygulanamaz. Alıcı, sözleşmeden dönebilmek için, malları teslim aldığı andakine önemli ölçüde yakın bir durumda iade edebilmelidir. *De minimis* kuralı bu ihtimalde uygulama alanı bulacak ve önemsiz değişikliklerin uygun durumda iadenin önüne geçmediği kabul edilecektir<sup>309</sup>.

<sup>307</sup> Alıcı tarafından kesilip işlenen mermer panellerin uygun durumda iadesinin imkansızlaştığı yönünde bkz. *Oberlandesgericht Koblenz*, 27.09.1991, CISG-Online No. 30.

<sup>308</sup> Bu konuda bkz. aşağıda “Bölüm 2 / III. / B. / 2. / c. Malların Satılması, Tüketilmesi veya Şeklinin Değiştirilmesi”.

<sup>309</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 7. Bir mahkeme kararına konu olan olayda, alıcı, satım konusu arabanın esaslı ihlal teşkil edecek şekilde sözleşmeye aykırı olduğunu fark etmesine rağmen, bir yıl kadar daha arabayı kullanmaya devam etmiştir. Bu durumda mahkeme, sözleşmeye aykırılık tespit edildikten sonra kullanım gerçekleştiği için istisnanın uygulama alanı bulamayacağına ve yaklaşık 60.000 km’lik bu kullanım sebebiyle arabanın teslim alındığı andakine önemli ölçüde yakın durumda iadesinin imkansız olduğuna karar vermiştir (*Oberlandesgericht Linz*, 23.01.2006, CISG-Online No. 1377).

## 2. İstisna: Teslim Edilen Malın İadesi Mümkün Olmasa Bile Sözleşmeden Dönme Hakkı

Alıcının sözleşmeden dönme hakkını sınırlayan m. 82(1)'deki kuralın etkisi, m. 82(2)'de belirtilen istisnalarla yumuşatılmıştır. Bu istisnalardan biri mevcutsa, malların teslim alındığı andakine önemli ölçüde yakın durumda iadesi mümkün olmasa bile, alıcı sözleşmeden dönebilecektir. Böyle bir durumda sözleşmeden dönen alıcı, malın kendisini iade edemiyor olsa bile söz konusu faaliyetler neticesinde elde ettiği kaim değer (*commodum ex re/ commodum ex negatione*) karşılığında bir bedeli m. 84(2)(b) uyarınca satıcıya ödemelidir<sup>310</sup>. Örneğin satım konusu mal bir başkasına satılmışsa, alıcı, malı satarak elde ettiği menfaat karşılığında bir bedeli satıcıya ödemelidir.

### a. İmkansızlığın Alıcının Eyleminden veya Eylemsizliğinden Kaynaklanmamış Olması

CISG m. 82(2)(a) uyarınca, malların teslim alındığı andakine önemli ölçüde yakın durumda iadesinin imkansızlaşması alıcının eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa, alıcı imkansızlığa rağmen sözleşmeden dönebilir.

*Atamer*'e göre, bu hükmün uygulama alanını uygun durumda iade imkansızlığının kaynağına göre farklı ihtimaller çerçevesinde değerlendirmek gerekir<sup>311</sup>. İmkansızlık, kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanıyorsa alıcının sözleşmeden dönme hakkı yoktur. Bu ihtimalde imkansızlık, alıcının denetim alanında kalan bir durumdan kaynaklanmıştır. Hükümdeki istisna uygulama alanı bulmaz, m. 82(1)'deki genel kural uygulanır. Fakat imkansızlığın alıcının eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmadığı durumda, imkansızlığa rağmen sözleşmeden dönülebilir. Bu ihtimalde imkansızlığın kaynağı, alıcının denetim alanı değildir. İmkansızlık, satıcının denetim alanında kalan bir durumdan veya ne alıcının ne de satıcının denetiminde olan nötr alanda bulunan bir durumdan kaynaklanmıştır.

<sup>310</sup> Bu konuda bkz. aşağıda “Bölüm 4 / III. / B. / 2. Alıcının Elde Ettiği Yararların Parasal Karşılığını İade Etme Borcu”.

<sup>311</sup> Hükmün uygulama alanını, üçlü bir ayırım çerçevesinde (alıcının denetim alanı, satıcının denetim alanı ve nötr alan) ele alan bakış açısı için bkz. *Atamer*, CISG, s. 359-360. Benzer bir bakış açısı için bkz. *Neumayer/Ming*, Art. 82 para. 2.

Bu sebeple hükümdeki istisna uygulama alanı bulacaktır<sup>312</sup>. Anlaşıldığı üzere, kritik olan nokta, alıcının denetim alanının, satıcının denetim alanının ve alıcının/satıcının denetiminde olmayan nötr alanın sınırlarını çizmektir. Bu konuda, m. 79'dan kıyasen faydalanmak mümkündür<sup>313</sup>.

Satıcı, kendi denetim alanından kaynaklanan uygun durumda iade imkansızlığından sorumludur. Satıcının ihlalinin yol açtığı uygun durumda iade imkansızlığı, alıcıyı sözleşmeden dönme hakkından mahrum bırakmaz<sup>314</sup>. Örneğin tarafların renksiz olması konusunda anlaşıldığı kimyasal madde, satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi sebebiyle bir süre sonra renkli hale gelerek değerini önemli ölçüde yitirirse, uygun durumda iade imkansızlaşmış olmasına rağmen alıcı sözleşmeden dönebilir<sup>315</sup>. Aynı şekilde satıcının teslim ettiği gıda maddesi uluslararası standartlara göre yasak olan bir katkı maddesi içerdiği için devlet tarafından alıkonulur ve bozulursa, uygun durumda iade imkansızlığı sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez<sup>316</sup>.

<sup>312</sup> **Atamer**, CISG, s. 360-361.

<sup>313</sup> **Tallon**, Bianca/Bonell, Art. 82 para. 2.2; **Huber**, Huber/Mullis, s. 212; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 79 para. 8; **Erkan**, s. 142. CISG m. 79, sözleşmeyi ihlal ettiği için karşı tarafın zararını tazmin etmekle sorumlu olan tarafın bu sorumluluktan kurtulma imkanını düzenler. CISG m. 79(1) uyarınca, “*Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya bu engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulamaz.*” Bu çerçevede sorumsuzluk değerlendirmesi yaparken, sözleşmeyi ihlal eden tarafın denetim alanını belirlemek gerekecektir. Denetim alanının belirlenmesine ilişkin bu açıklamalardan, m. 82(2)(a) bağlamında da kıyasen yararlanılabilir. Sorumsuzluk konusunda denetim alanının belirlenmesine ilişkin bkz. **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 para. 11-12; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 79 para. 46 vd. **Honnold**, alıcının denetim alanının CISG uyarınca belirlenmesinin, sözleşmeye uygulanacak hukuk uyarınca belirlenmesine nazaran çok daha uygun olacağı görüşündedir. Ancak savunduğumuz görüşün aksine, alıcının denetim alanının sınırını kusurunun çizdiğini belirtmektedir (**Honnold**, para. 448.1 ve 448.1A). Denetim alanının sınırını çizerken m. 79'dan faydalanan görüşümüz uyarınca, alıcı, kimi zaman satım konusu malın zarar görmesinde kusurlu olmasa bile sözleşmeden dönme hakkını kaybedecektir. **Honnold**'ın kusur temelli bu yaklaşımı **Bridge** tarafından da eleştirilmiştir (**Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 82 para. 20). Buna karşılık **Bridge**, farklı bir bakış açısı benimseyerek, istisnanın uygulama alanını iade imkansızlığının olduğu anda hasar rizikosunu kimin taşıdığından hareket ederek belirlemektedir (**Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 82 para. 18).

<sup>314</sup> Özellikle satıcının teslim ettiği malların sözleşmeye aykırı olduğu ve malların bu sözleşmeye aykırılık sebebiyle zarar gördüğü durumlar bu kapsamda değerlendirilecektir. **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 15; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 82 para. 19.

<sup>315</sup> Örneğe konu olan karar için bkz. *Hovioikeus Helsinki*, 31.05.2004, Çevrimiçi Erişim: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040531f5.html>>, Son Erişim: 01.05.2013.

<sup>316</sup> Örneğe konu olan karar için bkz. *Gerechthof's Gravenhage*, 23.04.2003, CISG-Online No. 903. Satım konusu arabanın çalıntı olduğu ve devlet tarafından alıkonulup asıl malike iade edildiği bir olaya ilişkin olarak benzer bir karar için bkz. *Landgericht Freiburg*, 22.08.2002, CISG-Online No. 711.

Satıcı, aynı zamanda ne alıcının ne de kendisinin denetiminde olan nötr alandan sorumludur. Nötr alanda bulunan bir durumdan (örneğin mücbir sebepten) kaynaklanan uygun durumda iade imkansızlığı, alıcının sözleşmeden dönme hakkını etkilemeyecektir<sup>317</sup>. Antlaşma, nötr alanın sorumluluğunu, sözleşmeyi ihlal ederek sözleşmeden dönme hakkının doğumuna yol açan satıcıya yükleyerek, hakkaniyet dengesini gözetmiştir<sup>318</sup>. Örneğin satım konusu rüzgar enerjisi türbinlerinin mücbir sebep olarak değerlendirilebilecek bir fırtına nedeniyle yerinden söküldüğü durumda, alıcı iade imkansızlığına rağmen sözleşmeden dönebilecektir. Bu durumda m. 82(2)(a)'daki istisna uygulama alanı bulur.

İade imkansızlığının alıcının denetim alanından kaynaklandığı durumda ise m. 82(2)(a)'daki istisna uygulanmayacaktır. Alıcı, kendi denetim alanından kaynaklanan iade imkansızlığından (yani kendi eylemi veya eylemsizliğinden kaynaklanan iade imkansızlığından) sorumludur.

## **b. Malların Muayene Sonucunda Telef Olması veya Hasara Uğraması**

CISG m. 82(2)(b) uyarınca, mallar alıcı tarafından muayene edilirken telef olur veya hasara uğrarsa, alıcı imkansızlığa rağmen sözleşmeden dönebilir. Bu hükmün temelindeki mantık, olağan ve somut olayın koşullarına uygun bir muayene esnasında telef olan veya hasara uğrayan malın zaten sözleşmeye aykırı olduğu kabulünden hareket eder. Sözleşmeye aykırı mal teslim eden satıcı, sözleşmeye aykırılık sebebiyle ortaya çıkacak olan iade imkansızlığından da sorumlu olacaktır<sup>319</sup>. Bu açıdan bakıldığında, m. 82(2)(b)'nin, (a) bendinin özel bir görünümü olduğu söylenebilir. Bu hüküm özellikle malların muayene edilebilmesi için bir işlem den geçirilmesinin şart olduğu durumlar için öngörülmüştür<sup>320</sup>. Alman Federal Mahkemesi, satım konusu paslanmaz çelik tellerin sözleşmeye uygun olup olmadığının tespit edilebilmesi için işlenmelerinin şart olduğu ve tellerin işlem sırasında sözleşmeye aykırı olduğunun anlaşıldığı bir olayda, uygun durumda iade imkansızlığına rağmen alıcının sözleşmeden dönebileceğini belirtmiştir<sup>321</sup>.

<sup>317</sup> **Audit**, para. 192; **Lookofsky**, s. 169; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 16; **Erkan**, s. 142.

<sup>318</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 12.

<sup>319</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 12.

<sup>320</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 20.

<sup>321</sup> *Bundesgerichtshof*, 25.07.1997, CISG-Online No. 277.

Hükümdeki istisnanın uygulanabilmesi için, alıcının mallar üzerindeki muayenesinin makul ve somut olayın koşullarına uygun olması gerekir<sup>322</sup>. Alıcı makul ve somut olayın koşullarına uygun olmayan bir muayene neticesinde mala zarar verirse, sözleşmeden dönme hakkını kaybeder. Ancak kanımca, malların makul ve somut olayın koşullarına uygun bir muayene neticesinde de zarara görecektir olduğu durumda, muayenenin makul ve somut olayın koşullarına uygun olmamasının bir önemi kalmayacaktır.

### c. Malların Satılması, Tüketilmesi veya Şeklinin Değiştirilmesi

CISG m. 82(2)(c) uyarınca, mallar sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya tespit edilmesi gerektiği tarihten önce ticari faaliyetin olağan seyri içinde satılmış veya olağan kullanım kapsamında tüketilmiş veya şekil değiştirmişse, alıcı iade imkansızlığına rağmen sözleşmeden dönebilir.

Bu hükümdeki istisnanın uygulanabilmesi için, alıcının faaliyetlerinin sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya tespit edilmesi gerektiği tarihten önce gerçekleşmiş olması gerekir. Alıcı bu istisnaya, sözleşmeye aykırılığı tespit ettiği veya tespit etmesi gerektiği tarihten önce (başka bir deyişle sözleşmeden dönme hakkının varlığından haberdar olduğu veya haberdar olması gerektiği tarihten önce) yaptığı faaliyetler açısından dayanabilir. Sözleşmeden dönme hakkının varlığı, alıcıyı olası bir iade ihtimalinden de haberdar edecektir<sup>323</sup>. Bu sebeple daha önce malları kullanırken m. 82 çerçevesinde yetkili kabul edilen ve m. 82(2)(c) ile korunan alıcı, sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya tespit edilmesi gerektiği andan sonra bu istisna kapsamında korunmayacaktır. Artık alıcının mallar üzerindeki faaliyeti m. 82(1) çerçevesinde ele alınacaktır<sup>324</sup>.

<sup>322</sup> **Audit**, para. 192; **Enderlein/Maskow**, Art. 82 para 5; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 20; **Erkan**, s. 143.

<sup>323</sup> **Atamer**, CISG, s. 362; **Huber**, Huber/Mullis, s. 213; **Slechtriem/Butler**, para. 329; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 28.

<sup>324</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 28. Alıcının satım konusu tekstil üretim makinesini sözleşmeye aykırı olduğunu fark etmesine rağmen kullanmaya devam ettiği ve makinenin kullanım sebebiyle yaklaşık %25'lik bir değer kaybına maruz kaldığı olayda, mahkeme, m. 82(2)(c) kapsamında bir istisnanın söz konusu olmadığına karar vermiştir. Alıcı, satım konusu malları uygun durumda iade etmesi imkansız hale geldiği için sözleşmeden dönme hakkından mahrum kalmıştır. Bkz. *I.C.C. International Court of Arbitration*, 01.01.2002, CISG-Online No. 1419. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 309'da incelenmiş olan *Oberlandesgericht Linz*, 23.01.2006, CISG-Online No. 1377.

Ayrıca istisnanın uygulanabilmesi için, alıcının faaliyetlerinin ticari faaliyetin olağan seyri içerisinde gerçekleşmiş olması şarttır. Bu istisnanın uygulama alanının “ticari faaliyetin olağan seyri” kavramıyla sınırlanmasının sebebi, satıcının korunmasıdır. Bu sınırlama sayesinde, piyasa koşullarına aykırı olacak ölçüde düşük bir bedel karşılığında satım konusu malları yeniden satan alıcının, elde ettiği kaim değer olan bu bedeli 84(2)(b) uyarınca iade ederek sözleşmeden dönmesinin önüne geçilmiş olur<sup>325</sup>. Kavramın kapsamı, CISG m. 8(2) bağlamındaki makul kişinin anlayışı ışığında tespit edilecektir<sup>326</sup>. Alıcının finansal zorlukları aşmak amacıyla malları rehin vermesinin veya mallar üzerinde bir başkası lehine intifa hakkı kurmasının ticari faaliyetin olağan seyri dışında kalacağı belirtilmektedir<sup>327</sup>.

Görüldüğü üzere Antlaşma’daki hüküm, malın satılmasından, tüketilmesinden ve şeklinin değiştirilmesinden bahsetmektedir. Satım konusu mal, alıcı tarafından bir başkasına satılmış olsa bile, alıcının sözleşmeden dönme hakkı baki kalacaktır. Bu bağlamda satım kavramı geniş yorumlanmalı ve alıcı aleyhine mülkiyeti temlik borcu doğuran satım dışındaki hukuki işlemler için de (örneğin malın sermaye olarak bir şirkete tahsis edilmesi) istisna uygulanabilmelidir<sup>328</sup>. Tüketme ve şeklini değiştirme kavramları ise malların özünün değiştirildiği veya yok edildiği her tür faaliyeti kapsar. Satım konusu yakıtın kullanılması tüketme olarak değerlendirilecekken; satım konusu kumaşların boyanması şeklini değiştirme olarak kabul edilecektir.

CISG m. 82(2)(c)’nin lafzında doğrudan anılmasa bile, alıcının malları kullanarak uygun iade imkanını ortadan kaldırması da (örneğin malın değerini önemli ölçüde düşürmesi de) bu istisna kapsamında ele alınabilir<sup>329</sup>. Burada önemli olan, alıcının satım konusu malı makul ve olağan bir biçimde kullanmış olmasıdır<sup>330</sup>. Örneğin alıcının satım konusu jeneratörleri kullanarak değerini düşürmesi kural olarak istisna kapsamında değerlendirilecekken; jeneratörlerin kullanım kılavuzuna

<sup>325</sup> **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 82 para. 23.

<sup>326</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 29.

<sup>327</sup> **Slechtriem/Butler**, para. 329; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 29.

<sup>328</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 22.

<sup>329</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 23.

<sup>330</sup> “Makul ve olağan biçimde kullanım” olarak belirlediğimiz bu kriter, *Fountoulakis* tarafından “planlanan amaca uygun kullanım” (*use according to theirintended purpose*) olarak ortaya koyulmuştur (**Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 23). Kanımca planlanan amaca uygun olmamakla beraber makul ve olağan olan kullanım, istisna kapsamında değerlendirilebilecektir. Yazarın kriteri, dar yorumlandığı takdirde, alıcı aleyhine sonuçlara yol açabilir.

aykırı olarak kullanıldığı için hasara uğraması sözleşmeden dönme hakkının kaybına sebep olabilecektir.

### C. İhlalin Alıcının Kendi Eylemi veya Eylemsizliğinden Kaynaklanmamış Olması

CISG m. 80 uyarınca, “*Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz.*” Bu hüküm, sözleşmeden dönme hakkının sınırlarından birini oluşturmaktadır. Kendi eylemi veya eylemsizliği ile satıcının sözleşmeyi ihlal etmesine sebep olan alıcı, bu ihlale dayanarak sözleşmeden dönebilir<sup>331</sup>. Sözleşmeyi ihlal eden tarafın alıcı veya satıcı olmasını dikkate almaksızın genel bir düzenleme yapan bu hükmün temeli, dürüstlük kuralına ve kendi davranışıyla çelişme yasağına dayanmaktadır<sup>332</sup>. Hükmün uygulama şartlarını ve sonuçlarını, ihlale sebep olan eylem veya eylemsizliğin yalnız alıcıdan mı yahut hem alıcı hem satıcıdan mı kaynaklandığına göre ayrı ayrı incelemek gerekir.

#### 1. İhlalin Sadece Alıcının Eylemi veya Eylemsizliğinden Kaynaklanması

CISG m. 80, kendi eylemi veya eylemsizliği ile satıcının sözleşmeyi ihlal etmesine sebep olan alıcının bu ihlale dayanamayacağını düzenlemiştir. Söz konusu hüküm, bu yönüyle, sözleşmeyi ihlal eden satıcıya sorumluluktan kurtulma olanağı tanımaktadır<sup>333</sup>. Satıcının ihlale ilişkin sorumluluktan kurtulabilmesi, ihlalin alıcının

<sup>331</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 213; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 10.

<sup>332</sup> **Audit**, para. 187; **Neumayer/Ming**, Art. 80 para. 1; **Enderlein/Maskow**, Art. 80 para. 1.1; **Atamer**, CISG, s. 470; **Huber**, Huber/Mullis, s. 265; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 1; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 1. Temel bir hukuk ilkesinin yansımaları olan bu hükme paralel düzenlemelere, ulusal hukuklarda ve uluslararası özel hukuk uyumlaştırılması metinlerinde de rastlamak mümkündür. Bkz. UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.2; PECL m. 8:101(3); DCFR m. III. – 3:101(3).

<sup>333</sup> Bu açıdan CISG m. 80’in, sözleşmeyi ihlal eden satıcıya sorumluluktan kurtulma olanağı tanıyan bir diğer hüküm olan CISG m. 79 ile ilişkisi incelemeye değerdir. Bu iki hüküm, Antlaşma’da “Sorumluluktan Kurtulma” başlığı altında düzenlenmişlerdir. İki hükmün ortak özelliği, sözleşmeyi ihlal eden satıcıya sorumluluktan kurtulma olanağı tanımlar. Fakat m. 80 ile satıcıya tanınan sorumsuzluğun kapsamı, m. 79’a kıyasla çok daha geniştir. Satıcı CISG m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulduğu takdirde, alıcı sadece tazminat talep etme hakkından mahrum kalacaktır. Ancak satıcı CISG m. 80 uyarınca sorumluluktan kurtulursa, alıcı ihlale bağlı olan tüm haklarını kaybedecektir. Bu durumda tazminat talep etme hakkının yanı sıra; aynen ifa talebinde bulunma, sözleşmeden dönme, semenin tenzilini talep etme haklarından da mahrum kalır. Satıcının sözleşmeyi ihlal etmesine sebep olan engelin her iki hükmün koşullarını da sağladığı durumda, m. 79’un uygulanmasına gerek kalmaz. Çünkü bu hükümde sağlanan sorumsuzluğun kapsamı çok daha geniştir (**Honnold**, para. 436.1; **IngeborgSchwenzer/ Simon Manner**, “The Pot Calling the Kettle Back: The Impact of the Non-



davranışından (eylemi veya eylemsizliğinden) kaynaklanmış olmasına bağlıdır<sup>334</sup>. Bu ifade ile kastedilen alıcının davranışı ile satıcının ihlali arasında nedensellik bağının bulunmasıdır<sup>335</sup>. Bu bağlamda söz konusu davranış, satıcının uygun ifade bulunabilme imkanını objektif olarak ortadan kaldırmalıdır. Buna ek olarak alıcının kusuru aranmaz<sup>336</sup>. Örneğin satıcıya hatalı üretim talimatları veren alıcı, eylemiyle (olumlu bir davranışıyla) satıcının sözleşmeyi ihlal etmesine yol açmış olur. Alıcının eylemsizliğinin (olumsuz bir davranışının) bu kapsamda değerlendirilebilmesi, ifanın gerçekleşebilmesi için alıcının ihmal ettiği eylemde bulunmasının şart olmasına bağlıdır<sup>337</sup>. Örneğin teslimatın yapılacağı adresi satıcıya bildirmeyen alıcı, ifanın gerçekleşebilmesi için gerekli olan eylemde bulunmaktan kaçınmış olur ve böylelikle satıcının sözleşmeyi ihlal etmesinden kaynaklanan haklarını kaybeder. CISG m. 79(1) uyarınca alıcının denetim alanında kalan engeller(örneğin üçüncü kişilerin davranışları) CISG m. 80 bağlamında alıcının davranışymış gibi değerlendirilecektir<sup>338</sup>.

---

Breaching Party's (Non-) Behaviour on its CISG-Remedies", Camilla B. Andersen & Ulrich G. Schroeter (ed.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, 2008, s. 470 vd., s. 475; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 2; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 2). Fakat CISG m. 79 ile 80'deki sorumluluktan kurtulma koşulları birbiriyle örtüşmemektedir. Bu sebeple çoğu zaman, somut olay için iki hükümden sadece biri uygulama alanı bulabilecektir. CISG m. 77, 79 ve 80'in detaylı bir karşılaştırması için bkz. **Thomas Neumann**, "Shared Responsibility under Article 80 CISG", *Nordic Journal of Commercial Law* 2009/2, Çevrimiçi Erişim: <[http://www.njcl.fi/2\\_2009/neumann\\_thomas.pdf](http://www.njcl.fi/2_2009/neumann_thomas.pdf)>, Son Erişim: 01.05.2013, s. 4 vd.

<sup>334</sup>**Huber**, Huber/Mullis, s. 265; **Schwenzer/Manner**, s. 475; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 3; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 4 ve 8.

<sup>335</sup>**Audit**, para. 187; **Schlechtriem/Butler**, para. 297; **Neumann**, s. 15. Antlaşma, nedensellik bağının kurulmasına ilişkin özel bir düzenleme yapmamıştır. Bu sebeple nedensellik bağının kurulmuş sayılması için, alıcının davranışının satıcının ihlaline araya başka hiçbir olgu girmeksizin doğrudan doğruya sebep olmuş olmasına gerek yoktur. Dolaylı bir nedensellik bağı da yeterli kabul edilebilecektir; bkz. **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 4; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 8. Alıcının davranışı objektif olarak ifayı engelleyebilecek mahiyetteyse nedensellik bağının kurulacağı yönünde, bkz. **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 4. "*Alıcının davranışı gerçekleşmeseydi, satıcının ifayı sözleşmeye uygun gerçekleştireceği yüksek ihtimalle kabul edilebiliyorsa*" nedensellik bağının kurulacağı yönünde, bkz. **Atamer**, CISG, s. 471. Satıcının sözleşmeyi ihlal etmesinin alıcının davranışının tipik bir sonucu olması durumunda nedensellik bağının kurulacağı yönünde, bkz. **Enderlein/Maskow**, Art. 80 para. 5.1.

<sup>336</sup>**Audit**, para. 187; **Enderlein/Maskow**, Art. 80 para. 4; **Huber**, Huber/Mullis, s. 266; **Schwenzer/Manner**, s. 475; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 3; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 4. Bu tespiti destekleyen bir karar için bkz. *Oberlandesgericht Koblenz*, 31.01.1997, CISG-Online No. 256.

<sup>337</sup>**Huber**, Huber/Mullis, s. 266; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 3. *Atamer*, eylemsizliği bu kapsamda yeterli görebilmek için, ihmal edilen eylemde bulunarak ifa yolunda işbirliği yapmanın alıcı açısından bir borç oluşturmasını aramaktadır. Alıcının işbirliği yapma borcunun kaynağı, sözleşme, Antlaşma, taraflar arasında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller, veya dürüstlük kuralı olabilir (**Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 6).

<sup>338</sup>**Huber**, Huber/Mullis, s. 266; **Schwenzer/Manner**, s. 477; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 4.

Alıcının sözleşmeyi ihlal eden her davranışı, satıcıya m. 80 kapsamında sorumluluktan kurtulma imkanı sağlamaz. Alıcının ihlali üzerine sözleşmeyi ihlal eden satıcının sorumluluktan kurtulabilmesi için, alıcının ihlalinin satıcının ihlaline sebep olmuş olması gerekir<sup>339</sup>. Alıcının sözleşmeyi ihlal etmesi (örneğin satım bedelini vadede ödememesi), satıcının uygun ifade bulunabilme imkanını etkilemediği müddetçe, m. 80 kapsamında herhangi bir sonuç doğurmayacaktır<sup>340</sup>. Diğer yandan alıcının bir davranışının bu kapsamda sonuç doğurması için, sözleşmeyi ihlal olarak nitelendirilebilmesine gerek yoktur. Kimi zaman alıcının sözleşmeyi ihlal etmeyen davranışları da satıcıya sorumluluktan kurtulma olanağı tanıyabilir<sup>341</sup>.

Alıcının davranışının m. 80 uyarınca satıcıya sorumluluktan kurtulma olanağı sağlaması için, davranışın m. 79 bağlamında aşılabilir bir engel yaratmasına gerek yoktur. Alıcının davranışı satıcı açısından aşılabilir bir engel yaratsa bile, bu engeli bertaraf etmeyerek sözleşmeyi ihlal eden satıcı sorumluluktan kurtulabilecektir<sup>342</sup>. Bu tespitin kaynağı dürüstlük kuralıdır; alıcının bizzat yarattığı bir engeli satıcıdan bertaraf etmesini beklemek dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Fakat diğer yandan, satıcı, fazlasıyla zahmetsiz ve masrafsız bir biçimde aşılabilir bir engel karşısında hareketsiz kalmamalıdır. Bu durumda satıcıdan engeli bertaraf etmesinin beklenebilmesi de dürüstlük kuralının bir başka yansımasıdır<sup>343</sup>. Örneğin alıcının bildirdiği talimatlar satıcının uygun ifade bulunabilmesine olanak tanıyacak kadar açık değilse, satıcı alıcıdan talimatlara ilişkin ek açıklama talep etmelidir. Satıcının bildirilen talimatların yeterince açık olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilmesi mümkün değildir.

<sup>339</sup>**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 6; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 3.

<sup>340</sup>**Honnold**, para. 436.5. Bu durumda kimi zaman satıcı ifade bulunmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir. Alıcının sözleşmeyi ihlal edecek bir davranışta bulunması, belirli şartlar altında satıcıya ifade bulunmaktan kaçınma hakkı verecektir. Satıcının ifadan kaçınma hakkına sahip olup olmadığını ayrıca ele almak gerekir (**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 3; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 3). Bu açıdan eleştirilmesi gereken bazı kararlar için bkz. *Oberlandesgericht München*, 07.07.1997, CISG-Online No. 282; *Belarusian Chamber of Commerce and Industry International Court of Arbitration*, 05.10.1995, CISG-Online No. 861.

<sup>341</sup>**Huber**, Huber/Mullis, s. 265-266; **Atamer**, CISG, s. 471; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 4.

<sup>342</sup>**Enderlein/Maskow**, Art. 80 para. 3.3; **Huber**, Huber/Mullis, s. 266; **Slechtriem/Butler**, para. 297; **Schwenzer/Manner**, s. 475; **Neumann**, s. 6-7; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 5; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 9.

<sup>343</sup>**Huber**, Huber/Mullis, s. 266-267; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 5; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 9. Bu konuda özellikle bkz. **Enderlein/Maskow**, Art. 80 para. 3.3.

Satıcının sözleşmeyi ihlal etmesine kendi davranışıyla yol açan alıcı, bu davranışının sonucu olarak ihlale bağlı tüm haklarını kaybeder. Bu durumda alıcı, aynen ifa talebinde bulunma, sözleşmeden dönme, semenin tenzilini talep etme, tazminat talep etme haklarının tamamından mahrum kalır<sup>344</sup>. Satıcı, ihlalinden kaynaklanan sorumluluktan kurtulacaktır. Ancak sorumsuzluğun kapsamı, alıcının davranışıyla sebep olduğu ihlalin kapsamıyla sınırlıdır<sup>345</sup>. Örneğin satıcı, teslim yeri kendisine geç bildirildiği için satım konusu malları geç teslim ettiyse, teslimdeki gecikmeden ötürü sorumsuz olacaktır. Fakat geç teslim edilen malların gecikmeden bağımsız olarak sözleşmeye aykırı olması durumunda, satıcının sözleşmeye aykırılıktan ötürü de sorumsuz olması düşünülemez. Alıcı, geç teslimden kaynaklanan hiçbir hakkı olmasa bile; sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan haklarını kullanabilecektir.

## 2. İhlalin Alıcı ile Satıcının Ortak Eylem veya Eylemsizliklerinden Kaynaklanması

Satıcının ihlali tamamen alıcının davranışından kaynaklanıyorsa, CISG m. 80'in uygulama alanı bulacağı şüphesizdir. Fakat ihlale alıcının yanı sıra satıcının da sebep olmuş olduğu durumda, satıcının bu hükümden yararlanma olanağının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Örneğin satım konusu malların sözleşmeye aykırı olmasının hem alıcının yanlış talimat vermesinden hem de satıcının kalitesiz malzeme kullanmasından kaynaklandığı durumda m. 80'i uygulayarak satıcının sorumluluktan kurtulmasına olanak sağlanabilecek midir?

Bazı yazarlara göre, m. 80 sadece taraflardan birinin ihlale tek başına sebep olduğu durumda uygulanabilir<sup>346</sup>. Bu görüş uyarınca hükmün temelinde “ya hep ya

<sup>344</sup>Audit, para. 188; Enderlein/Maskow, Art. 80 para. 3.1; Huber, Huber/Mullis, s. 265; Schlechtriem/Butler, para. 297; Schwenger/Manner, s. 478; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 80 para. 8; Atamer, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 11.

<sup>345</sup>Enderlein/Maskow, Art. 80 para. 6; Neumann, s. 9; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 80 para. 8; Atamer, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 13.

<sup>346</sup>Bu görüşün tarihsel kökeni hakkında bkz. Schwenger/Manner, s. 477. Bu görüşte bkz. Huber, Huber/Mullis, s. 267. Huber, alıcı ile satıcının ihlale ortaklaşa sebep oldukları durumda m. 80'in doğrudan uygulanamayacağını savunmaktadır. Satıcı sorumluluktan kurtulamaz, alıcı m. 45'ten kaynaklanan seçimlik haklarından faydalanabilir. Fakat yazar, bu yaklaşımını bir ölçüde yumuşatmaktadır. Böyle bir durumda satıcı, alıcıdan sözleşmeyi gereği gibi ifa etmesini engellediği için m. 61(1)(b) ve m. 74 vd. uyarınca tazminat talep edebilir. Bu tazminat satıcının ihlaldeki payı

hiç” anlayışı yatmaktadır. Bu sebeple, hüküm uyarınca sorumluluktan kısmen kurtulma mümkün değildir. İhlalde pay sahibi olan tarafa tam sorumsuzluk bahşedilmesi ise düşünülemez.

Bizim de katılmakta olduğumuz baskın görüş ise m. 80’i daha esnek yorumlamaktadır. Tarafların ihlale ortaklaşa sebep olduğu durumda da bu hükmün uygulanabilmesi mümkündür<sup>347</sup>. İhlalin sadece alıcının davranışından kaynaklanması satıcıyı sorumluluğun tamamından kurtarır; ihlalin alıcı ile satıcının her ikisinin de davranışlarından kaynaklandığı durumda ise satıcı sorumluluktan kısmen kurtulacaktır. Bu görüş iki temel gerekçeden hareket edilerek savunulabilir<sup>348</sup>. İlk olarak m. 80’in lafzı bu genişletici yoruma olanak tanımaktadır. Hükmün lafzı uyarınca, bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı “ölçüde” (*to the extent*) dayanamayacaktır<sup>349</sup>. Hükümdeki ölçü kıstası sebebiyle, kısmi sorumsuzluk da mümkündür. İkinci olarak Antlaşma’nın hazırlık çalışmaları da bu yorumu desteklemektedir<sup>350</sup>.

İhlale tarafların beraberce sebep oldukları durumda, m. 80 uyarınca satıcı sorumluluktan kurtulacaktır. Fakat bu durumda satıcının (ihlale alıcının tek başına sebep olduğu durumun aksine) sorumluluktan tamamen kurtulması mümkün değildir. Kısmi sorumluluk devam edecektir. Bu kısmi sorumluluğun kapsamını, parasal taleplere (*monetary claims*) ve parasal olmayan taleplere (*non-monetary claims*) ilişkin haklar açısından ayrı ayrı ele almak gerekir. Alıcının tazminat, semenin tenzili veya faiz gibi parasal taleplere ilişkin hakları konusunda varılacak sonuç açık ve tartışmadan uzaktır. Alıcı, parasal taleplere ilişkin haklarından ihlaldeki payı

---

oranında indirime tabi tutulacaktır (**Huber**, Huber/Mullis, s. 267-268). Huber’in önerdiği çözümün, sonuç itibarıyla m. 80’in uygulanmasını savunan görüşle örtüştüğü yönünde, bkz. **Neumann**, s. 10-11.

<sup>347</sup>**Tallon**, Bianca/Bonell, Art. 80 para. 2.4; **Audit**, para. 188; **Enderlein/Maskow**, Art. 80 para. 6; **Schwenzer/Manner**, s. 477-478; **Neumann**, s. 10; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 7; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 10.

<sup>348</sup>**Schwenzer**, bu iki gerekçeye ek olarak üçüncü bir gerekçe ileri sürmektedir. Yazara göre ihlale alıcının tek başına sebep olduğu durum, zaten m. 79 ile sorumsuzluk kapsamına alınmıştır. CISG m. 80’i sadece halihazırda başka bir hükmün kapsamında olan bir duruma uygulamak bu açıdan mantıksızdır. Kanımca **Schwenzer**’in eleştirel gerekçesi belli bir ölçüye kadar haklıdır. Ancak kimi zaman alıcının tek başına yarattığı aşılabilir engeller, satıcıya m. 79 kapsamında sorumsuzluk sağlayamayıp m. 80 kapsamında sorumsuzluk tanıyabilir. Bu sebeple **Schwenzer**’in tespitini benimsediğimiz görüşe gerekçe olarak gösteremiyoruz.

<sup>349</sup>**Schwenzer/Manner**, s. 478; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 7; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 10.

<sup>350</sup> Bu konuda bkz. **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 7 dn. 31.

ölçüsünde mahrum olacaktır. Satıcı, bu ölçüde sorumluluktan kurtulur<sup>351</sup>. Örneğin alıcının ihlaldeki payının % 30, satıcının ihlaldeki payının % 70 olduğu durumda, alıcı 10.000 USD'lik zararının yalnızca 7.000 USD'lik kısmının tazminini satıcıdan talep edebilecektir. Satıcı, 3.000 USD'lik zararın tazmini sorumluluğundan kurtulur. *Tallon*'a göre, alıcının ihlaldeki payının belirlenmesinde iki yöntemin kullanılması mümkündür. Objektif yöntem, belirleyici kriter olarak alıcının eyleminin ilgili sonuca yol açabilme olasılığını esas alırken; subjektif yöntem, alıcının eyleminin ağırlığını temel alarak kusur kavramından yola çıkacaktır. Yazar, bu noktada CISG'nin kusur temelli bir yaklaşımı reddettiğini belirtmekte ve asli olarak ilk yöntemin uygulanmasını desteklemektedir<sup>352</sup>. *Schwenzer* ise alıcının ihlaldeki payı belirlenirken, alıcının eyleminin ilgili sonuca yol açabilme olasılığı, tarafların kusuru, ihlalin ağırlığı gibi kriterlerin kümülatif olarak değerlendirmeye alınmasını savunmaktadır<sup>353</sup>. Bu farklı görüşler, tüm bu kriterlere rağmen asıl belirleyici unsurunhâkimin takdir yetkisi olacağı noktasında uzlaşmaktadır<sup>354</sup>.

Parasal olmadığı için bölünemeyen sözleşmeden dönme gibi taleplere ilişkin haklarda ise böyle bir paylaşırma yapmak mümkün olmadığından, makul bir sonuç önermek son derece güçtür. Sözleşmeden dönme hakkını ele alan çalışmamız açısından özel bir önem taşıyan bu konudaki tartışmalarda, üç farklı görüş ortaya koyulmuştur. Bazı yazarlara göre, alıcı, bu taleplere ilişkin haklarından, ihlaldeki payının satıcının payına kıyasla daha hafif veya ağır olduğuna bakılmaksızın mahrum kalacaktır. Alıcının sadece bölünebilir taleplere ilişkin haklardan yararlanması mümkündür<sup>355</sup>. Bu görüşün tam aksini savunan yazarlar ise alıcının ihlaldeki payının satıcının payına kıyasla daha hafif veya ağır olduğuna bakılmaksızın, alıcının parasal olmayan taleplere ilişkin hakları kullanabileceğini belirtmektedir. Bu durumda sözleşmeden dönme hakkını kullanıp kullanmama inisiyatifine sahip olan taraf alıcıdır. Alıcı, bu hakları kullanmayı tercih ettiği takdirde; satıcı, kendisine yüklenen ek masraflara ilişkin olarak alıcının ihlaldeki

<sup>351</sup>**Tallon**, Bianca/Bonell, Art. 80 para. 2.5; **Audit**, para. 188; **Enderlein/Maskow**, Art. 80 para. 6, **Schwenzer/Manner**, s. 478-479; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 9; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 17. *Neumann*, uygulamada bu yönde pek çok karar verildiğini ancak bu kararların m. 80'den hareket etmek yerine sıklıkla Antlaşma'nın konuya uygun düşmeyen başka hükümlerine atıf yaptığını belirtmektedir (*Neumann*, s. 12 vd.).

<sup>352</sup>**Tallon**, Bianca/Bonell, Art. 80 para. 2.5.

<sup>353</sup>**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 9. Aynı yönde bkz. *Neumann*, s. 18.

<sup>354</sup>**Audit**, para. 188; **Tallon**, Bianca/Bonell, Art. 80 para. 3.1; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 9.

<sup>355</sup>**Tallon**, Bianca/Bonell, Art. 80 para. 2.5; **Audit**, para. 188. Dolayısıyla bu durumda alıcının, tazminat gibi parasal taleplere ilişkin haklarından faydalanması gerekecektir.

payı ölçüsünde tazminat talep etme hakkı kazanır. Örneğin ihlale sebep olan davranışların % 60'ının alıcıya, % 40'ının satıcıya atfedildiği durumda, alıcı sözleşmeden dönebilecek fakat sözleşmeden dönmeyi tercih ettiği takdirde satıcının uğradığı zararın % 60'ını karşılayacaktır<sup>356</sup>. Üçüncü görüş ise tarafların ihlaldeki paylarına göre bir ayırım yapmayı ve alıcının bölünemeyen taleplere ilişkin haklarından yararlanabilmesini ihlaldeki payının satıcıninkine kıyasla daha hafif olmasına bağlamayı teklif etmektedir. Örneğin ihlale ilişkin sorumluluğun % 60'ının alıcıya, % 40'ının satıcıya atfedildiği durumda, alıcının sözleşmeden dönmesi mümkün değildir. Alıcının ihlaldeki payının satıcıninkine kıyasla daha ağır olduğu durumda, alıcının sözleşmeden dönmesine olanak tanınması dürüstlük kuralına aykırı olacaktır<sup>357</sup>.

#### **D. Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkıyla Bağdaşmayacak Bir Seçimlik Haktan Faydalanmamış Olması**

CISG'ın ifa engelleri sisteminin genel görünümünü ortaya koyan CISG m. 45 uyarınca, satıcının sözleşmeyi herhangi bir şekilde ihlal etmesi durumunda, alıcı, aynen ifa talebinde bulunabilir; sözleşmeden dönebilir; semenin tenzilini talep edebilir; tazminat talep edebilir<sup>358</sup>. Bu seçimlik haklardan tazminat talep etme hakkı, tek başına kullanılabilir gibi; diğer seçimlik hakların yanı sıra onları tamamlayıcı olarak da kullanılabilir. Yani aynen ifa talebinde bulunan veya sözleşmeden dönen veya semenin tenzilini talep eden alıcı, uğramış olduğu zararın tazminini ayrıca talep edebilir. Bu yönüyle tazminat talep etme hakkının diğer seçimlik haklarla (özellikle sözleşmeden dönme hakkıyla) bağdaştırılarak kullanılabilirliği söylenebilir<sup>359</sup>. Aynen ifa talebinde bulunma, sözleşmeden dönme ve semenin tenzilini talep etme haklarının ise birarada kullanılabilmesi mümkün değildir. Bu seçimlik hakların kullanılmasının sonuçları birbiriyle bağdaştırılmayacak şekilde çatışır. Alıcının sözleşmeden dönebilmesi için, aynen ifa veya semenin tenzili taleplerinden

<sup>356</sup> **Schwenzer/Manner**, s. 479; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 80 para. 9.

<sup>357</sup> **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 80 para. 19.

<sup>358</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 1; **Huber**, Structure of Remedies, s. 13; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 45 para. 2.

<sup>359</sup> Bkz. CISG m. 45(2). **Will**, Bianca/Bonell, Art. 45 para. 2.1.2; **Enderlein/Maskow**, Art. 45 para. 6; **Atamer**, CISG, s. 334; **Honnold**, para. 277; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 25 vd.; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 45 para. 15.

faydalanmaması gerekir<sup>360</sup>.

Fakat bu açıklamalar ışığında, alıcının bir kere aynen ifa veya semenin tenzili talebinde bulunmakla sözleşmeden dönme hakkını kalıcı olarak kaybettiği gibi katı bir sonuca ulaşılmamalıdır. Aynen ifa veya semenin tenzili talebinde bulunan alıcı, bu seçimini daha sonra değiştirebilir ve sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için hak düşürücü süreye riayet etmek koşuluyla sözleşmeden dönebilir. Burada kritik olan nokta, alıcının seçimini değiştirme hakkının (*ius variandi*) sınırlarını çizmektir<sup>361</sup>.

Başlangıçta aynen ifa talebinde bulunmuş olan alıcının, satıcı bu talebin gereğini yerine getirmediği seçimini değiştirerek sözleşmeden dönmesi mümkündür<sup>362</sup>. Bu çerçevede CISG m. 47(2)'nin geçici olarak alıcının seçimini değiştirme hakkını sınırlayabileceği unutulmamalıdır. Satıcıya ifada bulunması için m. 47 uyarınca mehil veren alıcı, bu mehil boyunca herhangi bir seçimlik haktan yararlanamayacağı için sözleşmeden dönebilir<sup>363</sup>. Ayrıca kimi zaman dürüstlük kuralı, alıcıyı seçimini değiştirmekten alıkoyabilir<sup>364</sup>.

Başlangıçta semenin tenzili hakkını kullanmış olan alıcının seçimini değiştirmesinin mümkün olup olmadığı ise daha detaylı bir inceleme gerektirmektedir<sup>365</sup>. Alıcı, semenin tenzili hakkını tek taraflı bir beyanla kullanır. Bu beyan, m. 27 kapsamında bir bildirim olduğu için gönderilmekle beraber hüküm

<sup>360</sup> **Atamer**, CISG, s. 331; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 12. Aynen ifayı talep etme hakkı ile sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının sonuçlarının birbirleriyle bağdaşmadığı yönünde bkz. **Will**, Bianca/Bonell, Art. 46 para. 2.1.1.1; **Audit**, para. 126; **Enderlein/Maskow**, Art. 46 para. 2; **Huber**, Huber/Mullis, s. 191; **Honnold**, para. 282; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 46 para. 14; **Başoğlu**, s. 224.

<sup>361</sup> Bu başlık altında başlangıçta aynen ifa veya semenin tenzili talebinde bulunan alıcının daha sonra bu seçimini değiştirme olanağı bulunup bulunmadığı ele alınacaktır. Başlangıçta sözleşmeden dönme beyanında bulunan alıcının bu beyanı geri alıp seçimini değiştirme olanağının bulunup bulunmadığı, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması bahsinde incelenecektir. Bkz. aşağıda “Bölüm 3 / I. / B. Sözleşmeden Dönme Beyanının Hüküm İfade Etme Anı ve Geri Alınması”

<sup>362</sup> **Will**, Bianca/Bonell, Art. 46 para. 2.1.2; **Atamer**, CISG, s. 311; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 14; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 46 para. 29.

<sup>363</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 14; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 46 para. 29. CISG m. 47'nin bu sınırlayıcı etkisi hakkında bkz. yukarıda dn. 209.

<sup>364</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 15; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 46 para. 29.

<sup>365</sup> Semen tenzili hakkına ilişkin yapılan bu tartışmaların benzeri, sözleşmeden dönme hakkına ilişkin olarak da yapılmaktadır. Bu konuda bkz. aşağıda “Bölüm 3 / I. / B. Sözleşmeden Dönme Beyanının Hüküm İfade Etme Anı ve Geri Alınması”.

ifade eder<sup>366</sup>. Dolayısıyla kimi yazarlar, semenin tenzili beyanının yenilik doğurucu nitelikte olduğunu belirterek geri alınamayacağını savunmaktadırlar<sup>367</sup>. Bu görüş uyarınca alıcı, semenin tenzili beyanında bulunduğu takdirde bu tercihiyle bağlanır ve bu beyanı geri alıp sözleşmeden dönme imkanını kaybeder. Kanımca semenin tenzili hakkını, kullanıldığı vakit doğurduğu sonuç itibarıyla yenilik doğurucu bir hak olarak nitelendirmek mümkündür<sup>368</sup>. Ancak bu yenilik doğurucu nitelik kabul edilse bile, beyanın yöneltildiği kişi beyana güvenerek hareket etmeye başlamadığı sürece beyanın geri alınmasına olanak tanımak gerekir<sup>369</sup>. Beyanın yöneltildiği satıcının beyana güvenerek hareket etmeye başlamadığını ispat etme yükü, alıcıya ait olacaktır<sup>370</sup>. Böylece semenin tenzili beyanını geri alan alıcı, sözleşmeden dönebilir. Fakat çoğunlukla semenin tenzili beyanını geri alan alıcı, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için hak düşürücü süreyi kaçırmış olacaktır<sup>371</sup>.

#### **E. Satıcının Sözleşmeye Aykırı Mal Teslim Ettiği Durumda Alıcının İhbarda Bulunmuş Olması**

CISG uyarınca, satıcı, satım konusu malları sözleşmeye uygun olarak teslim etme borcu altındadır. Satıcının sözleşmeye uygun mal teslim etme borcu m. 35 vd.'nda düzenlenmiştir. Bu itibarla CISG'nin ulusal hukuk düzenlerindeki "ayıp" kavramı yerine, "sözleşmeye uygunluk" (*conformity*) kavramını benimsediği belirtilmelidir<sup>372</sup>. Satıcının teslim ettiği malların tarafların anlaşmalarına aykırı

<sup>366</sup>Will, Bianca/Bonell, Art. 50 para. 2.1.3; **Schlechtriem/Butler**, para. 204; **Huber**, Huber/Mullis, s. 250; **Bach**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 50 para. 29-30. CISG m. 27 kapsamındaki bildirimlerin gönderilmekle hüküm ifade etmeleri hakkında bkz. aşağıda "Bölüm 3 / I. / B. Sözleşmeden Dönme Beyanının Hüküm İfade Etme Anı ve Geri Alınması".

<sup>367</sup>Will, Bianca/Bonell, Art. 50 para. 2.1.3; **Huber**, Huber/Mullis, s. 250. **Bach**, kendisinin bu konuda şüpheleri olduğunu belirtmekte, fakat bu görüşü çoğunluk görüşü olarak yansıtmaktadır (**Bach**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 50 para. 32-33).

<sup>368</sup>**Atamer**, ulusal hukuklardaki yenilik doğurucu hak kavramının CISG bağlamında kullanılmasının, ulusal hukuklarda bu alanda yapılan tüm tartışmaları CISG çerçevesinde gündeme getireceğini belirtmektedir. Bu sebeple semenin tenzili yönündeki beyanı, yenilik doğurucu bir beyan olarak nitelendirmekten kaçınmaktadır (**Atamer**, CISG, s. 333 ve 390).

<sup>369</sup>**Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 18. Benzer bir açıklama için bkz. **Honnold**, para. 312. Satıcının haklı menfaatlerini zedelememek kaydıyla alıcının bu beyanı geri alabileceği yönünde bkz. **Atamer**, CISG, s. 390.

<sup>370</sup>**Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 18.

<sup>371</sup>**Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 19.

<sup>372</sup>**Cevdet Yavuz**, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989, s. 15-16; **Atamer**, CISG, s. 181; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35 para. 4. Sözleşmeye uygunluk kavramının kapsamı ayıp kavramına nazaran daha geniş olduğu için, ulusal hukuk düzenlerinde ayıplı ifa teşkil edip etmedikleri tartışmalı olan eksik ifa ve (CISG kapsamında da tartışmalı olmakla beraber) *aliud* ifa gibi birçok durum, sözleşmeye aykırı mal kavramının potası içinde erimiştir (**Atamer**, CISG, s. 184; **Schlechtriem/Butler**, para. 132; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 35 para. 13).



olması (subjektif sözleşmeye aykırılık)<sup>373</sup> veya tarafların varsayılan anlaşmalarına aykırı olması (objektif sözleşmeye aykırılık)<sup>374</sup> durumunda, satıcı sözleşmeyi ihlal etmiş olur. Buna bağlı olarak alıcının m. 45'te düzenlenen seçimlik haklardan faydalanması gündeme gelecektir. Fakat alıcının sözleşmeye aykırılığa dayanarak m. 45'teki seçimlik haklardan faydalanabilmesi (örneğin sözleşmeden dönebilmesi) için, malı muayene edip sözleşmeye aykırılığı satıcıya ihbar yoluyla bildirmesi şarttır.

Ulusal hukuk düzenleri, muayene ve ihbar konusunda birbirlerinden oldukça farklı yaklaşımlar benimsemektedirler<sup>375</sup>. Ulusal hukuk düzenlerindeki farklı yaklaşımları yeknesak hale getirmenin güçlüğü karşısında, muayene ve ihbar konusu, CISG'ın hazırlık sürecinde üzerinde en çok tartışılan düzenlemelerden biri olmuştur. Bu tartışmanın özellikle sıkı bir muayene ve ihbar rejimi benimseyen devletler ile muayene ve ihbar rejimi konusunda esnek olan devletler arasında yoğunlaştığı belirtilmektedir<sup>376</sup>. Her iki taraf da kendi yaklaşımının ön plana alınması için çaba sarf etmiştir. Bununla beraber bazı yazarlar, tartışmanın gelişmekte olan devletler ile gelişmiş devletler eksenine vurgu yapmaktadırlar<sup>377</sup>. Alıcı konumunda olan ve Antlaşma'nın hazırlık sürecine çoğunlukla alıcı bakış açısıyla katkıda bulunan gelişmekte olan devletler, alıcının kendisine yüklenen külfetleri yerine getirmediği için sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan haklarından mahrum kalmasını uygun bulmamıştır. Nitekim ULIS'in gelişmekte olan devletler tarafından benimsenmeyerek başarısızlığa uğramasının en önemli sebeplerinden biri, satıcının menfaatine odaklanan ve alıcı aleyhine olacak şekilde fazlasıyla sıkı olan külfet rejimidir. Hazırlık sürecindeki tartışmalar neticesinde, farklı bakış açıları göz önüne

<sup>373</sup> Bu konuda bkz. **Atamer**, CISG, s. 184 vd.; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35 para. 6 vd.; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 35 para. 37 vd.

<sup>374</sup> Bu konuda bkz. **Atamer**, CISG, s. 196 vd.; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35 para. 12 vd.; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 35 para. 60 vd.

<sup>375</sup> Bu konuda bkz. **CISG Advisory Council, Opinion No. 2**, Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Articles 38 and 39, 7 June 2004, Rapporteur: Professor Eric E. Bergsten, Emeritus, Pace University School of Law, New York, para. 2; **Ingeborg Schwenzer**, "The Noble Month (Articles 38,39 CISG) – The Story Behind the Scenery", European Journal of Law Reform Vol. 7 2005 s. 353 vd., s. 354-355; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 5.

<sup>376</sup> **CISG-AC No. 2**, para. 3.4; **Alastair Mullis**, Huber/Mullis, s. 148; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 6.

<sup>377</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 39 para. 1; **Atamer**, CISG, s. 222; **Harry M. Flechtner**, "Buyer's Obligation to Give Notice of Lack of Conformity (Articles 38, 39, 40 and 44)", Franco Ferrari/Harry Flechtner/Ronald A. Brand (ed.), The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention, 2004, s. 377 vd., s. 378; **Honnold**, para. 254.1; **CISG-AC No. 2**, para. 3.4, **Mullis**, Huber/Mullis, s. 148.

alınmış ve bu külfet rejiminin yerine alıcı ile satıcının menfaatlerini dengeleyen bir rejim düzenlenmiştir<sup>378</sup>.

Muayene ve ihbar külfetlerinin öncelikli amacı, satıcıyı korumaktır. Sözleşmeye aykırılıktan belirli süreler içerisinde haberdar edilen satıcı, böylelikle bu konuda çeşitli önlemler alabilir<sup>379</sup>. Örneğin alıcının sözleşmeye aykırılık iddiasının haklı olup olmadığı yönünde araştırmalar yapabilir ve kendisinin malların sözleşmeye uygun olduğu yönünde bir iddiası varsa bu iddiasını desteklemek üzere delil temin edebilir. Diğer yandan ihlali giderme hakkını kullanarak ihlali ortadan kaldıracaktır. Ayrıca alıcının sözleşmeye aykırılığı ihbar edebileceği sürenin bitmesiyle işlem nihai olarak sona ermiş olur. Böylece satıcı, yaptığı işleme ilişkin rizikoları daimi olarak finansal planlamasına yansıtma zorunluluğundan kurtulur. Ek olarak, ihbar, satıcının satım konusu malları bir başkasından temin etmiş olduğu durumda, malların temin edildiği kişiye yöneltilebilecek taleplerin korunması açısından önemlidir.

Satıcıyı sözleşmeye aykırı mal teslimine ilişkin sorumlu tutmak isteyen alıcının m. 38 vd.'da düzenlenen rejime uygun davranması gerekir. Bu rejim uyarınca, alıcı malı muayene etmeli (m. 38) ve saptanan sözleşmeye aykırılığı satıcıya ihbar yoluyla bildirmelidir (m. 39). Sözleşmeye aykırılığı saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde türünü de belirterek

<sup>378</sup> ULIS ile CISG'nin külfet rejimleri arasında üç belirgin farklılığın bulunduğu söylenebilir. İhbar külfetini düzenleyen ULIS m. 38, malın "derhal" (*promptly*) muayene edilmesini gerektirirken; CISG m. 38, "koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde" (*within as short a period as is practicable*) yapılacak muayeneyi yeterli görmektedir. Diğer yandan ihbar külfetini düzenleyen ULIS m. 39, sözleşmeye aykırılığın saptandığı veya saptanması gerektiği andan sonra "derhal" (*promptly*) ihbar edilmesini şart koşarken; CISG m. 39, sözleşmeye aykırılığın saptandığı veya saptanması gerektiği andan itibaren "makul bir süre içinde" (*within a reasonable time*) yapılacak ihbarı yeterli görmektedir. En önemlisi, CISG m. 44 uyarınca, makul bir özürlü bulunan alıcı, ihbar külfetini yerine getirmese bile semenin tanzilini ve zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Böyle bir olanak, ULIS'te bulunmamaktadır. CISG'nin muayene ve ihbar külfeti konularının düzenlenmesine ilişkin hazırlık çalışmaları hakkında bkz. **CISG-AC No. 2**, para. 3; **Schwenzer**, *Noble Month*, s. 356-357. Bu açıdan ULIS ile CISG'nin muayene ve ihbar rejimleri arasında herhangi bir farklılık yokmuş gibi hareket eden ilk dönem Alman kararları eleştiriye tabi tutulmuştur (**Schwenzer**, *Noble Month*, s. 357-358). Söz konusu karar örnekleri için bkz. *Landgericht Stuttgart*, 31.08.1989, CISG-Online No. 11 (CISG ile Alman hukukunun ihbar külfetine ilişkin paralel düzenlemeler içerdiği ve satım konusu ayakkabılara ilişkin sözleşmeye aykırılık saptandıktan 16 gün sonra yapılan ihbarın makul süre içerisinde yapılmadığı yönünde); *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 10.02.1994, CISG-Online No. 116 (CISG ile ULIS'in ihbar rejimleri arasında benzerlik kurulabileceği yönünde).

<sup>379</sup> İhbar külfetinin amacı hakkında bkz. **Sekreteryaya Şerhi**, Art. 37 para. 4; **Audit**, para. 107; **Mullis**, *Huber/Mullis*, s. 149-150; **Flechner**, *Notice*, s. 384-385; **Schwenzer**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 39 para. 3; **Kröll**, *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, Art. 39 para. 7 vd.; **UNCITRAL Digest**, Art. 39 para. 13.

bildirmeyen alıcı, sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder [m. 39(1)]. Ayrıca alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren iki yıl içinde sözleşmeye aykırılığı ihbar etmezse, sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybedecektir [m. 39(2)]. Tarafların muayene ve ihbar rejimi konusunda herhangi bir anlaşma yapmış olmaları durumunda, öncelikli olarak bu anlaşmaya itibar edilir<sup>380</sup>. Bu konuda m. 9(2) anlamında bir teamülün bulunduğu durumda da, söz konusu teamül m. 39'daki sürelerin yerini alacaktır<sup>381</sup>.

Alıcının sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını belirli bir şekilde davranmasına bağlayan bu rejimin merkezi, m. 39'da düzenlenen ihbardır. İhbar, alıcı açısından bir külfet niteliğindedir<sup>382</sup>. Alıcı, ilgili süreler içerisinde sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek satıcıya ihbar etmezse, sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder. Muayenenin ise sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını doğrudan etkileyen bir işlevi bulunmamaktadır. Alıcı, sırf muayene külfetini yerine getirmemekle sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkından mahrum kalmaz<sup>383</sup>. Muayene külfetinin yerine getirilmemesi, ihbar külfetinin yerine getirilmemesine yol açtığı ölçüde alıcı açısından olumsuz sonuç doğuracaktır. Alıcı, malı muayene süresi içerisinde usulüne uygun biçimde muayene etmez; fakat geç yapılan bir muayene ile tespit ettiği veya tesadüfen fark ettiği sözleşmeye aykırılığı ihbar süresi içerisinde satıcıya ihbar ederse, sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını koruyacaktır. Muayenenin külfet rejimi içerisindeki önemi, ihbar süresinin işlemeye başlayacağı anın tespit edilmesindeki işlevinden ileri gelir<sup>384</sup>. Alıcının malı m. 38 uyarınca

<sup>380</sup> Bu konuda bkz. **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 15 vd. Tarafların COFREUROP Koşulları'nın (*Common European Usages for the Domestic and International Sale of Eatable Fruits and Vegetables*) sözleşmelerine uygulanmasını kararlaştırdıkları olayda, Koşulların 17. maddesinde düzenlenen 12 saatlik ihbar süresine riayet edilmesi gerektiği yönünde bkz. *Oberster Gerichtshof*, 30.06.1998, CISG-Online No. 410.

<sup>381</sup> Avusturyalı satıcı ile Alman alıcı arasındaki kereste satımı sözleşmesine, bölgedeki kereste ticaretine ilişkin teamül kurallarını içeren *Tegernseer Gebräuche*'ninm. 9(2) bağlamında uygulanacağı ve bu teamül kuralları uyarınca 14 günlük ihbar süresine riayet edilmesi gerektiği yönünde bkz. *Oberster Gerichtshof*, 21.03.2000, CISG-Online No. 641.

<sup>382</sup> Sözleşmeye aykırılık ihbarı, alıcı açısından borç değil külfet niteliğindedir; **Neumayer/Ming**, Art. 39 para. 2; **Atamer**, CISG, s. 222. İhbar külfetini yerine getirmeyen alıcı, bazı haklardan faydalanamayacaktır. Ancak sırf ihbar külfetini yerine getirmemiş olmak borç ihlali olarak değerlendirilemeyeceği için, alıcı açısından m. 61 uyarınca herhangi bir sorumluluk doğmasına yol açmaz.

<sup>383</sup> **Mullis**, Huber/Mullis, s. 149.

<sup>384</sup> İhbar süresi, sözleşmeye aykırılığın saptandığı veya saptanması gerektiği anda işlemeye başlar. Sözleşmeye aykırılığın daha evvel alıcı tarafından saptanmadığı ihtimalde, ihbar süresinin işlemeye başlayacağı "sözleşmeye aykırılığın saptanması gerektiği an", muayene süresine göre belirlenir. CISG m. 38'de düzenlenen muayene ile m. 39'da düzenlenen ihbar arasındaki ilişki için bkz. aşağıda "Bölüm 2 / III. / E. / 2. / a. Alıcının Sözleşmeye Aykırılığı Saptadığı veya Saptaması Gerektiği Andan İtibaren Makul Süre".

muayene etmemesi, sözleşmeden dönme hakkını doğrudan etkilemediği için bu bölümde öncelikli olarak ihbar külfeti incelenecektir. Muayene kavramına, ihbar külfeti ile ilişkili olduğu ölçüde yer verilecektir.

İhbar, sözleşmeye aykırı mal teslimine özgü olarak sözleşmeden dönme hakkını sınırlayıcı bir işleve sahiptir. İhbar külfetini yerine getirmeyen alıcı, sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybedeceği için sözleşmeden dönemez<sup>385</sup>. İhbar külfeti, m. 35 kapsamındaki her tür sözleşmeye aykırılık açısından mevcuttur. Bu açıdan sözleşmeye aykırılığın malların türüne, miktarına veya kalitesine ilişkin olmasının önemi yoktur<sup>386</sup>. Alıcı, sadece *peius* ifa durumunda değil; *aliud* ifa ve eksik ifa durumunda da sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmak zorundadır. Benzer şekilde satıcının kararlaştırılandan daha fazla mal teslim ettiği durumda da sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmayan alıcı, m. 52(2) uyarınca fazla kısım için bedel ödemek zorunda kalacaktır<sup>387</sup>. CISG m. 39'un metni, ihbar külfetini yalnızca sözleşmeye aykırı mallar açısından ele almaktadır. Fakat doktrinde belgelerdeki sözleşmeye aykırılığın da ihbar külfeti kapsamında bildirilmesinin şart olduğu belirtilmektedir<sup>388</sup>.

Diğer yandan sözleşmeye aykırılığın açık veya gizli olmasının da ihbar külfetinin varlığı açısından bir önemi bulunmamaktadır. Bu çalışma kapsamında, “açık sözleşmeye aykırılık” kavramı ile muayene süresi içerisinde yapılacak uygun bir muayene ile saptanabilecek sözleşmeye aykırılıklar kastedilmektedir. “Örtülü sözleşmeye aykırılık” kavramı ise böyle bir muayene ile saptanabilmesi mümkün olmayan sözleşmeye aykırılıkları konu almaktadır. Antlaşma'nın metninde yer verilmeyen bu ayrım, hükümlerin yorumlanması açısından başvurmak

<sup>385</sup> **Kazuaki Sono**, Art. 39 para. 2.2; **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.2.2.1; **Audit**, para. 109; **Enderlein/Maskow**, Art. 39 para. 1; **Honnold**, para. 259; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 7; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 5; **UNCITRAL Digest**, Art. 39 para. 3; **Erkan**, s. 57.

<sup>386</sup> **Honnold**, para. 256; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 30; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 19; **Pelin Baysal**, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayrıntılı Sorumluluğu”, Şükran Şıpka / Ahmet Cemil Yıldırım (ed.), Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, İstanbul 2012, s. 221 vd., s. 260.

<sup>387</sup> **Atamer**, CISG, s. 237; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 30; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 20.

<sup>388</sup> **Audit**, s. 104 dn. 2; **Enderlein/Maskow**, Art. 39 para. 2; **Atamer**, CISG, s. 223; **Honnold**, para. 256; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 22; **Baysal**, s. 261. Nitekim Antlaşma'nın aynı derecede muteber olarak kabul edilen altı dildeki metinlerinden biri olan Fransızca metinde, mallara ilişkin bir sınırlama yapılmaksızın sözleşmeye aykırılıktan (*un défaut de conformité*) bahsedilmiştir.

zorunludur<sup>389</sup>. Alıcı gizli sözleşmeye aykırılıkları da ihbar etme külfeti altındadır; ancak bu durumda ihbar süresinin başlangıç anına ilişkin özel bir durum gündeme gelecektir.

Sözleşmeye aykırılık ihbarını düzenleyen m. 39, içerdiği esnek terimler itibarıyla üzerinde en çok tartışılan hükümlerden biridir. Hüküm çerçevesinde, özellikle ihbarın asgari içeriğinin ve ihbarda bulunulabilecek sürenin belirlenmesi sorun yaratmaktadır. Burada temel çatışma noktası, alıcı ile satıcının menfaatlerinin dengelenmesidir. *Flechtner*, bu konuda alıcı yanlısı radikal bir çözümü desteklemektedir. Yazara göre, m. 39, ihbar kurumunun amacından hareket ederek yorumlanmalıdır. Alıcının geçerli bir ihbarda bulunup bulunmadığını değerlendirirken ihbar kurumunun amacına yönelik olmayan bir takım zorlamalar yaratmak, isabetli değildir. Sözleşmeye aykırılığa ilişkin detaylı bilgiler içermeyen veya kısa bir süre içinde yapılmış olmayan bir bildirim de, ihbar kurumunun amacını yerine getirdiği ve satıcıya zarar vermediği müddetçe, geçerli bir ihbar olarak kabul edilmelidir<sup>390</sup>. Başka bir deyişle, bir bildirim m. 39'daki koşulları taşıyıp taşımadığı değerlendirilirken, öncelikle, bildirim sözleşmeye aykırılığın türünü belirtip belirtmediğine ve makul sürede yapılıp yapılmadığına bakılır. Bu değerlendirmede, bildirim sözleşmeye aykırılığın türünü yeterince belirtmediği ve/veya makul sürede yapılmadığı sonucuna ulaşıldığı takdirde, alıcıya bir ispat imkanı tanınır. Alıcı, bu durumun ihbarın amacını yerine getirmesine engel olmadığını ispatlayarak, bildirim m. 39 çerçevesinde sözleşmeye aykırılık ihbarı olarak değerlendirilmesini sağlayabilir<sup>391</sup>. Aksi bir yorum, ihbarın ikincil bir borç (*secondary obligation*) olarak düzenlenmiş olduğu Antlaşma'nın yapısına aykırıdır<sup>392</sup>. Yazarın bu konuda önerdiği fazlasıyla liberal yorumu benimsemek oldukça zordur. Kanımca CISG m. 39'daki "sözleşmeye aykırılığın türü" ve "makul süre" ifadelerini yorumlarken, mümkün olduğu ölçüde alıcı yanlısı bir tutum izlenmelidir. Bu çerçevede, ihbar kurumunun amacı göz önünde tutulmalı ve kurumun amacını aşan zorlamalar yaratmaktan kaçınılmalıdır. Ancak bir kere yorum yapıldıktan ve alıcının bildirim sözleşmeye aykırılığın türünü belirtmediği ve/veya makul sürede yapılmadığı kanaatine varıldıktan sonra, alıcıya ikinci bir şans

<sup>389</sup> **Atamer**, CISG, s. 222 dn. 486.

<sup>390</sup> **Flechtner**, Notice, s. 386.

<sup>391</sup> **Flechtner**, Notice, s. 387.

<sup>392</sup> **Flechtner**, Notice, s. 385.

tanılarak ihbar kurumunun amacına yine de ulaşıldığını ispatlama olanağının verilmesine gerek yoktur. Öncelikle ihbar kurumunun amacı, *Flechtner*'in yaptığı gibi birkaç kaleme indirgenemez. Bu kurum, sadece satıcıya ihlali giderme, delil toplama ve malı temin ettiği kişiye karşı olan haklarını koruma imkanlarını vermek maksadıyla tasarlanmamıştır. Ayrıca yazarın önerisi, alıcının ihbar konusundaki sınırlamaya uymamasına rağmen sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan haklardan faydalanabilmesine ve böylelikle alıcı ile satıcı arasındaki menfaatler dengesinin bozulmasına yol açacaktır. Satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim ederek kınanabilir bir davranışta bulunmasının, alıcının haklarının sınırsız olmasına yol açtığı kabul edilemez. Gereği gibi ihbarda bulunmayan alıcının, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan haklarını kaybetmesi son derece normaldir. Bu durum, ihbarın külfet niteliğinden kaynaklanır; ihbara “borç” niteliği kazandırmaz. Aşağıda yapacağımız açıklamalar, bu yaklaşım ışığında şekillendirilmiştir.

## 1. İhbarın İçeriği ve Şekli

Sözleşmeye aykırılık ihbarı, satıcıya yöneltilmesi gereken bir bildirimle yapılır<sup>393</sup>. Söz konusu ihbarın, öncelikle alıcının mallara ilişkin itirazını içermesi gerekir<sup>394</sup>.

İhbarın sözleşmeye aykırılığın türünü (*the nature of the lack of conformity*) belirtiyor olması da şarttır<sup>395</sup>. Böylelikle satıcı, sadece sözleşmeye aykırılığın varlığından değil, türünden de haberdar olacak ve alabileceği önlemleri bu bağlamda değerlendirebilecektir. İhbarın asgari içeriğinin kapsamını belirlerken alıcı karşıtı sert

<sup>393</sup>**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 14; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 49.

<sup>394</sup>**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 6; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 31. Alıcının beyanının bu açıdan mallara ilişkin bir itiraz içerip içermediği, m. 8 ışığında değerlendirilecektir (**Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 31). Bu konuda bir Alman mahkemesi kararı, dikkat çekici bir örnek oluşturmaktadır. Olayda, satım konusu mermer paneller, satıcı tarafından sözleşmeye aykırı paketlenmiş için taşıma esnasında hasara uğramış olarak alıcıya teslim edilmiştir. Alıcı, teslimatın ertesi günü mallar hasarlı olduğu için yeni bir sipariş vermiştir. Ancak o esnada hasara sözleşmeye aykırı paketlemenin yol açtığını bilmeyen ve hasardan ötürü taşıma şirketini sorumlu tutma amacıyla hareket eden alıcı, sözleşmeye aykırı paketlemeye ilişkin bir itirazda bulunmamıştır. Mahkeme, bu durumda söz konusu siparişin verildiği telefon görüşmesinin sözleşmeye aykırılık ihbarı olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Bkz. *Oberlandesgericht Saarbrücken*, 17.01.2007, CISG-Online No. 1642. Benzer bir karar için bkz. *Hof van Beroep Gent*, 28.01.2004, CISG-Online No. 830.

<sup>395</sup>**Audit**, para. 108; **Neumayer/Ming**, Art. 39 para. 5; **Enderlein/Maskow**, Art. 39 para. 5; **Atamer**, CISG, s. 228-229; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 157; **Slechtriem/Butler**, para. 155; **Honnold**, para. 256; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 6; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 33; **Zeytin**, s. 144; **Erkan**, s. 25.

bir tutum izlemekten kaçınmak gerekir. Aksi takdirde satıcının kınanabilir davranışının sorumluluğu, hakkaniyete aykırı şekilde alıcıya yüklenmiş olur<sup>396</sup>. Sözleşmeye aykırılığın türünün bildirilmesinden maksadın ne olduğu, somut olayın şartlarına göre belirlenecektir<sup>397</sup>. İhbarda bir araştırma yapmaksızın sözleşmeye aykırılığın kaynağını tespit etmeye olanak verecek kadar detaylı bilgilerin bulunmasına gerek yoktur<sup>398</sup>. Örneğin satım konusu kağıt işleyen makinenin arızalı olduğu durumda, arızanın semptomlarının bildirilmesi yeterlidir; arızanın kaynağını tespit ederek bu kaynağı ortaya koymaya gerek yoktur<sup>399</sup>. Kendisine sözleşmeye aykırılığın türü genel hatlarıyla bildirilmiş olan satıcı, dürüstlük kuralı gereğince, alıcı ile iletişime geçip detaylı bilgi istemelidir. Alıcı ile iletişime geçmek yerine ihbarın yetersiz olduğu iddiasında bulunan satıcının iddiası, çoğu zaman dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği için dinlenmemelidir<sup>400</sup>. Fakat “Mallar istediğimiz gibi değil” veya “Mallar ikinci sınıf” gibi tamamen muğlak ifadeler karşısında, satıcıdan alıcı ile iletişime geçerek sözleşmeye aykırılığın türünü öğrenmeye

<sup>396</sup> **Atamer**, CISG, s. 229-230; **Honnold**, para. 256; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 6; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 35.

<sup>397</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 7. Bu belirlemeyi yaparken malın veya sözleşmeye aykırılığın türü gibi objektif koşullar kadar subjektif koşullar da değerlendirmeye katılacaktır. Değerlendirmeye katılacak subjektif koşullar arasında en önemlisi, alıcının satım konusu mallara ilişkin bilgisi ve tecrübesidir. İlgili alanda tecrübeli olup benzer mallar üreten bir alıcının, satıcıya sözleşmeye aykırılığı ihbar ederken daha kapsamlı bilgi vermesi beklenir. Diğer yandan satıcının bilgisi ve tecrübesi de önemlidir. Zira malların üreticisi konumunda olan bilgili ve tecrübeli bir satıcı, kendisine bildirilen genel sözleşmeye aykırılık belirtilerinden yola çıkarak sözleşmeye aykırılığın kapsamını daha kolay anlayabilecektir. Bkz. **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 37 vd. Satım konusu mallar hakkında teknik olarak bilgili alıcının, sözleşmeye aykırılığın türünü bildirirken deneyimsiz bir kimseye nazaran daha detaylı bilgiler vermesi gerektiği yönünde bkz. *Obergericht des Kantons Zug*, 19.12.2006, CISG-Online No. 1427.

<sup>398</sup> **Mullis**, Huber/Mullis, s. 158; **CISG-AC No. 2**, para. 5.14; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 35. Bildirimin satıcının başka bir araştırma yapmasına gerek kalmaksızın sözleşmeye aykırılığı anlamasına imkan verecek kadar açık olması gerektiğini savunan aksi yöndeki bir karar için bkz. *Landgericht Saarbrücken*, 02.07.2002, CISG-Online No. 713. Aksi görüş için ayrıca bkz. **Baysal**, s. 262.

<sup>399</sup> **Slechtriem/Butler**, para. 155. Bu prensip Alman Federal Mahkemesi tarafından 1999 tarihli bir kararda ortaya koyulmuş ve yaygın olarak kabul görmüştür. Karara konu olan olayda, satım konusu kağıt işleme makinesinin işlediği kağıtlarda pas lekeleri tespit edilmiştir. Bunun üzerine yapılan sözleşmeye aykırılık ihbarı, makineden kaynaklanan pas lekelerinden bahsetmekte; fakat arızanın kaynağına ilişkin kesin bir açıklama içermemektedir. Mahkeme, satım konusu malın teknik bir donanım olduğu durumda, sözleşmeye aykırılık ihbarının arızanın belirtilerini ortaya koymasının yeterli olduğunu belirtmiştir. İhbarın, makinedeki arızanın kaynağının tam olarak ne olduğuna ilişkin bir açıklama içermesine gerek yoktur. Karar için bkz. *Bundesgerichtshof*, 03.11.1999, CISG-Online No. 475.

<sup>400</sup> Aynı yönde bkz. **Flechtner**, Notice, s. 381; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 7; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 46 vd.

çalışması beklenemez<sup>401</sup>. Bu tür hoşnutsuzluk belirten genel ifadeler asgari ihbar içeriğini karşılayamaz<sup>402</sup>.

Malların birden fazla açıdan sözleşmeye aykırı olduğu durumda, her sözleşmeye aykırılığın ayrıca belirtilmesi gerekir<sup>403</sup>.

Alıcının sözleşmeye aykırılığı ihbar ederken, sözleşmeye aykırılığa bağlı olarak hangi seçimlik hakkını kullanacağını bildirmesine gerek yoktur<sup>404</sup>. Ancak m. 49(2)(b)(i) uyarınca alıcının sözleşmeden dönme hakkı, alıcının ihlali bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren işlemeye başlayan bir hak düşürücü süreye tabi tutulduğu için<sup>405</sup>, sözleşmeden dönme iradesinin satıcıya ihbarla birlikte bildirilmesi tavsiye edilmektedir<sup>406</sup>.

Sözleşmeye aykırılık ihbarı, taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe herhangi bir şekle tabi değildir<sup>407</sup>. İspat kolaylığı sağlaması açısından yazılı olarak

<sup>401</sup> **Atamer**, CISG, s. 229; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 157; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 34; **Zeytin**, s. 144; **Baysal**, s. 261.

<sup>402</sup> Satım konusu deri kılıfların “alıcı tarafından belirtilen özellikleri taşımadığı ve bu haliyle müşterilere teslim edilemeyeceği” yönündeki bildirim asgari ihbar içeriğini karşılayamayacağını ortaya koyan bir karar için bkz. *Oberlandesgericht München*, 09.07.1997, CISG-Online No. 282. Satım konusu mobilyaların % 95’inin ikinci kalite nitelikte olduğu ve bu haliyle kullanılmayacağı yönündeki bildirim asgari ihbar içeriğini karşılayamayacağını ortaya koyan bir karar için bkz. *Oberlandesgericht Oldenburg*, 28.04.2000, CISG-Online No. 683.

<sup>403</sup> **Atamer**, CISG, s. 229; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 10; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 43; **UNCITRAL Digest**, Art. 39 para. 2; **Baysal**, s. 262. Bu tespit bir Alman mahkemesi kararında açık bir şekilde ortaya koyulmaktadır. Alıcının iddiasına göre, satım konusu baskı makinesi, Ağustos ayının sonunda alıcıya pek çok sözleşmeye aykırılık barındırır halde teslim edilmiştir. Alıcı, Eylül ayının başında makinenin yol açtığı kısa devreye ilişkin bir sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmuştur. Fakat alıcının davada dayandığı sözleşmeye aykırılıklar olan makinenin çalışırken titreşim yaratması, fazla elektrik tüketmesi ve aşırı ısınarak kendisini kapatması; ancak 30 Kasım tarihli bir ihbar ile satıcıya bildirilmiştir. Mahkeme 30 Kasım tarihli ihbarın, m. 39’deki süre sınırlamasına uymadığı ve dava konusu olan sözleşmeye aykırılıklar (titreşim, fazla elektrik tüketimi ve aşırı ısınma) açısından Eylül ayının başındaki ihbara dayanmanın mümkün olmadığı yönünde karar vererek, alıcının taleplerini reddetmiştir. Karar için bkz. *Landgericht Stuttgart*, 15.10.2009, CISG-Online No. 2019.

<sup>404</sup> **Atamer**, CISG, s. 230; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 13; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 32.

<sup>405</sup> Bu konuda bkz. aşağıda “Bölüm 3 / II. / B. / 2. Satıcının Diğer İhlalleri”.

<sup>406</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 13.

<sup>407</sup> **Atamer**, CISG, s. 230; **Honnold**, para. 257.2; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 11; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 28; **Zeytin**, s. 144; **UNCITRAL Digest**, Art. 39 para. 5; **Baysal**, s. 261. Satım sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin m. 96 uyarınca çekince koymuş devletlerde bulunsu bile sözleşmeye aykırılık ihbarı herhangi bir şekil şartına tabi olmaz. İlgili devletlerin m. 96 uyarınca çekince koyarak, Antlaşma’nın satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilden başka şekilde yapılmasını mümkün kılan hükümlerinin uygulanmayacağını belirtmelerinin bir önemi yoktur. Çünkü sözleşmeye aykırılık ihbarı, bu çekincenin kapsamına girmez. **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 28.



yapılması tavsiye ediliyor olsa bile, sözlü olarak sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmak da mümkündür<sup>408</sup>.

Bu ihbar, m. 27 kapsamında bir bildirim olarak kabul edilir<sup>409</sup>. Buna göre ihbarın geç yahut hatalı bir biçimde ulaşması veya ulaşmaması riskine satıcı katlanır. İhbar koşullara uygun bir araçla yapıldığı müddetçe, ihbarın satıcıya ulaşmasındaki gecikme veya hata yahut bildirim satıcıya ulaşmamış olması, alıcıyı ona dayanma hakkından mahrum bırakmaz<sup>410</sup>. İhbarın vaktinde ulaşacak şekilde gönderilmiş olması yeterlidir<sup>411</sup>. İhbar, gönderilmekle hüküm ifade etmeye başlar<sup>412</sup>.

## 2. İhbarın Yapılabileceği Süre

Alıcının sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunabileceği süre, iki ayrı yönden sınırlanmıştır. CISG m. 39(1) uyarınca, sözleşmeye aykırılık ihbarı, alıcının sözleşmeye aykırılığı saptadığı veya saptaması gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde yapılmalıdır. Ayrıca CISG m. 39(2) uyarınca, alıcı, her halde en geç malların fiilen kendisine verildiği andan itibaren iki yıl içinde sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmalıdır.

Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı ihbar külfetine uyulmadığı

<sup>408</sup> **Atamer**, CISG, s. 230; **Honnold**, para. 257.2; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 11; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 29; **Zeytin**, s. 144; **UNCITRAL Digest**, Art. 39 para. 6; **Baysal**, s. 260. Alıcı ile satıcı arasındaki bir telefon görüşmesinin ispat edildiğinin ve bu yolla geçerli bir sözleşmeye aykırılık ihbarının yapıldığının kabul edildiği bir karar için bkz. *Landgericht Frankfurt am Main*, 09.12.1992, CISG-Online No. 184.

<sup>409</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 39 para. 9; **Henry DeebGabriel**, “General Provisions, Obligations of the Seller, and Remedies for Breach of Contract by the Seller”, Franco Ferrari/Harry Flechtner/Ronald A. Brand (ed.), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, 2004, s. 336 vd., s. 341; **Atamer**, CISG, s. 233; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 163; **Slechtriem/Butler**, para. 153; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 11; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 52; **Zeytin**, s. 144. Bu tespit bir Alman mahkemesi kararında da ortaya koyulmaktadır. Karara konu olan olayda, satıcı, alıcının faksla göndermiş olduğu sözleşmeye aykırılık ihbarının kendisine ulaşmadığını iddia etmiştir. Mahkeme, sözleşmeye aykırılık ihbarı m. 27 kapsamında bir bildirim olduğu için, koşullara uygun araçla yapılmış ihbarın ulaşmama riskini satıcının taşıdığı yönünde karar vermiştir. Karar için bkz. *Oberlandesgericht Koblenz*, 19.10.2006, CISG-Online No. 1407.

<sup>410</sup> **Atamer**, CISG, s. 233; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 163; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 11; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 52; **Zeytin**, s. 144.

<sup>411</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 18; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 53.

<sup>412</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 11. CISG m. 27 kapsamındaki bildirimlerin gönderilmekle hüküm ifade etmeleri hakkında bkz. aşağıda “Bölüm 3 / I / B. Sözleşmeden Dönme Beyanının Hüküm İfade Etme Anı ve Geri Alınması”.

yönünde bir savunma ileri süremez (m. 40). Bu durumda alıcının sözleşmeye aykırılık ihbarı ne m. 39(1)'deki ne de m. 39(2)'deki süre sınırlamalarına tabi olur. Alıcı, daima sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunabilir<sup>413</sup>. Diğer yandan alıcının ilgili sürelere riayet etmeksizin gecikmiş olarak sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunduğu durumda satıcının m. 39'a dayanma hakkından feragat ettiği kabul edilebiliyorsa, alıcı, gecikmiş ihbara rağmen sözleşmeye aykırılığa dayanan haklarından faydalanabilecektir. Satıcının m. 39'a dayanma hakkından açık olarak feragat etme olasılığı oldukça düşüktür. Kimi zaman satıcının davranışları bu yönde örtülü bir feragat olarak yorumlanabilecektir<sup>414</sup>. Ayrıca bazı durumlarda dürüstlük kuralı, satıcıyı alıcının m. 39'a uygun olarak sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmadığını ileri sürmekten alıkoyabilecektir<sup>415</sup>.

<sup>413</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 40 para. 1; **Atamer**, CISG, s. 239; **Honnold**, para. 260; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 31; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 99. Diğer yandan m. 44 uyarınca “*Alıcının, gerekli bildirim yapmama konusunda makul bir özü varsa, 39. maddenin 1. fıkrası ile 43. maddenin 1. fıkrası hükümlerine bakılmaksızın 50. madde uyarınca semende indirim yapması veya yoksun kalınan kar dışındaki zararının tazminini talep etmesi mümkündür.*” Bu hüküm, sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmayan alıcının sözleşmeden dönme hakkını muhafaza etmesine olanak tanımadığı için inceleme dışında tutulmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, alıcının m. 44'teki istisnai düzenlemeden faydalanabildiği durumda, m. 39(1)'deki süre sınırlaması kendisini bağlamayacak olsa bile; m. 39(2)'deki süre sınırlamasına riayet etmesi gerektir **Audit**, para. 111; **Enderlein/Maskow**, Art. 44 para. 3; **Atamer**, CISG, s. 240; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 165-166; **Honnold**, para. 261; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 32; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 99.

<sup>414</sup> Bu konuda bkz. **Mullis**, Huber/Mullis, s. 167-168; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 33; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 106 vd.; **UNCITRAL Digest**, Art. 39 para. 10. Burada belirleyici olan, satıcının gecikmiş ihbar karşısındaki davranışlarının alıcı tarafından feragat olarak yorumlanmasının m. 8 çerçevesinde makul olarak kabul edilip edilemeyeceğidir (**Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 107). Satıcı gecikmiş bir ihbar karşısında sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan sorumluluğu kabul ettiğini net bir biçimde ortaya koyan bir davranış içerisindeyse m. 39'a dayanma hakkından feragat ettiği kabul edilir (**Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 108). Satıcının alıcıya teslim ettiği mikroişlemcilerin belirli bir markanın imitasyonu olduğunun anlaşıldığı olayda, alıcının şikayeti üzerine mikroişlemcileri iade alıp yenisi ile değiştirmek isteyen satıcının davranışının bu anlamda bir feragat olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz. *Oberster Gerichtshof*, 05.07.2001, CISG-Online No. 652. Pek çok yazar, alıcı ile satıcı arasındaki müzakerelerin kural olarak bu anlamda bir feragat olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir. Zira bu konuda alıcı lehine esnek bir yaklaşım benimsemek, satıcıyı alıcıyla müzakere etmekten alıkoyacak ve uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözülmesini engelleyecektir (**Atamer**, CISG, s. 239; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 168; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 33; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 113). Alıcının sözleşmeye aykırılık iddiası üzerine alıcı ile satıcı arasında gerçekleşen müzakerelerin, feragat olarak nitelendirilebilecek özellikleri taşımadığını tespit eden bir karar için bkz. *Landgericht Aschaffenburg*, 20.04.2006, CISG-Online No. 1446. Müzakereleri feragat olarak nitelendirirken benimsenecek esnek bir yaklaşımın uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözülmesini engelleyeceğini belirten, ancak somut olayda yaklaşık on beş aya yayılan ve satıcının alıcıya tazminat ödemeyi teklif ettiği müzakerelerin feragat olarak değerlendirilebileceğini tespit eden bir karar için bkz. *Bundesgerichtshof*, 25.11.1998, CISG-Online No. 353.

<sup>415</sup> **Honnold**, para. 257.3; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 34; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 116 vd.

## a. Alıcının Sözleşmeye Aykırılığı Saptadığı veya Saptaması Gerektiği Andan İtibaren Makul Süre

CISG m. 39(1) uyarınca, alıcı, sözleşmeye aykırılığı saptadığı veya saptaması gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşme aykırılık ihbarında bulunmalıdır. Bu hüküm kapsamında, işleyecek sürenin uzunluğunu ve sürenin işlemeye başlayacağı anı tespit etmek gerekmektedir.

### i. Sürenin Uzunluğu

Alıcının sözleşmeye aykırılığı saptadığı veya saptaması gerektiği andan itibaren işleyecek sürenin uzunluğu “makul süre” ifadesiyle belirlenmiştir. Makul süre, taraflar arasında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve somut olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınarak belirlenecektir<sup>416</sup>. Bu konuda somut olayın hem objektif hem de subjektif koşulları dikkate alınacaktır<sup>417</sup>. Özellikle satım konusu malların türünün belirleyici olduğu söylenebilir. Bozulabilir veya sezonluk mallara ilişkin ihbar süresi, bu nitelikte olmayan mallara ilişkin ihbar süresine nazaran çok daha kısa olmalıdır<sup>418</sup>. Alıcının hangi seçimlik haktan faydalanacağı, ayrıca önem taşır. Alıcının sözleşmeden döneceği durumda, sözleşmeden dönmeyip sadece tazminat talep edeceği duruma nazaran daha kısa sürede ihbarda bulunması gerektiği belirtilmektedir<sup>419</sup>. Sözleşmeye aykırılığın türü de belirleyicidir<sup>420</sup>. Bu konuda sınırlı sayıda olmayan pek çok değişkenin dikkate alınması gerekecektir. Makul süreyi

<sup>416</sup>**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 16; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 54; **Zeytin**, s. 142-143; **Baysal**, s. 263; **Erkan**, s. 25. Bu konuda uygulamada dikkate alınan etkenlerin bir listesi için bkz. **UNCITRAL Digest**, Art. 39 para. 25.

<sup>417</sup>**Atamer**, CISG, s. 233; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 76. Aynı yönde *Tribunale di Rimini*, 26.11.2002, CISG-Online No. 737.

<sup>418</sup>**Mullis**, Huber/Mullis, s. 160; **Daniel Girsberger**, “The Time Limits of Article 39 CISG”, *Journal of Law and Commerce* Vol. 25 2005-2006, s. 241 vd., s. 242; **Schwenzer**, *Noble Month*, s. 364-365; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 16; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 77-78; **Baysal**, s. 263. Satım konusunun karpuz olduğu bir olayda, mahkeme, ihbar süresinin belirlenmesinde satım konusu malların türünün belirleyici olduğunu ve meyve gibi bozulabilir mallara ilişkin sözleşmeye aykırılığın derhal veya en azından birkaç gün içinde ihbar edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Karar için bkz. *Rechtbank Breda*, 16.01.2009, CISG-Online No. 1789.

<sup>419</sup>**Sono**, Art. 39 para. 2.4; **Audit**, para. 107; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 160-161; **Girsberger**, s. 242; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 16 **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 89; **Zeytin**, s. 143; **Baysal**, s. 263. Alıcının hangi seçimlik hakkı kullanacağını ihbar süresinin belirlenmesinde belirleyici bir etken olarak kabul edilemeyeceği yönünde; **Honnold**, para. 257.

<sup>420</sup>**Schwenzer**, *Noble Month*, s. 365.

belirleyecek hâkim, mensup olduğu hukuk sisteminin geleneklerini göz ardı ederek Antlaşma'nın uluslararası niteliğini gözlemelidir<sup>421</sup>.

Bu konuda pek çok yazar Alman hukuk çevresinin tutuculuğuna dikkat çekmektedir<sup>422</sup>. Alman, Avusturya ve İsviçre mahkemeleri özellikle ilk dönem kararlarında, kendi hukuk sistemlerinin geleneklerinden etkilenecek makul süre kavramını alıcı aleyhine fazlasıyla kısa yorumlamışlardır<sup>423</sup>. Diğer yandan Alman hukuk çevresi dışındaki mahkemelerin kararlarının makul süre konusunda çok daha hoşgörülü olduğu gözlemlenmektedir<sup>424</sup>.

Bu konudaki farklı tutumların birbiriyle uyumlu hale getirilmesi gereğini vurgulayan *Schwenzer*, bozulabilir veya sezonluk nitelikte olmayan mallar için ihbar süresinin bir ay kabul edilmesini teklif etmiştir<sup>425</sup>. Elbette bu süre somut olayın şartları ışığında kısaltılabilecek veya uzatılabilecektir<sup>426</sup>. Doktrin ve uygulama tarafından “Cömert Ay” (*Noble Month/ Grosszügiger Monat*) ismiyle anılan bu bir aylık süre, son dönemde çok sayıda Alman ve İsviçre mahkemesi kararında benimsenmiştir<sup>427</sup>. Cömert ay uygulamasına doğru temkinli bir yönelim olduğu

<sup>421</sup> **Mullis**, Huber/Mullis, s. 161; **CISG-AC No. 2**, para. 5.2; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 13.

<sup>422</sup> **Harry M. Flechtner**, “Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi”, Yeşim Atamer (ed.), Milletlerarası Satım Hukuku, 2008, s. 163 vd., s. 177-178; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 17; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 79; **Baysal**, s. 264.

<sup>423</sup> Örnek Alman mahkemesi kararları için bkz. *Landgericht Stuttgart*, 13.08.1991, CISG-Online No. 33 (Satıcının ihbar için sadece birkaç günlük süresi bulunduğu yönünde - *eine kurze Frist von wenigen Tagen*); *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 08.01.1993, CISG-Online No. 76 (Satım konusu sebzelere ilişkin sözleşmeye aykırılığın saptanması gereken tarihten 7 gün sonra yapılan ihbarın makul süre içerisinde yapılmadığı yönünde). Örnek bir Avusturya mahkemesi kararı için bkz. *Oberster Gerichtshof*, 15.10.1998, CISG-Online No. 380 (Aksini gerektirecek bir durum olmadığı müddetçe, ihbar süresinin teslimden itibaren 14 gün olduğu yönünde). Örnek bir İsviçre mahkemesi kararı için bkz. *Handelsgericht des Kantons Zürich*, 30.11.1998, CISG-Online No. 415 (Muayenenin bir haftalık süre içerisinde, ihbarın ise buna eklenecek bir haftalık süre içerisinde yapılması gerektiği yönünde).

<sup>424</sup> *Audiencia Provincial de Pontevedra*, 03.10.2002, CISG-Online No. 1108 (Dondurulmuş balıktaki sözleşmeye aykırılık tespit edildikten bir ay sonra yapılan muayenenin ve muayeneyi takiben iki ay sonra yapılan ihbarın m. 38 ve 39'a uygun olduğu yönünde); *CIETAC China International Economic & Trade Arbitration Commission*, 03.06.2003, CISG-Online No. 1451 (Teslimden dokuz ay sonra yapılan ihbarın makul süre içinde yapılmış olduğu yönünde).

<sup>425</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 17. *Schwenzer*'in bu konudaki görüşüne ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. **Schwenzer**, Noble Month, s. 353 vd.

<sup>426</sup> **Schwenzer**, Noble Month, s. 358-359.

<sup>427</sup> İhbar süresinin ortalama bir ay olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde örnek Alman mahkemesi kararları için bkz. *Oberlandesgericht Stuttgart*, 21.08.1995, CISG-Online No. 150; *Amtsgericht Augsburg*, 26.01.1996, CISG-Online No. 172; *Oberlandesgericht Köln*, 21.08.1997, CISG-Online No. 290; *Bundesgerichtshof*, 03.11.1999, CISG-Online No. 475; *Landgericht Hamburg*, 06.09.2004, CISG-Online No. 1085. İhbar süresinin ortalama bir ay olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde örnek İsviçre mahkemesi kararları için bkz. *Obergericht des Kantons Luzern*, 08.01.1997, CISG-Online No.

belirtilmektedir<sup>428</sup>. Ancak bu yönde, yerleşik bir uygulamanın var olduğu söylenemez<sup>429</sup>. Nitekim bu bir aylık süreyi fazla uzun bulan Avusturya Federal Mahkemesi'nin, aksini gerektirecek bir durum bulunmadığı müddetçe, ihbarın teslimden itibaren 14 gün içinde yapılmasını arayan yerleşik bir içtihadı bulunmaktadır<sup>430</sup>.

Belirli bir ihbar süresi tespit etmekten bilinçli olarak kaçınan Antlaşma'nın lafzı karşısında, böyle bir ortalama süre önerirken son derece dikkatli olmak gerekir. Bu ortalama süre yeknesak uygulamayı teşvik edecek olsa bile, hâkimi belirli bir sınır içerisinde hareket etmeye zorlayarak olaya özgü bir çözüm üretilememesine ve uluslararası ticaretin gerektirdiği esnekliğin sağlanamamasına yol açabilir<sup>431</sup>. Kanımca tüm bu endişelere rağmen, bu ortalama sürenin benimsenmesi, peşin bir yargıyla hareket edilmemesi ve somut olaydaki diğer değişkenlere gerekli özenin gösterilmesi koşullarına bağlı olarak, yeknesak uygulamayı teşvik edeceği için desteklenebilir<sup>432</sup>.

## ii. Sürenin Başlangıç Anı

Süre, alıcının sözleşmeye aykırılığı saptadığı veya saptaması gerektiği anda işlemeye başlar. Buna göre sürenin başlangıç anı, değişik ihtimallere göre değerlendirilmelidir. Bu değişik ihtimaller çerçevesinde sözleşmeye aykırılığın açık mı gizli mi olduğunu da göz önünde tutmak gerekir.

Alıcı *sözleşmeye aykırılığı saptadığı anda*, m. 39'daki ihbar süresi (m. 38'deki muayene süresi henüz dolmamış olsa bile) işlemeye başlayacaktır<sup>433</sup>.

---

228; *Bundesgericht*, 13.11.2003, CISG-Online No. 840; *Obergericht des Kantons Zug*, 19.12.2006, CISG-Online No. 1427.

<sup>428</sup> *Girsberger*, s. 245.

<sup>429</sup> *Girsberger*, s. 247; *Schwenzer*, *Noble Month*, s. 361.

<sup>430</sup> Bkz. *Oberster Gerichtshof*, 15.10.1998, CISG-Online No. 380; *Oberster Gerichtshof*, 27.08.1999, CISG-Online No. 485; *Oberster Gerichtshof*, 14.01.2002, CISG-Online No. 643.

<sup>431</sup> Benzer bir çekincenin ifadesi için bkz. *Atamer*, CISG, s. 233.

<sup>432</sup> Aynı yönde bkz. *Mullis*, *Huber/Mullis*, s. 161; *Girsberger*, s. 247; *Kröll*, *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, Art. 39 para. 83 vd. Aksi görüşte bkz. *Atamer*, CISG, s. 233; *Honnold*, para. 257.1; *Flechtner*, *Malların Sözleşmeye Uygunluğu*, s. 180. *Flechtner*, *Antlaşma'da böyle bir süre belirlenmemişken yaratılacak karinenin Antlaşma'ya taraf olan devletlerin egemenlik haklarına saldırı oluşturacağını belirtmektedir (Flechtner, Malların Sözleşmeye Uygunluğu, s. 180).*

<sup>433</sup> *Schwenzer*, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 39 para. 19; *Kröll*, *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, Art. 39 para. 65; *Zeytin*, s. 143; *Baysal*, s. 264.

Sözleşmeye aykırılığın açık veya gizli olması, bu açıdan fark yaratmayacaktır<sup>434</sup>. Alıcının sözleşmeye aykırılığı saptadığı an, subjektif bilgisi dahilinde sözleşmeye aykırılıktan haberdar olduğu andır. Alıcının sözleşmeye aykırılıktan haberdar olmuş olması yeterlidir; ayrıca bu sözleşmeye aykırılığın sonuçlarından haberdar olmuş olması aranmaz<sup>435</sup>. Fakat satıcının satım konusu malları kararlaştırılan vadeden önce teslim ettiği durumda, alıcı malların sözleşmeye aykırı olduğunu saptasa bile, ihbar süresi vadeye kadar işlemeye başlamayacaktır<sup>436</sup>.

Alıcı sözleşmeye aykırılığı daha evvel saptamazsa, m. 39'daki ihbar süresi, *sözleşmeye aykırılığı saptaması gerektiği anda* işlemeye başlayacaktır. Alıcının sözleşmeye aykırılığı saptaması gerektiği an, subjektif bilgisi dahilinde sözleşmeye aykırılıktan haberdar olabileceken, ihmali sebebiyle haberdar olmadığı andır. Bu an, m. 38'deki muayene süresinin bitimine göre belirlenir. Muayene süresinin sona ermesiyle birlikte sözleşmeye aykırılığın alıcı tarafından saptanabileceken saptanmadığı kabul edilir ve ihbar süresi işlemeye başlar<sup>437</sup>. Bu açıdan m. 38'deki muayene süresine ilişkin açıklamalar yapmak gerekmektedir. CISG m. 38 uyarınca, alıcı, malları, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde (*within as short a period as is practicable in the circumstances*) muayene etmek veya ettirmek zorundadır. Sürenin uzunluğu belirlenirken somut olayın hem objektif hem de subjektif koşulları dikkate alınır<sup>438</sup>. Bu kapsamda özellikle muayene edilecek malların ve mallardaki sözleşmeye aykırılığın türü, yapılması gereken muayenenin kapsamı, alıcının ilgili alandaki tecrübesi ve yetkinliği gibi kriterler göz önünde tutulacaktır<sup>439</sup>. Muayene süresi kural olarak, malların kararlaştırılan yerde alıcıya teslim edilmesiyle başlar<sup>440</sup>. Bu tespit, açık sözleşmeye aykırılıklarda doğrudan

<sup>434</sup> **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 70.

<sup>435</sup> **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 63.

<sup>436</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 21; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 73; **Zeytin**, s. 143-144.

<sup>437</sup> **Sekreteryâ Şerhi**, Art. 36 para. 2; **Neumayer/Ming**, Art. 39 para. 2; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 159; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 20; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 68.

<sup>438</sup> **Mullis**, Huber/Mullis, s. 155. Aynı yönde bkz. *Oberster Gerichtshof*, 27.08.1999, CISG-Online No. 485. Alıcının içinde bulunduğu subjektif koşulların, satıcı tarafından bilindiği veya bilinebileceği ölçüde dikkate alınması gerektiği yönünde; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 155. Bu kapsamda sadece objektif koşulların dikkate alınabileceği yönünde bkz. **Bianca**, Bianca/Bonell, Art. 38 para. 2.5; **Enderlein/Maskow**, Art. 38 para. 3.

<sup>439</sup> Önerilen kriterler için bkz. **Audit**, para. 105; **Atamer**, CISG, s. 227-228.; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 154-155; **Slechtriem/Butler**, para. 151; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 38 para. 15 vd.

<sup>440</sup> Muayene süresinin başlangıcına ilişkin bu genel kuralın iki istisnası bulunmaktadır. CISG m. 38(2) uyarınca, "Sözleşme, malların taşınmasını gerektiriyorsa, muayene, malların varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir." CISG m. 38(3) uyarınca "Mallar alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli

uygulanabilecekken; gizli sözleşmeye aykırılıklar açısından ayrı bir değerlendirme gerekecektir. Muayene süresi içerisinde yapılacak uygun bir muayene ile saptanması mümkün olmayan gizli sözleşmeye aykırılıklarda, muayene külfeti, sözleşmeye aykırılığın belirtilerinin ortaya çıkması ile yeniden canlanır. Dolayısıyla bu tür sözleşmeye aykırılıklar açısından muayene süresi, belirtilerin ortaya çıktığı anda işlemeye başlayacaktır<sup>441</sup>.

Muayene süresinin sonu, muayenenin yapılmadığı ve sözleşmeye aykırılığın tespit edilmediği hallerde ihbar süresinin işlemeye başlayabilmesi için zorunlu bir varsayımsal nokta oluşturmaktadır<sup>442</sup>. Böylelikle muayene, alıcının sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını dolaylı olarak etkilemiş olur. Diğer yandan muayene, süresi içinde yapılacak bir ihbarın ön koşulu değildir. Alıcı, malları muayene süresi içerisinde muayene etmemesine rağmen geç yapılan bir muayene ile tespit ettiği veya tesadüfen fark ettiği sözleşmeye aykırılığı ihbar süresi içerisinde satıcıya bildirerek ihbar külfetini yerine getirebilir<sup>443</sup>.

Görüldüğü üzere, m. 38'deki muayene ve m. 39'daki ihbar süreleri arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Ancak bu yakın ilişkiye rağmen söz konusu sürelerin birbirlerinden bağımsız oldukları unutulmamalıdır. Sürelerin bağımsızlığının göz ardı edilip tek bir süreye indirgenmesinden kural olarak kaçınmak gerekir<sup>444</sup>. Böyle bir anlayış ışığında muayene süresi ile ihbar süresini uç uca ekleyerek birleştirmek ve muayene ile ihbarın bu birleştirilmiş süre içerisinde gerçekleştirilebileceğini söylemek, kimi zaman yanlış sonuçlara yol açacaktır. Alıcı sözleşmeye aykırılığı m.

---

*imkana sahip olmaksızın, taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilir veya onun tarafından başka bir yere gönderilirse ve satıcı sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse, muayene, malların yeni varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir.”* Muayene süresinin başlangıcına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Atamer**, CISG, s. 225 vd.; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 152 vd.; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 38 para. 19 vd.

<sup>441</sup>**Atamer**, CISG, s. 231; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 20; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 71. Bu tespiti *Sekreteryä Şerhi*'nde verilen bir örnek de desteklemektedir. Örnekteki sözleşmeye aykırılık, muayene ile tespit edilebilecek nitelikte olmayıp; malların kullanılmasıyla ortaya çıkacak yapıdadır. Bu durumda sözleşmeye aykırılığın malların kullanılmasıyla tespit edilebileceği göz önünde bulundurulmalı ve ihbar süresinin başlangıcı buna göre belirlenmelidir. Örnek için bkz. *Sekreteryä Şerhi*, Art. 37 para. 3.

<sup>442</sup>**CISG-AC, No. 2**, para. 4.1.

<sup>443</sup>**Audit**, para. 104; **Atamer**, CISG, s. 222; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 160; **Flechtner**, Malların Sözleşmeye Uygunluğu, s. 186.

<sup>444</sup>**CISG-AC No. 2**, para. 5.9; **Girsberger**, s. 241; **Schwenzer**, Noble Month, s. 364; **Slechtriem/Butler**, para. 153; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 15; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 58. Uygulamada bu ayrımın yeterince yapılmadığı yönünde; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 160-161; **Girsberger**, s. 241; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 60.

38'deki muayene süresi henüz dolmadan saptarsa, m. 39'daki ihbar süresi derhal işlemeye başlayacaktır.

### **b. Malların Alıcıya Fiilen Verildiği Andan İtibaren İki Yıl**

CISG m. 39(2) uyarınca, alıcı, taraflar sözleşmesel garanti süresi belirleyerek aksini kararlaştırmadıkları müddetçe, malların kendisine fiilen verilmesinden itibaren iki yıl içinde sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmalıdır. Bu süre, malların fiilen alıcıya verilmesi (*actually handed over*) ile işlemeye başlar. Hasar ve yarar alıcıya geçmiş ya da malları temsil eden belgeler alıcıya teslim edilmiş olsa bile, mallar fiilen alıcıya verilmedikçe süre işlemeye başlamayacaktır<sup>445</sup>. Sürenin bir kere işlemeye başladıktan sonra herhangi bir şekilde durması veya kesilmesi mümkün değildir<sup>446</sup>. Bu süre içinde sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmayan alıcı, sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder. Bu durum satıcı tarafından ileri sürülmüş olmasa bile, hâkim tarafından re'sen nazara alınır<sup>447</sup>. Bu itibarla, CISG m. 39(2)'de hak düşürücü nitelikte bir süre düzenlendiği söylenebilir.

Alıcının sözleşmeye aykırılık ihbarını, iki yıllık hak düşürücü süre bitmeden evvel ulaşacak şekilde göndermesi şarttır<sup>448</sup>. CISG m. 39(2)'deki sürenin, m. 39(1)'deki “sözleşmeye aykırılığın saptandığı veya saptanması gerektiği andan itibaren makul süre”kadar uzatılması ve iki yıllık sürenin son gününde tespit edilen bir sözleşmeye aykırılığın saptandığı andan itibaren makul süre içinde ihbar edilmesi mümkün değildir. Hükümdeki “her halde” ifadesi de bu sonucu desteklemektedir. Bununla beraber sözleşmeye aykırılık ihbarı m. 27 kapsamında bir bildirim olduğu için, iki yıllık süre içinde ulaşacak şekilde gönderilmiş bir ihbarın geç ulaşması riskini, alıcının uygun bir araç kullanmış olması koşuluyla, satıcı taşır.

Bu üst süre sınırlaması, usulüne uygun bir muayene ile tespit edilmesi mümkün olmayan sözleşmeye aykırılıklar (gizli sözleşmeye aykırılıklar) açısından

<sup>445</sup>Sono, Art. 39 para. 2.7; Audit, para. 107; Enderlein/Maskow, Art. 39 para. 7; Atamer, CISG, s. 236; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 39 para. 24; Kröll, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 95; Baysal, s. 265.

<sup>446</sup>Audit, para. 107; Neumayer/Ming, Art. 39 para. 6; Atamer, CISG, s. 236; Schlechtriem/Butler, para. 160; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 39 para. 23; Zeytin, s. 144.

<sup>447</sup>Atamer, CISG, s. 236; Schlechtriem/Butler, para. 160; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 39 para. 23; Kröll, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 94; Baysal, s. 265.

<sup>448</sup>Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 39 para. 22; Kröll, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 94.



da uygulanacaktır<sup>449</sup>. Bu tür sözleşmeye aykırılıkların bile en geç iki yıl içerisinde tespit edilip ihbar edilmesi gerekir. Usulüne uygun bir muayene yapmış olan fakat muayene ile tespit edilmesi mümkün olmadığından fark etmediği sözleşmeye aykırılığı iki yıl içerisinde ihbar etmeyen alıcı, sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan haklarını kaybetmiş olur.

Tarafların m. 39(2)'deki iki yıllık üst süre ile bağdaşmayan (bu süreyi uzatan veya kısaltan) bir sözleşmesel garanti üzerinde anlaşmaları mümkündür. Böyle bir anlaşma, süre sınırlamasını etkisiz hale gelecektir<sup>450</sup>. Herhangi bir garantinin bu süre sınırlaması üzerinde etkisi olup olmadığı, taraflar arasındaki anlaşmanın yorumlanması yoluyla tespit edilecektir<sup>451</sup>. İki yıldan daha uzun süreli bir sözleşmesel garanti, kural olarak m. 39(2)'deki süreyi uzatır<sup>452</sup>. Zira beş yıllık bir garanti taahhüdünün varlığı halinde, iki yıl geçtikten sonra yapılacak sözleşmeye aykırılık ihbarını geçersiz kabul etmek garantinin amacına ters düşecektir. İki yıldan daha kısa süreli sözleşmesel garantiler konusunda ise daha dikkatli bir değerlendirme yapmak gerekir. Satıcının teslimi takip eden doksan gün içinde ihbar edilen sözleşmeye aykırılıklardan sorumlu olacağını kararlaştırıldığı bir sözleşme kapsamında, m. 39(2)'deki iki yıllık sürenin tarafların anlaşmasıyla doksan gün olarak değiştirildiği kabul edilmelidir. Diğer yandan tarafların satım konusu makinenin bir yıl boyunca belli bir performansı sağlayacağı konusunda anlaşmış olmaları, m. 39(2)'deki sürenin bir yıla indirildiğini kabul etmek için yeterli değildir<sup>453</sup>. Sözleşmesel garantilerin, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, m. 39(1)'deki süre üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Başka bir deyişle,

<sup>449</sup>Neumayer/Ming, Art. 39 para. 7; Enderlein/Maskow, Art. 39 para. 6; Mullis, Huber/Mullis, s. 162; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 39 para. 22; Zeytin, s. 145; Baysal, s. 265.

<sup>450</sup>Audit, para. 107; Neumayer/Ming, Art. 39 para. 7; Atamer, CISG, s. 236; Mullis, Huber/Mullis, s. 162; Schlechtriem/Butler, para. 160; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 39 para. 26; Kröll, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 97; Zeytin, s. 145; Erkan, s. 26.

<sup>451</sup>Sekreteryä Şerhi, Art. 37 para. 7; Sono, Art. 39 para. 2.9; Atamer, CISG, s. 236; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 39 para. 26; Baysal, s. 265.

<sup>452</sup>Sono, Art. 39 para. 3.4; Mullis, Huber/Mullis, s. 162; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 39 para. 26.

<sup>453</sup>Sono, Art. 39 para. 3.2; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 39 para. 26; Kröll, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 98; Baysal, s. 265-266. Enderlein ile Maskow'a göre, bu noktada belirleyici olan, sözleşmesel garantinin CISG'daki sözleşmeye aykırılık rejiminin yerine geçip geçmeyeceğidir. CISG m. 35 vd.'ndeki rejime ek olarak kabul edilmiş bir sözleşmesel garanti, m. 39(2)'deki süreyi etkilemez. Ancak CISG'daki rejimin yerine geçmek üzere kararlaştırılmış bir sözleşmesel garanti, iki yıldan daha kısa süreli olduğu takdirde, m. 39(2)'deki ihbar süresinin yerini alacaktır (Enderlein/Maskow, Art. 39 para. 8). Sono, hasar alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıklara ilişkin garantiler ile malların belirli bir süre için belirli özellikleri muhafaza edeceğine ilişkin garantiler arasında bir ayırım yapmaktadır. (Sono, Art. 39 para. 3.4-3.5).

alıcı, sözleşmesel garanti süresi ne olursa olsun, sözleşmeye aykırılığı, saptadığı veya saptaması gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde ihbar etmelidir<sup>454</sup>.

CISG, alıcının sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunabileceği üst süreyi düzenlemiş, ancak sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan hakların tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Buna göre alıcının sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan haklarının tabi olduğu zamanaşımı süresi, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecek hukuka göre belirlenecektir<sup>455</sup>. Ancak uygulanacak hukuk uyarınca zamanaşımı süresinin iki yıllık ihbar süresinden daha kısa olduğu ihtimalde, bu süreleri bağdaştırma sorunu gündeme gelecektir. Türk hukukuna ilişkin olarak 818 sayılı eBK ile 6762 sayılı eTTK döneminde böyle bir sorun bulunmaktaydı. Ayıptan kaynaklanan haklara ilişkin zamanaşımı süresi, adi satımlar için eBK m. 207 uyarınca teslimden itibaren bir yıl; ticari satımlar için 6762 eTTK m. 25 uyarınca teslimden itibaren altı ay olarak düzenlenmişti. Bu gibi daha kısa zamanaşımı süreleri ile iki yıllık ihbar süresinin bağdaştırılmasına ilişkin sorun, doktrin ve uygulama tarafından İsviçre hukuku bağlamında ele alınmıştır. CO m. 210 uyarınca alıcının ayıba ilişkin hakları teslimden itibaren bir yıllık zamanaşımına tabidir. Bu konuda verilen bir kararda, CO m. 210'daki bir yıllık zamanaşımı süresinin CISG m. 39(2)'deki süreye paralel olacak şekilde iki yıla esnetilmesine karar verilmiştir<sup>456</sup>. Başka bir kararda ise bu çözümün CO m. 210'un özüne sadık kalmadığı belirtilmiş ve CO m. 210'daki bir yıllık zamanaşımı süresinin, satıcının CISG m. 39 çerçevesinde yapacağı ihbar üzerine işlemeye başlamasına karar verilmiştir<sup>457</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi ise önüne gelen bir olayda CO m. 210'daki bir yıllık zamanaşımı süresini uygulamayı reddetmiş ancak bu durumda alıcının

<sup>454</sup>**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 27; **Zeytin**, s. 145.

<sup>455</sup>**Audit**, para. 104; **Atamer**, CISG, s. 234; **Honnold**, para. 254.2; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 162; **Girsberger**, s. 248; **Schlechtriem/Butler**, para. 162; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 39 para. 28; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 39 para. 119; **Zeytin**, s. 145. Bu konuda yürütülen yeknesaklaştırma çabaları neticesinde 14.06.1974 tarihinde Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Zamanaşımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması kabul edilmiştir. Söz konusu Antlaşma, işyerleri farklı yerlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine, devletlerin akit devlet olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının akit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanır (Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Zamanaşımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 3). Antlaşma uyarınca, tarafların hakları dört yıllık bir süreye tabidir (Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Zamanaşımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 8) CISG kadar yaygın bir kabul görmeyen Antlaşma'ya, Türkiye taraf değildir. Dolayısıyla taraflardan birinin Türk olduğu yahut milletlerarası özel hukuk kurallarının Türk hukukuna atıf yaptığı bir olayda, Antlaşma'nın uygulanması gündeme gelmeyecektir.

<sup>456</sup>*Cour de Justice de Genève*, 10.10.1997, CISG-Online No. 295.

<sup>457</sup>*Handelsgericht des Kantons Bern*, 17.01.2002, CISG-Online No. 725.

haklarının hangi zamanaşımı süresine tabi olacağını açıklamaktan kaçınmıştır<sup>458</sup>. Kanımca uygun çözüm, bu tür iki yıldan daha kısa zamanaşımı sürelerinin m. 39(2)'yle paralel olacak şekilde esnetilmesi olacaktır.

6098 sayılı TBK ve 6102 sayılı TTK açısından ise böyle bir bağdaştırma sorunu bulunmamaktadır. TBK m. 231 uyarınca hem adi satımlar hem de ticari satımlar için ayıptan kaynaklanan haklar satılanın devrinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Dolayısıyla Türk hukukunun uygulanacağı ve CISG'a tabi bir sözleşme kapsamında, alıcının mallar fiilen kendisine verildikten itibaren iki yıl içinde ihbarda bulunması (CISG m. 39) ve devirden itibaren iki yıl süre içinde haklarını kullanması (TBK m. 231) gerekecektir<sup>459</sup>. Ancak alıcının sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına ilişkin hak düşürücü sürenin belirlenmesinde TBK m. 231'in uygulama alanı bulamayacağı unutulmamalıdır. CISG m. 49(2), sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına ilişkin özel bir hak düşürücü süre düzenlemiştir. Alıcının ayıplı bir ifa durumunda sözleşmeden dönebileceği süre belirlenirken, CISG m. 49(2) dikkate alınır<sup>460</sup>. Alıcının sözleşmeye aykırılığa dayanan diğer hakları (örneğin sözleşmeden dönme üzerine tazminat talep etme hakkı) açısından ise TBK m. 231'e bakılacaktır.

## **F. Satıcının Üçüncü Kişilerin Hak ve Taleplerinden Ari Olmayan Mal Teslim Ettiği Durumda Alıcının İhbarda Bulunmuş Olması**

CISG uyarınca, satım konusu malların, üçüncü kişilerin hak ve taleplerinden ari olarak teslim edilmesi gerekir. Satıcının üçüncü kişilerin hak ve taleplerinden ari mal teslim etme borcu, ikili bir ayırım çerçevesinde m. 41 vd.'nda düzenlenmiştir<sup>461</sup>.

<sup>458</sup> *Bundesgericht*, 18.05.2009, CISG-Online No. 1900.

<sup>459</sup> CISG m. 39(2)'daki ihbar süresi ile TBK m. 231'deki zamanaşımı süresinin başlangıçlarının birbirlerine tekabül edip etmeyeceği TBK m. 231'deki "satılanın devri" ifadesine verilecek anlama göre belirlenecektir. Doktrinde TBK m. 231'deki satılanın devri ifadesi ile teslimin kastedildiği ve zamanaşımının satılanın fiilen alıcının iktidar alanına geçirilmesi ile işlemeye başlayacağı savunulmaktadır (Bkz. **Yavuz/Acar/Özen**, s. 85; **Atamer**, Taşınır Satımı, s. 217; **Kadir Berk Kapancı**, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul 2012, s. 80). Bu yoruma göre, söz konusu süreler aynı anda işlemeye başlayacaktır.

<sup>460</sup> Bu konuda bkz. aşağıda "Bölüm 3 / II. Sözleşmeden Dönme Beyanında Bulunulabilecek Süre".

<sup>461</sup> CISG m. 41 vd. uyarınca, satıcı, üçüncü kişilerin hem haklarından hem de taleplerinden ari mal teslim etme borcu altındadır. Satıcının sorumluluğunun doğması açısından üçüncü kişinin talebinin temelinde gerçekten bir hak bulunup bulunmamasının önemi yoktur (**Samuel K.Date-Bah**, Bianca/Bonell, Art. 41 para. 2.1; **Audit**, para. 114; **Enderlein/Maskow**, Art. 41 para. 4; **Atamer**, CISG, s. 247; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 172; **Schlechtriem/Butler**, para. 165; **Schwenzer**,

Hak veya taleplerin sınai veya diğer bir fikri mülkiyete dayanması durumunda, m. 42'deki özel düzenleme uygulama alanı bulacak; diğer tüm hallerde ise m. 41'e başvurulacaktır<sup>462</sup>. Alıcının bu durumda CISG m. 45'te düzenlenen seçimlik haklardan faydalanabilmesi, üçüncü kişinin hakkını veya talebini, bu hakkı veya talebi öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde mahiyetini de belirterek ihbar etmesine bağlıdır (m. 43). Bu anlamda ihbar külfeti, alıcının diğer seçimlik hakları açısından olduğu gibi sözleşmeden dönme hakkı açısından da bir sınırlama teşkil eder. İhbarda bulunmayan alıcı, sözleşmeden dönme hakkını kaybeder<sup>463</sup>.

Satıcı, üçüncü kişinin hakkı veya talebini ve bunun mahiyetini biliyorsa, ihbar külfetine uyulmadığı yönünde bir savunma ileri süremez [m. 43(2)]. Bu istisnanın uygulanması açısından önemli olan satıcının subjektif bilgisidir. Satıcının üçüncü kişinin hak veya talebini bilebilecek durumda olması yahut bilmemesinin mümkün olmaması, m. 43(2)'nin uygulanması için yeterli değildir<sup>464</sup>.

CISG m. 43'te düzenlenen üçüncü kişilerin mal üzerindeki iddialarını ihbar külfeti, m. 39'da düzenlenen sözleşmeye aykırılığı ihbar külfetiyle büyük ölçüde paralellik gösterir. Her iki hükmün de amacı, satıcıyı durumdan haberdar ederek

---

Schlechtriem/Schwenzer, Art. 41 para. 10; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 41 para. 15; **Zeytin**, s. 149). Bu düzenleme vasıtasıyla, üçüncü kişinin talebinden kaynaklanan uyumsuzlukla ilgili gerekenleri yapma yükünün satıcıya yüklenmesi sağlanmıştır (**Sekreteryaya Şerhi**, Art. 39 para. 4; **Date-Bah**, Bianca/Bonell, Art. 41 para. 2.1; **Atamer**, CISG, s. 248; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 172; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 41 para. 10; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 41 para. 16).

<sup>462</sup> CISG m. 41'de kusurdan bağımsız bir sorumluluk anlayışı hâkimdir. Yani satıcı, üçüncü kişinin mal üzerindeki hak ya da talebini bilmese veya bilebilecek durumda olmasa bile bu durumdan sorumlu olacaktır. Fakat bu kusurdan bağımsız sorumluluk anlayışının, fikri mülkiyet temelli hak ve talepler açısından sınırsız olarak uygulanması mümkün değildir. Zira fikri mülkiyet hukuku alanındaki ülkesellik prensibi karşısında, satıcıdan sattığı malın tüm dünyada fikri mülkiyet temelli hak ve taleplerden arı olduğu yönünde bir taahhütte bulunması beklenemez (**Date-Bah**, Bianca/Bonell, Art. 42 para. 2.2; **Audit**, para. 117; **Atamer**, CISG, s. 250; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 175; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 42 para. 7). Dolayısıyla üçüncü kişilerin hak veya taleplerinin sınai yahut diğer bir fikri mülkiyete dayandığı ihtimalde satıcının sorumluluğunu düzenleyen CISG m. 42 uyarınca, satıcının sorumluluğu özellikle iki yönden sınırlanmıştır. Satıcı, sadece belirli devletlerin hukukundan kaynaklanabilecek fikri mülkiyet temelli hak ve taleplerden sorumludur (Bu konuda bkz. **Atamer**, CISG, s. 252 vd.; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 42 para. 9 vd.; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 42 para. 14 vd.). Ayrıca satıcı, sadece sözleşmenin kurulması sırasında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı fikri mülkiyet temelli hak ve taleplerden sorumludur (Bu konuda bkz. **Atamer**, CISG, s. 254-255; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 42 para. 15-16; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 42 para. 25 vd.). CISG m. 41 ve 42'yi karşılaştıran bir tablo için bkz. **Enderlein/Maskow**, Art. 41 para. 6.

<sup>463</sup> **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.2.2.2; **Enderlein/Maskow**, Art. 43 para. 1; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 178; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 43 para. 8.

<sup>464</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 43 para. 5; **Atamer**, CISG, s. 258; **Honnold**, para. 271; **Schlechtriem/Butler**, para. 169; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 178.

gerekli önlemleri vaktinde almasını sağlamak ve böylece satıcıyı korumaktır<sup>465</sup>. Bu iki hüküm doktrin ve uygulama tarafından benzer şekilde yorumlanır<sup>466</sup>. Dolayısıyla m. 39'a ilişkin benimsenmesi gereken alıcı yanlısı esnek yorum anlayışının, m. 43 açısından da üstün tutulması gerekir<sup>467</sup>. Fazlasıyla katı ve hükmün amacını aşan bir yorum, alıcının üçüncü kişilerin hak ve taleplerine ilişkin tüm haklarını kaybetmesine ve satıcının kınanabilir davranışının sorumluluğunun hakkaniyete aykırı olarak alıcıya yüklenmesine sebep olacaktır.

## 1. İhbarın İçeriği ve Şekli

Alıcı, ihbarda bulunurken üçüncü kişinin hak veya talebinin mahiyetini belirtmelidir. Sadece bir iddianın varlığından bahseden bir bildirim, m. 43 anlamında yetersiz olacaktır<sup>468</sup>. Bu kapsamda iddiada bulunan üçüncü kişinin kimliği açıklanmalı, üçüncü kişinin ileri sürdüğü hak veya talebin içeriği belirtilmeli ve üçüncü kişinin bu çerçevede atmış olduğu adımlar ifade edilmelidir<sup>469</sup>. İhbar, satıcının bu hak veya talep karşısında salması gereken önlemleri değerlendirebilmesine olanak verecek kadar bilgi içermelidir<sup>470</sup>.

CISG m. 43 uyarınca yapılacak ihbar, m. 27 kapsamında bir bildirim olarak kabul edilir. Buna göre ihbar koşullara uygun bir araçla yapıldığı müddetçe, ihbarın satıcıya ulaşmasındaki gecikme veya hata yahut bildirim satıcıya ulaşmamış olması, alıcıyı ona dayanma hakkından mahrum bırakmaz<sup>471</sup>. Ayrıca taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe, ihbar, herhangi bir şekle tabi değildir<sup>472</sup>.

<sup>465</sup> **Audit**, para. 115; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 3.

<sup>466</sup> **Atamer**, CISG, s. 256 dn. 704; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 177; **Flechtner**, Malların Sözleşmeye Uygunluğu, s. 178-179; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 2; **UNCITRAL Digest**, Art. 43 para. 5. Ancak üçüncü kişilerin iddialarına ilişkin ihbar külfeti rejiminin, sözleşmeye aykırılığa ilişkin ihbar külfeti rejimine nazaran bazı yönlerden farklılık arz ettiği unutulmamalıdır.

<sup>467</sup> **Honnold**, para. 271.

<sup>468</sup> **Atamer**, CISG, s. 257; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 43 para. 2; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 9.

<sup>469</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 43 para. 2; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 9.

<sup>470</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 43 para. 4; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 9.

<sup>471</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 27 para. 3; **Gabriel**, Digest, s. 341; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 43 para. 5; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 12.

<sup>472</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 43 para. 5; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 12.

## 2. İhbarın Yapılabileceği Süre

Alıcının üçüncü kişinin hakkını ya da talebini, bu hakkı veya talebi öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde ihbar etmesi gerekir.

Makul sürenin uzunluğu, somut olayın koşullarına göre belirlenecektir<sup>473</sup>. Bu kapsamda özellikle üçüncü kişinin iddiasının mahiyeti, iddianın yol açabileceği sonuçlar ve üçüncü kişinin bu çerçevede atmış olduğu adımlar dikkate alınmalıdır<sup>474</sup>. Alıcıya, üçüncü kişinin iddiası karşısında hukuki tavsiye alıp kendi durumunu genel hatlarıyla değerlendirebileceği kadar uzun bir sürenin verilmesi kural olarak uygun olacaktır<sup>475</sup>. Ancak alıcının mallar üzerindeki hâkimiyetinin sona erdirilmesine ilişkin yakın bir tehlikenin mevcut olması halinde, makul sürenin oldukça kısa takdir edilmesi gerekir<sup>476</sup>. Alıcının geç hareket etmesinin satıcının durumunu kötüleştirme riski taşıdığı durumda da, alıcıdan hızlı davranması beklenir<sup>477</sup>. Özellikle üçüncü kişinin hak veya talebini dava yoluyla alıcıya karşı ileri sürdüğü ihtimalde satıcının durumdan vakit kaybetmeksizin haberdar edilmesi, satıcının herhangi bir süre sınırlamasını kaçırmadan savunma yapabilmesi açısından oldukça önemlidir<sup>478</sup>. *Schwenzer*, böyle istisnai durumlar haricinde, m. 39 çerçevesinde teklif ettiği bir aylık ortalama ihbar süresi uygulamasına m. 43 bağlamında da başvurulabileceğini belirtmektedir<sup>479</sup>.

İhbar süresi, alıcının üçüncü kişinin hakkını veya talebini öğrendiği ya da öğrenmesi gerektiği anda işlemeye başlayacaktır. *Alıcının üçüncü kişinin hakkını*

<sup>473</sup> **Atamer**, CISG, s. 257; **Schlechtriem/Butler**, para. 168; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 43 para. 3; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 13. Makul sürenin belirlenmesinde m. 39'a ilişkin içtihattan faydalanılabileceği yönünde bkz. **Honnold**, para. 271; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 5. Bu kapsamda belirlenecek makul sürenin, çoğu olayda m. 39'daki süreye nazaran daha kısa olacağı yönünde bkz. **Schlechtriem/Butler**, para. 168.

<sup>474</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 43 para. 3; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 18.

<sup>475</sup> **Mullis**, Huber/Mullis, s. 177; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 43 para. 3; **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 20. Aynı yönde bkz. *Bundesgerichtshof*, 11.01.2006, CISG-Online No. 1200. Ancak mahkeme, hırsızlık iddiası üzerine satım konusu arabaya polisin el koyduğu olayda, alıcının herhangi bir hukuki tavsiyeye gerek olmaksızın doğrudan ihbarda bulunması gerektiğine karar vermiştir. El koymadan yaklaşık iki ay sonra gerçekleştirilen ihbarın, makul sürede gerçekleştirilmediği belirtilmiştir.

<sup>476</sup> **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 19.

<sup>477</sup> **Atamer**, CISG, s. 257; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 43 para. 3.

<sup>478</sup> **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 19.

<sup>479</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 43 para. 3. Aynı yönde bkz. **Kröll**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 20. *Schwenzer*'in teklif ettiği ortalama bir aylık ihbar süresi uygulaması hakkında bkz. yukarıda "Bölüm 2 / III. / E. / 2. / a. / i. Sürenin Uzunluğu"

veya talebini öğrendiği an, bu iddianın alıcıya karşı ileri sürüldüğü yahut alıcının başka bir şekilde üçüncü kişinin iddiasından haberdar olduğu andır<sup>480</sup>. Alıcının üçüncü kişinin hakkını veya talebini öğrenmesi gerektiği an ise alıcının iddiayı öğrenebilecekken ihmalen öğrenmediği andır. Bu ihtimale ilişkin olarak ihbar süresinin işlemeye başlayacağı varsayımsal bir nokta oluşturan muayene gibi bir kuruma m. 40 vd.'nda yer verilmemiştir. Alıcının mal üzerinde üçüncü bir kişinin herhangi bir hakkının veya talebinin bulunup bulunmadığını araştırma külfeti bulunmamaktadır<sup>481</sup>. Ancak böyle bir hakkın veya talebin somut belirtileri ortaya çıktığı takdirde, alıcı bu yönde bir araştırma yapmaktan kaçınmaz. Böyle bir araştırma yapmaktan kaçınan alıcının bu hakkı veya talebi öğrenmesi gerektiği kabul edilecek ve m. 43'teki ihbar süresi işlemeye başlayacaktır<sup>482</sup>. Bu konuda alıcı yanlış bir tutum izlemek ve talebin öğrenilmesi gerektiği varsayımının bağlı olduğu eşiği yüksek tutmak tavsiye edilmektedir<sup>483</sup>.

İhbar, herhangi bir üst süre sınırına tabi değildir<sup>484</sup>. Sözleşmeye aykırılık ihbarının tabi olduğu CISG m. 39(2)'deki iki yıllık üst süreye benzer bir süre, üçüncü kişilerin mal üzerindeki hak ve talepleri rejiminde bulunmamaktadır. Alıcı, malın fiilen kendisine verilmesinin üzerinden ne kadar zaman geçmiş olursa olsun, üçüncü kişilerin iddiasını öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde olmak koşuluyla ihbarda bulunabilir. Diğer yandan Antlaşma, üçüncü kişilerin hak veya taleplerinden kaynaklanan hakların tabi olduğu zamanaşımı süresine ilişkin herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu konuda sözleşmeye uygulanacak hukukta düzenlenen zamanaşımı sürelerine riayet edilecektir. Dolayısıyla ihbar için herhangi bir üst süre sınırlaması bulunmasa bile, üçüncü kişilerin hak veya taleplerinden kaynaklanan haklar ancak zamanaşımı sürelerine riayet edilerek ileri sürülebilecektir<sup>485</sup>.

<sup>480</sup> **Kröll**, Kröll/Mistel/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 14.

<sup>481</sup> **Atamer**, CISG, s. 256; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 177; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 43 para. 4; **Kröll**, Kröll/Mistel/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 15.

<sup>482</sup> **Atamer**, CISG, s. 256; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 177; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 43 para. 4.

<sup>483</sup> **Kröll**, Kröll/Mistel/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 15.

<sup>484</sup> **Sono**, Bianca/Bonell, Art. 43 para. 2.1; **Enderlein/Maskow**, Art. 43 para. 2; **Mullis**, Huber/Mullis, s. 178; **Slechtriem/Butler**, para. 168; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 43 para. 6; **Kröll**, Kröll/Mistel/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 22.

<sup>485</sup> **Slechtriem/Butler**, para. 170; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 43 para. 7; **Kröll**, Kröll/Mistel/Perales Viscasillas, Art. 43 para. 23.

#### IV. Özel Bazı Durumlarda Sözleşmeden Dönme

CISG çerçevesinde alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanıyan temel hüküm yukarıda incelenmiş olan m. 49'dur. Fakat bazı özel durumlara ilişkin sözleşmeden dönme hakkı, m. 49'a ek olarak Antlaşma'da ayrıca düzenlenmiştir. Bu bölümde bu özel düzenlemeler, yani öne alınmış sözleşme ihlali durumunda dönme ve art arda teslimli sözleşmelerde dönme genel hatlarıyla tanıtılacaktır. Bu düzenlemelerin her biri başlı başına ayrı bir çalışma konusu teşkil edecek genişlikte olduğu için, konuya ilişkin genel bir değerlendirme yapmakla yetinilmiştir.

##### A. Öne Alınmış Sözleşme İhlali Durumunda Dönme

Antlaşma, satıcının sözleşmeyi ihlal edeceğinin henüz vade gelmeden evvel anlaşıldığı “öne alınmış sözleşme ihlali” (*anticipatory breach*) durumuna ilişkin özel düzenlemeler içermektedir. Bu durumda alıcı, belirli koşullar çerçevesinde, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir (m. 71) veya sözleşmeden dönebilir (m. 72).

CISG m. 72, öne alınmış sözleşme ihlali durumuna özgülenmiş özel bir sözleşmeden dönme hükmüdür<sup>486</sup>. Bu hüküm vasıtasıyla alıcı, vadeyi beklemeye gerek olmaksızın sözleşmeden dönebilecek ve işlem özgürlüğünü tekrar kazanacaktır<sup>487</sup>. Bu açıdan CISG m. 72, alıcının vadeden önce sözleşmeden dönmek istediği durumlarda uygulanabilecektir. Vadeden sonra sözleşmeden dönmek isteyen alıcı, genel sözleşmeden dönme hükmü olan m. 49'a başvurmak durumundadır<sup>488</sup>.

Alıcının bu kapsamda sözleşmeden dönebilmesi için, satıcının sözleşmeyi esaslı biçimde ihlal edeceğinin henüz vade gelmeden evvel aşikar olarak anlaşılması gerekmektedir. Yani satıcının sözleşmeyi esaslı biçimde ihlal edecek olması ve bunun aşikar olması aranmaktadır<sup>489</sup>. a) Satıcının sözleşmeyi esaslı biçimde ihlal edip etmeyeceğine ilişkin değerlendirme, esaslı ihlal kavramını düzenleyen m. 25 ışığında

<sup>486</sup> Diğer hukuk uyumlaştırması metinlerinde de öne alınmış ihlal durumunda sözleşmeden dönmeye olanak tanıyan hükümler bulunmaktadır. Bu hükümler temelde aynı mantığı yansıtmakla beraber, CISG m. 72'ye kıyasla farklılıklar içermektedir. Bkz. UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.3 ve 7.3.4; PECL m. 9:304 ve 8:105; DCFR, m. III. – 3:504 ve III. – 3:505.

<sup>487</sup> Neumayer/Ming, Art. 72 para. 1; Atamer, CISG, s. 409; Fountoulakis, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 72 para. 3;

<sup>488</sup> Huber, Huber/Mullis, s. 346; Schlechtriem/Butler, para. 269;

<sup>489</sup> Atamer, CISG, s. 409; Huber, Huber/Mullis, s. 345; Erkan, s. 114.



yapılır<sup>490</sup>. Örneğin sözleşmede vade tarihi olarak 15 Haziran'ın kararlaştırıldığı ve satıcının bu tarihte malları teslim edemeyecek olduğu durumda, vadenin niteliğine bakılacaktır. Vade kesin nitelikli ise söz konusu tarihte malların teslim edilemeyecek olması, satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlal edeceği anlamına gelecektir. Başka bir deyişle satıcının ihlali fiili olarak gerçekleştiğinde m. 25 çerçevesinde esaslı olarak değerlendirilebilecekse bu ihlal henüz gerçekleşmeden “satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlal edeceği” söylenebilir. **b)** Satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlal edeceğinin tahmin edilmesi, alıcının m. 72 çerçevesinde sözleşmeden dönebilmesi için yeterli değildir. Satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlal edeceğinin aşıkâr (*clear*) olması aranmaktadır. Aşıkâr kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda farklı fikirler ileri sürülmektedir. Bu farklı fikirler, oldukça kuvvetli bir olasılığın aranacağı konusunda birleşmektedirler<sup>491</sup>. Bu konuda yüksek bir standart aranmasının sebebi, satıcının ihlali giderme hakkının işlevsiz kalmasını engellemektir<sup>492</sup>. Baskın görüş uyarınca, bu olasılığın olasılık olmaktan çıkarak, kesinlik (*virtual certainty*) seviyesine ulaşmasına gerek yoktur. Belirli ve açık bir kuvvetli olasılığın (*obvious and evident probability*) varlığı yeterli kabul edilecektir<sup>493</sup>.

Belirtilmiş olan koşullar yerine geldiği takdirde, alıcı bu yönde bir beyanda bulunarak sözleşmeden dönebilir. Ancak süre elverdiği takdirde, alıcının sözleşmeden dönmeden evvel, bu niyetini açıklayan ve satıcıya yükümlülüklerinin ifasına dair teminat gösterme olanağı tanıyan makul bir bildirimde bulunması gerekmektedir [m. 72(2)]. Günümüzde elektronik iletişimin sağladığı olanaklar sebebiyle, genellikle böyle bir bildirimde bulunmak için sürenin elverdiği kabul edilecektir<sup>494</sup>. Diğer yandan satıcının yükümlülüklerini ifa etmeyeceğini kesin olarak

<sup>490</sup> **Bennett**, Bianca/Bonell, Art. 72 para. 2.2; **Enderlein/Maskow**, Art. 72 para. 2; **Atamer**, CISG, s. 409; **Huber**, Huber/Mullis, s. 345; **Schlechtriem/Butler**, para. 271; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 72 para. 10; **Saidov**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 72 para. 2.

<sup>491</sup> **Atamer**, CISG, s. 410; **Schlechtriem/Butler**, para. 270; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 72 para. 12.

<sup>492</sup> **Atamer**, CISG, s. 410;

<sup>493</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 345; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 72 para. 13; **Saidov**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 72 para. 7. Mutlak kesinliğe gerek olmadığı yönünde bkz. **Enderlein/Maskow**, Art. 72 para. 1. Kesinlik seviyesinde bir ihtimale gerek olmadığı, herkes tarafından anlaşılabilir olan kuvvetli bir olasılığın yeterli olduğu yönünde bir mahkeme kararı için bkz. *Landgericht Berlin*, 30.09.1992, CISG-Online No. 70. Sekreteryâ Şerhi'nde üretim tesislerinin yangında yok olması veya bir ambargonun uygulanmaya başlanması sebebiyle satıcının borcunu ifa etmesi imkansızlaştığı takdirde, alıcının sözleşmeden dönebileceği belirtilmektedir (*Sekreteryâ Şerhi*, Art. 63 para. 2).

<sup>494</sup> **Bennett**, Bianca/Bonell, Art. 72 para. 3.3; **Enderlein/Maskow**, Art. 72 para. 5; **Atamer**, CISG, s. 411; **Saidov**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 72 para. 22.



sözleşmesi olarak nitelendirilir<sup>501</sup>. Art arda teslimli sözleşmelerde dönme, CISG m. 73'te özel olarak düzenlenmiştir. Bu tür sözleşmelerin ifasının zamana yayıldığı ve teslimatlar vasıtasıyla kısım kısım gerçekleştiği düşünülürse, böyle özel bir düzenlemenin önemi daha iyi anlaşılır. Nitekim Antlaşma, satıcının art arda teslimli bir satım sözleşmesini ihlal etmesi durumunda alıcının sahip olacağı sözleşmeden dönme hakkının kapsamını farklı ihtimaller çerçevesinde ele almıştır. Satıcının belirli bir teslimata ilişkin yükümlülüklerini esaslı biçimde ihlal etmiş olması, kural olarak satıcıya sadece o münferit teslimatla sınırlı olarak sözleşmeden dönme hakkı verir [m. 73(1)]. Satıcının yükümlülük ihlali, alıcı açısından gelecek teslimatlar kapsamındaki yükümlülüklerin esaslı şekilde ihlal edileceğine dair ciddi bir gerekçe teşkil ediyorsa alıcının gelecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmeden dönmesi mümkün olur [m. 73(2)]. Alıcının belirli teslimatlarla sınırlı olmaksızın sözleşmenin tamamından dönebilmesi için, satıcının dönme hakkını kullanabileceği münferit teslimatın eksikliğinin tüm sözleşmeyi anlamsız hale getirecek olması aranır [m. 73(3)].

1. CISG m. 73(1) uyarınca, “*Malların art arda teslim edilmesinin öngörüldüğü bir sözleşmede, taraflardan birinin münferit teslimatlardan birine dair yükümlülüklerini ifa etmemesinin bu teslimata dair sözleşmenin esaslı şekilde ihlalini teşkil etmesi halinde, karşı taraf, bu teslimata ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir.*” Buna göre, alıcının etkisi münferit bir teslimatla sınırlı olarak sözleşmeden dönebilmesi için, satıcının söz konusu teslimata ilişkin yükümlülüklerini esaslı biçimde ihlal etmiş olması yeterlidir<sup>502</sup>. Buradaki esaslı ihlal kavramı, hem m. 49(1)(a)'daki esaslı ihlali hem de m. 49(1)(b)'deki mehile rağmen malların teslim edilmemiş olması durumunu kapsayacak biçimde “sözleşmeden dönme sebebi” olarak geniş yorumlanmalıdır<sup>503</sup>. Bu genişletici yorum çerçevesinde,

<sup>501</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 73 para. 1; **Atamer**, CISG, s. 411-412; **Huber**, Huber/Mullis, s. 349; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 73 para. 8; **Erkan**, s. 117. Kavram hakkında bkz. **Saidov**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 73 para. 3 vd. Alıcının belirli bir vadede teslim etmesi gereken malları eksik teslim ettiği durumda, CISG m. 51 anlamında kısmi ifa gerçekleşmiş olur. Bu durumun art arda teslimli satım sözleşmesiyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Satıcının malları eksik teslim etmesi durumunda kısmi ifaya ilişkin hüküm (m. 51) ile art arda teslimli satım sözleşmesine ilişkin hükmün (m. 73) uygulama alanı hakkında bkz. yukarıda “Bölüm 2 / II / C / 3. Satıcının Satım Konusu Malları Eksik Teslim Etmesi”.

<sup>502</sup> Bu teslimatın sözleşmenin bütünü açısından taşıdığı önem herhangi bir fark yaratmayacaktır. Satıcı bir teslimata ilişkin yükümlülüklerini esaslı biçimde ihlal ettiği takdirde, bu teslimat sözleşmenin bütünü açısından önemsiz olsa bile, alıcı söz konusu teslimatla sınırlı olarak sözleşmeden dönebilecektir (**Sekreteryä Şerhi**, Art. 64 para. 3; **Huber**, Huber/Mullis, s. 349; **Erkan**, s. 119).

<sup>503</sup> **Atamer**, CISG, s. 412; **Slechtriem/Butler**, para. 284; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 73 para. 13. Malların mehil sonunda hâlâ teslim edilmemiş olmasının esaslı ihlalin mevcut olduğu

m. 73(1)'in uygulama alanına ilişkin şöyle bir örnek verilebilir. Satıcının malları üç farklı vadede teslim etmesinin kararlaştırıldığı bir olayda, satıcının 15 Mart'ta yapması gereken ikinci teslimatı yapmakta geciktiğini varsayalım. Eğer söz konusu vade kesin nitelikli ise satıcı 15 Mart'ta yapması gereken ikinci teslimatı yapmakta gecikerek söz konusu teslimata ilişkin yükümlülüklerini esaslı biçimde ihlal etmiş olur. Böylece alıcı, ikinci teslimata ilişkin olarak gerçekleşmiş dönme sebebine dayanarak sözleşmeden dönebilir. Diğer yandan vadenin kesin nitelik taşımadığı durumda, mallar satıcıya tanınan mehlin sonunda hâlâ teslim edilmemişse, alıcı buna bağlı olarak gerçekleşmiş dönme sebebine dayanarak sözleşmeden dönebilir. Her iki durumda da dönmenin etkisi 15 Mart vadeli münferit teslimatla sınırlıdır. Sözleşmeden dönmenin daha önce yapılmış olan birinci teslimata yahut daha sonra yapılması gereken üçüncü teslimata yönelik bir etkisi olmayacaktır<sup>504</sup>.

Doktrinde bu çerçevedeki sözleşmeden dönme beyanının, m. 49(2)'deki sürelerle doğrudan tabi olmayacağı savunulmaktadır<sup>505</sup>. Buna rağmen çeşitli hükümlerden ve özellikle m. 49(2)'den çıkarılan genel bir prensip uyarınca alıcının sözleşmeden dönme hakkını, bu hakkın varlığını bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içerisinde kullanması gerektiği belirtilmektedir<sup>506</sup>.

**2.** Kimi durumlarda satıcının bir teslimata ilişkin yükümlülüklerini ihlal etmiş olması, alıcı açısından, gelecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceğine dair ciddi bir gerekçe teşkil edebilir. CISG m. 73(2) uyarınca, *“Taraflardan birinin münferit teslimatlardan herhangi birine dair yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi, karşı taraf açısından, gelecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceğine dair ciddi bir gerekçe teşkil ettiği takdirde, karşı taraf, makul bir süre içerisinde sözleşmenin ileriye dönük olarak ortadan kalktığını beyan edebilir.”* Görüldüğü üzere, alıcının bu hüküm uyarınca sözleşmeden dönebilmesi için aranan, alıcının halihazırdaki ihlalinin sözleşmeyi gelecekte esaslı şekilde ihlal edeceğine ilişkin ciddi bir gerekçe (*good*

---

yönündeki şüpheleri kuvvetlendireceği fakat başlı başına bir sözleşmeden dönme sebebi teşkil etmeyeceği yönündeki aksi görüş için bkz. **Huber**, Huber/Mullis, s. 350; **Saidov**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 73 para. 11; **Erkan**, s. 118.

<sup>504</sup> **Neumayer/Ming**, Art. 73 para. 2; **Atamer**, CISG, s. 412; **Schlechtriem/Butler**, para. 278; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 73 para. 17; **Erkan**, s. 119.

<sup>505</sup> Bu süre sınırlaması hakkında bkz. aşağıda “Bölüm 3 / II. Sözleşmeden Dönme Beyanında Bulunulabilecek Süre”.

<sup>506</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 350; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 73 para. 13.

*grounds*)oluşturmasıdır. Esaslılık değerlendirmesine tabi tutulan ihlal, satıcının mevcut ihlali değil; gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak gerçekleştireceği ihlaldir. Esaslı olmayan mevcut ihlal, gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceğine dair ciddi bir gerekçe teşkil ediyorsa, bu hüküm uygulama alanı bulacaktır<sup>507</sup>. Bu hükümde düzenlenen dönme, kural olarak hüküm ifade ettiği andan sonraki teslimatları etkiler. Dönmenin mevcut ihlalin ilişkin olduğu teslimatı etkilemesi için, bu ihlalin m. 73(1)'deki şartları taşıyor olması gerekir<sup>508</sup>. Bu teslimattan önceki teslimatlar ise her halükarda dönmeden etkilenmeyecektir.

CISG m. 72'deki öne alınmış ihlal durumunda sözleşmeden dönme ile m. 73(2)'deki gelecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmeden dönme ileriye yönelik koruyucu nitelikleri itibarıyla ilk bakışta benzeşmektedirler. Oysa iki düzenlemenin uygulama alanları farklıdır<sup>509</sup>. CISG m. 72 uyarınca alıcının sözleşmeden döndüğü durumda, satıcı sözleşmeyi henüz hiç ihlal etmemiştir. Alıcının bu kapsamda dönebilmesi için “sözleşmenin esaslı olarak ihlal edileceğinin aşıkâr olması” aranır. CISG m. 73(2)'de ele alınan ihtimal çerçevesinde ise satıcı art arda teslimli bir satım sözleşmesini halihazırda ihlal etmiş durumdadır. Bu kapsamda alıcının sözleşmeden dönebilmesi için aranan “mevcut ihlalin sözleşmenin gelecekte esaslı olarak ihlal edileceğine dair ciddi bir gerekçe” oluşturmasıdır. Bu açıdan m. 72'deki olasılık değerlendirmesi, m. 73(2)'dekine kıyasla daha sert olacaktır<sup>510</sup>.

CISG m. 73(2) çerçevesinde, alıcının sözleşmeden dönme beyanında bulunabileceği süre, hükümdeki “makul süre” ifadesi ile sınırlandırılmıştır. Alıcı, sözleşmeden dönme hakkını, makul bir süre içerisinde kullanmalıdır. Bu süre geçtikten sonra yapılacak sözleşmeden dönme beyanı hüküm doğurmayacaktır<sup>511</sup>.

<sup>507</sup>*Sekreteryâ Şerhi*, Art. 64 para. 6; **Bennett**, Bianca/Bonell, Art. 73 para. 2.7; **Enderlein/Maskow**, Art. 73 para. 7; **Heuzé**, para. 436; **Atamer**, CISG, s. 413; **Huber**, Huber/Mullis, s. 351; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 73 para. 20.

<sup>508</sup>**Huber**, Huber/Mullis, s. 352; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 73 para. 30; **Erkan**, s. 121.

<sup>509</sup>**Atamer**, CISG, s. 413 dn. 706; **Huber**, Huber/Mullis, s. 354; **Erkan**, s. 121. Bu hükümlerin uygulama alanlarının yer yer kesiştiği ve CISG m. 73(2)'nin özel hüküm olması itibarıyla öncelikli olarak uygulanacağı yönündeki aksi görüş için bkz. **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 73 para. 31.

<sup>510</sup>**Bennett**, Bianca/Bonell, Art. 73 para. 3.3; **Neumayer/Ming**, Art. 73 para. 3; **Heuzé**, para. 436; **Atamer**, CISG, s. 413 dn. 707; **Huber**, Huber/Mullis, s. 351-352; **Honnold**, para. 401; **Slechtriem/Butler**, para. 279; **Saidov**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 73 para. 18; **Erkan**, s. 120.

<sup>511</sup>**Atamer**, CISG, s. 413; **Slechtriem/Butler**, para. 280;

3. Alıcının m. 73(1) uyarınca münferit bir teslimata ilişkin olarak sözleşmeden dönecek olması, kimi zaman tüm sözleşmeyi anlamsız hale getirecektir. Bu ihtimalde devreye m. 73(3) girer. Bu düzenlemeye göre “*Münferit bir teslimata ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan eden alıcı, aynı zamanda, gerçekleşmiş teslimatlara ve gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak da sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir, yeter ki teslimatlar arasındaki bağlantı nedeniyle bunlar artık sözleşmenin kurulması sırasında taraflarca öngörülen amaç doğrultusunda kullanılamayacak olsun.*” Bu hüküm çerçevesinde bir sözleşmeden dönme hakkının doğması için kritik nokta, alıcının m. 73(1) uyarınca döneceği münferit teslimat ile diğer teslimatlar arasındaki bağlantıdır<sup>512</sup>. Mevcut olan sıkı bağlantı sebebiyle diğer teslimatlar da anlamını yitiriyor ve sözleşmenin kurulduğu anda taraflarca öngörülen amaca hizmet edemez hale geliyorsa, alıcı sözleşmenin tamamından dönebilecektir<sup>513</sup>. Taraflarca sözleşmenin kurulduğu anda öngörülemez amaçlar, bu değerlendirmede dikkate alınamaz<sup>514</sup>.

Alıcının m. 73(3) uyarınca sözleşmenin tamamından dönme beyanı, m. 49(2)’deki sürelerle doğrudan tabi değildir. Fakat m. 73(1)’de olduğu gibi, m. 73(3)’te de alıcının sözleşmeden dönme hakkını, bu hakkın varlığını bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içerisinde kullanması gerektiği belirtilmektedir<sup>515</sup>.

<sup>512</sup>Neumayer/Ming, Art. 73 para. 4; Huber, Huber/Mullis, s. 354; Saidov, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 73 para. 32-33.

<sup>513</sup>Örneğin monte edilmek suretiyle bir makine oluşturacak parçaların ayrı teslimatlar halinde teslim edilmesinin kararlaştırıldığı sözleşme çerçevesinde, satıcının bir teslimata ilişkin olarak sözleşmeden dönmesi diğer teslimatları da anlamsız hale getirir. Örnek için bkz. *Sekreteryaya Şerhi*, Art. 64 para. 7. Teslimatların birbirleriyle sıkı bağlantı içerisinde olduğunu kabul etmek için, bunların bir araya gelerek bir bütün oluşturmalarına gerek yoktur. Alıcının işleyeceği hammaddenin tümünün aynı kalitede olmasının gerekli olduğu ve bu koşulun ancak tüm hammaddenin aynı kaynaktan sağlanmasıyla elde edilebileceği durumda da, bir teslimata ilişkin olarak sözleşmeden dönmek diğer teslimatların amacını kaybetmesine sebep olacaktır. Örnek için bkz. *Sekreteryaya Şerhi*, Art. 64 para. 7.

<sup>514</sup>Neumayer/Ming, Art. 73 para. 4; Bennett, Bianca/Bonell, Art. 73 para. 3.5; Enderlein/Maskow, Art. 73 para. 14-15; Schlechtriem/Butler, para. 282; Saidov, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 73 para. 34; Erkan, s. 122.

<sup>515</sup>Fountoulakis, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 73 para. 40.

### Bölüm 3

#### Sözleşmeden Dönme Hakkının Kullanılması

Alıcının sözleşmeden dönme hakkını geçerli bir şekilde kullanabilmesi için, CISG m. 49(2)'deki süre sınırlaması içinde sözleşmeden dönme beyanında bulunması gerekir. Bu bölümde öncelikle sözleşmeden dönme beyanı, içerik, şekil, hüküm ifade etme anı ve geri alınabilirliği açısından incelenecektir (I). Ardından alıcının sözleşmeden dönme beyanında bulunabileceği süre çeşitli ihtimaller çerçevesinde ele alınacaktır (II).

#### I. Sözleşmeden Dönme Beyanı

CISG uyarınca sözleşmeden kurtulmak isteyen alıcının, sözleşmeden dönme hakkına temel oluşturacak bir durum ortaya çıktıktan sonra, sözleşmeden dönme beyanında bulunması gerekir<sup>516</sup>. CISG m. 26 uyarınca, sözleşmeden dönme beyanı, ancak diğer tarafa yöneltilen<sup>517</sup> bir bildirimle yapılması halinde hüküm ifade eder<sup>518</sup>. Antlaşma, belirli şartların sağlanması halinde sözleşme ilişkisinin *ipso facto* (kendiliğinden) sona ermesini sağlayan bir mekanizma öngörmemiştir<sup>519</sup>. Bu açıdan

<sup>516</sup> **Date-Bah**, Bianca/Bonell, Art. 26 para. 2.1; **Audit**, para. 135; **Christopher M. Jacobs**, “Notice of Avoidance under the CISG: A Practical Examination of Substance and Form Considerations, the Validity of Implicit Notice, and the Question of Revocability”, University of Pittsburgh Law Review Vol. 64 2002-2003 s. 407 vd., s. 407; **Huber**, Huber/Mullis, s. 210; **Schlechtriem/Butler**, para. 108; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 62; **Zeytin**, s. 108. Sözleşmeden dönmek isteyen alıcının tek bir sözleşmeden dönme beyanında bulunması yeterlidir. CISG, bazı ulusal hukukların aksine, sözleşmeden dönme beyanından evvel herhangi bir uyarı beyanında bulunulmasını aramaz; **Sekreteryä Şerhi**, Art. 24 para. 3; **Chengwei Liu**, Declaration of Avoidance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and Case Law [2nd Edition: Case annotated update (June 2005)], Çevrimiçi Erişim: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu10.html>>, Son Erişim: 01.05.2013, dn. 17'ye bağlı metin; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para. 7.

<sup>517</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para. 13; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 25; **Zeytin**, s. 108.

<sup>518</sup> UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.2, PECL m. 9:303 ve DCFR m. III. - 3:507 de benzer şekilde, sözleşmeden dönme beyanının karşı tarafa bildirimle yapılması halinde hüküm ifade edeceğini düzenlemiştir.

<sup>519</sup> **Sekreteryä Şerhi**, Art. 45 para. 2; **Date-Bah**, Bianca/Bonell, Art. 26 para. 2.1; **Audit**, s. 131 dn. 2; **Neumayer/Ming**, Art. 26 para. 1; **Ziegel**, s. 9-5; **Enderlein/Maskow**, Art. 26 para. 1.1; **Atamer**, CISG, s. 401; **Magnus**, Remedy of Avoidance, s. 426; **Huber**, Huber/Mullis, s. 210; **Honnold**, para. 187.1; **Jacobs**, s. 417; **Liu**, Declaration, dn. 9'a bağlı metin; **Erdem**, VSA, s. 73; **Slechtriem/Butler**, para. 108; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para. 1; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 23; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 26 para. 1; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 861; **Erkan**, s. 124. CISG, bu yönüyle ULIS'ten ayrılmaktadır. ULIS, beş özel durumda sözleşmenin *ipso facto* sona ermesini düzenlemiştir (bkz. ULIS m. 25, 26, 30, 61, 62). Sözleşmenin *ipso facto* sona ermesini düzenleyen sistem, ULIS'in aksayan yönlerinden biri olarak kabul edilmiş ve CISG hazırlanırken yeni bir yaklaşım benimseme ihtiyacı hissedilmiştir; bkz. **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 1.2.1.1. ULIS'te benimsenen

CISG ile diğer özel hukuk uyumlaştırması metinleri arasındaki yaklaşım farklılığına dikkat çekmek gerekir. PECL ve DCFR uyarınca, taraflardan birinin sorumlu olmadığı devamlı bir engel sebebiyle ifa gerçekleşemiyorsa, sözleşme kendiliğinden son bulur<sup>520</sup>. Fakat CISG'da böyle istisnai bir düzenleme bulunmamaktadır. Satıcı denetimi dışında kalan bir engel sebebiyle ifada bulunamasa ve m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulma şartlarını yerine getirirse bile; sözleşme varlığını korumaya devam eder. Sözleşmeden dönmek isteyen alıcının dönme iradesini ortaya koyan bir beyanda bulunması şarttır<sup>521</sup>.

Bununla birlikte, bazı yazarlar, satıcının ifada bulunmayacağını açık ve kesin olarak ifade ettiği durumlarda istisnaen sözleşmeden dönme beyanında bulunmaya gerek olmaksızın sözleşmenin sona ereceğini savunmaktadırlar<sup>522</sup>. Kanımca böyle bir yorumda bulunmak Antlaşma'da hâkim olan *favor contractus* ilkesi ve m. 49'un açık ifadesi karşısında mümkün değildir.

### A. Sözleşmeden Dönme Beyanının İçeriği ve Şekli

CISG m. 26, sözleşmeden dönme beyanının asgari içeriğine ilişkin herhangi bir belirleme yapmamıştır. Beyanda alıcının sözleşme ile bağlı kalmak istemediği yeterli açıklıkta ortaya koyulmalı ve bu durumun sebebi belirtilmelidir<sup>523</sup>. Alıcının sözleşme ile bağlı kalmak istemediğine ilişkin yeterli açıklığın sağlanmış olması için, satıcının konumundaki makul bir kişinin sözleşmeden dönüldüğünü anlayabilecek olması gereklidir<sup>524</sup>. Bu maksatla alıcının, artık malları kabul etmeyeceğini veya kabul ettiyse iade edeceğini<sup>525</sup> yahut artık ifada bulunmayacağını<sup>526</sup> belirtmesi yeterlidir.

---

sözleşmenin *ipso facto* sona ermesi anlayışının olumsuz sonuçları için bkz. **Date-Bah**, Bianca/Bonell, Art. 26 para. 2.3 ve 2.4; **Jacobs**, s. 417-418.

<sup>520</sup> Bkz. PECL m. 9:303(4) ve DCFR m. III. - 3:104(4). PECL sözleşmenin, DCFR ise ilgili borç ile bu borcun sinallagma ilişkisi içinde olduğu diğer borcun ortadan kalkacağını belirtmektedir.

<sup>521</sup> **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 79 para. 40. PECL'deki istisnanın CISG'da da uygulama alanı bulacağını savunan aksi görüş için bkz. **Liu**, Declaration, dn. 33'e bağlı metin.

<sup>522</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para. 8; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 62. Aynı yönde bkz. *Oberlandesgericht Hamburg*, 28.02.1997, CISG-Online No. 261.

<sup>523</sup> **Jacobs**, s. 409; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 26 para. 11. Sözleşmeden dönme sebebinin belirtilmesine gerek olmadığı görüşü için bkz. **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para. 7.

<sup>524</sup> **Jacobs**, s. 409; **Liu**, Declaration, dn. 74'e bağlı metin; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 26 para. 4.

<sup>525</sup> **Honnold**, para. 187.2; **Jacobs**, s. 409.



Sözleşmeden dönme beyanı, herhangi bir şekil şartına tabi değildir<sup>527</sup>. Alıcının sözleşme ile bağlı kalmak istemediğini yeterli açıklıkta ortaya koyan irade beyanı, sözlü veya yazılı olmasına bakılmaksızın geçerli kabul edilecektir<sup>528</sup>. Fakat tarafların şekil konusunda aksine bir düzenleme yaptıkları durumda, tarafların iradesine itibar edilir<sup>529</sup>. Antlaşma'daki hükümlere nazaran taraf iradelerine üstünlük verilmesi ilkesi, bu konuda da geçerli olacaktır.

Sözleşmeden dönme iradesinin, örtülü (zımnî) olarak beyan edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. CISG m. 26'da beyanın açık (sarih) olmasının aranmadığından hareket eden ve genel olarak kabul gören görüş uyarınca, sözleşmeden örtülü bir beyanla dönmek mümkündür<sup>530</sup>. Bu noktada önemli olan

<sup>526</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 24; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 26 para. 4; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 63

<sup>527</sup> **Sekreteryä Şerhi**, Art. 24 para. 4; **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.1.1; **Date-Bah**, Bianca/Bonell, Art. 26 para. 3.1; **Heuzé**, para. 429; **Neumayer/Ming**, Art. 26 para. 1; **Atamer**, CISG, s. 401; **Magnus**, Remedy of Avoidance, s. 427; **Honnold**, para. 187.2; **Jacobs**, s. 410; **Gabriel**, Digest, s. 338-339; **Liu**, Declaration, dn. 46'ya bağlı metin; **Slechtriem/Butler**, para. 108; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para. 5; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 24; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 26 para. 3; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 63; **Zeytin**, s. 108. Sözleşmeden dönme beyanının herhangi bir şekil şartına tabi olmaması ilkesi, Antlaşma'daki şekil serbestisi ilkesine m. 96'dan faydalanılarak çekince koyulması durumunda bile geçerli olmaya devam eder. CISG m. 96 uyarınca "Mevzuatı, satım sözleşmelerinin yazılı olarak kurulmasını veya ispat edilmesini şart kılan bir taraf Devlet, her zaman 12. madde uyarınca, satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilde yapılmasını mümkün kılan bu Antlaşmanın 11. ve 29. maddesinin veya II. Kısımının herhangi bir hükmünün, taraflardan birinin işyerinin bu Devlette olması durumunda uygulanmayacağına ilişkin bir beyanda bulunabilir." Sözleşmeden dönme beyanını düzenleyen m. 26, çekince kapsamındaki hükümler arasında sayılmadığı için, m. 96'dan faydalanarak Antlaşma'ya çekince koyulsa da bu beyan şekle tabi olmayacaktır (**Jacobs**, s. 410 dn. 18). CISG m. 96'daki çekincenin, sözleşmeden dönme beyanlarını da etkileyeceği yönündeki aksi görüş için bkz. **Liu**, Declaration, dn. 45'e bağlı metin.

<sup>528</sup> **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.1.1; **Atamer**, CISG, s. 401; **Jacobs**, s. 410; **Gabriel**, Digest, s. 339; **Liu**, Declaration, dn. 46'ya bağlı metin; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 24; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 26 para. 3; **Zeytin**, s. 108. Bununla beraber, tarafların yazılı bir beyanda bulunmaları ispat kolaylığı sağlayacağı için tavsiye edilmektedir (**Jacobs**, s. 411; **Liu**, Declaration, dn. 51'e bağlı metin; **Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 26 para. 3).

<sup>529</sup> **Jacobs**, s. 412; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para. 5; **Erkan**, s. 129.

<sup>530</sup> **Neumayer/Ming**, Art. 26 para. 1; **Atamer**, CISG, s. 401-402; **Magnus**, Remedy of Avoidance, s. 427; **Liu**, Declaration, dn. 62'ye ve dn. 75'e bağlı metin; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para. 5; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 24; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 63; **Zeytin**, s. 180; **Erkan**, s. 128. Aksi görüşte bkz. **Enderlein/Maskow**, Art. 26 para. 1.2. Bir Avustralya mahkemesinin kararı bu konuda iyi bir örnek teşkil etmektedir. Karara konu olan olayda satım konusu malları teslim alan fakat satım bedelini ödemeyen alıcı, bir süre sonra iflas etmiştir. Bunun üzerine satıcının malların kendisine iadesine ilişkin açtığı davayı, mahkeme, örtülü sözleşmeden dönme beyanı olarak nitelendirmiştir (*Federal Court Adelaide*, 28 Nisan 1995, CISG-Online No. 218). **Gabriel**, açılacak bir davayı sözleşmeden dönme beyanı olarak nitelendirirken dikkatli olmak gerektiğini, aksi takdirde m. 26 ile hedeflenen amaca ulaşılamayacağını belirtmektedir (**Gabriel**, Digest, s. 339).

örtülü beyanın sözleşmeden dönme iradesini yeterli açıklıkta ortaya koymasındır. Diğer taraftan *Jacobs*, bu imkanın varlığını teorik olarak savunmasına rağmen<sup>531</sup>, örtülü irade beyanı ile sözleşmeden dönmeye olanak sağlayacak bir kabulün pratikte çeşitli sorunlar yaratacağını belirtmektedir. Özellikle dönme iradesinin yeterli açıklıkta ortaya koyulup koyulmadığının şüpheli olduğu durumlar açısından gündeme gelecek belirsizlikler hakkaniyete aykırılık yaratabilecektir<sup>532</sup>.

Alıcı, ifade bulunmayan satıcıya m. 47 uyarınca mehil verirken, ifanın mehil süresince gerçekleşmemesi üzerine sözleşmeden dönmüş sayılacağını belirtebilir. Böylelikle mehil tanıyan beyan, sözleşmeden dönme iradesini yeterli açıklıkta ortaya koyduğu takdirde, şarta bağlı bir sözleşmeden dönme beyanı niteliği kazanacaktır. Sözleşmeden dönme beyanı geciktirici bir şarta bağlanmıştır ve ifa mehil içerisinde gerçekleşmezse sözleşme kendiliğinden tasfiye sürecine girecektir<sup>533</sup>. Benzer şekilde m. 39 kapsamındaki sözleşmeye aykırılık ihbarına sözleşmeden dönme beyanı niteliği kazandırılması da mümkündür<sup>534</sup>.

## B. Sözleşmeden Dönme Beyanının Hüküm İfade Etme Anı ve Geri Alınması

Sözleşmeden dönme beyanı, m. 27 kapsamında bir bildirimdir<sup>535</sup>. Dolayısıyla bu beyanın geç yahut hatalı bir biçimde ulaşması veya ulaşmaması riskini, beyanın uygun bir araçla yapılmış olması koşuluyla, karşı taraf olan satıcı taşır. Beyanın

<sup>531</sup> *Jacobs*, s. 413.

<sup>532</sup> Bu belirsizlik özellikle dönme yönünde bir iradesi olmamasına rağmen, örtülü sözleşmeden dönme beyanında bulunduğu varsayılan taraf açısından sorun yaratacaktır. Bu konuda bkz. *Jacobs*, s. 418. Yazar bu belirsizliğin üstesinden gelmek için, alıcının sözleşmeden dönme iradesinin varlığı konusunda her iki taraf da mutabık olmadıkça dönmenin etkili olmamasını öngören bir anlayış önermektedir. Bu çerçevede alıcının sözleşmeden dönme iradesini bildirdiği düşüncesinde olan satıcı, alıcıyla iletişime geçmelidir (*Jacobs*, s. 418-419). Hangi beyanların örtülü olarak sözleşmeden dönme iradesini ortaya koyduğunun tespit edilmesinin oldukça güç olacağı yönünde bkz. *Gabriel*, Digest, s. 340.

<sup>533</sup> *Enderlein/Maskow*, Art. 26 para. 1.1; *Liu*, Declaration, dn. 22'ye ve dn. 38'e bağlı metin; *Fountoulakis*, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para.7; *Müller-Chen*, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 22-23; *Serozan*, CISG ve TBK; *Erkan*, s. 127. Bu imkanın varlığını kabul eden bir karar için bkz. *Oberlandesgericht Graz*, 29.07.2004, CISG-Online No. 1627. Böyle bir imkanın var olduğunu savunan, fakat sözleşmeden dönme beyanının şarta bağlanamayacağını belirten görüş için bkz. *Zeytin*, s. 181. Aksi görüşte bkz. *Björklund*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 26 para. 6. Bu imkan, UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.5(3), PECL m. 8.106(3) ve DCFR m. III. - 3:507(2)'de açıkça öngörülmüştür.

<sup>534</sup> *Gabriel*, Digest, s. 340 dn. 22; *Liu*, Declaration, dn. 22'ye bağlı metin; *Fountoulakis*, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para.7; *Erkan*, s. 127.

<sup>535</sup> *Enderlein/Maskow*, Art. 26 para. 3.1; *Gabriel*, Digest, s. 341; *Atamer*, CISG, s. 402; *Slechtriem/Butler*, para. 108; *Fountoulakis*, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para. 10; *Björklund*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 26 para. 15; *Huber*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 64; *Erdem*, Sözleşmeden Dönme, s. 862; *Erkan*, s. 125.

ulaşmasındaki gecikme yahut hata veya beyanın ulaşmamış olması, alıcıyı bu beyana dayanma hakkından yoksun bırakmaz<sup>536</sup>.

Sözleşmeden dönme beyanının hangi anda hüküm ifade edeceği ve böylelikle alıcının hangi anda sözleşmeden dönmüş sayılacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüş, beyanın ulaştığı anı esas almaktadır<sup>537</sup>. Kanaatimizce beyanın ulaştığı anı esas alan görüş, uygun bir araçla yapılmış olan beyanın ulaşmama riskini karşı tarafa (satıcıya) yükleyen m. 27 ile çelişmektedir. Beyanın ulaşmaması alıcıyı bu beyana dayanma hakkından yoksun bırakmadığına göre; hüküm ifade etme anı olarak ulaşma anını esas almak tutarsızdır. CISG m. 27 uyarınca, Antlaşma'nın III. Kısmı bağlamında gönderilen bildirim, talep ve diğer açıklamaların, kural olarak, gönderilmekle beraber hüküm ifade ettiğini kabul etmek gerekir<sup>538</sup>. Nitekim bazı beyanlara ilişkin olarak ulaşma anının esas alındığını ortaya koyan özel düzenlemeler [m. 47(2), m. 48(4), m. 63(2), m. 65(1) ve (2), m. 79(4)], CISG m. 27'de "gönderme teorisinin" genel kural olarak düzenlendiği kabul edilirse anlam kazanır. Bu sebeple alıcı, dönme beyanını gönderdiği anda sözleşmeden dönmüş sayılmalıdır<sup>539</sup>. Bu noktada beyanın uygun bir araçla gönderilmesi özel bir önem arz eder. Alıcı beyanı uygun bir araçla gönderdiği takdirde, beyan karşı tarafa

<sup>536</sup> *Sekreteryä Şerhi*, Art. 24 para. 4; **Enderlein/Maskow**, Art. 26 para. 3.1; **Fountoulakis**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 26 para. 10; **Huber**, *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, Art. 49 para. 64. <sup>537</sup> **Neumayer/Ming**, Art. 27 para. 2; **Hornung**, *Schlechtriem/Schwenzer* (2005), Art. 26 para. 12. UNIDROIT İlkeleri çerçevesinde sözleşmeden dönme beyanının ulaşmakla hüküm ifade edeceği, m. 7.3.2'nin şerhinde açıkça ifade edilmiştir; bkz. UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.2 şerhi para. 4.

<sup>538</sup> CISG'nin sözleşmenin kuruluşuna ilişkin II. Kısmı kapsamındaki icap, kabul ve diğer irade beyanları, m. 24 uyarınca karşı tarafa ulaşmakla hüküm doğurmaya başlar. CISG'nin malların satımına ilişkin III. Kısmı kapsamındaki beyanların hangi anda hüküm doğurmaya başlayacaklarına ilişkin ise böyle açık bir hüküm bulunmadığı için tartışmalar doğmaktadır. Bazı yazarlar CISG m. 27'nin sadece beyanın geç yahut hatalı bir biçimde ulaşması veya ulaşmaması riskinin kime yükleneceğine ilişkin bir düzenleme yaptığını savunmaktadır (**Neumayer/Ming**, Art. 27 para. 6). Diğer yazarlar ise bu risk düzenlemesinin yanı sıra, beyanın hangi anda hüküm ifade edeceğinin de m. 27'de düzenlendiğini belirtmektedir. Kabul ettiğimiz bu ikinci görüş uyarınca, beş özel hükümde belirtilen beyanlar [m. 47(2), m. 48(4), m. 63(2), m. 65(1) ve (2), m. 79(4)] hariç olmak üzere, III. Kısm kapsamında kalan beyanların hüküm doğurmaya başlama anı, m. 27'ye göre belirlenir. Buna göre beyan gönderilmekle hüküm doğurmaya başlar (*Sekreteryä Şerhi*, Art. 25 para. 4; **Date-Bah**, *Bianca/Bonell*, Art. 27 para. 2.1; **Enderlein/Maskow**, Art. 27 para. 1-2; **Kimbel**, s. 312; **Huber**, *Huber/Mullis*, s. 39-40; **Gabriel**, *Digest*, s. 340-341; **Honnold**, para. 189-190; **Peter Schlechtriem**, *Effectiveness and Binding Nature of Declarations (Notices, Requests or Other Communications) under Part II and Part III of the CISG*, *Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1995*, s. 95 vd., Çevrimiçi Erişim: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/slecht.html>>, Son Erişim: 01.05.2013, dn. 2'ye bağlı metin vd.; **Schroeter**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 27 para. 15; **Björklund**, *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, Art. 27 para. 13 vd.; **Zeytin**, s. 109).

<sup>539</sup> Aynı görüşte bkz. **Date-Bah**, *Bianca/Bonell*, Art. 27 para. 2.1; **Enderlein/Maskow**, Art. 26 para. 3.1; **Will**, *Bianca/Bonell*, Art. 49 para. 2.1.1; **Kimbel**, s. 316-317; **Erdem**, *VSA*, s. 73; **Atamer**, *CISG*, s. 402-403; **Fountoulakis**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 26 para. 10; **Müller-Chen**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 49 para. 25; **Björklund**, *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, Art. 27 para. 13 vd.; **Zeytin**, s. 178; **Erdem**, *Sözleşmeden Dönme*, s. 862; **Erkan**, s. 125.

ulaşmasa bile gönderilmekle beraber hüküm ifade eder. Fakat uygun bir araçla gönderilmeyen ve karşı tarafa ulaşmayan beyan hüküm ifade etmeyecektir<sup>540</sup>.

Sözleşmeden dönme beyanının geri alınma olanağının bulunup bulunmadığı da doktrinde tartışmalı konulardan biridir<sup>541</sup>. Bazı yazarlara göre, beyanın geri alınması olanağının bulunup bulunmadığını, hüküm ifade etme anına göre tespit etmek gerekir. Beyan, hüküm anına kadar geri alınabilecek; fakat hüküm anından itibaren geri alınma olanağı kalmayacaktır. Bu çözüme, beyanın hüküm ifade etme anını gönderme ve ulaşma teorileri çerçevesinde farklı ele alan iki görüşe göre yaklaşmak gerekir. Ulaşma anını esas alan görüş uyarınca, sözleşmeden dönme beyanından, karşı tarafa daha evvel ulaşmak kaydıyla ikinci bir beyanla dönülebilir<sup>542</sup>. Beyanın gönderilmekle beraber hüküm ifade ettiğini savunan görüşe göre ise, gönderildikten sonra beyanın geri alınabilmesi mümkün değildir<sup>543</sup>. Gönderme anını esas alan *Schlechtriem* ise olaya başka bir bakış açısıyla yaklaşmakta ve beyanın hüküm ifade etmesi ile geri alınabilirliği arasında herhangi bir ilişkinin bulunmadığını belirtmektedir. Antlaşma metninde bulunmayan böyle bir ilişkinin yorum yoluyla kurulabilmesi mümkün değildir. Yazara göre, beyanın geri alınabilirliğini güven esasını temel alan bir anlayışa göre değerlendirmek gerekir. Beyanın yöneltildiği kişi beyana güvenerek hareket etmeye başlamadığı süreçte, beyanın geri alınması mümkündür<sup>544</sup>. Aksi takdirde hakkaniyete aykırı sonuçlar doğacaktır<sup>545</sup>. Bu çözüm beyanın yöneltildiği kişinin haklarını da korumaktadır.

<sup>540</sup>**Schlechtriem/Butler**, para. 110; **Schroeter**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 27 para. 3 ve 12; **Zeytin**, s. 110. Uygun araç kavramı hakkında bkz. **Enderlein/Maskow**, Art. 27 para. 5; **Schroeter**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 27 para. 9.

<sup>541</sup> Tartışma için bkz. **Jacobs**, s. 422 vd.

<sup>542</sup>**Neumayer/Ming**, Art. 26 para. 2 ve Art. 27 para. 4.

<sup>543</sup>**Zeytin**, s. 108.

<sup>544</sup>**Schlechtriem**, *Effectiveness*, dn. 36'ya bağlı metin. Aynı görüşte bkz. **Honnold**, para. 187.2; **Jacobs**, s. 427; **Schlechtriem/Butler**, para. 109; **Fountoulakis**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 26 para. 11; **Schroeter**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 27 para. 16; **Müller-Chen**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 45 para. 16. *Schlechtriem*, bu konuya ilişkin olarak UNIDROIT İlkeleri'nde de bir boşluk bulunduğunu ve aynı çözümün orada da uygulanabileceğini belirtmektedir (**PeterSchlechtriem**, "Termination and Adjustment of Contracts", *European Journal of Law Reform*, Vol. 1 1999 s. 305 vd., s. 317-318).

<sup>545</sup>*Schlechtriem*, sözleşmeden dönme beyanının geri alınmamasının yol açtığı hakkaniyete aykırı sonuçlara örnek olarak, CISG'in uygulandığı bir Danimarka mahkemesi kararını göstermektedir. Davaya konu olan olayda, alıcı kendisine teslim edilen makinelerin sözleşmeye aykırı olması sebebiyle sözleşmeden dönmüştür. Fakat satıcının sözleşmeye aykırılığın varlığını reddetmesi yüzünden başlayıp üç yıl süren dava sürecinde, zararını azaltmak için makineleri kendisi tamir etmiş ve kullanmıştır. Dava sonucunda makinelerin esaslı ihlal seviyesinde sözleşmeye aykırı olduğu ve alıcının sözleşmeden dönmekte haklı olduğu anlaşılmıştır. Diğer yandan satıcının mali güçlük içerisinde olduğu ve sözleşmeden dönülmesi durumunda satım bedelini iade edemeyeceği görülmüştür. Alıcı bu durumda sözleşmeden dönme beyanını geri almak istemiş; fakat satıcı geri almaya muhalefet etmiştir (**Schlechtriem**, *Effectiveness*, dn. 26'ya bağlı metin). Mahkeme, söz

Çünkü *Schlechtriem*'e göre beyanın karşı tarafa ulaşması, beyana güven duyulmaya başlandığı yönünde bir karine oluşturacaktır. Sözleşmeden dönme beyanını geri almak isteyen kişi, beyanın yöneltildiği kişinin beyana duyduğu güvenle harekete geçmediğini ispatlama yükü altındadır<sup>546</sup>. Gönderme anını esas alan *Björklund* da beyanın hüküm ifade etmesi ile geri alınabilirliği arasında herhangi bir ilişkinin bulunmadığını dolaylı olarak ortaya koymaktadır. Fakat yazar, *Schlechtriem*'e göre sonuçları daha öngörülebilir ve beyanda bulunanın aleyhine olacak şekilde daha sıkı bir yaklaşım benimsemiştir. Yazara göre, sözleşmeden dönme beyanı gönderildikten sonra fakat ulaşmadan evvel geri alınabilir. Beyanın ulaştıktan sonra geri alınabilmesi mümkün değildir<sup>547</sup>.

Bu bağlamda *Fountoulakis*, sözleşmeden dönme beyanının gönderilmekle hüküm ifade etmeye başlayacağını ve geri alınamayacağını savunan yazarların Alman hukuku kökenine dikkat çekmektedir. Söz konusu yazarların sahip oldukları anlayış, Alman hukuk çevresindeki yenilik doğurucu hak (*gestaltungsrecht*) kavramının yansımasıdır<sup>548</sup>. Bu hukuk çevresinde sözleşmeden dönme hakkı gibi yenilik doğurucu hakların kullanıldıktan sonra geri alınması ve hakkın kullanılmasıyla meydana gelen sonucun ortadan kaldırılması kural olarak mümkün değildir. Ortaya koymuş olduğumuz gibi sözleşmeden dönme beyanının hüküm ifade etmeye başlamasından sonra geri alınabileceğini savunan yazarlar, bu klasik yaklaşımın dışına çıkmaktadırlar. Kanımca CISG bağlamındaki sözleşmeden dönme hakkının, yenilik doğurucu bir hak olarak nitelendirilmesine engel yoktur<sup>549</sup>. Fakat bu hakkın özelliklerine ilişkin açıklamalar yaparken Alman veya İsviçre - Türk hukuklarındaki yenilik doğurucu hak doktrininin sınırlarına sıkı sıkıya bağlı kalmak

---

konusu olayda alıcının sözleşmeden dönme beyanını geri alabileceğine karar vermiştir (*Højesteret*, 03.05.2006, Çevrimiçi Erişim: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060503d1.html>>, Son Erişim: 01.05.2013).

<sup>546</sup>**Schlechtriem**, Effectiveness, dn. 36'ya bağlı metin vd. Aynı görüşte **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para. 11; **Schroeter**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 27 para. 16. *Jacobs* beyanda bulunan kişiye yüklenen menfi bir olguyu ispatlama yükünün yerine getirilmesi çok güç bir yük olduğu belirtmektedir. Bu sebeple yazara göre, uyumsuzluk durumunda beyanın yöneltildiği kişinin beyana duyduğu güvenle harekete geçtiğini kendisinin ispatlaması gerekir (**Jacobs**, s. 427).

<sup>547</sup>**Björklund**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 27 para. 17-18.

<sup>548</sup>**Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para. 11.

<sup>549</sup> Aynı yönde bkz. **Zeytin**, s. 108. *Atamer*, ulusal hukuklardaki yenilik doğurucu hak kavramının CISG bağlamında kullanılmasının, ulusal hukuklarda bu alanda yapılan tüm tartışmaları CISG çerçevesinde gündeme getireceğini belirtmektedir. Bu sebeple herhangi bir beyanı yenilik doğurucu olarak nitelendirmekten kaçınılmaktadır (**Atamer**, CISG, s. 333 ve 390). Kanımca, bu beyanı yenilik doğurucu olarak nitelendirmenin, CISG'da hâkim olan otonom yorum ilkesi karşısında yazarın belirttiği gibi bir etkisi olmamalıdır.

yanlış olur. Nitekim Antlaşma, m. 7 ışığında, uluslararası niteliği dikkate alınarak yorumlanmalıdır<sup>550</sup>. Bu çerçevede uluslararası ticaretin gereksinimlerini de göz önünde bulundurmak ve taraf menfaatlerinin dengesi elverdiği ölçüde esnek çözümler benimsemek doğru olacaktır.

## II. Sözleşmeden Dönme Beyanında Bulunulabilecek Süre

Sözleşmeden dönme hakkına temel oluşturacak bir durum ortaya çıktıktan sonra alıcının sözleşmeden dönme beyanında bulunabileceği süre, kimi ihtimallere göre, CISG m. 49(2) uyarınca sınırlanmıştır. Alıcının ilgili süre tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönme beyanında bulunması, hüküm ifade etmeyecektir. Bu süre sınırlamasının temel amacı, belirsizliğin yol açabileceği masraf ile riskleri ortadan kaldırmak ve özellikle alıcının piyasadaki dalgalanmalardan faydalanarak satıcı aleyhine spekülasyon yapmasını engellemektir<sup>551</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere, sözleşmeden dönme beyanı, m. 27 kapsamındadır. Bu sebeple, uygun bir araçla gönderilen beyanın, ilgili süre sınırlaması içerisinde gönderilmesi yeterlidir. Beyanın ulaşmasındaki gecikme, alıcıyı bu beyana dayanma hakkından yoksun bırakmaz<sup>552</sup>.

Antlaşma, bu hüküm vasıtasıyla, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına ilişkin özel bir hak düşürücü süre düzenlemiştir. CISG m. 49(2)'deki özel düzenleme, bu konuda uygulanacak hukuklarda bulunan düzenlemelerin uygulanmasını bertaraf edecektir. Örneğin Türk hukukuna tabi olan bir sözleşmeden dönmek isteyen alıcı açısından, ayıptan kaynaklanan haklara ilişkin iki yıllık zamanaşımı süresi (TBK m. 231) uygulanmayacaktır. Alıcının sözleşmeden dönme hakkının tabi olduğu süre münhasıran CISG m. 49(2)'ye göre belirlenecektir<sup>553</sup>.

<sup>550</sup> Aynı yönde bkz. **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para. 11.

<sup>551</sup> **Honnold**, para. 306; **Liu**, Declaration, dn. 89'a bağlı metin; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 26 para. 15.

<sup>552</sup> Bkz. yukarıda "Bölüm 3 / I / B. Sözleşmeden Dönme Beyanının Hüküm İfade Etme Anı ve Geri Alınması".

<sup>553</sup> CISG m. 49(2)'deki süre sınırlamasının uygulanacak hukuklardaki zamanaşımı sürelerinden bağımsız olarak uygulanacağı yönünde bkz. **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 80. **Erdem**, sözleşmeden dönme hakkına ilişkin olarak Antlaşma'da herhangi bir zamanaşımı süresinin öngörülmesi olmamasının, bu hakkın zamanaşımına tabi olmayacağı anlamına gelmediğini belirtmektedir. Yazara göre, sözleşmeden dönme hakkı, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Zamanaşımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndakiveya kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca

Sözleşmeden dönmek isteyen alıcının uyması gereken süre sınırını, malların teslim edilmiş olup olmadığına göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir<sup>554</sup>.

#### A. Mallar Teslim Edilmeden Önce Sözleşmeden Dönüldüğünde Uyulacak Süre

Bu ihtimalde, satıcı malları henüz teslim etmemiştir. Alıcı, malların teslim edilmemiş olmasına dayanarak, m. 49(1)(a) veya m. 49(1)(b) uyarınca sözleşmeden dönmek istemektedir. Bu ihtimal çerçevesinde alıcının sözleşmeden dönme hakkına ilişkin bir süre sınırlamasına CISG’da yer verilmemiştir. Bu bağlamda Antlaşma’da doldurulması gereken bir boşluğun bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu konuda bir boşluk olduğunu belirtmekte ve bu boşluğun çeşitli şekillerde doldurularak sözleşmeden dönme hakkının bir süreye tabi tutulmasını savunmaktadırlar<sup>555</sup>. Herhangi bir boşluk bulunmadığını savunan yazarlar ise satıcı malları teslim etmediği müddetçe, alıcının süre sınırlamasına tabi olmaksızın dilediği zaman sözleşmeden dönebileceğini savunmaktadırlar<sup>556</sup>. Kanımca bu konuda ikinci görüşün desteklenmesi daha yerinde olacaktır. Malların teslim edilmediği duruma ilişkin olarak herhangi bir süre sınırlaması düzenlemeyerek sessiz kalan Antlaşma’nın lafzı karşısında böyle bir sınırlama yaratmak mümkün değildir. Diğer yandan teslimin gerçekleşmediği duruma ilişkin böyle bir boşluğun varlığı kabul edildiği takdirde, boşluğun doldurulması konusunda izlenecek farklı yaklaşımlar alıcı aleyhine farklı süre sınırlamaları yaratacaktır. CISG’in malların teslim edildiği ihtimale ilişkin olarak m. 49(2)’de belirli bir süre sınırlaması rejimi düzenleyen ve yeknesaklığı teşvik eden anlayışına aykırı olan bu farklı yaklaşımlar, adaletsiz

---

belirlenecek hukuktaki zamanaşımına tabidir. Katılmadığımız bu görüş için bkz. **Erdem**, *Sözleşmeden Dönme*, s. 883.

<sup>554</sup> Alıcının sözleşmeden dönme beyanında bulunabileceği süreyi düzenleyen m. 49(2)’nin gereğinden fazla detay içerdiği ve bu yönüyle anlaşılmasının oldukça güç olduğu yönünde, bkz. **Ulrich Magnus**, *Beyond the Digest: Part III (Articles 25-34, 45-52)*, Franco Ferrari/Harry Flechtner/Ronald A. Brand (ed.), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, 2004, s. 319 vd., s. 333-334; **Serozan**, *CISG ve TBK*, s. 220.

<sup>555</sup> *Atamer* ve *Magnus*, uygulanacak hukuka göre belirlenecek zamanaşımı süresi içerisinde ve hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olarak (**Atamer**, *CISG*, s. 403; **Magnus**, *Remedy of Avoidance*, s. 429); *Fountoulakis*, sözleşmeden dönme hakkının öğrenildiği veya öğrenilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içerisinde (**Fountoulakis**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 26 para. 16); *Björklund*, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Zamanaşımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması’ndaki dört yıllık süre içerisinde ve hakkın kötüye kullanılması yasağına tabi olarak (**Björklund**, *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, Art. 26 para. 13-14); *Erkan* ise uygulanacak hukuka göre belirlenecek zamanaşımı süresi içerisinde (**Erkan**, s. 120-131) sözleşmeden dönülebileceğini savunmaktadır.

<sup>556</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 49 para. 6; **Honnold**, para. 307; **Schlechtriem/Butler**, para. 200; **Müller-Chen**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 49 para. 27; **Zeytin**, s. 181; **Serozan**, *CISG ve TBK*, s. 214.

uygulamalara yol açabilecektir.

Dolayısıyla alıcının sözleşmeden dönme beyanında bulunmayı ertelemesinin, bu hakkı kullanmaktan mahrum kalması sonucunu doğurmadığı kabul edilmelidir. Bu konuda tek sınırlama, Antlaşma'nın genel ilkelerinden biri olan dürüstlük kuralı olacaktır<sup>557</sup>. Fakat fazlasıyla geç hareket etmesine rağmen sözleşmeden dönebilen alıcı, bazı durumlarda tazminat talebinin kapsamının sınırlanmasına katlanmak durumunda kalabilir<sup>558</sup>. Örneğin satıcının imkansızlık sebebiyle malları teslim edemeyeceğini alıcıya bildirdiği fakat alıcının sözleşmeden dönmekte gecikerek makul bir ikame bir alım yapmaktan kaçındığı ve zararının artmasına sebep olduğu durumda, satıcı tazminattan indirim yapılmasını talep edebilir. Zira CISG m. 77 uyarınca, sözleşmenin ihlaline dayanan tarafın ihlalden doğan zararı azaltmak için makul olan önlemleri almadığı durumda, ihlal eden taraf tazminattan indirim yapılmasını isteyebilecektir.

## **B. Mallar Teslim Edildikten Sonra Sözleşmeden Dönüldüğünde Uyulacak Süre**

Bu ihtimal çerçevesinde, satıcı malları teslim etmiştir. Fakat teslime rağmen, alıcı sözleşmeden dönmek istemektedir. Alıcının sözleşmeden dönme hakkı m. 49(1)(a) uyarınca esaslı ihlale dayanıyor olabileceği gibi, m. 49(1)(b) uyarınca satıcının satım konusu malları kendisine tanınan mehil içerisinde teslim etmemiş olmasına da dayanıyor olabilir<sup>559</sup>. Bu ihtimalde, alıcının sözleşmeden dönme beyanında bulunabileceği süre, CISG m. 49(2) ile sınırlandırılmıştır. Alıcı, sözleşmeden dönme hakkını, makul bir süre içerisinde kullanmalıdır. Bu süre geçtikten sonra yapılacak sözleşmeden dönme beyanı hüküm doğurmayacaktır. Alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanmaktan mahrum kalacaktır. Sözleşmeden dönme

<sup>557</sup> Alıcının malların teslim edilememesinin üzerinden yaklaşık iki buçuk yıl sonra sözleşmeden dönmek istemesine dürüstlük kuralının engel olacağı yönünde bkz. *Oberlandesgericht München*, 08.02.1995, CISG-Online No. 143.

<sup>558</sup> **Schlechtriem/Butler**, para. 200; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 27.

<sup>559</sup> **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 66; **Atamer**, CISG, s. 404; **Zeytin**, s. 181. Sözleşmeden dönme hakkının m. 49(1)(b)'ye dayandığı durumda satıcı, malları mehilin tamamlanmasından sonra teslim etmiştir. Buna göre teslim mehil içerisinde gerçekleşmediği için alıcının sözleşmeden dönme hakkı m. 49(1)(b) uyarınca doğmuş olur; fakat teslim mehilin tamamlanmasından sonra bile olsa gerçekleştiği için alıcı ancak m. 49(2)'deki süreler içerisinde sözleşmeden dönebilecektir (**Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 66). *Will ve Liu* bu ihtimali gözden kaçırdıkları için, m. 49(2)'deki süre sınırlamasının, sadece esaslı ihlalden m. 49(1)(a) uyarınca doğan sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında söz konusu olabileceğini belirtmişlerdir; bkz. **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.2; **Liu**, Declaration, dn. 87'ye bağlı metin.



hakkının süresi içinde kullanılmış olduğunu ispatlama yükü alıcıdadır<sup>560</sup>.

Somut olaya m. 49(2)'deki süre sınırlamasının uygulanması için, alıcının sözleşmeden dönme beyanında bulunmasından önce malların teslim edilmiş olması gerekir. CISG m. 49(2)'nin metni, süre sınırlamasının devreye girebilmesi için satıcının teslimde bulunmasını aramaktadır. Bununla beraber, doktrinde, teslimin üçüncü kişi tarafından açıkça satıcı hesabına yapıldığı ihtimalde de süre sınırlanmasının geçerlilik kazanacağı vurgulanmaktadır<sup>561</sup>. Kanımca da bu genişletici yorum, hükmün amacıyla örtüşmektedir. CISG m. 49(2)'deki süre sınırlamasının temel amacı, malları teslim alan alıcının piyasadaki değişikliklerden yararlanarak satıcı aleyhine fiyat spekülasyonu yapmasının engellenmesidir. Teslimin satıcı hesabına üçüncü kişi tarafından yapılmış olduğu durumda da satıcının spekülasyona karşı korunması gerektiği için, söz konusu sınırlayıcı mantık aynen işletilmelidir.

Somut olayda sözleşmeden dönme hakkının m. 49(2)'deki süre sınırlamasına tabi olduğunun anlaşılmasının akabinde, hükmün hangi bendinin uygulama alanı bulacağını tespit etmek gerekir. Zira hüküm, süre sınırlamasını ihlal türlerine göre iki farklı şekilde düzenlemiştir. Hükmün (a) bendi, satım konusu malların geç teslim edildiği ihtimalde sözleşmeden dönmek isteyen alıcının uyması gereken süre sınırlamasını düzenlemektedir. Hükmün (b) bendi ise geç teslim dışındaki diğer ihlallerde sözleşmeden dönmek isteyen alıcının uyması gereken süre sınırlamasını ortaya koymaktadır.

## 1. Satım Konusu Malların Geç Teslim Edilmiş Olması

Satım konusu malların geç teslim edildiği ihtimalde sözleşmeden dönmek isteyen alıcının uyması gereken süre, m. 49(2)(a)'da düzenlemiştir<sup>562</sup>. Bu hükme, satıcının tek ihlalinin teslimdeki gecikme olduğu durumda başvurulabilir. Satıcının teslimde gecikme dışında başka bir ihlali daha varsa (örneğin geç teslim edilen

<sup>560</sup> **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 81.

<sup>561</sup> **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 67. Aynı yönde bkz. *Bundesgerichtshof*, 15.02.1995, CISG-Online No. 149.

<sup>562</sup> **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.2.1.1; **Audit**, para. 136; **Schlechtriem/Butler**, para. 200; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 68.

mallar aynı zamanda sözleşmeye aykırıysa), m. 49(2)(a) yerine, m. 49(2)(b)'ye başvurulacaktır<sup>563</sup>.

Bu hüküm uyarınca, alıcı teslimin yapıldığını öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmeden döndüğünü beyan etmelidir. Buna göre sürenin başlangıç anı, alıcının teslimin yapıldığını öğrendiği andır<sup>564</sup>. Sürenin uzunluğu ise “makul bir süre” ifadesi ile belirlenmiştir. Makul süre olayın özellikleri ışığında tespit edilecektir<sup>565</sup>. Buradaki makul sürenin, uzundan ziyade kısa tutulması gerektiği doktrinde ve uygulamada sıkça vurgulanmaktadır<sup>566</sup>. Çünkü alıcının sözleşmeden dönüp dönmeyeceğine karar vermesi, geç teslimden başka bir sözleşme ihlalinin bulunmadığı durumda çok güç değildir. Dolayısıyla bu durumda satıcının fiyat spekülasyonuna karşı korunması menfaati ağır basmaktadır<sup>567</sup>.

## 2. Satıcının Diğer İhlalleri

Alıcının, teslimatta gecikme dışındaki diğer ihlallerde sözleşmeden dönebilmesi için m. 49(2)(b)'deki sürelerle uyması gerekir<sup>568</sup>. Bu hüküm uyarınca, alıcı “(...) (i) bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren; (ii) alıcı tarafından 47. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş herhangi bir ek sürenin geçmesinden sonra veya satıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklamasından sonra; veya (iii) satıcı tarafından 48. maddenin 2. fıkrası uyarınca belirlenmiş sürenin tamamlanmasından sonra veya alıcının ifayı kabul etmeyeceğini açıklamasından sonra; (...) makul bir süre içinde

<sup>563</sup>**Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 30; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 68 ve 70. CISG m. 49(2)(b)'deki süre sınırlamasının uygulanabilmesi için teslimin vaktinde gerçekleşmiş olmasını arayan aksi görüş için bkz. **Erkan**, s. 133.

<sup>564</sup>**Audit**, para. 136; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 28; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 68; **Erkan**, s. 132.

<sup>565</sup>**Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.2.1.1; **Slechtriem/Butler**, para. 200.

<sup>566</sup>**Slechtriem/Butler**, para. 200; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 29; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 69; **Zeytin**, s. 182; **Erkan**, s. 132. Bu makul süre kavramının aşağı yukarı “derhal” olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. **Enderlein/Maskow**, Art. 49 para. 7.

<sup>567</sup>**Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 29; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 69.

<sup>568</sup>**Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.2.1.2; **Atamer**, CISG, s. 404; **Slechtriem/Butler**, para. 200; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 70.

(...)”sözleşmeden döndüğünü beyan etmelidir<sup>569</sup>. Bu hükme ilişkin olarak sürenin başlangıç anını ve uzunluğunu değerlendirmek gerekmektedir.

Sürenin başlangıç anına ilişkin genel kural, (i) alt bendinde düzenlenmiştir. Genel kural uyarınca, süre alıcının ihlali bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır<sup>570</sup>. Bu kapsamda alıcının ihlalin varlığından, kapsamından ve öneminden haberdar olması veya olmasının gerekmesi aranır<sup>571</sup>. Alıcının ihlali bildiği an, subjektif bilgisi dahilinde ihlalden haberdar olduğu andır. Alıcının ihlali bilmesi gerektiği an ise subjektif bilgisi dahilinde ihlalden haberdar olabileceken, ihmali sebebiyle haberdar olmadığı andır<sup>572</sup>. Sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi durumunda, sürenin m. 38 uyarınca muayene süresinin bittiği anda işlemeye başladığı kabul edilmelidir<sup>573</sup>. Diğer durumlarda ise sürenin başlangıç anını tespit

<sup>569</sup> *Will*, bu düzenlemedeki (ii) ve (iii) alt bentlerinin, m. 47(2) ve 48(2) hükümlerinin özel uygulamasından ibaret olduğunu belirtmekte ve bu kazuistik düzenleme anlayışını eleştirmektedir. **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.2.1.2.

<sup>570</sup> **Atamer**, CISG, s. 405; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 71; **Zeytin**, s. 182. Satıcının ihlali bilmesinin veya bilmesinin gerekmesinin bir önemi yoktur (**Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 71). *Will*'e göre, sözleşmeden dönme hakkının tabi olduğu süreye ilişkin olarak, m. 40 (satıcının teslim ettiği malların sözleşmeye aykırı olduğunu bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı durumda ihbarın herhangi bir süreye tabi olmaması) ve m. 43 (satıcının teslim ettiği malların üçüncü kişilerin haklarından/taleplerinden arı olmadığını bildiği durumda ihbarın herhangi bir süreye tabi olmaması) kıyasen uygulanacaktır. Buna göre, söz konusu durumlarda alıcı, m. 49(2)(b)'deki süre sınırlamalarına tabi olmayacak ve dilediği zaman sözleşmeden dönebilecektir. Bu görüş için bkz. **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.2.2.2 (Metinde sadece m. 43'ten bahsedilse bile, m. 40'ın da kastedildiği anlaşılmaktadır). Söz konusu görüşün eleştirisi için bkz. **Honnold**, para. 308.1.

<sup>571</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 34; **UNCITRAL Digest**, Art. 49 para. 23. Aynı yönde bkz. *Bundesgericht*, 18.05.2009, CISG-Online No. 1900.

<sup>572</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 34; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 71.

<sup>573</sup> **Will**, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.2.1.2; **Audit**, para. 136; **Honnold**, para. 308; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 34; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 71. *Korpinen*, malların sözleşmeye aykırılığının başlangıçta esaslı ihlal teşkil etmediği fakat sonradan esaslı ihlal oluşturacak şekilde ağırlaştığı durumda, özel bir değerlendirme yapmak gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, kural olarak, sözleşmeden dönme beyanında bulunulabilecek süre [m. 49(2)(b)(i)] ile sözleşmeye aykırılık bildiriminde bulunulabilecek süre [m. 39(1)] aynı anda işlemeye başlar. Fakat sözleşmeye aykırılığın zamanla ağırlaştığı ve sonradan esaslı ihlale dönüştüğü durumda bu süreleri aynı anda başlatmak makul olmayan sonuçlara yol açacaktır. Bu konuda bkz. **Ari Korpinen**, On Legal Certainty Regarding Timely Notification of Avoidance of the Sales Contract, 2004, Çevrimiçi Erişim: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/korpinen.html>>, Son Erişim: 01.05.2013. Aynı yönde bkz. **Erkan**, s. 135. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karar *Korpinen*'in yaklaşımını desteklemektedir. Satım konusu paketleme makinesinin satıcının taahhüt ettiği verimin oldukça altında bir verimle çalıştığı olayda, alıcı, 05.10.2001 tarihinde sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmuştur. Bu ihbarın akabinde satıcı ile alıcı arasında sözleşmeye aykırılığı gidermek konusunda çeşitli müzakereler yürütülmüş, makinenin asla taahhüt edilen verimle çalışmayacağı ancak 14.02.2003 tarihinde anlaşılmıştır. Mahkeme, esaslı ihlalin bu tarihte öğrenilmesinden hareket ederek sözleşmeden dönme süresini bu tarihte işletmeye başlamış ve alıcının 23.03.2003 tarihinde sözleşmeden dönmelerini geçerli kabul etmiştir. Söz konusu karar için bkz. *Bundesgericht*, 18.05.2009, CISG-Online No. 1900. *Atamer*, bu konuda benimsenebilecek görüşlerin arasında pratik açıdan bir fark bulunmadığını belirtmektedir. CISG m. 49(2)(b)(i)'deki sürenin sözleşmeye aykırılığın ilk tespit edildiği anda işlemeye başlayacağını savunan yazarlar, sözleşmeye

ederken, alıcının ifanın gereği gibi gerçekleşip gerçekleşmediğini kontrol etmek gibi bir külfet altında bulunmadığını bulunmadığını unutmamak gerekir. Alıcının ihmalen ihlalden haberdar olmadığını kabul edebilmek için, ihlalin varlığı yolunda şüphe uyandıracak somut belirtilerin olması gerekir<sup>574</sup>.

Alıcının satıcıya m. 47 uyarınca mehil tanımış olduğu ihtimalde, sürenin başlangıç anına ilişkin genel kuralın yerini, (ii) alt bendindeki özel kural alır. Antlaşma, alıcının satıcı lehine tanıdığı mehil sebebiyle sözleşmeden dönme süresini kaçırmamasını menfaatler dengesine aykırı bulduğu için, bu durumdaki alıcıya özel bir kural vasıtasıyla bir ayrıcalık tanınmıştır<sup>575</sup>. Sürenin başlangıç anı, genel kuraldaki başlangıç anına göre alıcının lehine olacak şekilde ileri ötelenmiştir. Süre, satıcıya tanınan mehilin tamamlandığı anda veya satıcının ifada bulunmayacağını mehil içerisinde bildirmiş olduğu anda başlar<sup>576</sup>.

Yukarıda incelenmiş olan (i) alt bendine göre sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği süreyi kaçırmış olan alıcının, satıcıya m. 47 uyarınca bir mehil tanıyıp (ii) alt bendindeki süreden faydalanmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. *Müller-Chen*'e göre, alıcı (i) alt bendine göre sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği süreyi kaçırmış olsa bile, m. 47 uyarınca satıcıya mehil vererek kendisi lehine yeni bir sürenin işlemeye başlamasını tetikleyebilir. Bunun için alıcının satıcıya mehil tanıdığı anda m. 46 uyarınca ifa talebine sahip olması yeterlidir<sup>577</sup>. Ancak kanımcasüre sınırlaması mantığını etkisiz kılacak böyle bir imkan bulunmamaktadır<sup>578</sup>. Aynı şekilde satıcıya tanınan mehilin sonuçsuz olarak tamamlandığı ve alıcının m. 49(2)(b)(ii)'ye göre işleyen sözleşmeden dönme süresi içinde sözleşmeden dönmediği durumda vereceği ikinci mehilin yeni bir sözleşmeden dönme süresi başlatıp başlatmayacağı konusu da tartışılmaktadır. Satıcının ilk mehilde ifada bulunmamasının yeni bir ihlal teşkil ettiğini ve böylelikle m. 47 ile 49'un uygulanmasını bir kere daha tetiklediğini

---

aykırılığın esaslı ihlale dönüştüğü anda işlemeye başlayacağını savunan yazarlara kıyasla, "makul süre" kavramını daha uzun değerlendirecektir. Dolayısıyla alıcı, her halde sözleşmeden dönebilecektir (*Atamer*, CISG, s. 406).

<sup>574</sup> *Huber*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 71.

<sup>575</sup> *Atamer*, CISG, s. 407; *Müller-Chen*, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 36.

<sup>576</sup> *Will*, Bianca/Bonell, Art. 49 para. 2.2.1.2; *Atamer*, CISG, s. 407; *Müller-Chen*, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 39; *Huber*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 74; *Zeytin*, s. 182.

<sup>577</sup> *Müller-Chen*, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 36-37.

<sup>578</sup> Aynı görüşte bkz. *Honnold*, para. 308; *Atamer*, CISG, s. 408; *Serozan*, CISG ve TBK, s. 215; *Erkan*, s. 136-137.

savunan görüş uyarınca, ikinci bir süre işlemeye başlar. Ancak bunun için ilk mehilin sonuçsuz olarak tamamlanmasından sonra alıcının ikinci mehili tanımak için makul bir süre içerisinde harekete geçmesi gerekir<sup>579</sup>. Kanımca bu görüşe katılmak da mümkün değildir. Bu bakış açısı, hükümdeki süre sınırlamasını etkisiz kılmaktadır. Böylelikle alıcı ilk mehili verdikten sonra herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın bekleme olanağına ve spekülasyon yapma şansına sahip olacaktır. CISG m. 49(2)(b)(ii)'deki sürenin tamamlanmasından sonra verilecek yeni mehillerin süreyi yeniden başlatmayacağını kabul etmek, Antlaşma'nın ruhuna çok daha uygundur<sup>580</sup>.

Satıcının m. 48(2) uyarınca sözleşme ihlalini belirli bir süre içerisinde gidermeyi teklif ettiği ihtimalde, sürenin başlangıç anına ilişkin genel kuralın yerini, (iii) alt bendindeki özel kural alır. Buna göre, süre, alıcısözleşme ihlalini giderme teklifini reddederse, reddetme anında; alıcısözleşme ihlalini giderme teklifini kabul eder veya bu teklif karşısında susarsa, satıcının teklifte belirttiği sürenin tamamlandığı anda işlemeye başlayacaktır. Alıcı (i) bendindeki genel kural uyarınca ihlali bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren işlemeye başlayan süreyi kaçırmışken, satıcı sözleşme ihlalini gidermeyi teklif ederse, alıcı lehine m. 48(2)(b)(iii)'deki sürenin yeniden işlemeye başlayacağı genel olarak kabul edilmektedir<sup>581</sup>. Bu konuda (ii) bendindeki sınırlayıcı anlayışı sürdürmenin ve genel kural uyarınca sona eren süreden sonra yeni bir sürenin işlemeye başlayamayacağı yönünde tavır almanın kanımca da bir anlamı bulunmamaktadır. Zira burada sözleşme ihlalini giderme teklifinde bulunarak inisiyatif kullanan satıcıdır.

Başlangıç anına ilişkin üç farklı kural bulunan sürenin uzunluğu ise hükümde “*makul bir süre*” ifadesiyle belirtilmiştir. Doktrinin işaret ettiği üzere, m. 49(2)(b) kapsamındaki makul sürenin uzunluğu, m. 49(2)(a)'daki makul süreye kıyasla alıcı lehine daha geniş yorumlanmalıdır<sup>582</sup>. Bu bağlamdaki sürenin özellikle m. 39 kapsamındaki sözleşmeye aykırılığı ihbar süresinden daha uzun olması

<sup>579</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 40; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 75.

<sup>580</sup> Aynı görüşte bkz. **Honnold**, para. 308.

<sup>581</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 41; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 76.

<sup>582</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 31; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 77; **Erkan**, s. 138.

gerekmektedir<sup>583</sup>. Çünkü sözleşmeden dönmeye karar vermek, sözleşmeye aykırılığı ihbar etmekten çok daha fazla değişkeni dikkate almayı gerektirir. Bu sürenin m. 46(2) uyarınca malın yenisi ile değiştirilmesi talebi ile m. 46(3) uyarınca malın onarılması talebinin tabi olduğu süreye paralel olarak belirlenmesi önerilmektedir. Gerçekten de genellikle sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi durumunda gündeme gelecek olan m. 49(2)(b) ihtimalinde, alıcı ya malın yenisi ile değiştirilmesini/onarımı talep edecek ya da sözleşmeden dönecektir<sup>584</sup>. Sürenin uzunluğunu somut olayın koşullarına göre değerlendirmek gerektiği şüphesizdir<sup>585</sup>. Örneğin tarafların uzlaşma görüşmeleri sürdürdükleri dönem, sürenin uzunluğunu belirlerken dikkate alınmalıdır<sup>586</sup>.

---

<sup>583</sup> **Atamer**, CISG, s. 405; **Zeytin**, s. 182; **Erkan**, s. 138.

<sup>584</sup> **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 32; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 77.

<sup>585</sup> **Atamer**, CISG, s. 405; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 32; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 77. Bununla beraber doktrinde yaklaşık bir aylık sürenin makul olarak değerlendirildiği pek çok karara işaret edilmektedir (**Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 77). Alıcının makul süre sınırını aşmadığı bazı kararlar için bkz. *Oberlandesgericht Oldenburg*, 01.02.1995, CISG-Online No. 253; *Landgericht Freiburg*, 22.08.2002, CISG-Online No. 711 (üç ay); *Tribunal Cantonal du Valais*, 21.02.2005, CISG-Online No. 1193 (bir ay). Alıcının makul süre sınırını aştığı için sözleşmeden dönme hakkını kullanmadığı bazı kararlar için bkz. *Oberlandesgericht München*, 02.03.1994, CISG-Online No. 108 (dört ay); *Bundesgerichtshof*, 15.02.1995, CISG-Online No. 149 (beş ay); *Landgericht München*, 20.03.1995, CISG-Online No. 164 (dört ay); *Oberlandesgericht Koblenz*, 31.01.1997, CISG-Online No. 256 (sekiz hafta). İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında bir ila iki aylık sürenin aksini gösterecek koşullar olmadığı müddetçe makul olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Söz konusu karar için bkz. *Bundesgericht*, 18.05.2009, CISG-Online No. 1900.

<sup>586</sup> **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para. 79.

## Bölüm 4

### Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları ve Alıcının Zararının Tazmini

Dönmenin sonuçlarının devreye girmesi için, alıcının geçerli olarak sözleşmeden dönmüş olması gerekir. Bu çerçevede, alıcının m. 49(1)'den doğan bir sözleşmeden dönme hakkına sahip olması ve m. 49(2)'deki koşulları sağlayan bir sözleşmeden dönme beyanında bulunmuş olması aranır. Böyle bir hakka sahip olmayan veya koşulları sağlayan bir beyanda bulunmayan alıcı, sözleşmeden dönme yönündeki iradesini bildirirse bile sözleşmeden dönmüş olmaz. Alıcının bu yöndeki davranışının sonuçlarını satıcı belirleyecektir. Satıcı, alıcının davranışına karşılık olarak sözleşmenin sona ermesi yönünde rıza gösterirse, sözleşme tarafların anlaşmasıyla sona ermiş olur<sup>587</sup>. Satıcının sözleşmenin sona ermesine rıza göstermediği durumda ise sözleşme alıcının beyanından etkilenmeksizin varlığını sürdürür. Üstelik alıcının sözleşmeden dönme yönündeki irade beyanı, haklı sebep olmaksızın ifade bulunmayı reddetme olarak değerlendirilebildiği takdirde esaslı ihlal teşkil edecektir<sup>588</sup>.

CISG m. 49(1)'den doğan bir dönme hakkına sahip olan ve m. 49(2)'deki koşulları sağlayan bir beyanda bulunan alıcı, kabul ettiğimiz görüş uyarınca beyanı gönderdiği anda sözleşmeden dönmüş olur<sup>589</sup>. Buna bağlı olarak sözleşmeden dönülmesinin sonuçları devreye girer. Alıcının sözleşmeden dönmesi, tarafların henüz ifa etmemiş oldukları borçları sona erdirir ve halihazırda ifa etmiş oldukları edimlerin bu edimlerden elde edilen yararlarla birlikte iadesini gerektirir (m. 81 vd.). Ayrıca taraflar uğradıkları zarara ilişkin olarak tazminat talebinde bulunabileceklerdir (m. 74 vd.). Böylelikle satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi üzerine bozulan karşılıklı edimler arasındaki fonksiyonel bağlılık ile denge, “*sinallagma*

<sup>587</sup>Müller-Chen, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 45. Bu durumda sözleşmenin sona ermesinin kaynağı, sözleşmeden dönmeye olduğu gibi alıcının tek taraflı iradesi değil; alıcı ile satıcı arasındaki irade uyumasıdır. Dönmenin sonuçlarına ilişkin m. 81 vd.'ndeki hükümler, bu duruma ancak uygun düşükleri ölçüde kıyasen uygulanabilir (Schlechtriem/Butler, para. 323; CISG Advisory Council, Opinion No. 9, Consequences of Avoidance of the Contract, 2008, Rapporteur: Professor Michael Bridge, London School of Economics, London, United Kingdom, Comment para. 3.5; Fountoulakis, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction to Articles 81-84, para. 8).

<sup>588</sup>Müller-Chen, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 49 para. 46-47; Huber, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 49 para 83.

<sup>589</sup> Sözleşmeden dönme beyanının hüküm ifade etme anına ilişkin olarak bkz. yukarıda “Bölüm 3 / I. / B. Sözleşmeden Dönme Beyanının Hüküm İfade Etme Anı ve Geri Alınması”.

*terazisinin tümüyle boşaltılması ve sıfırda dengeye getirilmesi*<sup>590</sup> suretiyle yeniden kurulmuş ve *status quo ante*(sözleşme öncesi durum) sağlanmış olur<sup>591</sup>.

Sözleşmeden dönmenin sonuçları, borçlar hukukundan eşya hukukuna uzanan geniş bir alanda pek çok konuya temas etmektedir. Bu konularda ulusal hukukların benimsedikleri birbirlerinden kopuk ve farklı yaklaşımlar<sup>592</sup>, sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin yeknesak bir hukuk düzenlemesi yapmayı oldukça güçleştirmiştir<sup>593</sup>. Bu güçlüğü rağmen CISG, sözleşmeden dönmenin sonuçlarını, sözleşmeden dönen tarafın alıcı veya satıcı olmasını dikkate almayan genel nitelikli hükümler ile m. 81 vd.'nda düzenlemeyi başarmıştır. Ancak farklı ulusal hukuk sistemlerinden gelen delegelerin karşılıklı tavizleri üzerine inşa edilen ve bir nevi ara yol yaratılarak oluşturulan söz konusu hükümler, yeknesak uygulamayı neredeyse imkansız kılan boşluklar içermektedir. Diğer yandan bu hükümler kısmen modern borçlar hukuku gelişmelerine aykırı bir anlayış üzerine yapılandırıldıkları gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>594</sup>. Sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin düzenlemeler Antlaşma'nın aksayan yönü olarak değerlendirilebilir<sup>595</sup>. Bu konuya ilişkin olarak yeknesak uygulamayı destekleyen ve modern borçlar hukuku gelişmelerine uygun bir yorum anlayışı geliştirmek, Antlaşma'nın amacına ulaşması açısından son derece önemlidir. Nitekim bu çalışma kapsamında, sözleşmeden dönmenin sonuçları konusundaki boşluklar, mümkün olduğu ölçüde Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelere göre doldurulmaya çalışılmıştır.

Söz konusu anlayış çerçevesinde şekillendirilen bu bölümde öncelikle dönmenin sözleşmeye etkisi incelenecektir (I). Ardından dönmenin borçlardan kurtarıcı etkisi (*effetlibératoire*) ifa edilmemiş olan borçların sona ermesi bağlamında (II) ve edimleri geri sağlayıcı etkisi (*effet récupératoire*) ifa edilmiş olan edimler ile bu edimlerden elde edilen yararların iadesi bağlamında (III) ele alınacaktır. Ayrıca tarafların uğradıkları zararın tazmini konusuna değinilecektir (IV). Son olarak İsviçre

<sup>590</sup> Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 40.

<sup>591</sup> Sözleşmeden dönmenin bu işlevi hakkında, bkz. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 40; Buz, s. 66.

<sup>592</sup> Sözleşmeden dönmenin sonuçları konusunda ulusal hukuklarda benimsenen yaklaşımlara ilişkin bir karşılaştırma için bkz. Treitel, para. 282 vd.

<sup>593</sup> Schlechtriem/Butler, para. 320 dn. 648.

<sup>594</sup> Bu yönde eleştiriler için bkz. Schlechtriem/Butler, para. 320-321; Fountoulakis, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction to Articles 81-84, para. 1.

<sup>595</sup> Schlechtriem/Butler, para. 320.



- Türk hukukunda alışılmış bir kavram olan “ifa yerine tazminat” kavramının, Antlaşma’daki yeri tartışılacaktır (V).

## I. Dönmenin Sözleşme Üzerindeki Etkisi

CISG, dönmenin sözleşmeye etkisine ilişkin olarak herhangi bir düzenleme içermemektedir<sup>596</sup>. Dolayısıyla “İsviçre ve Türk doktrinlerinin adeta bir klasiği haline gelen<sup>597</sup>” tartışmaların benzeri, kendisine CISG bağlamında da yer bulmaktadır. Bu konudaki görüşlerin iki yönde kutuplaştığı söylenebilir<sup>598</sup>. Azınlıkta kalan yazarlar, dönmenin sözleşmeyi dolaysız bir güçle etkilediğini ve geriye etkili olarak ortadan kaldırdığını savunmaktadırlar<sup>599,600</sup>. Hâkim görüş ise dönmenin

<sup>596</sup> Sözleşmeden dönmenin sözleşmeye etkisi konusunda ulusal hukuklarda benimsenen yaklaşımlara ilişkin karşılaştırmalı bilgi için bkz. **Treitel**, para. 282.

<sup>597</sup> **Ergüne**, s. 254.

<sup>598</sup> CISG bağlamındaki tartışmaların incelemesi için bkz. **Hornung**, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 81 para. 9 vd.

<sup>599</sup> **Tallon**, Bianca/Bonnell, Art. 81 para. 2.5; **Audit**, para. 191; **Heuzé**, para. 439.

<sup>600</sup> İsviçre - Türk hukukunda dönmenin sözleşmeyi geriye etkili olarak kurulduğu andan itibaren ortadan kaldırdığını savunan yazarlar, üç farklı teori çerçevesinde birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Bu teorilerde henüz ifa edilmemiş olan edim yükümlülüklerinin dönme üzerine sona ereceği konusunda bir fikir birliği bulunmaktadır. Ancak halihazırda ifa edilmiş olan edimlerin iadesinin hangi rejime göre gerçekleşeceği konusunda farklı fikirler savunulmaktadır.

- *Klasik dönme teorisini* savunan yazarlar, dönme üzerine borçlandırıcı işlem olan sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını, ancak tasarruf işleminin geçerliliğinin dönmeden etkilenmediğini belirtmektedirler. Buna bağlı olarak ifa edilmiş olan edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme rejimi uyarınca gerçekleştirilmelidir. İadenin kapsamı ve iade talebinin tabi olduğu zamanaşımının belirlenmesinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulacaktır (Bkz. **Oğuzman/Öz**, Cilt-1, s. 525-526; **Feyzioğlu**, Cilt-II, s. 263; **Kemal Tunçomağ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1972, s. 951-952; **İlhan Ulusan**, İyi Niyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s. 74 vd.; **PierreEngel**, *Traité des obligations en droit suisse*, 1997, para. 216).

- Bazı yazarlar ise dönmenin borçlandırıcı işlem olan sözleşmenin yanı sıra tasarruf işlemini de etkileyeceğini savunmaktadırlar (Bkz. **M. Turgut Öz**, “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 13 1985 s. 131 vd., s. 141 vd.; **Öz**, Eser Sözleşmesinden Dönme, s. 39 vd.; **Buz**, s. 133 vd.). Bu görüşü, klasik dönme teorisinin bir alt başlığı olarak değerlendirenler olduğu gibi; *ayni etkili dönme teorisini* ismi ile ayrıca ananlar da mevcuttur. Bu teori uyarınca ifa edilmiş edimlerin iadesine ilişkin talebin temelini ne olacağı, taşınırlarda mülkiyetin devrine ilişkin hangi teorisinin benimsendiğine göre değişecektir. Mülkiyetin geçişine ilişkin sebebe bağlılık teorisini benimseyen *Buz*’a göre, ifa edilen edimlerin iadesi ilk planda ayni hak temeline dayalı olarak talep edilebilecektir. Bu çerçevede iade talebi zamanaşımına tabi olmayacak ve iadenin kapsamı zilyetlikte iadeye ilişkin hükümlerden yararlanarak tespit edilecektir. Ancak yazara göre, dönme sonrası ortaya çıkabilecek sorunları tek bir hukuki kurumun kalıpları içine sığdırmak uygun olmadığından, edimlerin iadesine ilişkin taleplerin münhasıran ayni bir talep olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. İade konusundaki boşluklar sebepsiz zenginleşmeye, ayıba karşı tekeffül ile taksitle satımlara ve vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerden yararlanılarak doldurulacaktır (**Buz**, s. 151, 163, 165 vd.).

- Son olarak *yasal borç ilişkisi teorisini* savunan yazarlar, tıpkı klasik dönme teorisinde olduğu gibi dönmenin borçlandırıcı işlem olan sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracığını, tasarruf işleminin geçerliliğini ise etkilemeyeceğini belirtmektedirler. Ancak bu yazarlara göre, sözleşmenin ortadan kalkması üzerine halihazırda ifa edilmiş olan edimlerin TBK m. 125’ten (eBK m. 108) doğan yasal bir borç ilişkisi çerçevesinde iade edilmesi gerekecektir. Bu doğrultuda iadenin kapsamı

sözleşmenin varlığını etkilemeyeceğini, konusunu tersine çevireceğini savunmaktadır. Sözleşme, tasfiye ilişkisine dönüşmüş haliyle varlığını tasfiye tamamlanana kadar sürdürür<sup>601,602</sup>. Bu açıdan dönmenin ileriye etkili olduğu söylenmektedir<sup>603</sup>.

## A. Dönmenin Sözleşme Üzerindeki Etkisinin Tespit Edilmesinin Gerekliliği

Dönmenin sözleşmeye etkisi konusunda bir tavır almadan önce, bu konuda bir tavır almanın gerekli olup olmadığını tartışmak yerinde olur. Zira bazı yazarlar,

---

sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, iadenin tabi olduğu zamanaşımı sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre belirlenecektir (Bkz. **S. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 967-968; sonradan görüş değiştirmekle beraber **İlhan Uluşan**, “Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 5 1971 s. 149 vd., s. 163).

<sup>601</sup>**Neumayer/Ming**, Art. 81 para. 1; **Enderlein/Maskow**, Art. 81 para. 1; **Atamer**, CISG, s. 416; **Magnus**, Remedy of Avoidance, s. 432; **Huber**, Huber/Mullis, s. 243; **Schlechtriem/Butler**, para. 330; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 10; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 10. Aynı yönde bkz. *Landgericht Düsseldorf*, 11.10.1995, CISG-Online No. 180; *Oberster Gerichtshof*, 29.06.1999, CISG-Online No. 483.

<sup>602</sup>İsviçre - Türk hukukunda, *dönüşüm teorisini* savunan yazarlar, dönmenin sözleşmenin varlığına değil konusuna etki eden dolaylı bir güce sahip olduğunu belirtmektedirler. Bu teori uyarınca, dönme, sözleşmenin konusunu tersine çevirir ve sözleşme tasfiye ilişkisine dönüşmüş bir içerikle varlığını sürdürür. (Bkz. **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s. 73 vd.; **Özer Seliçi**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976, s. 209-210; **Ayşe Havutçu**, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, s. 66; **Eren**, s. 1122; **LucThévenoz**, Luc Thévenoz / Franz Werro (ed.), Commentaire romand- Code des obligations I, 2012, Art. 109 para. 6). *Serozan*'a göre, sözleşme ortadan kalkmadığı için henüz ifa edilmemiş olan edim yükümlülükleri sona ermez; fakat edim yükümlülüklerinin borçlusu sürekli bir defa hakkı aracılığıyla bu borçlardan kendiliğinden kurtulmuş olur (**Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s. 505 vd.). Halihazırda ifa edilmiş olan edimlerin iadesi ise sözleşme hukuku kuralları çerçevesinde gerçekleştirilmelidir. Bu çerçevede iadenin kapsamı ve iade talebinin tabi olduğu zamanaşımının belirlenmesinde öncelikle sözleşme hukuku kurallarına başvurulacaktır. Bu kurallarda boşluklar bulunduğu ölçüde, tasfiye ilişkisi, kanundaki sebepsiz zenginleşme, haksız zilyetlik, vekaletsiz iş görme gibi çeşitli tasfiye ilişkilerine değin kuralların harmanlanmasıyla oluşturulacak bir çerçeveye oturtulacaktır. Ancak bu durum ilişkinin özünün sözleşme olmasını engellemez (**Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s. 511, 533, 557).

<sup>603</sup>Burada “dönmenin ileriye yürürlü etkisi” ile dönmenin sözleşmeyi ileriye yürürlü olarak ortadan kaldıracığı kastedilmemektedir. Kastedilen dönmenin sözleşmeyi ileriye yürürlü olarak etkileyerek konusunu değiştirecek olmasıdır. Çalışmamızda geriye yürürlü (*ex tunc*) ve ileriye yürürlü (*ex nunc*) etki kavramları, İsviçre - Türk hukukunda sıklıkla kullanıldıkları düzlemde uzaklaştırılmışlardır. İsviçre - Türk hukuku bağlamında dönmenin sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldırdığını savunan yazarlar, bu kavramlar aracılığıyla dönme ile fesih kurumlarını birbirlerinden ayırt etmektedirler. Bu çerçevede *ex tunc* etki, sözleşmenin geriye yürürlü olarak ortadan kalkması; *ex nunc* etki ise sözleşmenin ileriye yürürlü olarak ortadan kalkması anlamında kullanılmaktadır. (Bkz. **Öz**, Eser Sözleşmesinden Dönme, s. 26-27; **Buz**, s. 82). Oysa farklı hukuk çevrelerinden gelen yazarlar, *ex tunc* ve *ex nunc* kavramlarını “sözleşmeyi ortadan kaldırıci etki” kalıbında kullanmamaktadırlar. Nitekim dönmenin sözleşmeye etkisini CISG bağlamında ele alan **Fountoulakis**, *ex nunc* kavramı ile ileriye yürürlü dönüştürücü bir etkiyi kastetmektedir (Bkz. **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 10). Diğer yandan tasfiye ilişkisinin sözleşmesel niteliğini vurgulayan **Bridge**, sözleşmeden dönmenin borçlardan kurtarıci etkisinin *ex nunc* (*prospective*), iadeyi sağlayıcı etkisinin *ex tunc* (*retrospective*) olduğunu belirtmektedir (**MichaelBridge**, “The Nature and Consequences of Avoidance of the Contract Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods”, International Law Review of Wuhan University Vol. 10 2008-2009 s. 118 vd., s. 119).

dönmenin borçlardan kurtarıcı ve edimleri geri sağlayıcı sonuçlarının Antlaşma'da açık olarak düzenlenmiş olduğunu belirterek, dönmenin sözleşmeye etkisi konusunda alınacak tavrın pratik bir önemi olmadığını savunmaktadırlar<sup>604</sup>. Gerçekten de bu görüş belirli bir noktaya kadar haklıdır. CISG, sözleşmeden dönmenin borçlardan kurtarıcı ve edimleri geri sağlayıcı sonuçlarına ilişkin olarak İsviçre - Türk hukukuna kıyasla daha belirleyici düzenlemeler içermektedir. Pek çok konuda, dönmenin sözleşme üzerindeki etkisine ilişkin benimsenen görüşten hareketle bir çözüm aramaya gerek olmayacaktır. Aranacak çözüm, doğrudan Antlaşma'nın hükümlerinde bulunacaktır. Bu açıdan CISG bağlamında sözleşmeden dönmenin etkisi konusunda benimsenecek görüş, İsviçre - Türkhukukunda olduğu kadar kritik bir işleve sahip değildir. Ancak yine de bu konunun pratik açıdan hiçbir önem taşımadığını söylemek yanlış olur. Kanımca dönme üzerine sözleşmenin varlığını sürdüreceği olup olmaması, özellikle üç açıdan fark yaratacaktır<sup>605</sup>.

İlk olarak, bu konuda benimsenecek görüş, CISG m. 81 vd.'ndeki boşlukların bir kısmının dahili veya harici olarak nitelendirilmesinde rol oynar<sup>606</sup>. Dönmenin sözleşmenin varlığını etkilemeyip konusunu tersine çevireceği kabul edildiği takdirde, tasfiye ilişkisi sözleşmesel bir nitelik arz eder. Buna bağlı olarak sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin hükümlerin içerdiği boşlukların hepsini olmasa bile önemli bir kısmını "dahili boşluk" olarak nitelendirmek mümkün olur. Zira CISG m. 4 uyarınca, "*Bu Antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenler*". Tasfiye ilişkisinden doğan hak ve borçlar da alıcı ile satıcının satım sözleşmesinden doğan hak ve borçları olarak Antlaşma'nın düzenleme alanında kalacağı için, bu hak ve borçlara ilişkin boşluklar dahili olarak nitelendirilebilir. Böylelikle boşluklar öncelikli olarak Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelere göre doldurulur; herhangi bir ilkenin bulunmaması halinde istisnaen uygulanacak hukuka başvurulur. Oysa dönmenin sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan

<sup>604</sup>CISG-AC No. 9, Comment para. 1.4; Mohs, PICC-CISG, dn. 13'e bağlı metin. *Hornung* ise dönmenin sözleşmeye etkisi konusunda dogmatik bir tavır almak yerine, dönmenin pratik sonuçlarına yoğunlaşmak gerektiğini savunmaktadır (**Hornung**, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 81 para. 9d).

<sup>605</sup>*López-Rodríguez*, dönmenin sözleşmeye etkisi konusunda benimsenecek görüşün pek çok açıdan farklılık yaratacağını belirtmekte; ancak bu konuyu sözleşmeye uygulanacak hukuka göre çözmeyi teklif etmektedir (**Ana M. López-Rodríguez**, "The Effects of Avoidance on Obligations: The Modes of Restitution under the 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods", *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* Vol. 9 2005 s. 291 vd., s. 302).

<sup>606</sup> Dahili boşluk ve harici boşluk kavramları hakkında bkz. yukarıda dn. 51.

kaldırdığının kabul edildiği aksi ihtimalde, tasfiye ilişkisi bütünüyle sözleşme dışı bir olgu olacaktır. Buna bağlı olarak sözleşmeden dönmenin sonuçları konusundaki boşlukların neredeyse tamamı Antlaşma'nın uygulama alanı dışında kalarak harici olarak değerlendirilecek ve doğrudan doğruya uygulanacak hukuka göre doldurulacaktır<sup>607</sup>.

Bu tespit, tarafların kendilerine ifa edilmiş olan edimleri iade edecekleri yerin belirlenmesi konusu çerçevesinde örneklendirilebilir. Antlaşma'da, edimlerin nerede iade edileceklerine ilişkin olarak bir boşluk bulunmaktadır. Dönme üzerine sözleşmenin içerik değiştirip bir tasfiye ilişkisi biçiminde varlığını sürdürdüğü kabul edilirse, iade yeri konusu Antlaşma'nın uygulama alanında kalır. Bu durumda söz konusu boşluk dahili olarak nitelendirilir ve iade yeri Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelere göre tespit edilebilir. Dönmenin sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldırdığı kabul edildiği takdirde, açıkça düzenlenmemiş olan iade yeri konusu, harici boşluk olarak nitelendirilmelidir. Bu durumda iade yeri, uygulanacak hukuka göre tespit edilecektir<sup>608</sup>.

İkinci olarak, bu konuda alınacak tavır, boşlukların uygulanacak hukuka göre doldurulacağı hallerde başvurulacak hükümlerin belirlenmesinde rol oynar. Daha evvel belirtildiği üzere, CISG, satım hukukunun tamamını düzenleyen bir metin değildir. Boşlukların doldurulmasında kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek ulusal hukuka tali olarak bile olsa başvurmak kimi zaman kaçınılmaz olacaktır. Ulusal hukuklar çerçevesinde hangi hükümlere başvurulacağı konusunda varılacak sonuç ise sözleşmenin dönme üzerine varlığını sürdüreceği olup olmamasına göre değişebilir. Sözleşmesel bir tasfiye ilişkisinin varlığı durumunda, sözleşmesel sorumluluğa ilişkin hükümlere öncelikli olarak başvurulacak; aksi takdirde başka sorumluluk rejimlerine (örneğin *civil law* sistemlerinde sebepsiz zenginleşme benzeri sorumluluk rejimlerine) ilişkin hükümlere başvurmak gerekecektir<sup>609</sup>.

<sup>607</sup> Dönmenin sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldırdığının kabul edildiği ihtimalde, m. 81 vd.'ndeki boşlukların ulusal hukuklardaki sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre doldurulacağı yönünde bkz. **Hornung**, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 81 para. 9a.

<sup>608</sup> Dönmenin sözleşmeye etkisi ile ifa edilmiş olan edimlerin iade yeri arasındaki bağlantı hakkında bkz. **López-Rodríguez**, *Effects of Avoidance*, s. 298.

<sup>609</sup> Nitekim İsviçre - Türk hukukunda dönmenin sözleşmeye etkisi konusunda yapılan tartışmaların özü, bu noktaya dayanmaktadır.

Tarafların iade alacaklarının tabi olduğu zamanaşımı süresinin belirlenmesi konusunda izlenecek tutum, bu tespiti örneklendirebilir. CISG’ın uygulama alanı dışında kalıp harici bir boşluk teşkil eden zamanaşımı konusunun, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilecek ulusal hukuka göre belirlenmesi gerekmektedir. Peki, söz gelimi kanunlar ihtilafı kuralları Türk hukukunu işaret ederse, satıcının satım konusu malların iadesi konusunda sahip olacağı alacak hakkı hangi zamanaşımı süresine tabi olacaktır? Sözleşmesel bir tasfiye ilişkisinin varlığı kabul edilirse, iade alacağının TBK m. 146 uyarınca on yıllık sözleşmesel zamanaşımı süresine tabi olduğunu kabul etmek gerekir<sup>610</sup>. Dönme üzerine sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalktığı görüşü benimsendiği takdirde ise iade alacağının aynı hak temelli olduğu durumda zamanaşımına tabi olmadığını; sebepsiz zenginleşme temelli olduğu durumda TBK m. 82 uyarınca sebepsiz zenginleşme zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmek gerekecektir<sup>611</sup>.

Üçüncü ve son olarak, dönmenin sözleşmeye etkisi, satım konusu malların mülkiyetinin dönme üzerine satıcıya geri intikal edip etmeyeceğinin belirlenmesi açısından önem taşır. Aslında mülkiyetin geçişi konusu, m. 4(b) ile açıkça Antlaşma’nın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu konuya ilişkin meseleler, kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecek hukuka göre değerlendirilmelidir. Ancak sözleşmenin dönmeyle rağmen varlığını sürdürdüğü kabul edildiği takdirde, kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecek hukuk mülkiyetin geçişine ilişkin hangi sistemi benimsemiş olursa olsun mallar üzerindeki mülkiyet satıcıya geri dönmez. Oysa sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalktığı kabul edilirse, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi ayrımının yapılmadığı veya tasarruf işleminin sebebe bağlı olduğunun kabul edildiği hukuklar uyarınca mülkiyet satıcıya geri dönecektir<sup>612</sup>. Bu konuya aşağıda tekrar değinilecektir<sup>613</sup>.

## **B.Dönmenin Sözleşme Üzerindeki Etkisinin Tespit Edilmesi**

Yukarıda açıklandığı üzere, dönmenin sözleşmeyi ne şekilde etkileyeceği konusunda bir tavır almak zorunludur. Öncelikle bu konuda alınacak tavrın

<sup>610</sup> Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 83.

<sup>611</sup> Öz, MHAD, s. 155-156. İsviçre - Türk hukukuna göre iade talebinin tabi olacağı zamanaşımı, hangi dönme teorisinin benimsendiğine göre değişecektir. Bkz. yukarıda dn. 600.

<sup>612</sup> Schlechtriem/Butler, para. 330; Fountoulakis, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 7.

<sup>613</sup> Bkz aşağıda “Bölüm 4 / III. / A. İfa Edilmiş Olan Edimlerin İadesi”.

belirlenmesinde ulusal hukuklardaki teorilere başvuru olanağının son derece sınırlı olduğunu belirtmek gerekir. Söz konusu teoriler, taraf menfaatlerinin dengelenmesi amacı çerçevesinde belirli bir hukuk sisteminin bütününe göz önüne alınmasıyla şekillendirilmişlerdir. Oysa CISG, böyle bütüncül bir sistem değildir. Dönmenin sözleşmeye etkisi belirlenirken, CISG’ın kendine özgü yapısı ve düzenlemeleriyle sınırlı bir değerlendirme yapmak zorunludur<sup>614</sup>.

Kanımca böyle bir değerlendirme neticesinde, dönmenin sözleşmeyi dolaysız olarak etkileyecek bir güce sahip olmadığını kabul etmek, CISG bağlamında en uygun sonuç olacaktır<sup>615</sup>. Dönme, sözleşmenin varlığını etkilemez. Başka bir deyişle, sözleşmeyi geriye veya ileriye etkili olarak geçersizleştirmez. Ancak sözleşmenin konusunu ileriye etkili olarak değiştirerek, sözleşmeyi ters yüz eder. Böylelikle sözleşme içerik değiştirip bir tasfiye ilişkisine dönüşerek varlığını sürdürür. Tasfiye ilişkisi çerçevesinde taraflar aldıklarını verecek, verdiklerini alacaktır. Bu çerçevede satım sözleşmesinin, alıcı ile satıcının rollerinin değiştiği ters bir satım sözleşmesi görünümü kazandığı söylenebilir<sup>616</sup>. Tersine dönen borçların ifa edilmesiyle *status quo ante* dolaylı yoldan sağlanacaktır.

Görüldüğü üzere, dönmenin sözleşmeye etkisi konusunda savunduğumuz görüş, temelde İsviçre - Türk hukukundaki dönüşüm teorisiyle özdeşir<sup>617</sup>. Nitekim bazı yazarlar CISG bağlamında dönüşüm teorisinin benimsendiğini belirtmektedir<sup>618</sup>. Ancak bu tespit konusunda oldukça dikkatli olmak gerekmektedir. Sözleşmeden dönmenin etkisi konusunda İsviçre - Türk hukukunda yapılan tartışmaların, kendi bağlamlarından koparılarak CISG çerçevesine taşınması kanımca mümkün değildir.

<sup>614</sup> *López-Rodríguez*, dönmenin sözleşmeyi ne şekilde etkileyeceğinin sözleşmeye uygulanacak hukuka göre belirlenmesini önermektedir (**López-Rodríguez**, *Effects of Avoidance*, s. 302). Kanımca Antlaşma'nın yapısı ve içerdiği hükümler dönmenin sözleşmeye etkisi konusunda bir tespit yapabilmek için yeterlidir. Diğer yandan ulusal hukuklara göre belirlenecek birbirinden farklı çözümler, sözleşmeden dönmenin sonuçları konusunda Antlaşma'da halihazırda var olan karmaşık yapıyı içinden çıkılması imkansız bir kördüğüm haline getirir.

<sup>615</sup> Aynı yönde bkz. **Neumayer/Ming**, Art. 81 para. 1; **Enderlein/Maskow**, Art. 81 para. 1; **Atamer**, CISG, s. 416; **Magnus**, *Remedy of Avoidance*, s. 432; **Huber**, Huber/Mullis, s. 243; **Schlechtriem/Butler**, para. 330; **Fountoulakis**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 81 para. 10; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 10. Ayrıca bkz. *Landgericht Düsseldorf*, 11.10.1995, CISG-Online No. 180; *Oberster Gerichtshof*, 29.06.1999, CISG-Online No. 483.

<sup>616</sup> **CISG-AC No. 9**, Comment para. 1.2; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 11.

<sup>617</sup> İsviçre - Türk hukukundaki dönüşüm teorisi hakkında bkz. yukarıda dn. 602.

<sup>618</sup> **Atamer**, CISG, s. 416; **Erdem**, *Sözleşmeden Dönme*, s. 882; **Erkan**, s. 145.

Dönmenin sonuçları, ulusal hukuklardan mümkün olduğu ölçüde bağımsız olarak ve CISG'a özgü düzenlemeler çerçevesinde değerlendirilmelidir<sup>619</sup>.

Dönmenin sözleşmeye etkisi konusunda varmış olduğumuz sonuç, özellikle aşağıdaki sebeplerle desteklenebilir:

1. Dönmenin sözleşmeye etkisini değerlendirirken, Antlaşma'nın yeknesak uygulamasını destekleyen ve modern borçlar hukuku gelişmelerine uygun bir yorum anlayışı çerçevesinde hareket etmek gerekir. Bu yorum anlayışı, dönmenin sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldırmayacağını kabul etmeyi zorunlu kılar.

Dönmenin sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldıracığını savunan yazarlar, sözleşmeden dönme kurumu kaynaklı sorunları bütüncül bir hukuk sisteminin nimetlerinden faydalanarak, sözleşmesel sorumluluk rejimi dışındaki rejimleri ön plana çıkararak çözmektedirler. İsviçre - Türk hukuku bağlamında aynı etkili dönme teorisini savunan ve sözleşmeden dönme bakımından mevcut olan kanun boşluklarını sebepsiz zenginleşmeye, zilyetlikte iadeye, ayıba karşı tekeffül ile taksitle satımlara ve vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerden yararlanarak doldurmayı teklif eden *Buz*'un şu sözleri bu tespiti açıkça ortaya koymaktadır. Yazarın deyişiyle, “*Savunduğum bu görüşün en önemli avantajı, dönme sonrası ortaya çıkması muhtemel sorunları, dönüşüm teorisinin kabul edilmesi halinde olduğu gibi, sözleşme hukukunun dar ve yetersiz kalıpları içinde sıkışıp kalarak değil, kanundaki çeşitli tasfiye hükümlerinden yararlanarak, taraf menfaatlerine uygun bir şekilde çözme imkanını sağlamasıdır*”<sup>620</sup>. Bütüncül bir hukuk sistemi açısından bir avantaj olarak değerlendirilebilecek bu çeşitlilik, CISG gibi satım hukukunu sadece kısmen düzenleyen bir sistem açısından dezavantajdır. Dönmenin sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldırdığı kabul edilirse, dönme sonrası tasfiye ilişkisinin niteliği tamamen sözleşme dışı bir olgu olacak ve ortaya çıkması muhtemel sorunlara cevap vermek konusunda CISG yetersiz kalacaktır. Bu doğrultuda sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin birçok konudaki sözleşmeye uygulanacak hukuka başvurmak zorunlu hale gelecek ve ulusal hukuk düzenleri arasındaki uçurumlar ister istemez kendilerine CISG uygulamasında da yer bulacaklardır. Oysa CISG m. 7 uyarınca, “*Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın*

<sup>619</sup> Aynı yönde bkz. **Atamer**, CISG, s. 416.

<sup>620</sup> **Buz**, s. 151.

*milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.”*

Bu açıdan sözleşmenin dönmeye rağmen varlığını bir tasfiye ilişkisi olarak devam ettireceğini kabul etmek çok daha uygun olacaktır. Yukarıda belirtildiği üzere, tasfiye ilişkisinin sözleşmesel nitelikte olması, bu konudaki boşlukların dahili olarak nitelendirilebilmesine ve pek çok sorunun Antlaşma'nın sistemi içerisinde çözülebilmesine olanak sağlar. Böylelikle Antlaşma'nın yeknesak uygulaması desteklenmiş olur.

**2. Diğer yandan taraflar arasındaki menfaat dengesinin gözetilmesi açısından da tasfiye ilişkisinin sözleşmesel niteliğinin kabul edilmesi gerekmektedir.**

Dönmenin sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldırdığı kabul edildiği takdirde, satıcının alıcıya teslim ettiği malların mülkiyeti dönmeye bağlı olarak satıcıya geri intikal edebilecektir<sup>621</sup>. Borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi ayrımının yapılmadığı veya tasarruf işleminin sebebe bağlı olduğunun kabul edildiği hukuklara tabi sözleşmeler açısından gündeme gelecek olan bu sonuç, satıcıya ulusal hukuktan kaynaklanan aynı hak temelli bir iade talebi bahşeder. Bu sonuç alıcı ile satıcı arasındaki menfaat dengesini alıcı aleyhine bozar. Zira ödediği satım bedelinin iadesini talep edecek olan alıcı, satıcının bu güçlü konumu karşısında, her daim nisbi bir iade talebine dayanmak zorunda kalacaktır<sup>622</sup>. Ayrıca taraflardan birinin ulusal hukuk kaynaklı aynı bir iade talebine dayanabilmesi, yeknesak uygulamayı da baltalayacaktır.

**3. CISG m. 81(1)'deki “Sözleşmenin ortadan kaldırılması, uyumsuzlukların çözümüne ilişkin sözleşme hükümlerini veya sözleşmenin ortadan kaldırılması sonrasında tarafların haklarını ve borçlarını düzenleyen diğer sözleşme hükümlerini etkilemez.”** ifadesi, dönmenin sözleşmeyi bir kül olarak kurulduğu andan itibaren ortadan kaldıracak güce sahip olmadığını kabul etmeyi gerektirir<sup>623</sup>.

<sup>621</sup> **Schlechtriem/Butler**, para. 330; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 7.

<sup>622</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 7.

<sup>623</sup> **Atamer**, CISG, s. 419; **Huber**, Huber/Mullis, s. 243; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 883.



Sözleşmeden doğan bazı hak ve borçların dönmeden etkilenmeksizin varlıklarını sürdürmelerini, dönmenin sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldıracığı görüşü çerçevesinde açıklamak mümkün değildir. Bu görüş uyarınca, dönme üzerine sözleşmeden doğan tüm haklar ve borçlar hiç doğmamış duruma gelir. Bir sözleşmenin varlığının reddedilmesi durumunda, o sözleşmeden doğan hak ve borçların varlığının da reddedilmesi zorunludur<sup>624</sup>. İsviçre - Türk hukukunda dönmenin sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldıracığını savunan yazarlar, dönmeye rağmen bazı borçların varlığını devam ettirmesini edimden bağımsız borç ilişkisi teorisi çerçevesinde açıklamaktadırlar<sup>625</sup>. Fakat bu teori çerçevesinde ancak sır saklama yükümlülüğü gibi sadakat ve koruma yükümlülüklerinin varlığı açıklanabilecektir. CISG bağlamında varlığını devam ettirecek hak ve borçların kapsamı, edimden bağımsız borç ilişkisi teorisi çerçevesinde açıklanamayacak kadar geniştir. Örneğin sözleşmedeki alım opsiyonu (*call option*) veya cezai şart dönmeden etkilenmeyebilir<sup>626</sup>.

## II. Dönmenin Borçlardan Kurtarıcı Etkisi: İfa Edilmemiş Borçların Sona Ermesi

Sözleşmeden dönme kurumunun esas amacı, *status quo ante*'yi sağlamaktır. Bu durumu sağlayan iki ayaktan ilki, m. 81(1) uyarınca, henüz ifa edilmemiş olan borçlardan kurtarıcı etki (*effet libératoire*) biçiminde görülür<sup>627</sup>. Tarafların ifa etmemiş oldukları borçlar, dönmenin hüküm ifade etmesiyle birlikte kendiliğinden sona erecektir<sup>628</sup>. Dönmenin borçlardan kurtarıcı etkisi, satıcının malı teslim etme ve alıcının malı teslim alıp satım bedelini ödeme yükümlülükleri gibi asli edim yükümlülükleri ile sınırlı değildir. Asli edim yükümlülüklerinin yanı sıra, bu asli edim yükümlülüklerinin sözleşmeye uygun biçimde yerine getirilmesini amaçlayan

<sup>624</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 8.

<sup>625</sup> **Buz**, s. 148.

<sup>626</sup> Bu konuda bkz. aşağıda “Bölüm 4 / II. Dönmenin Borçlardan Kurtarıcı Etkisi: İfa Edilmemiş Borçların Sona Ermesi”.

<sup>627</sup> *Effet libératoire* terimi için bkz. **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s. 502.

<sup>628</sup> **Tallon**, Bianca/Bonnell, Art. 81 para. 2.2; **Audit**, para. 190; **Enderlein/Maskow**, Art. 81 para. 2; **Atamer**, CISG, s. 418; **Magnus**, Remedy of Avoidance, s. 431; **Huber**, Huber/Mullis, s. 243; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.2; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81, para. 5; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 4; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 883. Bu yönde bir yaklaşım sergileyen diğer özel hukuk uyumlaştırması metinleri için; bkz. UNIDROIT İlkeleri m. 7.3.5(1); PECL m. 9:305(1); DCFR m. III. – 3:509(1).

yan edim yükümlülükleri de sözleşmeden dönme ile birlikte sona erer<sup>629</sup>. Söz konusu borçların alacaklısının ifayı talep etme yetkisinin ve borçlusunun ifada bulunma yetkisinin sona ermesiyle, taraflar başka tasarruflarda bulunma özgürlüğünü yeniden kazanırlar<sup>630</sup>.

Fakat dönmenin borçlardan kurtarıcı etkisinin kapsayıcılığı sınırsız değildir. Dönme üzerine sözleşmenin tüm hükümlerinin ve taraflar arasındaki ilişkiden doğan tüm borçların istisnasız hepsinin sona ermesi düşünülemez. Bu hükümlerin ve borçların bir kısmı, yapıları itibarıyla, dönmeyle rağmen varlıklarını sözleşmesel tasfiye ilişkisi çerçevesinde sürdürecektir<sup>631,632</sup>. Nitekim CISG m. 81(1), hangi hüküm ve borçların dönmeden etkilenmeyecekleri konusunda yol gösterici bir düzenleme içermektedir. Düzenlemeye göre, “*tazminat yükümlülüğü*” ile “*uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin sözleşme hükümleri veya sözleşmenin ortadan kaldırılması sonrasında tarafların haklarını ve borçlarını düzenleyen diğer sözleşme hükümleri*” dönmeden etkilenmez.

Uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tahkim, yetki, hukuk seçimi gibi konulardaki anlaşmaların sona ermemeleri<sup>633</sup>; bu anlaşmaların satım sözleşmesinden bağımsızlığı karşısında kolaylıkla anlaşılabilir<sup>634</sup>. Ancak böyle bir bağımsızlığa sahip olmayan cezai şart gibi hükümler de dönmeden etkilenmeksizin varlıklarını sürdürürler<sup>635</sup>. Önemli olan “*sözleşmenin ortadan kaldırılması sonrasında tarafların*

<sup>629</sup> **Atamer**, CISG, s. 418; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.2; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81, para. 5; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 4; **Erkan**, s. 146-147.

<sup>630</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81, para. 5.

<sup>631</sup> **Tallon**, Bianca/Bonnell, Art. 81 para. 2.2; **Atamer**, CISG, s. 418; **Huber**, Huber/Mullis, s. 243; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.3.

<sup>632</sup> Taraflar arasındaki bağlantılı diğer sözleşmeler kural olarak dönmeden etkilenmez. Bu konuda bkz. **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.4; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 13.

<sup>633</sup> **Audit**, para. 190; **Atamer**, CISG, s. 418; **Slechtriem/Butler**, para. 330; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81, para. 12; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 7; **Erkan**, s. 148.

<sup>634</sup> Tahkim, yetki ve hukuk seçimi anlaşmalarının bağımsızlığı konusunda bkz. **Peter Nygh**, *Autonomy in International Contracts*, 1999, s. 73 vd. (tahkim), s. 79 vd. (yetki), 84 vd. (hukuk seçimi).

<sup>635</sup> Konuya ilişkin verilen bir kararda sözleşmeden dönen alıcının sözleşmedeki cezai şarta dayanarak talepte bulunabileceği haklı olarak belirtilmiştir. Geçerli olduğu kabul edilen cezai şarta göre, “Satıcı, malların geç teslimi veya eksik teslimi durumunda, geciktirdiği her gün için geciktirdiği veya teslim etmediği malların bedelinin %0.05’i tutarında ceza öder”. Söz konusu karar için bkz. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade*, 18.11.2004, CISG-Online No. 1271. Bu konuda sözleşmeden dönen alıcının cezai şarta dayanarak talepte bulunamayacağına hükmeden bir karar eleştirilmelidir. Kararda alıcının cezai şarta dayanan talebi ile satım bedelinin iadesi talebi aynı anda ileri sürmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Oysa olumlu zarar ile olumsuz zararın tazmini aynı anda talep edilmediği müddetçe, sözleşmeden dönen alıcının

*haklarını ve borçlarını düzenleyen diğer sözleşme hükümleri*” kavramının kapsamının belirlenmesidir. Kavramın kapsamını, uygulanması sözleşmeden dönülmesine bağlı olan hükümlere indirgememek daha uygun bir yaklaşım olur<sup>636</sup>. Alıcının malları iade ederken uyması gereken paketleme standartları gibi uygulanması sözleşmeden dönülmesine bağlı olan hükümlerin dönmeye rağmen varlıklarını sürdürecekleri şüphesizdir. Ancak bu gibi hükümlerin yanı sıra, sözleşmeden dönülme bile uygulanabilecek olan bazı hükümlerin de (sır saklama yükümlülükleri veya sorumsuzluk kayıtları gibi) korunması gerekir. Nitekim pek çok yazar dönmeye rağmen varlıklarını sürdürecek hükümlere ilişkin CISG m. 81(1)’deki sayımın sınırlayıcı olmadığını belirtmektedir<sup>637</sup>. Hangi hüküm ve borçların sona ermeyeceği, dönmenin sebebine bakılarak ve taraflar arasındaki anlaşma yorumlanarak belirlenecektir<sup>638</sup>. Örneğin satıcının malları teslim etmemesi üzerine alıcının sözleşmeden döndüğü durumda, sözleşmede yer satım opsiyonunun (*put option*) varlığını sürdürme ihtimali, alıcı lehine konulmuş olan alım opsiyonuna (*call option*) kıyasla çok daha düşük olacaktır<sup>639</sup>.

Bu kapsamda özellikle m. 86’da düzenlenmiş malın muhafazası borcu anılmalıdır. Malları teslim almış olan alıcı, sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isterse, malların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri almalıdır<sup>640</sup>. Malın muhafazası borcu, sözleşmeden dönmeye rağmen varlığını sürdürecektir<sup>641</sup>. Makul önlemlerin alınmaması üzerine mala gelen zararlardan ötürü alıcı sorumlu olacaktır<sup>642</sup>.

---

cezai şarta dayanmasının önünde herhangi bir engel bulunmamalıdır. Söz konusu karar için bkz. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*, 28.05.2004, CISG-Online No. 1513.

<sup>636</sup> **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 8.

<sup>637</sup> **Sekreteryâ Şerhi**, Art. 66 para. 6; **Atamer**, CISG, s. 419; **Hornung**, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 81 para. 10; **Huber**, Huber/Mullis, s. 243; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81, para. 12; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 884; **Erkan**, s. 147.

<sup>638</sup> **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.3; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 9. Dönmeye rağmen varlığını sürdürebilecek çeşitli hüküm ve borç örnekleri için bkz. **Enderlein/Maskow**, Art. 81 para. 5.

<sup>639</sup> **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.3; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 9.

<sup>640</sup> Bu konuda bkz. **Bacher**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 86 para. 1 vd.; **Sono**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 86 para. 1 vd.

<sup>641</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 243; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 13; **Bacher**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 86 para. 19; **Sono**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 86 para. 14.

<sup>642</sup> **Bacher**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 86 para. 22; **Sono**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 86 para. 15.

### III. Dönmenin Edimleri Geri Sağlayıcı Etkisi: İfa Edilmiş Olan Edimlerin ve Elde Edilen Yararların İadesi

Sözleşmeden dönmenin ifa edilmiş olan edimleri geri sağlayıcı etkisi (*effet récupérateur*), *status quo ante*'yi sağlama amacının ikinci ayağını oluşturmaktadır<sup>643</sup>. Bu çerçevede taraflar ifa etmiş oldukları edimlerin, bu edimlerden elde edilen yararlarla birlikte iadesini karşı taraftan talep edebilir.

Edimlerin ve yararların iadesi konusu, tasfiye sürecine ilişkin olup, zararın tazmini konusundan bağımsızdır<sup>644</sup>. Hem sözleşmeyi ihlal ederek alıcının sözleşmeden dönmesine sebep olan taraf hem de sözleşmeden haklı olarak dönen taraf iade borcu altında olabilir<sup>645</sup>. CISG m. 79 uyarınca tazminat sorumluluğundan kurtulmanın da iade borcundan kurtarıcı bir etkisi yoktur<sup>646</sup>.

İade borçları, alıcı ile satıcının rollerinin değiştiği ters bir satım sözleşmesi görünümündeki tasfiye ilişkisi çerçevesinde ifa edilecektir<sup>647</sup>. Bu sebeple iade borçlarının ifası, münhasıran CISG hükümlerine göre talep edilebilir. Bu konuda Antlaşma'ya dayanan talepler ile ulusal hukuklardaki çeşitli tasfiye hükümlerinden kaynaklanan taleplerin yarışması mümkün değildir<sup>648,649</sup>.

#### A. İfa Edilmiş Olan Edimlerin İadesi

<sup>643</sup> *Effet récupérateur* terimi için bkz. **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s. 502.

<sup>644</sup> **Atamer**, CISG, s. 417-418; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 1.5.

<sup>645</sup> **Sekreteryä Şerhi**, Art. 66 para. 9; **Honnold**, para. 444A; **López-Rodríguez**, Effects of Avoidance, s. 292; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 10 ve Art. 84 para. 2.

<sup>646</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction to Articles 81-84, para. 7.

<sup>647</sup> **CISG-AC No. 9**, Comment para. 1.2; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 11.

<sup>648</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 10 ve Art. 84 para. 9; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 11. **Mohs**, Antlaşma'ya dayanan talepler ile ulusal hukuklardaki çeşitli tasfiye hükümlerinden kaynaklanan taleplerin yarışması konusunda farklı bir görüş savunmaktadır. Yazara göre, satıcının malların kendisine iade edilmesi konusunda CISG'dan ve ulusal hukuktan kaynaklanan talepleri birbirleriyle yarışabilir. Ancak satıcının diğer konulardaki taleplerine ilişkin olarak ulusal hukuktan faydalanması mümkün değildir (**Mohs**, PICC-CISG, dn. 14'e bağlı metin vd.).

<sup>649</sup> Zaten dönmenin sözleşmeye etkisi konusunda savunduğumuz görüşün dolaylı bir sonucu olarak, satıcının malların iadesi konusunda ulusal hukuk kaynaklı bir talepte bulunması söz konusu olamaz. Bu konuda bkz. aşağıda "Bölüm 4 / III. / A. İfa Edilmiş Olan Edimlerin İadesi".

Dönmenin hüküm ifade etmesi üzerine, her iki taraf da ifa etmiş oldukları edimlerin iadesini karşı taraftan talep edebilir<sup>650</sup>. İade borcu, ifada bulunmuş olan tarafın bu yöndeki talebi ile doğar. İade talep olmaksızın kendiliğinden gerçekleşmez<sup>651</sup>. Ancak her iki tarafın da sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmiş oldukları durumda, taraflardan birinin iade talebinde bulunması hem kendisini hem de karşı tarafı iade borçlusuna haline getirecektir<sup>652</sup>. İade, taraflardan yalnız birinin borcunu ifa etmiş olduğu durumda, tek taraflı olarak; her iki tarafın da borcunu ifa etmiş olduğu durumda ise karşılıklı olarak gerçekleşir<sup>653</sup>.

İade talebi, taraflar arasında varlığını sürdüren sözleşmeye dayanır. Dönme üzerine satım konusu malların mülkiyetinin satıcıya geri intikal etmeyeceğini ve satıcının malların iadesini mülkiyet hakkına dayanarak talep edemeyeceğini, bu konuda özellikle vurgulamak gerekmektedir. Zira dönmenin sözleşmeye etkisi konusunda benimsediğimiz görüş<sup>654</sup>, satım konusu mallar üzerindeki mülkiyetin kaderini de dolaylı yoldan belirlemektedir. Aslında mülkiyetin geçişi konusu, m. 4(b) ile açıkça Antlaşma'nın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu konuya ilişkin meseleler, kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecek hukuka göre değerlendirilmelidir. Dönme üzerine satım konusu mallar üzerindeki mülkiyetin satıcıya geri intikal edip etmeyeceği konusunda da yine kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilecek hukuka bakmak gerekmektedir<sup>655</sup>. Ancak dönme sözleşmeyi ortadan kaldırmadığı için, söz konusu hukukta mülkiyetin geçişine ilişkin olarak hangi sistem benimsenirse benimsensin mallar üzerindeki mülkiyet satıcıya geri intikal etmeyecektir<sup>656</sup>. Diğer yandan satıcının sebepsiz zenginleşme temelli bir talepte

<sup>650</sup> **Atamer**, CISG, s. 419; **Huber**, Huber/Mullis, s. 244; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 17; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 885. Özel hukuku uyumlaştırıcı metinlerde de edimlerin iadesi konusunda genel bir prensip bulunmaktadır; bkz. UNIDROIT İlkeleri Art. 7.3.6; PECL Art. 9:307 ve 9:308; DCFR m. Art. III. – 3:510. Dönme üzerine ifa edilmiş olan edimlerin iadesi konusu, *common law* sistemlerine yabancıdır. Antlaşma, bu konuda *civil law* sistemine yakın bir tutum benimsemiş ve ifa edilmiş olan edimin borçlusuna tazminat talep etme yetkisi yerine edimin iadesini talep etme yetkisi tanımıştır (**Tallon**, Bianca/Bonnell, Art. 81 para. 2.5; **Honnold**, para. 444; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction to Articles 81-84, para. 4).

<sup>651</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 81 para. 6.2; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 17; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 10.

<sup>652</sup> **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 10.

<sup>653</sup> **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.7; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 10.

<sup>654</sup> Bu konuda bkz. yukarıda “Bölüm 4 / I. / B. Dönmenin Sözleşme Üzerindeki Etkisinin Tespit Edilmesi”.

<sup>655</sup> **Slechtriem/Butler**, para. 330; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.6; **Bridge**, Consequences of Avoidance, s. 119; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 15.

<sup>656</sup> **Atamer**, CISG, s. 417; **Slechtriem/Butler**, para. 330; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction to Articles 81-84, para. 5. Farklı bir değerlendirme çerçevesinde aynı sonuç için, bkz. **Erkan**, s. 146. Karşılaştırmalı hukuk açısından değerlendirildiğinde, taşınır malların mülkiyetinin

bulunması da mülkiyet *causa*'dan yoksun kalarak sebepsizleşmediği için mümkün değildir<sup>657</sup>. Tıpkı alıcı gibi satıcının iade yönündeki talebinin de sözleşmeye dayanması zorunludur.

## 1. İadenin Konusu: Edimlerin Aynen İadesi

Sözleşmeden dönme üzerine, daha önce ifa edilmiş olan edimlerin, iade borçlusu tarafından aynen iade edilmesi (*restitutio in natura*) gerekir<sup>658</sup>. Aynen iade kuralı, satım bedelinin iadesi ile satım konusu malın iadesi açısından, bu edimler arasındaki yapısal farklılık sebebiyle farklı önem taşımaktadır.

Aynen iade kuralının, satıcının satım bedelini iade borcu açısından uygulama alanı sınırlıdır. Zira satım bedelini iade borcu, nitelik itibarıyla bir para borcudur. Para, madde bakımından değil temsil ettiği mali güç bakımından borcun konusunu oluşturduğu için<sup>659</sup>; satım bedelinin iadesinde mühim olan söz konusu mali gücün alıcıya geri kazandırılmasıdır. Bu bakımdan satım bedelinin ödendiği paranın madde bakımından aynısının alıcıya iade edilmesine gerek yoktur<sup>660</sup>. Ancak iadenin hangi para birimi ve hangi meblağ üzerinden yapılacağı konusunda gündeme gelecek sorunun çözümünde, aynen iade kuralından faydalanılabilir. Satıcı, iadeyi alıcı

---

devrine ilişkin üç temel sistemin bulunduğu söylenebilir: mülkiyetin borçlandırıcı işlemle doğrudan intikal ettiği sistem, mülkiyetin sebebe bağlı bir tasarruf işlemiyle intikal ettiği sistem ve mülkiyetin sebepten soyut bir tasarruf işlemiyle intikal ettiği sistem (**Ugo Mattei**, Basic Principles of Property Law, 2000, s. 106). Kabul ettiğimiz sonuç, tüm bu sistemler açısından herhangi bir farklılığa yer olmaksızın geçerlidir. Taşınır malların mülkiyetinin devrine ilişkin detaylı bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi için bkz. **Ulrich Drobnig**, Transfer of Property, 2010, Çevrimiçi Erişim: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1537164](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1537164)>, Son Erişim Tarihi: 01.05.2013. Türk hukukunda taşınır malların mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işleminin sebebe bağlı mı sebepten soyut mu olduğunun tartışmalı olduğu düşünülürse, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca Türk hukukunun uygulanacağı haller açısından böyle yeknesak bir çözümün ne kadar avantajlı olduğu daha iyi anlaşılır. İade talebinin niteliğinin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukuka göre belirleneceği yönünde aksi görüş için bkz. **Serozan**, CISG ve TBK, s. 219. Mülkiyetin satıcıya geri intikal edebileceğine ilişkin aksi görüş için bkz. **Hornung**, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 81 para. 9c-9d. *Hornung*'a göre, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca mülkiyetin borçlandırıcı işlemle doğrudan intikal ettiği veya mülkiyetin sebepten soyut bir tasarruf işlemiyle intikal ettiği bir hukuk sistemi uygulanacaksa, satım konusu malların mülkiyeti dönme üzerine satıcıya geri dönecektir.

<sup>657</sup>**Atamer**, CISG, s. 417. Aynı yönde bkz. **Magnus**, Remedy of Avoidance, s. 431; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.7; **Dayoğlu**, s. 64. Aksi görüşte bkz. **Tallon**, Bianca/Bonnell, Art. 81 para. 2.5.

<sup>658</sup>**Atamer**, CISG, s. 419; **Erkan**, s. 149. Modern borçlar hukuku gelişmelerini yansıtan uyumlaştırma metinlerinde, aynen iade ilkesinin oldukça yumuşatılarak korunduğu görülmektedir. UNIDROIT Prensipleri m. 7.3.6(2) uyarınca, aynen iade mümkün veya uygun olmadığı takdirde edimlerin iadesi yerine bir miktar paranın ödenmesi gerekir. DCFR m. III. – 3:510(3), benzer bir istisnayı aynen iadenin makul olmayan çaba veya masraf gerektirdiği durumlar açısından tanımıştır.

<sup>659</sup>**Oğuzman/Öz**, Cilt-1, s. 295. Para borçlarında edimin konusunu soyut bir mali gücün alacaklıya kazandırılması oluşturur. Bu konuda bkz. **Nami Barlas**, Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrütü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992, s. 10.

<sup>660</sup>**Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 19.

tarafından ödenen para birimi ve meblağ üzerinden gerçekleştirmelidir. Alıcının satım bedelini sözleşmede gösterilen para biriminden başka bir para birimiyle ödediği durumda da, yine satım bedelinin ifade edildiği para birimi (*currency of account*) yerine, ödemenin gerçekleştirildiği para biriminin (*currency of payment*) esas alınması gerekir<sup>661</sup>. Kanımca bu durum, aynen iade kuralının dolaylı bir yansımasıdır. Döviz kurlarında meydana gelebilecek değişikliklerin, iade edilmesi gereken meblağ üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. CISG m. 81(2)'deki iade hükmü ile amaçlanan, alıcının verdiği geri almasından ibarettir. Alıcının döviz paritesindeki değişiklikler sebebiyle uğradığı zararın tazmini, tazminat sorunu çerçevesinde değerlendirilmelidir<sup>662</sup>.

Satım konusu malların iadesine ilişkin olarak aynen iade kuralının önemi daha büyüktür. Alıcının kendisine teslim edilen malların yerine başka mallar iade ederek iade borcundan kurtulması mümkün değildir<sup>663</sup>. Nitekim yukarıda incelenmiş olan ve satım konusu malların uygun durumda aynen iadesinin imkansızlaştığı durumda alıcının sözleşmeden dönme hakkını bloke eden m. 82(1) ile aynen iade kuralı desteklenmiştir<sup>664</sup>. Böylelikle alıcı ancak satım konusu malların uygun durumda iadesi mümkün olduğu takdirde sözleşmeden dönebilecektir<sup>665</sup>.

CISG m. 28'deki aynen ifa talebi engelinin, aynen iade talebi konusunda da uygulama alanı bulup bulmayacağı doktrinde tartışmalıdır. CISG m. 28 uyarınca, “(...) mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür.” Söz konusu hüküm, aynen ifa talebinin

<sup>661</sup> CISG-AC No. 9, Comment para. 3.8; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 19. Farklı bir görüş için bkz. **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 19. *Currency of account* ve *currency of payment* kavramları hakkında bkz. **Jac Rinkes**, Danny Busch/Ewoud Hondius/Harriett Schelhaas/Wendy Schrama (ed.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary*, 2002, s. 310.

<sup>662</sup> **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 19. Belirttiğimiz prensibi göz ardı eden bir tahkim kararının, bu noktada eleştirilmesi gerekmektedir. Karara konu olan olayda, alıcı Rus rublesi ile ödeme yapmış olmasına rağmen; satıcının satım bedelini sözleşmede kararlaştırılmış Rus rublesi – Amerikan doları paritesi üzerinden hesaplanacak bir meblağ olarak Amerikan doları ile iade etmesine hükmedilmiştir. Karar için bkz. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*, 11.05.1997, CISG-Online No. 1514.

<sup>663</sup> CISG-AC No. 9, Comment para. 3.2; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 18; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 18.

<sup>664</sup> Bkz. yukarıda “Bölüm 2/III./B./1. Kural: Teslim Edilen Malın İadesi Mümkün Oldukça Sözleşmeden Dönme Hakkı”.

<sup>665</sup> Fakat m. 82(2)'deki istisnai düzenlemelerden birinin uygulama alanı bulduğu durumda, alıcının satım konusu malların uygun durumda aynen iadesinin imkansızlaşmasına rağmen sözleşmeden dönebileceği unutulmamalıdır.

asli yaptırım olarak kabul edildiği *civil law* sistemi ile istisnai bir yaptırım olarak kabul edildiği *common law* sistemini uzlaştırıcı bir rol üstlenmektedir<sup>666</sup>. CISG, *civil law*'a yaklaşan bir tutum benimseyerek hem alıcıya hem de satıcıya aynen ifa talep etme yönünde bir hak tanımış; ancak aynen ifa talebinin kabul edilmesi konusundaki takdiri m. 28 ile mahkemeye bırakarak *common law*'un bu kendine özgü özelliğini dışlamaktan da kaçınmıştır<sup>667</sup>. Bazı yazarlar, bu uzlaştırıcı hükmün hem sözleşmeden doğan asli borçların ifası açısından hem sözleşmesel tasfiye ilişkisinden doğan iade borçlarının ifası açısından uygulanacağını savunmaktadırlar<sup>668</sup>. Bu görüşe göre, somut uyuşmazlığın özelliklerini taşıyan varsayımsal bir olayda kendi hukuku uyarınca aynen iadeye hükmetmeyecek olan mahkeme, somut uyuşmazlığa ilişkin olarak da aynen iadeye hükmetmek zorunda değildir<sup>669</sup>. Aksi fikirdeki yazarlar ise m. 28'deki düzenlemenin münhasıran sözleşmeden doğan asıl borçların ifasına yönelik olduğunu belirtmekte ve malın aynen iadesi açısından bir istisna teşkil etmeyeceğini savunmaktadırlar<sup>670</sup>.

## 2. İade Zamanı: Aynı Anda ve Makul Süre İçerisinde İade

Yukarıda belirtildiği gibi, iade, taraflardan yalnız birinin iade borçlus olduğu durumda tek taraflı olarak; her iki tarafın da iade borçlus olduğu durumda ise karşılıklı olarak gerçekleşecektir. Antlaşma, hem alıcının hem de satıcının iade borçlus olduğu karşılıklı iade ilişkisine dair herhangi bir ifa sırası belirlememiştir. Buna göre tarafların edim konularını aynı anda iade ederek borçlarını ifa etmeleri

<sup>666</sup> *Common law*'da sözleşme ihlaline bağlanan yaptırımlar vasıtasıyla alacaklının sözleşmenin ifasından elde edeceği maddi beklentilerin tatmin edilmesi amaçlanmakta ve bu çerçevede tazminat talebi asli yaptırım olarak kabul görmektedir. Bu sistemde alacaklının aynen ifa talebi, istisnai olarak kabul görür. *Civil law*'da ise asıl amaç edimin ifasının sağlanması olduğu için, aynen ifa talebi borç ilişkisinin doğal uzantısı olarak asli yaptırım niteliğine sahiptir (**Lando**, Bianca/Bonnell, Art. 28 para. 1.1; **Audit**, para. 125; **Atamer**, CISG, s. 319 vd.; **Huber**, Huber/Mullis, s. 186; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 28 para. 1-2; **Başoğlu**, s. 5 ve 69). Aynen ifa talebi konusunda ulusal hukuklarda benimsenen yaklaşımlara ilişkin bir karşılaştırma için bkz. **Treitel**, para. 44 vd.

<sup>667</sup> **Başoğlu**, s. 220-221.

<sup>668</sup> **Atamer**, CISG, s. 419; **Hornung**, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 81 para. 12; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer Art. 81 para. 18; **Erkan**, s. 149.

<sup>669</sup> Burada mahkemenin kendi hukuku kavramı ile *lex causae* değil, mahkemenin kendi iç hukuku (*lex fori*) kastedilmektedir (**Atamer**, CISG, s. 322; **Huber**, Huber/Mullis, s. 187-188; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 28 para. 9; **Başoğlu**, s. 237).

<sup>670</sup> **Neumayer/Ming**, Art. 81 para. 3; **Huber**, Huber/Mullis, s. 187; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 28 para. 6.



gerekir<sup>671</sup>. Alıcı satım konusu malları, satıcı satım bedelini karşılıklı olarak aynı anda iade etmelidir.

Karşılıklı iade ilişkilerinde karşı tarafın kendi iade borcunu ifa etmeme ihtimaline ilişkin koruma, aynı anda iade kuralı ile sağlanmaktadır<sup>672</sup>. Karşı taraf kendi borcunu ifa etmediği ve ifa etme teklifinde bulunmadığı müddetçe iadede kaçınmak mümkündür. Hangi tarafın sözleşmeden dönülmesine sebep olduğunun bu konuda herhangi bir önemi bulunmamaktadır<sup>673</sup>. Taraflardan yalnız birinin borcunu ifa etmiş olduğu durumda gündeme gelecek tek taraflı iade ilişkilerinde ise aynı anda iade kuralı böyle koruyucu bir rol üstlenemeyecektir. Tek taraflı iade ilişkilerinde, sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş olan ve dönme üzerine iade alacaklısı haline gelen taraf, karşı tarafın ifada bulunmasını sağlamak üzere aynı anda iade kuralından faydalanamaz<sup>674</sup>.

İade borcunun vadesi konusundaki boşluğu Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkeleri dikkate alarak dolduran yazarlar, edimlerin makul süre (*reasonable time*) içinde iade edilmesi gerektiğini belirtmektedirler<sup>675</sup>. Makul sürenin uzunluğu, malların bozulabilir veya zamanla değer kaybedebilir nitelikte olup olmadığı gibi somut olay koşulları çerçevesinde değerlendirilecektir.

<sup>671</sup>**Tallon**, Bianca/Bonnell, Art. 81 para. 2.6; **Audit**, para. 191; **Heuzé**, para. 443; **Enderlein/Maskow**, para. 6.3; **Honnold**, para. 444A; **Atamer**, CISG, s. 420; **Huber**, Huber/Mullis, s. 244; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.11; **Bridge**, Consequences of Avoidance, s. 120; **Dayıoğlu**, s. 64; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 886-887; **Erkan**, s. 149. *Enderlein/Maskow*, aynı anda karşılıklı iadenin teoride çok iyi bir fikir olmakla birlikte, pratikte uygulanmasının oldukça güç olduğunu belirtmektedir. Pratikte çoğu zaman taraflardan birinin diğerine kıyasla daha güvencesiz konumda olması gerekecektir. Bu durumda, güvencesiz konumun sözleşmeden dönülmesine ihlaliyle sebep olan tarafa verilmesi gerekir (**Enderlein/Maskow**, Art. 81 para. 8).

<sup>672</sup>**Atamer**, CISG, s. 420; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.11; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 21; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 21. Bu konuda CISG m. 71'in kıyasen uygulanabileceği yönünde **López-Rodríguez**, Effects of Avoidance, s. 299; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 887. *Fountoulakis* bu konuda m. 71'den yararlanarak ifanın askıya alınmasına gerek olmadığını belirtmektedir. Zira aynı anda iade kuralı, ifanın askıya alınması kurumu ile sağlanan korumayı, m. 71'deki koşulların varlığına gerek olmaksızın sağlamaktadır. Ancak taraflar iade borçlarına ilişkin bir ifa sırası belirleyerek aynı anda ifa kuralını bertaraf etmişlerse, iade borcunu önce ifa edecek olan tarafın m. 71'den faydalanma yönünde bir menfaati olabilir (**Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 22).

<sup>673</sup>**Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 21.

<sup>674</sup>**Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 21.

<sup>675</sup>**Enderlein/Maskow**, para. 6.2; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.17; **Bridge**, Consequences of Avoidance, s. 121. Ancak *Bridge*, daha yakın tarihli başka bir eserinde edimlerin koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde (*within as short a time as is practicable in the circumstances*) iade edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Makul süre (*reasonable time*) ölçütü, iade borçları açısından gereğinden uzundur (**Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 29). *Enderlein/Maskow*, bu sürenin karşı tarafın iade talebi üzerine işlemeye başlayacağını belirtmektedir (**Enderlein/Maskow**, para. 6.2).

Karşı tarafın makul süre içerisinde iade borcunu ifa etmemesi ve ifa teklifinde bulunmaması durumunda iade alacaklısının sahip olacağı haklar, karşılıklı ve tek taraflı iade ilişkileri çerçevesinde ayrı ayrı incelenebilir. Karşılıklı iade ilişkilerinde taraflardan biri, makul süre içerisinde kendi borcunu ifa etmez ve ifa teklifinde bulunmazsa, karşı taraf, hem kendi borcunu ifa etmekten kaçınabilecek hem de bu sebeple uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilecektir. Örneğin satıcının satım bedelini iade etmediği veya iade etme teklifinde bulunmadığı durumda, alıcı elindeki satım konusu malları iade etmekten kaçınabilir. Ek olarak hem satım bedelinin iade edilmemesi sebebiyle uğramış olduğu zararın hem de malları ifa teminatı olarak elinde tutmak durumunda kaldığı için yaptığı muhafaza masraflarına ilişkin zararın tazmin edilmesini talep edebilir. Tek taraflı iade ilişkilerinde ise iade alacaklısı olan tarafın tek olanağı iade borcunun ifasındaki gecikme sebebiyle uğradığı zararların tazminini karşı taraftan talep etmektir<sup>676</sup>.

### 3. Edimlerin İade Edileceği Yer

CISG, tarafların edimleri nerede iade edecekleri konusunda herhangi bir düzenleme içermemektedir. Bu konuya ilişkin olarak Antlaşma'da dahili bir boşluğun bulunduğu söylenebilir. Dolayısıyla alıcının satıcıya satım konusu malları ve satıcının alıcıya satım bedelini nerede iade edeceği belirlenirken, öncelikle Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelere ve ancak bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde ikinci aşamada ulusal hukuklara başvurulacaktır. Bu boşluk hakkında görüş belirten doktrin ve uygulama, konuya ilişkin olarak Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkeler bulunduğunu ve ulusal hukuklara başvurmaya gerek olmadığını belirtmektedir<sup>677</sup>. Fakat genel ilkelere hareket ederek oluşturulan görüşler, farklı sonuçlara varmaktadır.

<sup>676</sup> Makul süre içerisinde gerçekleşmeyen iade sebebiyle uğranan zararların m. 74 vd. uyarınca tazmininin talep edilebileceği yönünde bkz. **CISG-AC No. 9**, Comment para. 17; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 11; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 29.

<sup>677</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 244; **Schlechtriem/Butler**, para. 331; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.12; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 26; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 23. **López-Rodríguez**, ulusal hukuklardan kaynaklanabilecek bazı taleplerin Antlaşma'nın uygulama alanının dışında kalabileceğini belirtmektedir. Yazara göre bu doğrultuda iade yerinin sözleşmeye uygulanacak hukuk tarafından belirlenmesi daha temkinli bir yaklaşım olur (**López-Rodríguez**, Effects of Avoidance, s. 298). İfa yerinin sözleşmeye uygulanacak hukuka göre belirlendiği aksi yönde bir karar için bkz. *Cour d'appel de Paris*, 14.01.1998, CISG-Online No. 347. CISG'in iade yeri konusunda yol gösterici olabilecek herhangi bir genel ilke içermediğini belirten bu karar, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.

Doktrinde bir görüş, bu boşluğu, sözleşmeyi ihlal ederek dönmeye yol açan tarafı dezavantajlı konuma koyarak doldurmaktadır<sup>678</sup>. Hangi tarafın “masum” olduğunu esas alan bu yaklaşım, Antlaşma’daki genel ruhu yansıtmadığı için eleştirilmektedir. Antlaşma uyarınca sözleşmeyi ihlal eden tarafın katlanması gereken tek olumsuzluk, karşı tarafın zararlarını tazmin etmekten ibarettir<sup>679</sup>.

Diğer bir görüş tasfiye ilişkisinin ters bir satım sözleşmesi niteliğinde olduğundan hareket ederek, sorunu CISG’daki teslim yeri düzenlemelerine göre çözmektedir. Boşluk, alıcının iade borcu ve satıcının iade borcu bağlamında ayrı ayrı doldurulmaktadır. Satıcının *satım bedelini iade* borcu, alıcının satım bedelini ödeme borcunun aynadaki yansıması gibidir. CISG m. 57(1)(a) uyarınca alıcı, aksine bir anlaşma bulunmadığı müddetçe satım bedelini satıcının işyerinde ödemelidir. Buna göre, satıcının da kendisine ödenmiş olan satım bedelini aksine bir anlaşma bulunmadığı müddetçe alıcının işyerinde iade etmesi gerekir. Alıcının *satım konusu malları iade* borcu ise satıcının malları teslim borcunun aynadaki yansımasından ibarettir. İade yeri de bu yansımadan hareket ederek belirlenecektir. Buna göre, örneğin satıcı m. 31(a) uyarınca malları ilk taşıyıcıya vererek teslim borcundan kurtulmuşsa, alıcı da malları ilk taşıyıcıya vermelidir. Yahut satıcı m. 31(c) uyarınca malları işyerinde hazır bulundurarak teslim borcundan kurtulmuşsa, alıcının da malları kendi işyerinde hazır bulundurması yeterlidir<sup>680</sup>.

Farklı bir görüş ise ekonomik yönü ağır basan bir analiz yaparak edimlerin alıcının işyerinde iadesini genel kural olarak kabul etmektedir<sup>681</sup>. Bu kural, çeşitli ihtimaller çerçevesinde gerekçelendirilmektedir. *Satım bedelinin iadesi* açısından alıcının işyerinin iade yeri olarak benimsenmesi, asıl alıcının tasfiye ilişkisinde satıcı rolünde olmasıyla ve m. 57(1)(a) hükmüyle zaten açıklanmaktadır. Ancak tarafların farklı bir ödeme biçimi konusunda anlaşmış oldukları durumda, bedelin iadesi bu

<sup>678</sup> Bkz. **Heuzé**, para. 444-445.

<sup>679</sup> Eleştiriler için bkz. **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 30.

<sup>680</sup> **Hornung**, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 81 para. 18; **Huber**, Huber/Mullis, s. 244; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 27 ve 29; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 888; **Erkan**, s. 150. Bu yönde kararlar için bkz. *Oberster Gerichtshof*, 29.06.1999, CISG-Online No. 483; *Oberlandesgericht Karlsruhe* 19.12.2002, CISG-Online No. 817

<sup>681</sup> **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 23. *Neumayer/Ming*, m. 31 ve 57’nin yansıması olarak edimlerin daima alıcının işyerinde iade edilmesi gerektiğini belirtmektedir (*Neumayer/Ming*, Art. 81 para. 4).

anlaşmaya riayet edilmek suretiyle gerçekleştirilmelidir<sup>682</sup>. *Satım konusu malların iadesi* açısından alıcının işyerinin iade yeri olarak benimsenmesi de asıl satıcının tasfiye ilişkisinde alıcı rolünde olmasıyla ve m. 31 hükmüyle bir nebze açıklanabilir. Ancak bu konuda getirilen genel kural, asıl olarak ekonomik bir analiz çerçevesinde gerekçelendirilmektedir. Böyle bir kabul, hem alıcının hem de satıcının sözleşmeden döndüğü ihtimallere ilişkin olarak ekonomik açıdan verimsiz masrafların ve rizikoların doğmasını engelleyecektir. Şöyle ki, satıcının ihlaline karşılık olarak alıcının sözleşmeden döndüğü ihtimalde, alıcı malları satıcının işyerinde iade etmek zorunda bırakılırsa, yaptığı taşıma masraflarının tazminini satıcıdan talep edebilecektir. Böylece satıcı uluslararası bir taşımanın hiç de azımsanamayacak masraflarına ve rizikolarına katlanmak zorunda kalacaktır. Oysa bu ihtimalde malların satıcının işyerine taşınması ve satıcının doğacak masraf ile rizikolarına katlanması oldukça anlamsızdır. Satıcının menfaati, büyük olasılıkla sorunlu oldukları için alıcının sözleşmeden dönmesine sebep olan bu malları mümkün olan en kısa sürede değerlendirmek yönünde olacaktır. Bu çerçevede malların alıcının işyeri üzerinden yeni alıcılara nakledilmesi çok daha uygundur<sup>683</sup>. Görüldüğü üzere alıcının işyerinden başka bir yerde yapılacak iade, satıcıyı korumayıp tam tersine daha dezavantajlı bir duruma sokacaktır. Alıcının işyerinde yapılacak iade, Antlaşma'nın ekonomik açıdan verimsiz masraf ve rizikoları mümkün olduğu ölçüde önlemeye çalışan ruhuyla da uyum içerisindedir<sup>684</sup>. Alıcının sözleşmeyi ihlal etmesi sebebiyle satıcının sözleşmeden döndüğü ihtimalde ise aynı sonuca varmak biraz daha güç ama yine de mümkündür<sup>685</sup>. İadenin alıcının işyerinde gerçekleşmesi gerektiği yönündeki bu genel kural, malların sözleşmeden dönme anında genellikle alıcının işyerinde bulunacağı kabulünden hareket etmektedir. Ancak bu görüşü savunan yazarlar tarafından belirtildiği üzere, sözleşmeden dönme anında mallar

<sup>682</sup> **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.15; **Bridge**, Consequences of Avoidance, s. 122-123; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 26.

<sup>683</sup> **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.12; **Bridge**, Consequences of Avoidance, s. 122; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 23.

<sup>684</sup> CISG m. 49 ve 64'te sözleşmeden dönmenin *ultima ratio* olarak düzenlenmesi ve m. 77'deki zararın denkleştirilmesi kurumu, Antlaşma'da ekonomik açıdan verimsiz masraf ve rizikoları mümkün olduğu ölçüde önlenmesi yönünde genel bir ilke bulunduğunu ortaya koymaktadır (**CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.12 dn. 44; **Bridge**, Consequences of Avoidance, s. 122 dn. 3).

<sup>685</sup> Aslında bu ihtimalde, malları satıcının işyerinde iade etmek zorunda bırakılan alıcı, taşıma masraflarına kendisi katlanacaktır. Ancak satıcının sözleşmeden dönme sebebinin büyük olasılıkla alıcının satım bedelini ödememesi olduğu düşünülürse, satıcının aktif bir eylemde bulunarak malları alıcının işyerinden teslim alması ve daha sonra taşıma masraflarını alıcıya yüklemesi menfaati açısından daha uygun olacaktır (**CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.14; **Bridge**, Consequences of Avoidance, s. 123; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 25).

alıcının işyerinden başka bir yerde bulunuyorsa, malların buldukları yerde iade edileceğini kabul etmek belirtilen gerekçelerle daha uygun olacaktır<sup>686</sup>.

#### 4. İade Masrafları

Tarafların iade borçlarını ifa etmek için gerçekleştirdikleri masrafların, sözleşmeyi ihlal ederek sözleşmeden dönülmesine sebep olan tarafa yüklenmesi gerekmektedir<sup>687</sup>. Dönmeye sebep olan tarafın masrafları bizzat yapması gerekiyorsa, masraflar doğrudan doğruya kendisine yüklenmiş olur. Masrafların sözleşmeden dönen tarafça yapılmasının gerektiği durumda, masraflar tazminat olarak talep edilerek dönmeye sebep olan tarafa yüklenir<sup>688</sup>. Ancak sözleşmeden dönülmesine sebep olan taraf m. 79 uyarınca tazminat sorumluluğundan kurtulmuşsa, tarafların her birinin yapmak durumunda kaldıkları masraflara bizzat katlanmaları gerekecektir<sup>689</sup>.

Bu konu, özellikle malların iadesi açısından önem taşır. Satıcının ihlaline karşılık olarak alıcının sözleşmeden döndüğü durum çerçevesinde karşılaşılabilecek tablo, iade yerine göre şu şekilde değişecektir. İade malların buldukları yerde gerçekleşecekse, satıcı malları burada teslim aldıktan sonra taşıma için yapacağı masraflara doğrudan doğruya kendisi katlanır. Ancak malların buldukları yerden başka bir yerde (örneğin satıcının işyerinde) iade edilmesi gerekiyorsa, alıcı malları iade yerine taşırken yapmak zorunda kaldığı masrafları satıcıdan m. 74 vd. uyarınca tazminat olarak talep edebilecektir. Satıcı m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulma

<sup>686</sup>**CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.13; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 23. Taraflar teslimin belirli bir yerde gerçekleşmesi konusunda anlaşmışlarsa, bu anlaşmaya iade açısından da riayet etmek gerektiği yönünde bkz. **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.13.

<sup>687</sup>**Sekreteryaya Şerhi**, Art. 66 para. 11; **Tallon**, Bianca/Bonnell, Art. 81 para. 2.6; **Audit**, para. 191; **Enderlein/Maskow**, para. 6.3; **Atamer**, CISG, s. 421; **López-Rodríguez**, Effects of Avoidance, s. 293; **Huber**, Huber/Mullis, s. 245; **Schlechtriem/Butler**, para. 331; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.16; **Bridge**, Consequences of Avoidance, s. 123; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 27; **Dayioğlu**, s. 64.

<sup>688</sup>**Tallon**, Bianca/Bonnell, Art. 81 para. 2.6; **Atamer**, CISG, s. 421; **López-Rodríguez**, Effects of Avoidance, s. 293; **Huber**, Huber/Mullis, s. 245; **Schlechtriem/Butler**, para. 331; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.16; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 32; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 27.

<sup>689</sup>**López-Rodríguez**, Effects of Avoidance, s. 293; **Huber**, Huber/Mullis, s. 245; **Schlechtriem/Butler**, para. 331; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.16; **Bridge**, Consequences of Avoidance, s. 124; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 32; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 28. CISG m. 79'daki sorumsuzluk hükmünün, tüm tazminat sorumluluğuna ilişkin olduğu; ifa etmeme üzerine oluşacak zararlara ilişkin talep edilecek tazminata özgülenmiş olmadığı isabetle belirtilmektedir (**CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.16; **Bridge**, Consequences of Avoidance, s. 124; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 28).

koşullarını taşıdığını ispat ederse, alıcı bu masraflara kendisi katlanmak zorunda kalır.

## B. Edimlerden Elde Edilen Yararların İadesi

Dönme üzerine *status quo ante*'nin sağlanabilmesi için, satım sözleşmesi çerçevesinde ifa edilmiş olan edimlerin yanı sıra, bu edimlerden elde edilen yararların da karşı tarafa iade edilmesi gerekir<sup>690</sup>. Bu çerçevede satım bedelini iade edecek olan satıcı, satım bedeli üzerinde tasarrufta bulunabildiği döneme ilişkin olarak bir faiz ödemelidir. Satıcının faiz ödeme borcu, m. 84(1)'de düzenlenmiştir. Alıcı ise malları iade ederken bu mallardan elde ettiği yararların ve malları iade edemiyorsa bu mallardan elde ettiği kaim değerlerin karşılığını satıcıya ödeyecektir. Alıcının yararların karşılığını ödeme borcu, m. 84(2)'de düzenlenmiştir.

CISG m. 81'de edimlerin iadesi açısından açıkça düzenlenmiş olan aynı anda iade kuralına, m. 84'te yararların iadesi bahsinde değinilmemiştir. Ancak yararların karşılıklı iadesine ilişkin herhangi bir ifa sırası da öngörülmediği için, karşılıklı iadenin aynı anda gerçekleştirileceği kabul edilmektedir<sup>691</sup>. CISG m. 81 uyarınca gerçekleştirilecek edimlerin iadesi ile m. 84 uyarınca gerçekleştirilecek yararların karşılığının iadesinin, birleştirilerek konsolide bir biçimde yapılması zorunlu değildir. Edimlerden elde edilen yararların karşılığının hesaplanmasının fazlasıyla uzun bir vakit alacağı durumda, taraflar öncelikli olarak edimleri iade edebilir<sup>692</sup>. Ancak kanımca edimlerin iadesi ile yararların iadesinin kural olarak birbirlerinden ayrıştırılması doğru değildir. Edimlerden elde edilen yararların karşılığının hesaplanması fazlasıyla uzun bir vakit almadığı müddetçe, hem edimlerin hem

<sup>690</sup> Fountoulakis, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 3.

<sup>691</sup> CISG-AC No. 9, Comment para. 3.22; Bridge, Consequences of Avoidance, s. 119; Bridge, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 84 para. 5; Dayioğlu, s. 65.

<sup>692</sup> CISG-AC No. 9, Comment para. 3.21; Bridge, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 84 para. 7. Alıcı iadesi imkansızlaşan malların yerine mallardan elde ettiği kaim değerleri iade edecekse, satıcının edimlerin iadesi aşamasında tek taraflı olarak iadede bulunması sorunu gündeme gelecektir. Bu durumda satıcı satım bedelinin tamamını iadeyle sorumlu tutulduğu takdirde, aynı anda iade kuralı ile sağlanan korumanın bir anlamı kalmayacaktır. Buna karşılık olarak satıcının kendisine iade edilen mallar ölçüsünde satım bedelini iadeyle sorumlu tutulması ve satım bedelinin geriye kalan kısmını kaim değerlerin iadesi karşılığında iade etmesi teklif edilmektedir (CISG-AC No. 9, Comment para. 3.21; Bridge, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 84 para.6). Bridge daha eski tarihli bir makalesinde ise bu durumun aynı anda iade kuralının istisnasını teşkil ettiğini ve satıcının satım bedelini iade etmekten kısmen dahi olsa kaçınmayacağını savunmuştur (Bridge, Consequences of Avoidance, s. 120).

edimlerden elde edilen yararların iadesinin birlikte gerçekleştirilmesi uygun olur<sup>693</sup>. İade masraflarını en aza indirecek bu kabul, tarafların karşılıklı parasal taleplerinin takasına da olanak sağlayacaktır<sup>694</sup>. Böylelikle verimsiz masraflar mümkün olduğu ölçüde önlenmiş olur<sup>695</sup>.

## 1. Satıcının Satım Bedeline İlişkin Faiz Ödeme Borcu

Faiz kavramının devletlerin para politikalarındaki hassas rolü sebebiyle, faize ilişkin düzenlemeler konusunda Antlaşma'nın hazırlık sürecinde yoğun tartışmalar yaşanmıştır<sup>696</sup>. Alıcının bir miktar parayı kullanmaktan mahrum kalması konusunun zararın tazmini bahsinde ele alınması yönündeki tekliflere rağmen, satıcının satım bedelini iadesine ilişkin özel bir faiz düzenlemesi yapılmıştır. CISG m. 84(1) uyarınca, satım bedelini iade edecek olan satıcı, bu bedelin faizini de iade edecektir. Böylelikle faiz iade bahsinde ele alınmış ve zararın tazmini konusundan bağımsızlaştırılmıştır<sup>697</sup>. Bu bağımsızlık sebebiyle, satıcının faiz ödeme borcunun doğması için, satım bedeline karşılık gelen parayı kullanmaktan mahrum kalmanın alıcı nezdinde bir zarara yol açmış olmasına gerek yoktur. Satıcı her halükarda faiz ödemek zorunda olacaktır. Ancak alıcı (enflasyon veya döviz paritesindeki değişiklik gibi sebeplerle) faiz ile karşılanamayacak ölçüde bir zarara uğrarsa faiz tutarını aşan zararının tazminini m. 74 vd. uyarınca talep edebilir<sup>698</sup>. CISG m. 79 uyarınca tazminat sorumluluğundan kurtulan satıcı, iade karakterli faizi her halükarda ödemek zorunda kalacak; ancak faizi aşan zararın tazmininden kurtulacaktır.

Satıcının faiz ödeme borcunun doğması için parayı kullanarak bundan fiili bir fayda sağlamış olmasına gerek yoktur<sup>699</sup>. Faiz kurumu ile satıcının satım bedeline

<sup>693</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction to Articles 81-84, para. 15; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 84 para. 6.

<sup>694</sup> Bu konuda bkz. aşağıda "Bölüm 4 / III. / C. İadeye İlişkin Alacakların Takası".

<sup>695</sup> Antlaşma'da bu yönde genel bir ilkenin bulunduğu yönünde bkz. dn. 684.

<sup>696</sup> Bu konuda bkz. **Slechtriem/Butler**, para. 317; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 1.

<sup>697</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 14

<sup>698</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 246; **Ana M. López-Rodríguez**, "The Duty to Pay Interest On Advance Payments Under Art. 84(1) CISG", Nordic Journal of Commercial Law 2005/2, Çevrimiçi Erişim: <[http://www.njcl.fi/2\\_2005/commentary1.pdf](http://www.njcl.fi/2_2005/commentary1.pdf)>, Son Erişim: 01.05.2013, s. 8; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 22. CISG-Online No. 119, 372.

<sup>699</sup> **Sekreteryä Şerhi**, Art. 69 para. 2; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.25; **Bridge**, Consequences of Avoidance, s. 125; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 21; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 84 para. 11; **Erkan**, s. 152.

karşılık gelen para üzerinde tasarrufta bulunabileceği dönemde elde edeceği varsayılan farazi yararların iadesi amaçlanır. Satıcının elinde bulundurduğu parayı kullanarak kredi almaktan ve böylece faiz ödemekten kurtulduğu veya parayı işleterek faiz kazandığı kabul edilir. Bu açıdan faize ilişkin hesaplama soyut nitelikli olacaktır<sup>700</sup>. Faiz, somut olayın koşullarından bağımsız olarak, belirli bir tarih aralığına ilişkin ve belirli bir oran üzerinden hesaplanır.

Bu çerçevede öncelikli olarak faizin hangi tarihler arasında işleyeceğini tespit etmek gerekmektedir. CISG m. 84(1) uyarınca, faiz, satım bedelinin satıcıya ödendiği tarihte işlemeye başlar<sup>701</sup>. Satıcının para üzerinde tasarrufta bulunabildiği anda ödemenin gerçekleştiği ve faizin işlemeye başladığı kabul edilmelidir<sup>702</sup>. Doktrinde faizin herhangi bir sebeple durmaksızın, satım bedeli satıcı tarafından iade edilinceye kadar işlemeye devam edeceği belirtilmektedir<sup>703</sup>. Kanımca bu konuda baskın görüşten ayrılan *Cortier* çok daha isabetli bir yaklaşımda bulunmaktadır. Satıcının iade borcu muaccel olana kadar satım bedeli üzerinden m. 84(1) uyarınca işleyen faiz, muacceliyet anında yerini m. 78 uyarınca işleyen faize bırakır<sup>704</sup>. CISG m. 78 uyarınca işleyecek faize esas olarak, satım bedeli ile m. 84(1) uyarınca işlemiş faizin toplam tutarından oluşan iade borcu alınır<sup>705</sup>.

<sup>700</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 21

<sup>701</sup> Bu açıdan faizin sözleşmeden dönme tarihinden itibaren işleyeceğine hükmeden bir İtalyan mahkemesi kararı isabetsizdir. Karar için bkz. *Pretura di Parma-Fidenza*, 24.11.1989, CISG-Online No. 316.

<sup>702</sup> **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.24; **Bridge**, Consequences of Avoidance, s. 125; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 12; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 84 para. 10; **Erkan**, s. 151. Aynı yönde değerlendirilebilecek kararlar için bkz. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*, 19.05.2004, CISG-Online No. 1358, *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*, 28.05.2004, CISG-Online No. 1513; *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 28.05.2004, CISG-Online No. 850. Satıcının para üzerinde tasarrufta bulunup bulunamayacağına bakmaksızın, m. 58 uyarınca ödemenin gerçekleştiğinin kabul edildiği anda faizin işlemeye başlayacağını savunan aksi yönde bir görüş için bkz. **Enderlein/Maskow**, Art. 84 para. 2. Satıcının para üzerinde tasarrufta bulunmadığı durumda farazi dahi olsa bir yarar elde edebilme ihtimalinin bulunduğu söylenemeyeceği için bu görüşe itibar etmek mümkün değildir. Faiz konusunda mühim olan satıcının bir miktar parayı farazi de olsa kullanabilecek ve yarar elde edebilecek olmasıdır (Aynı yönde bkz. **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 12).

<sup>703</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 84 para. 2; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.27; **Bridge**, Consequences of Avoidance, s. 127; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 13; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 84 para. 13.

<sup>704</sup> **AndréCortier**, “Interest in Uniform Application - How to Solve the UN Sales Law's Interest Rate Problem Under Article 78 CISG and Article 84 CISG”, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods” 2003 s. 1 vd., s. 17. CISG m. 78 uyarınca, “*Tarafardan biri semeni veya muaccel diğer bir meblağı ödemezse diğer taraf, 74. madde uyarınca talep etme hakkına sahip olduğu tazminata hanel gelmeksizin, bu meblağ üzerinden faize hak kazanır.*” Bu noktada muaccel bir borcun ödenmemesi üzerine işleyecek CISG m. 78’deki faiz ile CISG m. 84(1)’deki faizin birbirlerinden ayrılması önem taşımaktadır.

<sup>705</sup> **Cortier**, s. 17.



Uygulanacak faiz oranı ise Antlaşma'da belirlenmemiştir. Hazırlık çalışmalarındaki tartışmalarda oluşan çözümsüzlüğün bir sonucu olarak, ULIS'teki gibi faiz oranını belirleyici bir düzenlemeye<sup>706</sup> CISG'da yer verilmemiştir. Bu çerçevede faiz oranının belirlenmesine ilişkin iki temel yaklaşım geliştirilmiştir. Bir yaklaşım, faiz oranı konusunda hazırlık çalışmaları esnasında yapılan tartışmaların vardığı çözümsüzlüğü işaret ederek Antlaşma'da bu konuda genel bir ilkenin bulunmadığını ve boşluğun uygulanacak hukuka göre doldurulması gerektiğini savunmaktadır. Özellikle mahkeme ve tahkim uygulamasında baskın olarak bu yaklaşımın kabul gördüğü ve faiz oranının sözleşmeye uygulanacak hukuka göre belirlendiği söylenebilir<sup>707</sup>. Bu yaklaşım kabul edildiği takdirde, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca sözleşmeye Türk hukukunun uygulanacağı durumda, 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun'a göre belirlenecek faiz oranı esas alınacaktır. CISG m. 84'te düzenlenen faiz henüz muaccel olmamış bir para alacağına ilişkin olduğu için<sup>708</sup>, 3095 sayılı Kanun m. 2'deki temerrüt faizi oranı değil, m. 1'deki anapara faizi oranı belirleyici olacaktır<sup>709</sup>.

Diğer yaklaşıma göre, faiz oranının belirlenmesi konusunda Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelerden hareket eden ve uygulanacak hukuktan bağımsız bir kriter geliştirilmelidir<sup>710</sup>. Fakat bu ortak yaklaşım çerçevesinde toplanan yazarlar, kriterin içeriği konusunda fikir birliğine varamamışlardır<sup>711</sup>. Baskın olan görüş

<sup>706</sup> Bkz. ULIS m. 81'deki atıf uyarınca ULIS m. 83.

<sup>707</sup> Bu yönde bazı kararlar için bkz. *Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage*, 29.12.1998, CISG-Online No. 638; *Kantonsgesicht Schaffhausen*, 27.01.2004, CISG-Online No. 960; *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*, 19.05.2004, CISG-Online No. 1358; *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*, 28.05.2004, CISG-Online No. 1513; *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*, 16.04.2003, CISG-Online No. 1683 *Tribunale di Forli*, 11.12.2008, CISG-Online No. 1729. Aynı görüşte bkz. **Magnus**, *Remedy of Avoidance*, s. 431; **Huber**, *Huber/Mullis*, s. 246; **Schlechtriem/Butler**, para. 318.

<sup>708</sup> Bu açıdan muaccel bir borcun ödenmemesi üzerine işleyecek CISG m. 78'deki faiz ile CISG m. 84'teki faizin birbirinden ayrılması gerekmektedir. Doktrinde debu iki faiz hükmünün birbirlerinden farklı amaçlara sahip oldukları belirtilmekte ve m. 78'deki faiz oranının belirlenmesi konusunda yapılan tartışmanın kendi bağlamından koparılarak m. 84'teki tartışmaya bire bir uygulanamayacağı vurgulanmaktadır. (**López-Rodríguez**, *Duty to Pay Interest*, s. 9; **Fountoulakis**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 84 para. 17).

<sup>709</sup> Anapara faizi ile temerrüt faizi ayrımı hakkında bkz. **Mehmet Helvacı**, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı*, İstanbul 2000, s. 102.

<sup>710</sup> **Cortier**, s. 4-5.

<sup>711</sup> Örneğin *Cortier*, m. 76'dan hareket ederek yaptığı değerlendirme neticesinde, alıcının ödeme yaptığı yerdeki faiz oranının esas alınmasını savunmaktadır (**Cortier**, s. 13-14). Ancak ödeme yeri aksi kararlaştırılmadığı müddetçe satıcının işyeri olduğu için, bu görüş satıcının işyerindeki faiz oranının esas alınmasını savunan baskın görüşle büyük ölçüde örtüşmektedir.

çerçevesinde, satıcının işyerinin bulunduğu ülkedeki faiz oranının esas alınması savunulmaktadır<sup>712</sup>. Bu görüşün dayanak noktası, m. 84(1)'deki faiz kavramının amacıdır. Faiz ile satıcının satım bedeline karşılık gelen bir miktar parayı kullanarak elde edebileceği farazi yararların iadesi hedeflenmektedir. Satıcının bu parayı kullanarak kredi faizi ödemekten kurtulacağı veya işleterek faiz kazanacağı varsayılmaktadır<sup>713</sup>. Bu varsayıma göre satıcının ödemekten kurtulduğu veya kazandığı faiz, kendi işyerinin bulunduğu ülkedeki faiz oranlarına göre oluşur. Bu doğrultuda m. 84(1)'deki faizin iadesel karakteri, satıcının işyerinin bulunduğu ülkedeki faiz oranının esas alınmasını mantıklı kılmaktadır. *Bridge*, bu çerçevede faiz oranını belirlerken satıcının işyerinin bulunduğu ülkenin ulusal hukukuna başvurmaksızın, doğrudan doğruya bu ülkedeki yatırım faizi oranının (*commercial investment rate*) esas alınmasını savunmaktadır<sup>714</sup>.

Alıcı odaklı bir yaklaşım izleyen ve alıcının işyerinin bulunduğu ülkedeki faiz oranını esas alan mahkeme kararları, faiz kavramının esasını gözden kaçırdığı için eleştirilmektedir<sup>715</sup>. Alıcının bir miktar parayı kullanmaktan mahrum kalması üzerine uğrayacağı zararın tazminini hedefleyen bu kararlar, faiz kavramına tazmin karakterli bir rol biçilmesi düşünülemeyeceği için isabetsizdir.

## 2. Alıcının Elde Ettiği Yararların Parasal Karşılığını İade Etme Borcu

Dönmeye bağlı olarak oluşan tasfiye ilişkisi çerçevesinde, alıcı, mallardan elde ettiği yararların parasal karşılığını satıcıya iade etmelidir. Yararlara karşılık olarak ödenecek bu bedelin çerçevesi, alıcının malları teslim aldığı andaki duruma önemli ölçüde yakın bir durumda iade etmesinin mümkün olup olmamasına göre değişecektir. Alıcının malların uygun durumda iade etmesi mümkünse, alıcı hem malları iade edecek hem de mallardan elde edilen yararlara karşılık bir bedeli m.

<sup>712</sup>*Sekreteryä Şerhi*, Art. 69 para. 2; *Audit*, para. 194; *Atamer*, CISG, s. 422; *Hornung*, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 84 para. 13; *López-Rodríguez*, Duty to Pay Interest, s. 8; *CISG-AC No. 9*, Comment para. 3.25; *Bridge*, Consequences of Avoidance, s. 125; *Fountoulakis*, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 18; *Bridge*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 84 para. 11; *Erkan*, s. 153. Bu yönde bir karar için bkz. *Amtsgericht Sursee*, 12.09.2008, CISG-Online No. 1728.

<sup>713</sup>*Atamer*, CISG, s. 422; *López-Rodríguez*, Duty to Pay Interest, s. 9; *Fountoulakis*, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 18; *Bridge*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 84 para. 11. Farklı bir görüş için bkz. *Honnold*, para. 451.2.

<sup>714</sup>*CISG-AC No. 9*, Comment para. 3.25; *Bridge*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 84 para. 11.

<sup>715</sup>Böyle bir karar için bkz. *CIETAC China International Economic & Trade Arbitration Commission*, 30.11.1998, CISG-Online No. 1281.

84(2)(a) çerçevesinde ödeyecektir<sup>716</sup>. Fakat m. 82(2)'deki istisnai düzenlemelerden birinin uygulama alanı bulduğu ve satım konusu malların uygun durumda iadesinin imkansızlaşmasına rağmen alıcının sözleşmeden döndüğü durumda, mallar iade edilmeyecektir. Bunun yerine mallardan elde edilen yarar niteliğindeki kaim değerlere karşılık bir bedelin m. 84(2)(b) çerçevesinde ödenmesi gerekecektir<sup>717</sup>.

Hükümde belirtildiği üzere, alıcı elde edilen yararları aynen iade etmeyecek; bu yararların parasal karşılığını iade edecektir<sup>718</sup>. Buna rağmen *Neumayer/Ming*, sözleşmeye uygulanacak hukukun satıcıya yararların aynen iadesini talep etme imkanı sağladığı durumda, alıcının aynen iadeye zorlanabileceğini savunmaktadır<sup>719</sup>. Kanımca Antlaşma'nın açık düzenlemesinin bu şekilde bertaraf edilmesi ve yeknesak uygulamayı bozacak şekilde ulusal hukuk odaklı bir çözüm benimsenmesi uygun değildir. Sözleşmeye uygulanacak hukuktaki düzenleme nasıl olursa olsun, alıcı, yararları aynen iade etmek zorunda değildir<sup>720</sup>.

Satıcının yararların karşılığının iadesini talep edebilmesi için, bir yararın elde edilmiş olması gerekli ve yeterlidir. Alıcıyı elde etmeyi ihmal ettiği yararlardan ötürü sorumlu tutmak mümkün değildir<sup>721</sup>. Diğer yandan daha evvel elde edilmiş olan bir yararın sözleşmeden dönme anında mevcut olmaması, alıcıyı bu yararın karşılığını iade etme borcundan kurtarmaz<sup>722</sup>.

*CISG m. 84(2)(a)* uyarınca karşılığı iade edilecek yararların elde edilme biçiminin önemi yoktur. Maldan elde edilen doğal veya medeni ürünlerin yanı sıra malı kullanma çıkarı da iade sorumluluğu çerçevesinde dikkate alınır<sup>723</sup>. Örneğin satım konusu iş makinelerinin kiraya verilmesi suretiyle elde edilen bir ürün olan kira gelirinin karşılığının satıcıya iade edilmelidir. Bu makineleri kiralamayıp bizzat

<sup>716</sup> **Audit**, para. 192; **Honnold**, para. 451.3; **Huber**, Huber/Mullis, s. 245.

<sup>717</sup> **Honnold**, para. 451.3; **Huber**, Huber/Mullis, s. 245-246.

<sup>718</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 84 para. 4.2; **Atamer**, CISG, s. 422-423; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 8; **Erkan**, s. 154. Bu durum, Antlaşma'nın aynı derecede muteber olarak kabul edilen altı dildeki metinlerinden biri olan Fransızca metinde "*l'équivalent de tout profit*" ifadesiyle oldukça açık bir şekilde ortaya koyulmuştur.

<sup>719</sup> **Neumayer/Ming**, Art. 84 para. 1.

<sup>720</sup> Aynı yönde bkz. **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 10.

<sup>721</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 84 para. 4.1; **Atamer**, CISG, s. 423; **Slechtriem/Butler**, para. 332; **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.28; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 36; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 84 para. 15; **Erkan**, s. 154

<sup>722</sup> **Neumayer/Ming**, Art. 84 para. 3; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 25.

<sup>723</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 84 para. 5.1; **Atamer**, CISG, s. 423; **Huber**, Huber/Mullis, s. 245; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 26

kullanan alıcı da herhangi bir ürün elde etmiş olmasa bile kullanma çıkarlarından ötürü sorumlu tutulacaktır. Bu durumda söz konusu kullanma çıkarına ilişkin olarak ödenecek karşılık belirlenirken, malın kullanılmasının objektif değeri esas alınır<sup>724</sup>.

Alıcının iade edeceği mala ilişkin yaptığı giderleri, elde ettiği yararları mahsup edip edemeyeceği konusunda Antlaşma'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu giderlerin tümünün alıcıya yüklenmesi şüphesiz düşünülemez. Bu çerçevede alıcının mala ilişkin yaptığı giderlerin en azından bir kısmını elde ettiği yararları mahsup edebileceği savunulmaktadır<sup>725</sup>. Bu durumda gündeme gelecek olan mahsup edilebilecek giderlerin çerçevesini çizme sorunun çözümünde uygulanacak hukuka başvurmaya gerek olup olmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülebilir. Bazı yazarlar sorunu ulusal hukuklara başvurmaksızın, Antlaşma'da çizilen çerçeve dahilinde çözmektedirler<sup>726</sup>. *Fountoulakis*, soruna sistematik yaklaşmak açısından alıcının mallara ilişkin olarak yaptığı giderleri zorunlu gider - faydalı gider - diğer gider ayırımına tabi tutmaktadır<sup>727</sup>. Malın korunması için yapılması şart olan zorunlu giderlerin tamamı mahsup edilebilecekken; ne zorunlu ne de yararlı olan diğer giderlerin kısmen dahi olsa mahsup edilmesi mümkün değildir. Malın korunması için yapılması şart olmayıp malın değerini arttıran faydalı giderlere ise *status quo ante*'nin sağlanması açısından satıcının katlanması daha uygun olur. Bu sebeple bu giderlerin de mahsup edilebilmesi gerekir<sup>728</sup>. Diğer yandan alıcı, bu giderleri yararları mahsup etmek yerine, giderlerin tazminini de talep edebilir<sup>729</sup>.

Alıcı m. 82(2)'deki istisnalardan faydalanarak iade imkansızlığına rağmen sözleşmeden döndüyse, iadesi imkansızlaşan mal yerine bu mallardan elde edilen kaim değer niteliğindeki yararların karşılığını iade edecektir<sup>730</sup>. *CISG m. 84(2)(b)*, bu

<sup>724</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 26

<sup>725</sup> **Atamer**, CISG, s. 423; **Huber**, Huber/Mullis, s. 246; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 27; **Bridge**, Kröll/Mistel/Perales Viscasillas, Art. 84 para. 6.

<sup>726</sup> **Slechtriem/Butler**, para. 332; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 29 vd.

<sup>727</sup> *Civil law* sistemlerinden esinlenen bu ayırımın soruna sistematik yaklaşmak açısından benimsendiği ve ulusal hukuklarda bu ayırma bağlanmış olan sonuçların Antlaşma bağlamında dikkate alınamayacağı belirtilmektedir (**Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 29).

<sup>728</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 30, 31 ve 33. *Hornung* zorunlu giderlerin mahsup edilebileceği, diğer giderlerin mahsup edilemeyeceği konusunda *Fountoulakis* ile aynı görüştedir. Ancak faydalı giderlerin mahsup edilip edilemeyeceği konusunda kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecek hukuka bakmanın kaçınılmaz olduğunu savunmaktadır (**Hornung**, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 84 para. 20a-20c).

<sup>729</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 33

<sup>730</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 81 para. 6.4 ve Art. 84 para. 6; **Huber**, Huber/Mullis, s. 245-246; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 37

duruma özgülenmiş özel bir yararların iadesi hükmüdür. Örneğin satım konusu sigortalı makinenin elektrik sisteminde baştan beri var olan arıza sebebiyle çıkan yangında telef olduğunu ve sigortacının sigorta bedelini hak sahibi alıcıya ödediğini varsayalım. Olayda alıcı,iade imkansızlığı kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmış olmadığı için sözleşmeden dönebilecektir [m. 82(2)(a)]. Bu durumda alıcı telef olan makine yerine, makinenin kaim değeri olan sigorta bedelinin karşılığını satıcıya iade etmelidir. Bu gibi *commodum ex re* yararların yanı sıra, malların satılmasından elde edilen *commodum ex negatione* yararların da satıcıya iade edilmesi gerekmektedir<sup>731</sup>. Örneğin satım konusu malların sözleşmeye aykırı olduklarının tespit edilmesinden evvel ticari faaliyetin olağan seyri içinde satılmış olduğu takdirde, alıcı iade imkansızlığına rağmen sözleşmeden dönebilecektir [m. 82(2)(c)]. Bu durumda alıcının elde ettiği satım bedelinin karşılığı, malların kaim değeri olarak ödenmelidir. *Commodum ex negatione* yararların iadesi çerçevesinde “ticareti faaliyetin olağan seyri” kavramının bir sınır teşkil ettiğini savunan görüşe göre, malı normal piyasa koşullarının üzerinde bir fiyatla satan alıcı, normal piyasa koşulları çerçevesinde belirlenecek değer karşılığını iade ederek borcundan kurtulacaktır<sup>732</sup>.

### C. İadeye İlişkin Alacakların Takası

CISG, tarafların iade alacaklarının takas edilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Çeşitli mahkeme kararlarında, takasın mümkün olup olmadığı ve eğer mümkünse şartlarının kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecek hukuka tabi olacağı belirtilmektedir<sup>733</sup>. Bununla beraber özellikle son dönemde ağırlığını arttıran bir görüş, takas konusunda Antlaşma’da dahili bir boşluğun bulunduğu kabul etmekte ve bu boşluğu Antlaşma’nın genel hükümlerine göre doldurmaktadır<sup>734</sup>.

<sup>731</sup>Neumayer/Ming, Art. 84 para. 3; Atamer, CISG, s. 424; Huber, Huber/Mullis, s. 246; Schlechtriem/Butler, para. 332; Fountoulakis, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 38-39.

<sup>732</sup>Fountoulakis, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 40.

<sup>733</sup>Landgericht München I, 20.03.1995, CISG-Online No. 164; Handelsgericht des Kantons St. Gallen, 03.12.2002, CISG-Online No. 727. Takas konusunun en azından aynı sözleşmeden kaynaklanmayan alacaklara ilişkin olarak Antlaşma’nın düzenleme alanının dışında kaldığı yönünde bkz. Schweizerisches Bundesgericht, 20.12.2006, CISG-Online No. 1426.

<sup>734</sup>Hornung, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 81 para. 16; Fountoulakis, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 81 para. 23; Erkan, s. 149-150.

Bu konuda detaylı açıklamalar yapan *Fountoulakis*, ancak parasal taleplere ilişkin alacakların takas edilebileceğini belirtmektedir. Karşılıklı alacakların takas edilebilmeleri için, aynı satım sözleşmesinden kaynaklanmaları gerekmektedir. Takasın aranan şartların varlığı durumunda kendiliğinden gerçekleşmesi mümkün değildir. Takas, bu yönde bir beyanda bulunulması halinde m. 27'ye göre belirlenecek anda hüküm ifade edecektir<sup>735</sup>.

CISG m. 81 ve 84'ten kaynaklanan iadelerin konsolide bir biçimde aynı anda yapılacak olması durumunda, karşılıklı alacakların takas edilebilmesi olanağı mevcut olacaktır. Bu açıdan bu hükümler kapsamındaki iadelerin mümkün olduğu ölçüde birbirinden ayrılmaması savunulmaktadır<sup>736</sup>. Zira takas, iade masraflarını asgari seviyede tutarak ve ticari akışı hızlandırarak ekonomik verimliliğe hizmet eder<sup>737</sup>.

#### **D. Tarafların İade Borçlarının Kapsamının Belirlenmesi Bağlamında Hasar Sorunu**

Satım konusu malların taraflardan herhangi birine isnat olunamayan bir sebep yüzünden zarara uğraması ve özellikle uygun durumda iadesinin imkansızlaşması tasfiye ilişkisini oldukça karmaşık bir hale getirir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, CISG'a tabi bir satım sözleşmesinin karşılıklı tasfiyesinde tarafların iade borçları sinallagma ilişkisi içerisindedir<sup>738</sup>. Taraflardan her birinin iade borcu, karşı tarafın iade borcunun karşılığını teşkil etmektedir. Buna göre, tasfiyenin sorunsuz olarak tamamlanması için, satıcıya satım konusu malların tamamının ve alıcıya satım bedelinin tamamının iade edilmiş olması gerekir<sup>739</sup>. Nitekim CISG, m. 82(1)'de düzenlediği kural ile malların uygun durumda iadesinin imkansızlaşacak ölçüde zarara uğraması halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkını bloke etmiş ve böylelikle dönme üzerine oluşacak iade borçları arasında var olan sinallagma ilişkisindeki dengeyi gözetmek istemiştir.

Ancak bu kurala rağmen, sözleşmeden dönmeyle bağlantılı olarak hasar sorunu gündeme gelebilir. Zira alıcı, malların uygun durumda iadesinin

<sup>735</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 40.

<sup>736</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction to Articles 84-84, para. 15.

<sup>737</sup> **CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.23; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 84 para. 8.

<sup>738</sup> **Atamer**, CISG, s. 358.

<sup>739</sup> **Hornung**, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Introduction to Articles 81-84, para. 11.

imkansızlaşması kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmadığı takdirde m. 82(2)(a)'daki istisnadan faydalanarak sözleşmeden dönebilir. Yahut mallar iade imkansızlaşmayacak ölçüde zarar görmüş ve alıcı sözleşmeden dönmüş olabilir. Diğer yandan mallar sözleşmeden dönüldükten sonra zarar görmüş olabilir. Tüm bu hallerde tarafların iade borçlarının kapsamı, hasara hangi tarafın katlanacağına göre belirlenecektir. Bu kapsamda malların hangi anda zarar gördüğüne göre farklı değerlendirmeler yapmak gerekmektedir.

### **1. Malların Sözleşmeden Dönülmesinden Önce Zarar Görmesi**

CISG m. 82(1)'deki kural uyarınca, satım konusu malların uygun durumda iadesi imkansızsa alıcı sözleşmeden dönemez<sup>740</sup>. Alıcının dönme hakkı bu şekilde bloke edilerek, iade hasarı sorununun gündeme gelmesi engellenmiştir. Ancak m. 82(1)'de düzenlenen kural, alıcının mallar zarar görmüş olmasına rağmen sözleşmeden dönmemesinin önünde mutlak bir engel teşkil etmez. Mallar zarar görmüş ancak malların uygun durumda iadesi imkansızlaşmamışsa, alıcı sözleşmeden dönebilecektir. Ayrıcamalların uygun durumda iadeleri imkansızlaşacak ölçüde zarar görmüş olmasına rağmen alıcı, bu durum kendi eylem veya eylemsizliğinden kaynaklanmadığı takdirde m. 82(2)(a)'daki istisnadan faydalanarak sözleşmeden dönebilir<sup>741</sup>. Bu durumda tarafların iade borçlarının kapsamını belirleyebilmek için, iade hasarına hangi tarafın katlanacağını tespit etmek gerekir. Bu konudaki belirleyici düzenleme, CISG m. 70 ve m. 82'dir.

CISG m. 66 vd. satım sözleşmesinin kurulması ile ifa edilmesi arasındaki süreçte malların taraflardan herhangi birine isnat olunamayan bir sebep yüzünden zarara uğraması rizikosuna kimin katlanacağını yani hasar sorununu düzenlemektedir. Bu düzenlemelerin detaylarına girmeksizin yapılacak genel bir değerlendirmeye göre, hasar, gönderme borcu doğuran sözleşmelerde malın ilk bağımsız taşıyıcıya teslimi ile, nakil halinde bulunan mallara ilişkin sözleşmelerde sözleşmenin kurulması ile, aranacak borç doğuran sözleşmelerde malın alıcıya teslimi ile ve götürülecek borç doğuran sözleşmelerde malın alıcının tasarrufuna

<sup>740</sup> Bu konuda bkz. yukarıda “Bölüm 2 / III. / B. / 1. Kural: Teslim Edilen Malın İadesi Mümkün Oldukça Sözleşmeden Dönme Hakkı”.

<sup>741</sup> Bu konuda bkz. yukarıda “Bölüm 2 / III. / B. / 2. İstisna: Teslim Edilen Malın İadesi Mümkün Olmasa Bile Sözleşmeden Dönme Hakkı”.

hazır bulundurulması ile alıcıya geçer<sup>742</sup>. Fakat satıcı sözleşmeyi esaslı olarak ihlal ederse veya kendisine tanınan mehile rağmen satım konusu malları teslim etmezse, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla birlikte, m. 66 vd. uyarınca alıcıya geçmiş olan hasar geriye etkili olarak satıcıya intikal eder (m. 70)<sup>743,744</sup>. Bu sistem uyarınca, malların taraflardan herhangi birine isnat olunamayan bir sebep yüzünden uğradığı zarara, yani teknik anlamda dönme öncesi hasara satıcı katlanacaktır<sup>745</sup>.

Bu çerçevede alıcının iade borcunun kapsamı şu şekilde belirlenebilir. **a)** Mallar zarar görmüş ancak malların uygun durumda iadesi imkansızlaşmamışsa, alıcının iade borcundan kurtulması için malları zarar görmüş halleriyle aynen (*in natura*) iade etmesi yeterlidir. **b)** Mallar uygun durumda iadeleri imkansızlaşacak ölçüde zarar görmüşse, alıcının, iadesi imkansızlaşan malların yerine, mallardan elde edilen yarar niteliğindeki kaim değerlerin karşılığını iade etmesi gerekir [m. 84(2)(b)]<sup>746</sup>. Bu çerçevede iade imkansızlığının kısmi olup olmamasına göre alıcının iade borcunun kapsamı şu şekilde görünecektir. **i)** Malların tamamının iadesi imkansızlaşmışsa, alıcının iade borcundan kurtulması için sadece kaim değerlerin karşılığını ödemesi yeterlidir. **ii)** Malların sadece bir kısmının iadesi

<sup>742</sup> Detaylı bilgi için bkz. **Atamer**, CISG, s. 265 vd.; **Sabah Altay**, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş, İstanbul 2008, s. 161 vd.

<sup>743</sup> **DongWu**, "The Effect of Fundamental Breach on Passage of Risk in the International Sale of Goods under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Comparative analysis with the Contract Law of the People's Republic of China", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* Vol. 7 2003 s. 233 vd., s. 239; **Atamer**, CISG, s. 277; **Günter Hager/Martin Schmidt-Kessel**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 70 para. 4-5. Benzer bir ifade için bkz. **Michael Bridge**, "The Transfer of Risk under the UN Sales Convention 1980 (CISG)", *Camilla B. Andersen & Ulrich G. Schroeter (ed.), Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, 2008, s. 77 vd., s. 103. CISG m. 70'in ifadesinde sadece "esaslı ihlal" kavramından bahsedilmekte; satıcının kendisine tanınan mehile rağmen malları teslim etmemesinden bahsedilmemektedir. Buna karşılık **Erauw**, alıcının m. 49(1)(a) uyarınca sözleşmeden döndüğü ihtimalde, hasarın satıcıya intikal edeceğini; fakat alıcının m. 49(1)(b) uyarınca sözleşmeden döndüğü ihtimalde, hasarın alıcıda kalacağını savunmaktadır (**Erauw**, *Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*, Art. 70 para. 6 ve 8). Kanımca m. 70'in uygulama alanının bu şekilde sınırlandırılması mümkün değildir. Nitekim **Hager/Schmidt-Kessel** de madde metninde sadece esaslı ihlalden bahsedilmesinin basit bir hatadan ibaret olduğunu belirtmektedir (**Hager/Schmidt-Kessel**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 70 para. 5). Hükümde m. 49(1)(b)'deki ihtimalden bahsedilmemesinin dahili bir boşluk olarak değerlendirilebileceği ve m. 70'deki sonucun bu ihtimale de genişletilebileceği yönünde bkz. **Bridge**, *Transfer of Risk*, s. 104. Aynı görüşte bkz. **Wu**, s. 244.

<sup>744</sup> Bu konuya ilişkin olarak hasarın zaten hiç alıcıya geçmediğinin kabul edilmesi ile alıcıya geçtikten sonra geriye etkili olarak satıcıya döndüğünün kabul edilmesi arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır (**Michael Bridge**, *Transfer of Risk*, s. 103)

<sup>745</sup> **Heuzé**, para. 386. **Serozan**'a göre dönme öncesi iade imkansızlığı konusunda Antlaşma'nın yapmış olduğu hukuk politikası tercihleri alıcı ile satıcı arasındaki menfaat dengesini gözetmekten uzaktır. Bu sistemin eleştirisi için bkz. **Serozan**, CISG ve TBK, s. 216-217.

<sup>746</sup> **Honnold**, para. 451.3; **Huber**, *Huber/Mullis*, s. 245-246; **Enderlein/Maskow**, Art. 81 para. 6.4 ve Art. 84 para. 6; **Fountoulakis**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 84 para. 37.



imkansızlaşmışsa, alıcı elinde kalan malları iade etmeli ve iadesi imkansızlaşan malların yerini alan kaim değerlerin karşılığını ödemelidir.

Buna karşılık satıcının satım bedelinin tamamını iade etmesi gerekmektedir. Malların iadesinin herhangi bir kaim değer üretmeksizin imkansızlaşması, satıcının iade borcunun kapsamı açısından farklılık yaratmaz. Alıcı hiçbir şey iade edemese bile, satıcının satım bedelinin tamamını yine de iade etmesi gerekecektir<sup>747</sup>. Görüldüğü üzere, bu prensipler ışığında alıcının ödediği satım bedelinin iadesi her koşulda sağlanmaktadır. Ancak satıcı, ifa ettiği edimlerin yerine kaim değerlerle yetinmek zorunda kalacaktır. Hatta mallar iadesi kaim değer üretmeksizin imkansızlaştığında, satıcı ifa ettiği edimlerin iadesinden tamamen yoksun kalır. Bu çerçevede sözleşmeden dönme öncesindeki sürece ilişkin iade hasarına satıcının katlandığı söylenebilir.

## 2. Malların Sözleşmeden Dönülmesinden Sonra Zarar Görmesi

Alıcı sözleşmeden döndükten sonra mallar zarar görürse *status quo ante*'nin nasıl sağlanacağı çözülmesi gereken bir başka sorundur. Bu durumda tarafların iade borçlarının kapsamını belirlerken yapılan, sözleşmeden dönme anı ile iade anı arasındaki süreçte iade hasarına hangi tarafın katlanacağını tespit etmektir. Dönme sonrası iade hasarına ilişkin olarak nasıl doldurulacağı konusunda uzlaşma sağlanamamış bir dahili boşluk bulunmaktadır.

Baskın görüş uyarınca, satıcı, alıcının sözleşmeden dönmesiyle birlikte geriye etkili olarak kendisine intikal etmiş olan hasara dönme sonrasında da katlanmaya devam eder<sup>748</sup>. Malların taraflardan herhangi birine isnat olunamayacak bir sebeple zarar görmesi durumunda, alıcının zarar görmüş malları iade etmesi yeterlidir. Hatta malların iadesi imkansızlaşırsa, alıcı iade borcundan kurtulur. Satıcı her koşulda satım bedelinin tamamını iade etmelidir<sup>749</sup>. Fakatmallar muhafaza için gerekli

<sup>747</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 84 para. 42. *Hornung*, bu durumda satıcının mallara ilişkin tazminat talebinde bulunmasının m. 82(2) ve 84(2)(b)'nin ifadesi karşısında mümkün olamayacağını belirtmekte; ancak satım bedelinin tamamının alıcıya iade edilmesinin de uluslararası ticaret ilkeleriyle pek bağdaşmadığını eklemektedir (**Hornung**, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 84 para. 27b).

<sup>748</sup> **Heuzé**, para. 372; **Honnold**, para. 448.1A; **Wu**, s. 240; **HirooSono**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 86 para. 1; **Erauw**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 70 para. 5.

<sup>749</sup> **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 30.

önlemlerin alınmaması sebebiyle zarara uğrarsa, satıcı uğramış olduğu zararın tazminini alıcıdan talep edebilir<sup>750</sup>.

Doktrindeki baskın görüşten ayrılan *Bridge*, dönme anı ile iade anı arasındaki hasara kural olarak alıcının katlanması gerektiğini savunmaktadır. Bu süreçte hasara kimin katlanacağını belirlerken, hangi tarafın mallar üzerinde hâkimiyet sahibi olduğuna ve malların korunması için gerekli makul önlemleri alabilecek konumda olduğuna bakmak gerekmektedir. Satım konusu mallar iade edilinceye kadar mallar üzerinde hâkimiyet sahibi olan taraf da alıcı olduğu için, dönme sonrası hasara kural olarak alıcının katlanması uygun olur<sup>751</sup>. CISG m. 66 vd. uyarınca da sözleşmesinin kurulması ile hasarın intikali arasındaki hasara, bu sebeple satıcı katlanmaktadır. Peki dönme sonrası iade hasarına alıcının katlanmasının tasfiye ilişkisindeki sonucu ne olacaktır? Bu konuda iki farklı çözüm benimsenebilir. İlk çözüme göre alıcı malları iade edemediği için satıcı da satım bedelini iade etmekten kurtulur. Alternatif çözüme göre ise m. 82 kıyasen uygulanır ve dönme sonrası ortaya çıkan iade imkansızlığı sebebiyle alıcı sözleşmeden dönme hakkını kaybeder. İkinci çözümü savunan *Bridge*<sup>752</sup>, sözleşmeden dönme hakkını kaybeden alıcının diğer seçimlik haklardan faydalanması gerektiğini belirtmektedir<sup>753</sup>. Bu görüş, m. 70'i görmezden gelmekte ve Antlaşma'nın sistemi içerisinde tutarsızlıklar oluşturmaktadır. Ayrıca dönme sonrası oluşan bir iade imkansızlığı sebebiyle m. 82'yi kıyasen uygulamak ve alıcı geçerli olarak sözleşmeden dönmüşken dönme hakkının kaybedildiği yönünde değerlendirme yapmak, bir mantık çelişkisi yaratmaktadır. Yazarın kendisi de bu açıdan çözümün eğretiliğini kabul etmektedir. Nitekim doktrinin çoğunluğu dönme sonrası oluşan iade imkansızlığı açısından CISG m. 82'nin kıyasen uygulanmasının mümkün olmadığını ve alıcının bu durumda sözleşmeden dönme hakkını geriye etkili olarak kaybetmesinin söz konusu olamayacağını belirtmektedir<sup>754</sup>.

<sup>750</sup> **Atamer**, CISG, s. 359; **Huber**, Huber/Mullis, s. 211 dn. 780; **Schlechtriem/Butler**, para. 325; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 30.

<sup>751</sup> **CISG-AC No. 9**, para. 3.18; **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 30 ve Art. 84 para. 7. Ancak satım konusu malların iadesinin satıcıdan kaynaklanan bir sebeple makul sürede gerçekleşmediği durumda, hasarın satıcıya geri intikal eder. Zira CISG m. 66 vd. uyarınca da alıcının satım konusu malların kendisine teslimini geciktirdiği takdirde hasar alıcıya intikal etmektedir (**Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 81 para. 31 ve Art. 84 para. 7). CISG Danışma Kurulu'nun yayınlamış olduğu görüşte ise bu durumda hasar riskinin alıcı tarafından taşınmaya devam edeceği kabul edilmektedir (**CISG-AC No. 9**, Comment para. 3.18).

<sup>752</sup> **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 82 para. 10.

<sup>753</sup> Bu konuda bkz. **Bridge**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 83 para. 5.

<sup>754</sup> **Atamer**, CISG, s. 359; **Hornung**, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 82 para. 13; **Schlechtriem/Butler**, para. 325; **Huber**, Huber/Mullis, s. 211; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 30.

### 3. Alıcının Malı Muhafaza Etme Yükümlülüğü

Yukarıda açıklandığı üzere, malların taraflardan herhangi birine isnat olunamayan bir sebep yüzünden zarara uğraması rizikosuna her iki dönemde de satıcı katlanmalıdır. Fakat hasara satıcı katlanmasına rağmen, alıcı malın muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri almalıdır (m. 86)<sup>755</sup>. Mallar muhafaza için gerekli önlemlerin alınmaması sebebiyle zarara uğrarsa, satıcı uğramış olduğu zararın tazminini alıcıdan talep edebilir<sup>756</sup>. Alıcının tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için malların zarar görmesinin denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını m. 79 uyarınca ispatlaması gerekmektedir<sup>757</sup>.

Mallar zarar gördüğü takdirde alıcının tazminat sorumluluğunun doğabilecek olması, iade hasarına satıcının katlandığı tespitiyle çelişmemektedir. Zira alıcı m. 79 uyarınca malların zarar görmesinin denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ispatlayamadığı ve zararın tazminiyle sorumluluğu tutulduğu durumda, mallar taraflardan herhangi birine isnat olunamayan bir sebep yüzünden zarara uğramış değildir. Burada zaten teknik anlamda hasar sorunu gündeme gelemez.

### IV. Alıcının Zararının Tazmini

Sözleşmeden dönen alıcı, satıcıya verdiklerinin ve bunlardan elde edilen yararların iadesini (özellikle satım bedeli ile faizin iadesini) talep edebilir. Fakat bunların iadesi, alıcıyı tatmin etmek için çoğu zaman yeterli olmaz. Sözleşmeden dönme hakkının doğmasına yol açan ihlalin alıcı nezdinde oluşturduğu zararın ayrıca tazmin edilmesi gerekir. Sözleşmeden dönen alıcı, uğramış olduğu zararın tazminini CISG m. 74 vd. uyarınca talep edebilir<sup>758</sup>. Alıcının tazminat talebinin dayanağını m.

<sup>755</sup> Bu konuda bkz. **Bacher**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 86 para. 1 vd.; **Sono**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 86 para. 1 vd.

<sup>756</sup> **Atamer**, CISG, s. 359; **Huber**, Huber/Mullis, s. 211 dn. 780; **Slechtriem/Butler**, para. 325; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 30.

<sup>757</sup> **Hornung**, Schlechtriem/Schwenzer (2005), Art. 82 para. 13; **Slechtriem/Butler**, para. 331; **Huber**, Huber/Mullis, s. 211 dn. 780; **Fountoulakis**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 82 para. 30.

<sup>758</sup> Sözleşmeden dönme ile tazminat talep etme hakkı, birbirini dışlayan seçimlik haklar değildir. Sözleşmeden dönen alıcı aynı zamanda zararının tazminini talep edebilir. Ancak sözleşmeden dönüldüğü vakit tazmini talep edilecek zararın kapsamı, aynen ifayla birlikte tazmini talep edilecek zararın kapsamına kıyasla farklılık arz edecektir (**Atamer**, CISG, s. 449-450; **Huber**, Huber/Mullis, s.

45(1)(b) oluşturmaktadır<sup>759</sup>. Aynen tazmin imkanının bulunmadığı Antlaşma çerçevesinde, satıcı, alıcının zararını nakden tazmin edecektir<sup>760</sup>.

Satıcının sözleşmeyi ihlal ederek alıcının sözleşmeden dönmesine sebep olduğu durumda, olağan olan sadece alıcının zarara uğraması ve tazminat talep etmesidir. Fakat sözleşmeden dönen alıcının da dönme öncesinde veya sonrasında sözleşmeyi ihlal ederek satıcıyı zarara uğratmasının mümkün olduğu unutulmamalıdır<sup>761</sup>. Örneğin alıcının sözleşmeden döndükten sonra malları iade etmekte gecikmesi, satıcı nezdinde bir zarara yol açmış olabilir. Bu durumda alıcının kendisine yönelmiş olduğu tazminat talebine karşılık olarak, satıcı da uğramış olduğu zararın tazminini alıcıdan m. 61(1)(b) ve m. 74 uyarınca talep edebilecektir<sup>762</sup>. Önemli olan m. 74'te belirtilen koşulların yerine gelmiş olmasıdır. Buna rağmen bu bölüm, alıcının sözleşmeden döndüğü durumun tipik özelliği olması itibarıyla alıcının uğramış olduğu zararın tazmini meselesine odaklanacaktır. Zira alıcının sözleşmeyi ihlal etmesi üzerine satıcının zarara uğraması, alıcının sözleşmeden döndüğü durumun tipik bir özelliği olmadığı için çalışmanın konusuyla doğrudan bir bağlantı içerisinde değildir.

CISG m. 74 uyarınca, “*Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kar dahil olmak üzere, ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. Söz konusu tazminat, ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.*” Bu hüküm uyarınca alıcının bir tazminat talebinde bulunabilmesi için öncelikle satıcının sözleşmeyi ihlal etmiş olması gerekmektedir.

256; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 10; **Huber**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 45 para. 15; **Dayioğlu**, s. 154-155).

<sup>759</sup>**Sekreteryä Şerhi**, Art. 41 para. 1; **Huber**, Huber/Mullis, s. 256; **Ulrich Magnus**, “CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma”, Yeşim Atamer (ed.), Milletlerarası Satım Hukuku, 2008, s. 163 vd.,s. 288; **Dayioğlu**, s. 70.

<sup>760</sup>**Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 2.3; **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 1; **Enderlein/Maskow**, Art. 74 para. 4; **Atamer**, CISG, s. 426; **Huber**, Huber/Mullis, s. 269; **Slechtriem/Butler**, para. 286; **Magnus**, Tazminat,s. 290; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 37; **Dayioğlu**, s. 78; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 871-872; **Erkan**, s. 40. Bu yönde bir tespit için bkz. *Oberster Gerichtshof*, 14.01.2002, CISG-Online No. 643.

<sup>761</sup> Sözleşmeden dönen alıcının “masum” olmasına kural olarak gerek yoktur. Alıcının sözleşmeyi ihlal etmiş olması, dönme hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez veya dönme hakkının kullanılmasıyla oluşan durumu ortadan kaldırmaz.

<sup>762</sup> Antlaşma, CISG m. 74 vd. hükümlerde, karşı tarafın ihlali neticesinde zarara uğrayan tarafın tazminat talep etme hakkını, alıcı ve satıcının hangisinin tazminat alacaklısı hangisinin tazminat borçlusu olduğunu dikkate almaksızın yeknesak biçimde düzenlemiştir.

Tazminat sorumluluğunun varlığı açısından satıcının sözleşmeyi ihlal etmiş olması yeterlidir, kusura gerek yoktur. Satıcının kusurdan bağımsız tazminat sorumluluğu ve bunun istisnasını teşkil eden m. 79, (A) bölümünde incelenecektir. Alıcı satıcının ihlaline dayanarak sözleşmeden döndüğüne göre, bu koşul halihazırda zaten yerine gelmiştir. Önemli olan, satıcının tazminat sorumluluğunun kapsamını belirlemektir. Tazmin edilecek zararın kapsamı, temelde çatışan iki ilke ışığında belirlenir. (B) bölümünde incelenecek olan tam tazmin ilkesi uyarınca kural, alıcının ihlal dolayısıyla uğramış olduğu zararın tamamının satıcı tarafından tazmin edilmesidir. Ancak diğer yandan öngörülebilirlik ilkesi uyarınca satıcı ancak sözleşmenin kurulması anında öngörebileceği zarardan ötürü sorumlu tutulabilecektir. Ayrıca nedensellik bağı ve alıcının zararı azaltma külfeti de satıcının tazminat sorumluluğunun kapsamını sınırlayan diğer kurumlardır. Satıcının tazminat sorumluluğunun kapsamını sınırlayan tüm bu kurumlar (C) bölümünde incelenecektir. Ardından (D) bölümünde sözleşmeden dönen alıcının zararının hesaplanmasına ilişkin bilgi verilecek ve (E) bölümünde tazminat bahsine ilişkin diğer önemli konulara değinilecektir.

### A. Tazminat Sorumluluğunun Varlığına İlişkin Kusursuz Sorumluluk İlkesi

Sözleşmeyi ihlal eden satıcı, alıcının uğradığı zararı tazmin etmekle sorumlu olur<sup>763</sup>. Tazminat sorumluluğu açısından satıcının sözleşmeyi kasten veya ihmal neticesinde ihlal etmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Satıcı kusursuz olsa bile alıcının zararını tazmin etmekle sorumlu olacaktır<sup>764</sup>. Zira satıcının, yükümlülüklerini ifa edeceği yönünde bir sonuç taahhüdünde bulunduğu ve bu sonuç gerçekleşmediği takdirde taahhüdüne bağlı olarak tazminat sorumluluğunun doğacağı kabul edilmektedir<sup>765</sup>. Bu açıdan CISG'in, kökeni *common law*'a dayanan

<sup>763</sup> Alıcının tazminat talebi, satıcının sözleşmeyi ihlal etmiş olmasına dayanır. Ancak burada kullanılan "sözleşmenin ihlali" teriminin geniş anlamı olduğu unutulmamalıdır. Her tür yükümlülük ihlalinin (bu yükümlülük ister doğrudan doğruya sözleşmeden ister Antlaşma'dan kaynaklansın) tazminat talebine yol açabileceği unutulmamalıdır. **Atamer**, CISG, s. 427; **Huber**, Huber/Mullis, s. 257; **Magnus**, Tazminat, s. 288; **Dayıoğlu**, s. 79; **Erkan**, s. 41.

<sup>764</sup> **Sekreteryä Şerhi**, Art. 41 para. 3; **Will**, Bianca/Bonell, Art. 45 para. 2.1.2; **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 2.5; **Audit**, para. 171; **Neumayer/Ming**, Avant Art. 74 para. 2; **Enderlein/Maskow**, Art. 74 para. 1; **Huber**, Structure of Remedies, s. 17; **Huber**, Huber/Mullis, s. 256; **Magnus**, Tazminat, s. 302; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 23; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 3; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 7; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 79 para. 1; **Zeytin**, s. 164; **Dayıoğlu**, s. 76.

<sup>765</sup> **Huber**, Structure of Remedies, s. 17; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 79 para. 1.

kusurdan bağımsız sorumluluk anlayışını benimsediği söylenebilir<sup>766</sup>. Sistem bu yönüyle İsviçre – Türk hukukundan farklılaşmaktadır<sup>767</sup>.

Bu sert sorumluluk anlayışı, belirli şartların bir araya geldiğinin ispatlanması halinde satıcının tazminat sorumluluğundan kurtulmasına imkan tanıyan m. 79 ile yumuşatılmıştır<sup>768</sup>. Bu hükmün birinci fıkrası uyarınca, satıcı, “(...) yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya bu engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulamaz.” Bu hükmün şartlarını taşıyan engel, satıcıyı sadece tazminat sorumluluğundan kurtaracaktır<sup>769</sup>. Engelin satıcının cezai şarttan kaynaklanan sorumluluğunu da ortadan kaldırıp kaldırmayacağı, sözleşmenin yorumlanması neticesinde belirlenecektir<sup>770</sup>. Alıcının tazminat talebi dışındaki diğer hakları (örneğin sözleşmeden dönme), satıcının kusursuz olmasından etkilenmediği gibi; sorumsuz olmasından da etkilenmez<sup>771</sup>. Alıcının sözleşmeden dönmeye bağlı iade karakterli talepleri de satıcının sorumlu olup olmamasından bağımsızdır<sup>772</sup>.

<sup>766</sup>Huber, Huber/Mullis, s. 256; Ulusu, s. 11; Dayıoğlu, s. 76.

<sup>767</sup>Bununla beraber *Atamer*, İsviçre - Türk hukukundaki kusura bağlı sorumluluk ilkesinin, ilkeye getirilen önemli istisnalar ve TBK m. 112'deki kusur karinesi sebebiyle, *common law*'daki kusurdan bağımsız sorumluluk ilkesi ile yakınlığı haklı olarak ortaya koymaktadır. *Atamer*, CISG, s. 312-313. Alman hukuku yönünden benzer bir değerlendirme için bkz. *Huber*, Structure of Remedies, s. 17.

<sup>768</sup>Bu başlık çerçevesinde sözleşmeyi ihlal eden satıcıya sorumluluktan kurtulma olanağı tanıyan bir diğer hüküm olan CISG m. 80'e değinilmeyecektir. Aslında m. 79 ile m. 80, Antlaşma'da “Sorumluluktan Kurtulma” başlığı altında birlikte düzenlenmişlerdir. Fakat m. 80 ile satıcıya tanınan sorumsuzluğun kapsamı, m. 79'a kıyasla çok daha geniştir. Satıcı m. 80 uyarınca sorumluluktan kurtulursa, alıcı ihlale bağlı olan tüm haklarını kaybedecek; sözleşmeden de dönemeyecektir. Dolayısıyla alıcının sözleşmeden dönmesi üzerine satıcının tazminat sorumluluğundan kurtulmasını ele alan bu bölüm ile m. 80 arasında bir bağlantı bulunmamaktadır. Bu hüküm yukarıda alıcının sözleşmeden dönme hakkının sınırlanması çerçevesinde ele alınmıştır. Bkz. yukarıda “Bölüm 2 / III. /C. İhlalin Alıcının Kendi Eylemi veya Eylemsizliğinden Kaynaklanmamış Olması”.

<sup>769</sup>Huber, Huber/Mullis, s. 264; *Schwenzer*, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 para. 49; *Atamer*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 79 para. 13 vd. Satıcı kural olarak, tazminat sorumluluğundan tamamen kurtulacaktır. Ancak satıcının ihlalinin m. 79'un şartlarını taşıyan engelin kapsamının sınırlarını aştığı durumda, aşan kısma ilişkin sorumsuzluk mevcut olmayacaktır (*Atamer*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 79 para. 14).

<sup>770</sup>Enderlein/Maskow, Art. 79 para. 13.1; *Huber*, Huber/Mullis, s. 265; *Dayıoğlu*, s. 149. Aynı görüşte olan *Schwenzer*, sözleşmenin yorumlanmasına rağmen şüphenin giderilememesi durumunda sorumsuzluğun cezai şartı da kapsayacağını savunmaktadır (*Schwenzer*, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 para. 51).

<sup>771</sup>Huber, Huber/Mullis, s. 264; *Schwenzer*, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 para. 55; *Atamer*, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 79 para. 4.

<sup>772</sup>Fountoulakis, Schlechtriem/Schwenzer, Introduction to Articles 81-84, para. 7.

Bu hüküm uyarınca tazminat sorumluluğundan kurtulmak isteyen satıcı, üç unsuru ispatlamalıdır<sup>773</sup>: **1)** Satıcının sözleşmeyi ihlal etmesine denetimi dışında kalan bir engel sebep olmuştur; **2)** Bu engelin sözleşmenin kurulması sırasında öngörülebilmesi mümkün değildir; **3)** Bu engelden ve sonuçlarından kaçınması veya bunları aşması satıcıdan makul olarak beklenemez<sup>774</sup>. Ayrıca satıcı, engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içerisinde ulaşacak şekilde engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini alıcıya bildirmelidir<sup>775</sup>.

Görüldüğü üzere, satıcının sorumluluktan kurtulmasına imkan tanıyacak bir engelin, satıcının denetim alanının dışında olması gerekir<sup>776</sup> (*Sphärentheorie*). Böylelikle alıcı ile satıcının her biri kendi denetim alanındaki rizikolardan sorumlu olacaktır. Riziko dağılımının temelinde kusur gibi subjektif bir ölçüt kullanılmamış; ihlale sebep olan engelin niteliği mercek altına alınarak bu engelin hangi tarafın denetim alanında bulunduğu dikkate alınmıştır<sup>777</sup>. Kusurlu - kusursuz ayrımının yerini alan sorumlu - sorumsuz ayrımı, tazminat sorumluluğunun kapsamını alacaklı taraf olan alıcı lehine genişletmiştir. Tarafların sorumluluk konusunda Antlaşma'nın aksine bir düzenleme yapmaları mümkündür<sup>778</sup>.

## B. Tazminat Sorumluluğunun Kapsamına İlişkin Tam Tazmin İlkesi

Alıcı, kural olarak, satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi dolayısıyla uğramış olduğu zararın tamamının tazminini talep edebilir. Antlaşma'da "tam tazmin ilkesi" (*principle of full compensation*) egemendir<sup>779</sup>.

<sup>773</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 para. 59; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 79 para. 43.

<sup>774</sup> Bu konuda bkz. **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 para. 10 vd.; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 79 para. 46 vd.

<sup>775</sup> CISG m. 79(4). Bu bildirim hakkında bkz. **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 para. 43 vd.; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 79 para. 95 vd.

<sup>776</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 259; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 79 para. 44; **Dayioğlu**, s. 141.

<sup>777</sup> **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 79 para. 44.

<sup>778</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 259; **Atamer**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 79 para. 89; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 para. 57.

<sup>779</sup> **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 3.2; **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 1; **Heuzé**, para. 449; **Enderlein/Maskow**, Art. 74 para. 4; **Atamer**, CISG, s. 425; **Huber**, Huber/Mullis, s. 268; **CISG Advisory Council Opinion No. 6**, Calculation of Damages under CISG Article 74, 2006, Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA, Comment para. 1; **Slechtriem/Butler**, para. 300; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 2; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 1; **Dayioğlu**, s. 71; **Erkan**, s. 40. Bu yönde tespitler için bkz. *Oberster Gerichtshof*, 14.01.2002, CISG-Online No. 643; *Oberster Gerichtshof*, 09.03.2000, CISG-Online No. 573.

Varlığı konusunda hemfikir olunan tam tazmin ilkesinin içeriğinin belirlenmesi kimi zaman güçlük yaratabilmektedir. Bu ilke ile temel olarak alacaklının sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı içinde bulunacağı ekonomik duruma getirilmesi amaçlanır<sup>780</sup>. Buna göre alıcının uğradığı zararın kapsamı ile satıcının tazminat sorumluluğunun kapsamı birbiriyle örtüşmelidir. Başka bir deyişle hâkime tazminat sorumluluğunun kapsamının belirlenmesi konusunda İsviçre - Türk hukukunda olduğu gibi geniş bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Hâkimin Antlaşma'da belirtilmiş olan sorumluluk kapsamını daraltıcı kurumlar dışında herhangi bir sebebe dayanarak zarar tutarından daha düşük bir tazminata hükmetmesi mümkün değildir<sup>781</sup>. Diğer yandan *common law* kökenli *punitive damages* kurumuna Antlaşma'da yer verilmediği için, hâkimin zarar tutarını aşan bir tazminata hükmetmesi de mümkün değildir. Görüldüğü üzere, tazminatın işlevi, alıcının uğramış olduğu zararın tamamının denkleştirilmesidir. Tazminat, bu denkleştirmenin ötesinde önleyici veya cezalandırıcı bir işleve sahip değildir<sup>782</sup>.

<sup>780</sup> *Sekreteryâ Şerhi*, Art. 70 para. 3; **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 3.1; **Audit**, para. 172; **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 1; **Enderlein/Maskow**, Art. 74 para. 6; **CISG-AC No. 6**, Comment para. 1.1; **Djakhongir Saidov**, "Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", *Pace International Law Review* Vol. 14 2002 s. 307 vd., s. 310; **Honnold**, para. 403; **Atamer**, CISG, s. 424; **Magnus**, Tazminat, s. 290; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 1; **Dayıoğlu**, s. 71.

<sup>781</sup> **Heuzé**, para. 449; **Atamer**, CISG, s. 425; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 881. İsviçre - Türk hukuku çerçevesinde hâkim, tazminat miktarını zararı aşmayacak biçimde TBK m. 51 ve 114 uyarınca serbestçe takdir eder. Bu konuda bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 871-872; **Oğuzman/Öz**, Cilt-1, s. 472; **Thévenoz**, Commentaire Romand, Art. 99 para. 10 vd.

<sup>782</sup> **Heuzé**, para. 449; **Atamer**, CISG, s. 424-425; **Huber**, Huber/Mullis, s. 268; **CISG-AC No. 6**, Comment para. 9.5; **Magnus**, Tazminat, s. 290; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 41; ; **Ulus**, s. 34; **Dayıoğlu**, s. 75; **Erkan**, s. 39-40. Günümüzde ulusal hukuklarda tazminatın önleyici işlevinin önem kazandığı ve zararı aşan tazminata hükmedilememesi ilkesinin CISG bağlamında sıkı sıkıya uygulanmaması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 6-8. *Schwenzer*, bu görüşünü *common law*'da gündeme getirilen ifa prensibi kavramı çerçevesinde savunmaktadır. Tazminatın amacının ve dolayısıyla kapsamının belirlenmesi konusunda ifa prensibi (*performance principle*) ve telafi prensibi (*compensation principle*) olmak üzere iki farklı teoriden hareket edilebilir. Bu iki teori, tazminat vasıtasıyla teminat altına aldıkları olgu itibarıyla birbirlerinden ayrılmaktadır. İfa prensibi uygulanarak tespit edilmiş tazminat, ifa konusu edimin kendisini teminat altına alır. Telafi prensibi çerçevesinde takdir edilmiş tazminat ise edimin ifa edilmemesinin yaratacağı ekonomik sonucu teminat altına almaktadır. Teorilerin pratikte yaratacağı farklılık, bir eser sözleşmesi örneği üzerinde basitçe gösterilebilir. Tarafların inşa edilme maliyeti inşaat tamamlanınca arz edeceği ekonomik değerden daha fazla olan bir yapının inşasına ilişkin olarak bir sözleşme kurduklarını varsayalım. Müteahhidin borcunu ifa etmemesi üzerine, iş sahibi hangi kapsamda tazminat talep edebilecektir? İfa prensibi benimsenirse, tazminat ifa konusu edim esas alınarak takdir edilir. Önemli olan bu edimin gerçekleştirilebilmesi için yapılması gereken harcama tutarıdır. Dolayısıyla iş sahibi kural olarak inşa edilme maliyetini talep edebilecektir. Ancak telafi prensibi benimsenirse, inşa edilme maliyetinin bir önemi olmayacaktır. Dikkate alınan edimin ifa edilmemesinin iş sahibin malvarlığında yarattığı etkidir. Bina inşa edilmiş olsaydı iş sahibinin malvarlığı binanın ekonomik değeri ölçüsünde artmış olacağı için, iş sahibi kural olarak binanın ekonomik değerini talep edebilecektir. İfa prensibi



Fakat bu durum, tarafların sözleşmede bir cezai şart kararlaştırmalarının önünde engel teşkil etmemektedir<sup>783</sup>. Ayrıca tarafların tazminat sorumluluğunun kapsamını belirli kriterler çerçevesinde sınırlandırmaları da mümkündür<sup>784</sup>. Bu yöndeki kayıtların geçerli olup olmadığı kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecek *lex causae*'ye göre belirlenecektir<sup>785</sup>.

## 1. Tam Tazmin İlkesi Çerçevesinde Korunan Menfaatler

Tazminat ile alıcının sözleşme gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı farazi malvarlığı durumuna getirilmesi amaçlanır<sup>786</sup>. Bu çerçevede Antlaşma'da esas itibarıyla alıcının ifanın gereği gibi gerçekleşmesine ilişkin menfaati, yani ifa menfaati (*expectation interest*) korunmaktadır<sup>787</sup>. Ancak oybirliğiyle kabul gördüğü üzere, alıcının sözleşmenin ifasına ilişkin olarak kendisinde uyandırılan güvenin boşa çıkmamasına ilişkin menfaati, yani güven menfaati de (*reliance interest*) Antlaşma'nın tazminat sistemi tarafından dışlanmamakta ve korunmaktadır<sup>788</sup>. Sözleşmeden dönen alıcı dilerse ifa menfaatini dilerse güven menfaatini talep edebilir.

---

hakkında detaylı bilgi için bkz. **Brian Coote**, "Contract Damages, Ruxley, and the Performance Interest", Cambridge Law Journal Vol. 56 1997 s. 537 vd.

<sup>783</sup>**E. Allan Farnsworth**, "Damages and Specific Relief" The American Journal of Comparative Law, Vol. 27 No. 2/3 1979, s. 247 vd., s. 248; **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 3.7; **CISG-AC No. 6**, Comment para. 1.3; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 41; **Dayioğlu**, s. 75-76. Bu konuda bkz. **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 59; **Dayioğlu**, s. 136 vd.

<sup>784</sup>**CISG-AC No. 6**, Comment para. 1.3; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 60; **Dayioğlu**, s. 135-136. Avusturya Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda, taraflar satıcının devam eden zararlardan (*folgeschaden*) sorumlu tutulamayacağını kararlaştırmışlardır. Bu sorumsuzluk kaydı sebebiyle, mahkeme, alıcının uğramış olduğu bazı zarar kalemlerinin tazmin edilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir. Karar için bkz. *Oberster Gerichtshof*, 14.01.2002, CISG-Online No. 643. Alman Federal Mahkemesi ise tarafların kararlaştırmış oldukları sorumsuzluk kaydının Alman hukuku çerçevesinde geçersiz olduğunu belirterek, olaya uygulamamıştır. Karar için bkz. *Bundesgerichtshof*, 24.03.1999, CISG-Online No. 396.

<sup>785</sup>**Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 7; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 58; **Dayioğlu**, s. 136. Tarafların kararlaştıracağı cezai şartın geçerliliği konusunda ulusal hukuklarda benimsenen yaklaşımlara ilişkin bir karşılaştırma için bkz. **Treitel**, para. 173 vd.

<sup>786</sup>**Sekreteryä Şerhi**, Art. 70 para. 3; **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 3.1; **Audit**, para. 172; **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 1; **Enderlein/Maskow**, Art. 74 para. 6; **CISG-AC No. 6**, Comment para. 1.1; **Saidov**, Limiting Damages, s. 310; **Honnold**, para. 403; **Atamer**, CISG, s. 424; **Magnus**, Tazminat, s. 290; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 1; **Dayioğlu**, s. 71.

<sup>787</sup>**Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 1; **Eric C. Schneider**, "Measuring Damages Under the CISG – Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Pace International Law Review Vol. 9 1997 s. 223 vd., s. 228; **Saidov**, Limiting Damages, s. 310; **Honnold**, para. 403; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 3; **Dayioğlu**, s. 72.

<sup>788</sup>**Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 1; **Schneider**, Measuring Damages, s. 228; **Saidov**, Limiting Damages, s. 310; **Honnold**, para. 403; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 3; **Dayioğlu**, s. 73.

Bu tablo, İsviçre - Türk hukukunun alışılmış kalıplarına oldukça uzaktır. İsviçre - Türk hukuku çerçevesinde borca aykırılık rejimindeki zarar kavramı, olumlu zarar ve olumsuz zarar ayırımına tabi tutularak incelenir. Olumlu zarar, borcun tam ve doğru olarak ifa edilmemesinden ötürü uğranan zarardır. Olumsuz zarar ise hüküm ifade etmeyen bir borç ilişkisinin hüküm ifade ettiğine duyulan güvenden ötürü uğranan zarardır<sup>789</sup>. Görüldüğü üzere olumlu zarar, ifa menfaatine; olumsuz zarar ise güven menfaatine karşılık gelmektedir<sup>790</sup>. Türk hukukunda sözleşmeden dönen alacaklı, TBK m. 125/III uyarınca “sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın” tazminini talep edebilmektedir. Bu hükümden hareket eden doktrin, sözleşmeden dönme üzerine sadece olumsuz zararın tazmininin talep edilebileceğini neredeyse oybirliğiyle savunmaktadır<sup>791</sup>. Olumlu zararının tazmin edilmesini isteyen alacaklı, TBK m. 125’teki diğer bir seçimlik hak olan “ifa yerine olumlu zararın tazmini” yolunu tercih etmelidir. Kanun koyucunun sözleşmeden dönen alacaklıya olumlu zararı talep etme hakkını tanımaması ve alacaklıyı olumsuz zararın kimi zaman oldukça dar kalan kalıplarıyla sınırlaması, eleştiriye tabi tutulmuştur<sup>792</sup>. Zira dönme üzerine olumsuz zararın talep edilmesi, hukuki mantık uyarınca kabulü zorunlu bir sonuç değildir<sup>793</sup>. Nitekim dönmenin sözleşmeyi geriye

<sup>789</sup> Olumlu zarar ile olumsuz zarar ayrımı hakkında bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 855-856; **Oğuzman/Öz**, Cilt-1, s. 429 vd.; **Eren**, s. 1055 vd.; **Ergüne**, s. 26 vd. ve 55 vd.; **Murat Topuz**, İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011, s. 89 vd.; **Thévenoz**, Commentaire Romand, Art. 97 para. 33 vd.

<sup>790</sup> Güven zararı kavramına ilişkin bir inceleme ve sözleşmeden dönen alıcının talep edeceği olumsuz zararın dar anlamda güven zararı teşkil etmeyeceği yönünde bir tespit için, bkz. **Ergüne**, s. 47 vd. **Ergüne**’nin tespiti haklı olmakla beraber, çalışmamızda ifa menfaati, olumlu menfaat kavramına; güven menfaati, olumsuz menfaat kavramına karşılık gelecek şekilde kullanılmıştır. Bu kullanımın sebebi Alman hukuk çevresindeki olumsuz zarar - güven zararı ayırımının bulunmadığı diğer hukuk çevrelerini de kapsayan CISG çerçevesinde böyle bir kullanımın benimsenmiş olmasıdır. Aynı terminoloji için bkz. **Ulus**, s. 14. Nitekim **Ergüne** de *expectation interest* (ifa menfaati) ve *reliance interest* (güven menfaati) kavramlarını, olumlu ve olumsuz zararın İngilizce karşılığı olarak kullanmıştır (**Ergüne**, s. 55).

<sup>791</sup> Bkz. **Feyzioğlu**, Cilt-II, s. 264; **Öz**, MHAD, s. 163-164; **Öz**, Sözleşmeden Dönme, s. 39; **Buz**, s. 240; **Havutçu**, s. 66; **Oğuzman/Öz**, Cilt-1, s. 526-527; **Eren**, s. 1123; **Engel**, para. 216; **Thévenoz**, Commentaire Romand, Art. 109 para. 14. Dönme üzerine *de lege lata* olumsuz zararın tazmininin talep edilebileceği, fakat *de lege ferenda* olumlu zarar ile olumsuz zarar arasında seçim hakkı tanınması gerektiği yönünde bkz. **Ergüne** s. 254-255 ve 260. Sözleşmeden dönme üzerine olumlu zararın tazmin edilmesinin mümkün olduğu yönünde aksi görüş için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 970-971. Dar anlamda olumlu zarar ve olumsuz zarar ayırımını eleştiren **Serozan**, sözleşmeden dönen alıcının geniş anlamda olumlu zararının tazminini talep edebileceğini savunmaktadır (**Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s. 589).

<sup>792</sup> **Ergüne**, s. 263 vd.; **Atamer**, Taşınır Satımı, s. 197; **Thévenoz**, Commentaire Romand, Art. 109 para. 15-16. Dönme üzerine alacaklının sadece olumsuz zararının tazmini talep etme hakkına sahip olmasının İsviçre - Türk hukukuna özgü bir zenginlik olduğunu savunan aksi görüş için bkz. **Buz**, s. 261 vd.

<sup>793</sup> **Ergüne**, s. 260; **Thévenoz**, Commentaire Romand, Art. 109 para. 16.

etkili olarak ortadan kaldıracığının benimsendiği Fransız hukukunda da dönmenin sözleşmeyi bir tasfiye ilişkisine dönüştüreceğinin kabul edildiği Alman hukukunda da sözleşmeden dönen alacaklının olumlu zararını talep etmesi mümkündür<sup>794</sup>. Buradan anlaşılacağı üzere, dönme üzerine talep edilecek tazminatın türünün belirlenmesi bir hukuk politikası tercihidir.

CISG bu konuda tercih yaparken olumlu zarar ile olumsuz zarar kavramlarını kullanmaktan kaçınmıştır. Ancak m. 74'ün koruduğu menfaatler incelendiğinde sözleşmeden dönen alıcının ifa menfaatine yönelik olumlu zarar ile güven menfaatine yönelik olumsuz zarar arasında seçim yapabilmesine olanak tanındığı görülür. Alıcı kendisi için daha avantajlı olan seçimi yapabilecektir<sup>795</sup>. Alıcı olumlu zararı tercih ederse, sözleşmeden doğan borç gereği gibi ifa edilseydi malvarlığının içinde bulunacağı farazi durum ile ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle malvarlığının arz ettiği fiili durum arasındaki fark tazmin edilecektir. Alıcı olumsuz zararı tercih ederse, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığının içinde bulunduğu fiili durum ile bu sözleşme ilişkisine hiç girilmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı farazi durum arasındaki fark tazmin edilecektir. Sözleşmeden dönen alıcı olumlu zararının tazminini talep edebileceği için, İsviçre - Türk hukukundaki “ifa yerine tazminat” seçimlik hakkına Antlaşma’da yer verilmesine gerek kalmamıştır<sup>796</sup>. Ancak alıcı bu iki menfaat türüne ilişkin zararı asla aynı anda talep edemeyecektir<sup>797</sup>. Zira ifa menfaatinin tazmini ile alıcının sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı malvarlığının içinde bulunacağı duruma getirilmesi amaçlanırken; güven menfaatinin tazmini ile alıcının sözleşme hiç kurulmamış olsaydı malvarlığının içinde bulunacağı duruma getirilmesi amaçlanır. Her iki menfaatin bir arada tazmin edilmesi, farklı farazi durumların aynı anda tesis edilmesi mümkün olmadığı için düşünülemez<sup>798</sup>.

<sup>794</sup> Fransız hukuku için bkz. FrCC m. 1184/II. Alman hukuku için bkz. BGB§ 325.

<sup>795</sup> **Atamer**, CISG, s. 427-428; **Ergüne**, s. 269; **Ulus**, s. 25; **Dayıoğlu**, s. 73-74; **Erkan**, s. 156.

<sup>796</sup> Bkz. aşağıda “Bölüm 4 / V. İfa Yerine Tazminat Talep Etme Olanığının İfa Engelleri Sistemindeki Yeri”.

<sup>797</sup> **Atamer**, CISG, s. 428; **Ergüne**, s. 70. ; **Ulus**, s. 25-26; **Dayıoğlu**, s. 74; **Saidov**, alıcının bu yönde bir seçim yapmasına gerek olmadığı ve zararı aşan bir tazminata yol açmadığı takdirde her iki zarar türünün birlikte talep edilebileceğini savunmaktadır (**Saidov**, Limiting Damages, s. 312). Kanımca bu görüş ifa menfaati ve güven menfaati kavramlarının içeriğini yeterince analiz etmediği için isabetsizdir.

<sup>798</sup> **Ergüne**, s. 70.

Sözleşmesel alana özgü olan ifa ve güven menfaatlerinin yanı sıra, Antlaşma'nın tazminat sistemi bütünlük menfaatini de (*indemnity interest*) korur<sup>799</sup>. Bütünlük menfaati, bir kimsenin sözleşmeye yabancı olan hukuki değerlerinin korunması ve müdahaleden uzak tutulması yönündeki menfaattir<sup>800</sup>. Bu menfaat, ifa menfaatinin veya güven menfaatinin yanı sıra, onlara ek olarak talep edilebilecektir. Alıcının bir soğutucu sistem satın aldığını ve teslim edilen soğutucu sistemin arızalı olması dolayısıyla alıcının kendi makinelerinin zarar gördüğünü varsayalım. Bu durumda sözleşmeden dönen alıcı ifa menfaati ile güven menfaatinden birine ek olarak, kendi makinelerinin görmüş olduğu zararı da bütünlük menfaati çerçevesinde talep edebilecektir. Alıcının diğer zarar kalemlerinin yanı sıra, bütünlük menfaatinin ihlali sebebiyle uğramış olduğu zararın tazminini de m. 74 uyarınca CISG çerçevesinde talep edebileceği şüphesizdir<sup>801</sup>. Bu konuda ulusal hukuklardaki haksız fiil sorumluluğuna veya ürün sorumluluğuna ilişkin hükümlerin Antlaşma'daki tazminat hükümleri ile yarışıp yarışmayacağı tartışmalıdır<sup>802</sup>.

Bütünlük menfaati Antlaşma çerçevesinde kısmen korunmaktadır. Malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından ötürü doğabilecek sorumluluk, Antlaşma'nın uygulama alanının dışında bırakılmıştır (m. 5). Bu sorumluluk, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecek *lex causae*'ye tabidir<sup>803</sup>. Fakat kendi müşterileri nezdinde meydana gelen ölüm veya yaralanmadan ötürü alıcının tazminat ödemek zorunda kaldığı durumda, satıcı açısından doğacak sorumluluğun kaynağı tartışmaya değerdir. Genel kabul gören görüş çerçevesinde,

<sup>799</sup> **Atamer**, CISG, s. 425-426; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 3; **Dayıoğlu**, s. 72. Antlaşma'nın tazminat sisteminde ifa menfaati, güven menfaati ve bütünlük menfaatinin tümünün korunduğu yönünde bkz. *Oberster Gerichtshof*, 14.01.2002, CISG-Online No. 643.

<sup>800</sup> **Ergüne**, s. 32.

<sup>801</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 35.

<sup>802</sup> CISG m. 74 uyarınca tazmini talep edilebilen zararlar açısından ulusal hukuklara başvurma mümkün olmayacağı, fakat tarafların öngörmedikleri rizikolar sebebiyle oluşan ve CISG m. 74 uyarınca tazmini talep edilemeyen zararlar açısından ulusal hukukların uygulama alanı bulabileceği yönünde bkz. **Atamer**, CISG, s. 126-127. İhlalin tipik sonucu olan zararlar açısından sadece Antlaşma'nın uygulanacağı, fakat ihlalin tipik sonucu olmayan rastlantısal zararlar açısından Antlaşma ile ulusal hukuklardaki haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin yarışabileceği yönünde bkz. **Schwenzer**, Schlechtriem, Art. 74 para. 35. Bir Alman mahkemesi, üzüm bağında kullanılmak üzere satın alınmış koruyucu maddenin alıcının mülkiyetindeki asmalara ciddi zararlar verdiği olayda, satıcının tazminat sorumluluğunu CISG çerçevesinde incelemiştir. Karar için bkz. *Landgericht Fankenthal*, 17.04.1997, CISG-Online No. 479. Başka bir Alman mahkemesi de satıcının teslim ettiği balıkların virüslü olması sebebiyle alıcının mülkiyetindeki diğer balıkların da telef olmasına yol açtığı olayda, satıcının sorumluluğunu CISG çerçevesinde değerlendirmiştir. Karar için bkz. *Oberlandesgericht Thüringen*, 26.05.1998, CISG-Online No. 513.

<sup>803</sup> **WarrenKhuo**, Bianca/Bonell, Art. 5 para. 2.2; **Atamer**, CISG, s. 106; **Slechtriem/Butler**, para. 39; **Magnus**, Tazminat, s. 294; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 14; **Loukas Mistelis/John Ribeiro**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 5, para. 5; **Zeytin**, s. 61.

satıcının sorumluluğunun bu durumda da *lex causae*'ye tabi olacağı savunulmaktadır<sup>804</sup>. Bazı yazarlar ise bu sorumluluğun m. 5 ile Antlaşma'nın uygulama alanının dışına atılmış olmadığını ve dolayısıyla Antlaşma'ya tabi olduğunu savunmaktadırlar<sup>805</sup>. Kanımca bu görüş daha mantıklıdır. CISG m. 5 ile Antlaşma'nın uygulama alanının dışına atılan, bütünlük menfaati kapsamındaki tipik zarar türlerinden biri olan kişiye gelen zarar konusudur. Oysa bu durumda alıcının malvarlığında oluşan zarar, "kişiye gelen zarar" olarak değil, "saf malvarlığı zararı" olarak nitelendirilmelidir<sup>806</sup>. Dolayısıyla alıcı bu kapsamda uğramış olduğu zararın tazminini CISG m. 74 uyarınca talep edebilmelidir.

## 2. Tam Tazmin İlkesi Çerçevesinde Tazmin Edilebilecek Zarar Türleri

Zarar kavramı konusunda yapılacak çeşitli ayrımlar, hangi zarar kalemlerinin tazmin edileceği konusunda aydınlatıcı olabilir. Ancak Antlaşma'da kural olarak her tür zarar kaleminin tazmin edilebilir nitelikte olduğu ve gerekli koşullar sağlandığı takdirde tazmin edileceği unutulmamalıdır<sup>807</sup>. Zarar ayrımlarına gereğinden fazla anlam atfederek yapılacak peşin kabullerden kaçınılmalıdır<sup>808</sup>.

Zarar kavramı, farklı kriterlere göre çeşitli ayrımlara tabi tutulabilir. Örneğin İsviçre - Türk hukukunda ihlal edilen menfaatin türüne göre yapılan olumlu zarar ile olumsuz zarar ayrımı yukarıda incelenmiş ve Antlaşma'nın bu iki zarar türünün de tazminine olanak tanıdığı belirtilmiştir. Ancak Antlaşma, zararın sınıflandırılmasına ilişkin olarak olumlu zarar ile olumsuz zarar gibi Alman hukuk çevresine özgü ve dogmatik açıdan oldukça tartışmalı kavramlar kullanmaktan kaçınmıştır. Bu ayrım

<sup>804</sup> **Khoo**, Bianca/Bonell, Art. 5 para. 2.2; **Enderlein/Maskow**, Art. 74 para. 4; **Atamer**, CISG, s. 107; **Peter Schlechtriem**, Commentary on Oberlandesgericht Düsseldorf 2 July 1993, Çevrimiçi Erişim: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930702g1.html>>, Son Erişim Tarihi: 01.05.2013; **Magnus**, Tazminat, s. 294.

<sup>805</sup> **Schwenzer/Hachem**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 5 para. 10; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 14; **Mistelis/Ribeiro**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 5, para. 13-14. Bu görüşü destekleyen bir Alman mahkemesi kararı, aksi görüşteki yazarlar tarafından oldukça eleştirilmiş olsa bile, kanımca m. 5'in içeriğini isabetli olarak yansıtmaktadır. Karara konu olan olayda Alman alıcı, Amerikan satıcıdan bir kesme makinesi satın almış ve bu makineyi Rus bir firmaya satarak onun fabrikasına monte etmiştir. Fakat makinedeki sözleşmeye aykırılık sebebiyle gerçekleşen kazada Rus firmanın işçilerinden biri ölmüş, bir kısmı ise yaralanmıştır. Mahkeme alıcının Rus firmaya ödemek zorunda kalacağı tazminattan ötürü, satıcının m. 74 vd. uyarınca sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir. Karar için bkz. *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 02.07.1993, CISG-Online No. 74.

<sup>806</sup> Bütünlük menfaatinin kapsamına giren tipik zararlar, kişiye gelen zararlar, şeye gelen zararlar ve saf malvarlığı zararları olarak üç başlık altında gruplandırılmaktadır. Bu konuda bkz. **Ergüne**, s. 33-34.

<sup>807</sup> **Saidov**, Limiting Damages, s. 314; **Huber**, Huber/Mullis, s. 269.

<sup>808</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 269.

yerine CISG m. 74 yoksun kalınan karın da tazmin edileceğini belirterek dolaylı yoldan fiili zarar ile yoksun kalınan kar ayırımına atıf yapmıştır. Antlaşma'nın bu ifadesi alıcının hem uğramış olduğu fiili zararın hem de yoksun kaldığı karın tazminini talep edebileceğini açık bir biçimde ortaya koymaktadır<sup>809</sup>. Fiili zarar (*damnum emergens*), alıcının malvarlığının aktifinde meydana gelmiş olan azalma veya pasifinde meydana gelmiş olan artma biçiminde kendini gösterir. Örneğin alıcının kendi müşterilerine verdiği taahhütleri satıcının malları geç teslim etmesi üzerine yerine getiremeyip ödemek zorunda kaldığı cezai şartlara ilişkin meblağ, fiili zarardır. Yoksun kalınan kar (*lucrum cessans*) ise malvarlığının artma imkanının kaybedilmesidir. Malvarlığının aktifindeki artmanın veya pasifindeki azalmanın engellenmesi biçiminde görülür<sup>810</sup>. Verdiğimiz örnekte alıcının kendi müşterilerine verdiği taahhütleri yerine getiremeyip bu taahhütlerin ifası neticesinde elde edeceği kazançtan mahrum kalması, yoksun kalınan kar kapsamında değerlendirilir<sup>811</sup>. Bazı hukuk sistemlerinde yoksun kalınan karın tazmin edilebilir nitelikte olmaması, Antlaşma'nın metninde bu kavrama yer verilmesine sebep olmuştur. Böylelikle ulusal hukuk temelli yaklaşımların tazminat edilecek zararın kapsamını fiili zarara indirgemesinin önüne geçilmiştir<sup>812</sup>.

Bir başka kriter çerçevesinde, zarar kavramı, maddi zarar (*pecuniary loss*) ve manevi zarar (*non-pecuniary loss*) biçiminde bir ayrıma tabi tutulabilir. Baskın görüş uyarınca, CISG'nin tazminat sistemi, yalnızca maddi zararların tazminine özgülenmiştir. Manevi zararların tazmininin Antlaşma çerçevesinde talep edilmesi

<sup>809</sup> **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 3.2; **Audit**, para. 172; **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 1; **Enderlein/Maskow**, Art. 74 para. 4; **Saidov**, Limiting Damages, s. 313; **Dayioğlu**, s. 87; **Erkan**, s. 41-42.

<sup>810</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 856; **Oğuzman/Öz**, Cilt-1, s. 434; **Saidov**, Limiting Damages, s. 317; **Antalya**, s. 460-461.

<sup>811</sup> Antlaşma çerçevesinde yoksun kalınan karın tazmin edileceği şüphesizdir. Fakat kar elde etme şansından yoksun kalmanın (*loss of a chance*) tazminat sorumluluğu doğurup doğurmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. **Dayioğlu**, s. 94-95. Alıcı yoksun kaldığı şansı elde etmek amacıyla özel olarak söz konusu sözleşmeyi yapmışsa yoksun kalınan şansın tazmin edilmesi gerektiği yönünde bkz. **CISG-AC No. 6**, Comment para. 3.16; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 60. Yoksun kalınan şansın taşıdığı ekonomik değer in ispatlanabildiği ölçüde tazmin edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art 74 para. 37. Yoksun kalınan şansın başlı başına bir değer taşıdığı ve tazmin edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Djakhongir Saidov**, "Damages: The Need for Uniformity", Journal of Law and Commerce, Vol. 25 2005-2006 s. 393 vd.,s. 402. Alıcının kar elde etme şansından yoksun kalmasının somut olayda tazminat sorumluluğuna yol açmayacağına hükmedilen bir mahkeme kararı için bkz. *Handelsgericht des Kantons Zürich*, 10.02.1999, CISG-Online No. 488.

<sup>812</sup> **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 3.3; **Huber**, Huber/Mullis, s. 269; **Dayioğlu**, s. 92-93. Ulusal hukuklardaki yoksun kalınan karın tazmininin sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin CISG'a tabi sözleşmeler açısından uygulanması mümkün değildir (**CISG-AC No. 6**, Comment para. 3.12).

mümkün değildir<sup>813</sup>. Bu kapsamdaki en önemli sorun olan itibar zararlarının (*goodwill damages*) tazmininin m. 74 uyarınca talep edilip edilemeyeceği konusunda farklı fikirler ileri sürülmektedir. Bu farklı görüşler, temel olarak, itibar zararlarının CISG çerçevesinde tazmin edilmesinin mümkün olduğu konusunda birleşmektedirler<sup>814</sup>.

Doktrinde zarar kavramının daha çok üçlü bir ayırım çerçevesinde (ifa etmeme zararı, refakat eden zarar ve devam eden zarar) incelendiği görülmektedir<sup>815</sup>. Bu ayırma, tam tazmin ilkesi ile öngörülebilirlik ilkesi arasında bağlantı kurmayı kolaylaştırması sebebiyle çalışmamızda da değinilecektir.

İfa etmeme zararı (*non-performance loss*), ifa menfaatinin yerine gelmemesi sebebiyle alıcının malvarlığında oluşan değer kaybı ve alıcının ifa gereği gibi gerçekleşmiş olsaydı içinde bulunacağı duruma gelmek için almış olduğu makul önlemlere ilişkin yaptığı masraflardan ibarettir<sup>816</sup>. İfa etmeme zararı, tipik olarak sözleşmeye aykırı mal teslimi durumunda alıcının ediminin karşılığını teşkil eden edimdeki değer eksikliği biçiminde görülür<sup>817</sup>. Bu tipik görünümün yanı sıra alıcının sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı içinde bulunacağı duruma gelmek için almış olduğu makul önlemlere ilişkin yaptığı masraflar da ifa etmeme zararı olarak

<sup>813</sup>Huber/Mullis, s. 279; Schlechtriem/Butler, para. 299a; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 38; Erdem, Sözleşmeden Dönme, s. 876. Schwenger ise Antlaşma'nın sisteminin manevi zararların tazminini dışlamadığını savunmaktadır. Fakat şans kaybı ve itibar kaybı kavramlarının maddi değeri olduğu kabul edildiği takdirde, geriye tazmin edilebileceği düşünülecek herhangi bir manevi değer kalmayacağını da eklemektedir. İhlal sebebiyle duyulan manevi acı ve ızdırap gibi tipik manevi zarar kalemlerinin tazmini mümkün değildir (Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 74 para. 39). Antlaşma'nın maddi zararların tazminine özgülünmüş olması kuralının iki istisnası bulunduğu yönünde bkz. Saidov, Limiting Damages, s. 328.

<sup>814</sup>Saidov, Limiting Damages, s. 329; Saidov, Need for Uniformity, s. 398-399; CISG-AC No. 6, Comment para. 7.1; Huber/Mullis, s. 279-280; Schlechtriem/Butler, para. 299a; Magnus, Tazminat, s. 295; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 74 para. 34; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 63. Farklı bir görüş için bkz. Schneider, Measuring Damages, s. 229.

<sup>815</sup>Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 74 para. 20 vd.; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 16 vd.; Ulusu, s. 21 vd.; Dayioğlu, s. 87 vd. Bu ayırımın eleştirisi için bkz. Saidov, Limiting Damages, s. 315-316. Bu ayırım çerçevesinde başvurulacak kavramların otonom olarak yorumlanması çok önemlidir. Özellikle refakat eden zarar ve devam eden kavramlarının, UCC § 2-715'teki *incidental damages* ve *consequential damages* kavramlarıyla özdeşleştirilmemesi gerekir.

<sup>816</sup>Farklı ifa etmeme zararı tanımları için bkz. CISG-AC No. 6, Comment para. 3.1; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 74 para. 21; Dayioğlu, s. 87; Ulusu, s. 21. İfa etmeme zararının, kural olarak, alıcının ihlal sebebiyle yoksun kaldığı menfaatin piyasa değerinin ölçülmesiyle veya alıcının sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı bulunacağı duruma gelmek için almış olduğu makul önlemler ilişkin yaptığı masrafların göz önünde tutulmasıyla hesaplanacağı yönünde; bkz. CISG-AC No. 6, Comment para. 3.

<sup>817</sup>Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 74 para. 23; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 18.

değerlendirilir<sup>818</sup>. Örneğin satıcının teslim ettiği buhar makinesinin elektrik aksamının bozuk olduğu durumda, alıcının makineyi tamir etmek için yapmış olduğu harcama, bu kapsama girecektir. İfa etmeme zararı, alıcı sözleşmeden döndüğü takdirde, m. 75 uyarınca yaptığı ikame alıma kıyasla somut olarak veya m. 76 uyarınca piyasadaki cari fiyata kıyasla soyut olarak hesaplanabilir<sup>819</sup>. Sözleşmeden döndükten sonra m. 75'teki şartları sağlayan ikame bir işlem yapan alıcının uğramış olduğu ifa etmeme zararı, dönülen sözleşmedeki satım bedeli ile ikame işlemdeki satım bedeli arasındaki farktır<sup>820</sup>. Sözleşmeden dönmesine rağmen herhangi bir ikame bir işlem yapmayan alıcının ifa etmeme zararı ise dönülen sözleşmede kararlaştırılan satım bedeli ile satım konusu malın piyasadaki cari fiyatı arasındaki farktır<sup>821</sup>.

Refakat eden zarar (*incidental loss*), alıcının oluşabilecek diğer olumsuzlukları önlemek amacıyla yapmış olduğu masraflar yüzünden uğradığı zarardır<sup>822</sup>. Sözleşmeden dönen alıcının kendisine teslim edilmiş olan sözleşmeye aykırı malları muhafaza ve iade etmek için yapmış olduğu masraflar bu çerçevede tazmin edilmelidir. Yine sözleşmeden dönen alıcının ikame bir satım sözleşmesi kurmak maksadıyla ödediği komisyon bedeli refakat eden zarardır. Bu kapsamda alıcının hakkını elde etmek için başvurduğu yargısal koruma faaliyeti (dava veya takip gibi) giderleri ile bu çerçevede yapılan diğer mahkeme dışı masrafların tazmininin özel olarak ele alınması uygun olur. Zira bu zarar kalemlerinin Antlaşma uyarınca talep edilip edilemeyeceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Baskın görüş uyarınca, alıcının, yapmış olduğu yargılama giderlerinin (*litigation costs*) tazminini satıcıdan Antlaşma uyarınca talep etmesi mümkün değildir. Tazminat konusunun dışında kaldığı kabul edilen yargılama giderlerinden hangi tarafın sorumlu olacağı, *lex fori*'ye göre belirlenecektir. *Lex fori* gerektirdiği takdirde, alıcı bu masrafları satıcıya yükleyemeyip yargılama giderlerine bizzat

<sup>818</sup>CISG-AC No. 6, Comment para. 3.2; Dayioğlu, s. 87; Ulus, s. 21.

<sup>819</sup>Schwenzer, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 22; Dayioğlu, s. 87.

<sup>820</sup>Bkz. aşağıda "Bölüm 4 / IV. / D. / 2. / a. Sözleşmeden Dönen Alıcının Zararının Somut Yöntemle Hesaplanması"

<sup>821</sup>Bkz. aşağıda "Bölüm 4 / IV. / D. / 2. / b. Sözleşmeden Dönen Alıcının Zararının Soyut Yöntemle Hesaplanması"

<sup>822</sup>CISG-AC No. 6, Comment para. 4.1; Schwenzer, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 27; Dayioğlu, s. 89; Ulus, s. 22. Bu zararların "ifa etmeme zararları gibi sözleşmeye aykırılık neticesinde doğrudan meydana gelen zararlar olmasalar da, sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğal olarak meydana gelen zararlar" olduğu yönünde bkz. Ulus, s. 22.



kendisi katlanmak durumunda kalabilir<sup>823</sup>. Yargılama gideri olarak nitelendirilemeyecek mahkeme dışı masraflardan (*extra-judicial costs*) sorumluluk konusunda ise bir görüş yine *lex fori*'ye başvurulması gerektiğini belirtirken; aksi görüş CISG m. 74 çerçevesinde tazminin mümkün olduğunu savunmaktadır<sup>824</sup>.

Devam eden zararlar (*consequential loss*), ifa menfaatiyle ilgisi olmayan, ihlalin alıcının içinde bulunduğu koşullar sebebiyle yol açtığı ek zararları<sup>825</sup>. Alıcının yoksun kaldığı kar ve üçüncü kişilere ödediği tazminatlar gibi pek çok zarar kalemi bu çerçevede değerlendirilecektir.

### C. Tazminat Sorumluluğunun Kapsamının Sınırlanması

Tam tazmin ilkesi ile alabildiğine geniş tutulan tazminat sorumluluğunun kapsamı, belirli sınırlar çerçevesinde daraltılmalıdır<sup>826</sup>. Antlaşma'da satıcının tazminat sorumluluğunun kapsamını daraltan üç kurumun varlığı tespit edilebilir<sup>827</sup>:

- 1) Satıcı, ihlaline bir nedensellik bağı ile bağlanamayan zararlardan ötürü sorumlu tutulamaz.
- 2) Satıcı, sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngörmediği ve öngöremeyeceği zararlardan ötürü sorumlu tutulamaz.
- 3) Satıcı, alıcının kendisinden beklenebilecek makul önlemleri almayarak oluşmasına

<sup>823</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 278; **John Y. Gotanda**, "Awarding Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods: A Matter of Interpretation", Georgetown Journal of International Law Vol. 37 2005-2006, s. 95 vd., s. 129; **CISG-AC No. 6**, Comment para. 5.4; **Magnus**, Tazminat, s. 295; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 29; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 70.

<sup>824</sup> İlk görüş için bkz. **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 30. İkinci görüş için bkz. **Huber**, Huber/Mullis, s. 279; **Magnus**, Tazminat, s. 295; **Gotanda**, Awarding Damages, s. 129; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 73. Bu konudaki tartışmanın odak noktası, yargılama dışı hukuki danışmanlık masraflarının akıbetidir. Nitekim ilk görüş çerçevesinde bu tür ücretlerden ötürü sorumluluğun *lex fori*'ye tabi olacağı savunulmaktadır (**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 30). İkinci görüşü savunan yazarlar ise avukatlara ödenen ücretlerin kural olarak vekalet ücreti kapsamında kabul edilip, tıpkı yargılama masrafları gibi *lex fori*'ye tabi olacağını belirtmekte; fakat yargılama dışı hukuki danışmanlık masraflarının tazmininin Antlaşma uyarınca talep edilebileceğini savunmaktadır (**Huber**, Huber/Mullis, s. 278-279; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 70 ve 73). Amerikan hukuku, diğer pek çok hukuk sisteminin aksine avukatlık ücretlerinin davada haksız çıkan ve aleyhine hüküm verilen tarafa yüklenmesine izin vermemektedir. Dava tarafları ödemiş oldukları avukatlık ücretlerine bizzat katlanmalıdır. Soruna bu kendine özgü özelliğın sonuçları itibarıyla yaklaşan **Flechtner**, avukatlık ücretlerine katlanacak tarafın *lex fori*'ye göre belirlenmesinin zorunlu olduğunu savunmaktadır (**Honnold**, para. 408). Bu görüşün detaylı şekilde ortaya koyulduğu bir makale için bkz. **Flechtner**, **Harry M.**, "Recovering Attorneys' Fees as Damages under the U.N. Sales Convention (CISG): The Role of Case Law in the New International Commercial Practice, with Comments on Zapata Hermanos v. Hearthside Baking", Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 22 2001-2002 s. 121 vd.

<sup>825</sup> **Ulusu**, s. 23. Farklı tanımlar için bkz. **CISG-AC No. 6**, Comment para. 6.1; **Dayioğlu**, s. 92.

<sup>826</sup> Bu konuya ilişkin detaylı bir karşılaştırmalı hukuk incelemesi için bkz. **Treitel**, para. 122 vd.

<sup>827</sup> Bu yönde bkz. **Gotanda**, Awarding Damages, s. 103.

engel olmadığı zararlardan ötürü sorumlu tutulamaz. Bu bölümde bu kurumların hepsine değinilecektir. Ancak tam tazmin ilkesini asıl dengeleyen ve tazminat sorumluluğunun kapsamını sınırlayan kavram, öngörülebilirlik ilkesidir<sup>828</sup>. Diğer kurumlar öngörülebilirlik ilkesini desteklemektedir.

## 1. Nedensellik Bağı

Bir zarar kaleminin tazmin edilmesi için, öncelikle bu zarara satıcının ihlalinin sebep olmuş olması gerekir. Bu itibarla satıcının ihlali ile alıcının zararı arasında bir nedensellik bağına varlığı aranır. Antlaşma ihlal ile zarar arasındaki nedensellik bağına kurulmasına ilişkin özel bir düzenleme yapmadığından, satıcının ihlalinin alıcının zararı açısından *conditio sine qua non* niteliğinde olması yeterlidir<sup>829</sup>. Nedensellik bağı şart teorisi çerçevesinde aranacaktır; uygun bir nedensellik bağına varlığına gerek yoktur<sup>830</sup>.

Bu sebeple tazminat sorumluluğunun kapsamının sınırlanması açısından nedensellik bağına önemli bir işlevi bulunmamaktadır. Şart teorisine göre aranan nedensellik bağı, delikleri oldukça geniş olan bir süzgeç gibidir. Gerçekleşmesi bakımından ihlalin *conditio sine qua non* teşkil ettiği zararlar kalemleri, ihlalin uzak veya yakın sonucu olmasının yahut hayatın olağan akışına uygun veya aykırı sonucu olmasının önemi olmaksızın engeli geçecektir<sup>831</sup>. İhlalin uzak yahut hayatın olağan akışına aykırı olarak değerlendirilebilecek sonucu olan zararlar kalemlerinin tazminat sorumluluğundan dışlanmasını sağlayabilecek olan kurum, öngörülebilirlik ilkesidir<sup>832</sup>.

<sup>828</sup> Öngörülebilirlik ilkesinin tazminat sorumluluğunun kapsamını sınırlayan asli unsur olduğu yönünde bkz. **Saidov**, *Limiting Damages*, s. 333.

<sup>829</sup> **Atamer**, CISG, s. 430; **Huber**, *Huber/Mullis*, s. 270; **Schwenzer**, *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 74 para. 40; **Dayioğlu**, s. 84.

<sup>830</sup> **Atamer**, CISG, s. 430-431; **Dayioğlu**, s. 84-85. Konuyu detaylı olarak inceleyen *Ulus* ise nedensellik bağı konusunda şart teorisi de dahil olmak üzere hiçbir teorisinin uygulama alanı bulamayacağını savunmaktadır. Yazara göre, nedensellik hukuki anlamından arındırılarak kelime anlamıyla kullanılmalı ve nedensellik bağına kurulabilmesi için “toplumsal sağduyu ve tecrübe” ölçütünden başka hiçbir kavrama başvurulmamalıdır (**Ulus**, s. 145-146).

<sup>831</sup> Antlaşma’da doğrudan zarar ile dolaylı zarar ayırımına yer verilmemiştir (**Enderlein/Maskow**, Art. 74 para. 3).

<sup>832</sup> Buna rağmen, **Saidov**, teorik olarak öngörülebilirlik ilkesinin nedensellik bağına yerini aldığından söylemeyeceğini belirtmektedir. Yazara göre, öngörülebilirlik ve nedensellik bağı birbirlerinden bağımsız olarak tazminat sorumluluğunu sınırlandırmaktadırlar. Nadir de olsa bazı durumlarda öngörülebilirlik ilkesi çerçevesinde tazminat sorumluluğunun kapsamına giren bir zarar kalemi, ihlal ile arasında nedensellik bağı bulunmadığı için tazminat sorumluluğunun dışına atılabilir (**Saidov**, *Limiting Damages*, s. 344 vd.). Aynı yönde bkz. **Ulus**, s. 142. Bu açıdan *Erkan*’ın nedensellik

## 2. Öngörülebilirlik İlkesi

Antlaşma'nın tazminat sisteminde, satıcının tazminat sorumluluğunun kapsamının sınırlarını asli olarak öngörülebilirlik ilkesi çizer<sup>833</sup>. Öngörülebilirlik ilkesi uyarınca, satıcının tazminat sorumluluğu, “sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zarar” ile sınırlandırılmıştır. Fransız hukuku kaynaklı olan ve *Hadley v. Baxendale* kararıyla *common law*'da yaygın bir uygulama kazanan öngörülebilirlik ilkesi, Antlaşma çerçevesinde ulusal hukuklardan bağımsız olarak yorumlanmalıdır<sup>834,835</sup>.

Öngörülebilirlik ilkesi, tazminat sorumluluğunun sınırlarını çizerken tarafların sözleşmenin kurulması esnasında birbirlerine vermiş oldukları bilgiler

---

bağının öngörülebilirlik ile kurulacağını belirten yaklaşımına katılmanın imkanı yoktur (**Erkan**, s. 42).

<sup>833</sup> Öngörülebilirlik ilkesinin uygulanmasının, İsviçre - Türk hukukundaki uygun nedensellik bağının uygulanması ile pratikte benzer sonuçlar yarattığı yönünde bkz. **Neumayer/Ming**, AvantArt. 74 para. 1 dn. 1; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 877. Kanımca bu benzerlik oldukça sınırlıdır. Aşağıda görüleceği üzere, alıcının satıcıyı ihlalin belirli bir zarara yol açabileceği konusunda uyardığı durumda, bu zarar hayatın olağan akışına aykırı olsa bile öngörülebilir kabul edilecektir. Bu açıdan ihlal ile uygun nedensellik bağı içerisinde olmayan zararlar, öngörülebilir nitelikte olabilir. Alman hukukundaki uygun nedensellik bağı teorisi ile *common law*'daki farklılıklarını ortaya koyan bir inceleme için bkz. **Treitel**, para. 138.

<sup>834</sup> **Honnold**, para. 407; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 46; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 43; **Ulus**, s. 107. CISG'da benimsenen öngörülebilirlik ilkesinin kökeni, bazı yazarlar tarafından doğrudan doğruya *Hadley v. Baxendale* kararına dayandırılmaktadır. İlkenin kaynağı hakkında kapsamlı bir çalışma yapmış olan **Ferrari** ise kökleri Roma hukukuna kadar dayandırılabilir bu ilkenin asıl çıkış noktasının Fransız hukuku olduğunu ortaya koymaktadır (**Franco Ferrari**, “Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law”, Louisiana Law Review Vol. 53 1992-1993 s. 1257 vd.). Aynı yönde bkz. **Atamer**, CISG, s. 442 vd.; **Slechtriem/Butler**, para. 302; **Dayıoğlu**, s. 124 vd. Yazarın belirttiği üzere, 1854 tarihli *Hadley v. Baxendale* kararı, 1804 tarihinde FrCC m. 1150'de kanunlaştırılmış ve Amerikan hukukunu halihazırda etkilemiş bir fikre *common law*'da yaygın bir uygulama kazandırmıştır. Öngörülebilirlik ilkesinin kökenine ilişkin olarak yapılan değerlendirmeler bir yana, bu ilkenin CISG bağlamında otonom olarak yorumlanması zorunludur. Zira Antlaşma'da bu kavram ulusal hukuklardaki yansımalarıyla örtüşecek biçimde şekillendirilmemiştir. Nitekim öngörülebilirlik ilkesinin *common law*'daki yansıması olan hesaba katma kuralı (*contemplate rule*), tazminat borçlusunun sorumluluğunu Antlaşma'dakine kıyasla daha fazla daraltmaktadır (**Ferrari**, Foreseeability, s. 1268). Öngörülebilirlik ilkesinin *Hadley v. Baxendale*'daki ve CISG'daki görünümünün kıyaslanması için bkz. **Saidov**, Limiting Damages, s. 334 vd.; **Ulus**, s. 110 vd. CISG'daki öngörülebilirlik ilkesi ile *Hadley v. Baxendale*'daki öngörülebilirlik ilkesinin özdeş olduğunu belirterek buna göre değerlendirme yapan bir Amerikan mahkemesi kararı bu açıdan eleştirilmelidir. Karar için bkz. *U.S. District Court, S.D. of New York*, 23.08.2006, CISG-Online No. 1272. Aynı isabetsiz tespiti yapan başka bir Amerikan mahkemesi kararı için bkz. *U.S. Court of Appeals (2nd Cir.)*, 06.12.1995, CISG-Online No. 140.

<sup>835</sup> Modern borçlar hukuku gelişmeleri çerçevesinde de sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğu, öngörülebilirlik ilkesi ile sınırlandırılmaktadır. Bkz. UNIDROIT İlkeleri m. 7.4.4; PECL m. 9:503; DCFR III. – 3:703.

ışığında tesis edilmiş olan dengeyi gözetir. Bu açıdan taraflar arasındaki sözleşme müzakereleri aşamasında bilgi alışverişini teşvik eden ilke, uluslararası ticaretin yapısına uygundur ve ekonomik verimlilik amacına hizmet etmektedir<sup>836</sup>. Zira uluslararası ticarete taraflar sözleşmenin kurulması anında öngörülebilir olan rizikoları dikkate alarak bir sözleşme kurup kurmamaya karar verirler ve kuracakları sözleşmenin hükümlerini (özellikle sözleşmedeki edim-karşı edim dengesini sağlayan satım bedelini) belirlerler. Öngörülmesi mümkün olmayan rizikolar, bu anlamda taraflar arasındaki irade uyuşmasının dışında kalmış olur. Taraflar öngörülebilir nitelikleri itibarıyla dikkate aldıkları rizikoları sigorta ettirecek ve bu rizikoları karşı gerekli korumayı sağlayacaklardır<sup>837</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere, bir zarar kaleminin tazminat sorumluluğu kapsamına girmesi için, satıcının ihlali ile alıcının zararı arasında bir nedensellik bağının bulunması gereklidir ama yeterli değildir. Ayrıca bu zararın sözleşmenin kurulması esnasında satıcı tarafından öngörülebilir olması gerekir. Satıcının sözleşmeyi ihlal ederken kusurlu olup olmamasının öngörülebilirlik ilkesi yönünden bir önemi yoktur. Satıcı sözleşmeyi kasten ihlal etmiş olsa bile, öngöremeyeceği zararlardan ötürü sorumlu tutulmayacaktır<sup>838</sup>.

Peki bir zararın öngörülebilir olduğunun kabul edilmesi için kimin, hangi anda, neye ilişkin öngörülebilir bulunabilecek olması aranmaktadır? **a)** Öngörülebilir bulunabilecek olması aranan taraf, tazminat yükümlüsü olan satıcıdır<sup>839</sup>. Ancak bu konudaki değerlendirme hem objektif hem subjektif ölçütlere göre yapılacak ve

<sup>836</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 4; **Ulus**, s. 109; **Dayioğlu**, s. 123.

<sup>837</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 4. Aynı yönde bkz. **Atamer**, CISG, s. 441-442; **Huber**, Huber/Mullis, s. 272 **Slechtriem/Butler**, para. 302.

<sup>838</sup> **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 2.15; **Audit**, para. 172; **Atamer**, CISG, s. 441; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 45; **Ulus**, s. 108; **Dayioğlu**, s. 123. CISG'da sözleşmenin kasten ihlal edildiği durumda öngörülebilirlik ilkesinin uygulanmayacağı yönünde bir ifade bulunmasa bile bu sonuca Antlaşma'nın temelindeki genel ilkelerden hareket edilerek ulaşılabileceği yönünde bkz. **Enderlein/Maskow**, Art. 74 para. 8. UNIDROIT İlkeleri'nde de CISG'a paralel olarak sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusuru ile öngörülebilirlik ilkesi birbirlerinden bağımsız olarak ele alınmıştır (Bkz. UNIDROIT İlkeleri m. 7.4.4). PECL ve DCFR çerçevesinde ise sözleşmeyi kasten veya ağır ihmalle ihlal etmiş olan taraf açısından öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılamayacaktır. Borçlu öngöremeyeceği zararlardan bile sorumlu tutulur (Bkz. PECL m. 9:503 ve DCFR m. III. – 3:703).

<sup>839</sup> **Saidov**, Limiting Damages, s. 339; **Atamer**, CISG, s. 446-447; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 47; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 47; **Ulus**, s. 111; **Dayioğlu**, s. 129. *Common law*'da ise hem sözleşmeyi ihlal eden hem de zarara uğrayan tarafın öngörülebilir bulunabilecek olması aranmaktadır (**Saidov**, Limiting Damages, s. 339; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 47; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 47; **Ulus**, s. 111; **Dayioğlu**, s. 130).

satıcının bu iki ölçütten herhangi biri çerçevesinde öngörülebilirlik bulunabilecek olması yeterli kabul edilecektir<sup>840</sup>. Buna göre, m. 8(2) anlamında satıcı ile aynı konumda makul bir kişi zararı öngörebilecekse, satıcının bizzat kendisinin bunu yapmış olup olmadığına bakılmayacaktır. Diğer yandan alıcının olağan dışı rizikolar konusunda satıcıyı özel olarak haberdar ettiği ve satıcının zararı subjektif olarak öngörmüş olduğu durumda, alıcı ile aynı konumdaki makul kişi değerlendirmesine yer olmayacaktır<sup>841</sup>. Objektif ve subjektif ölçütlerin içeriğini belirlerken, yani satıcının konumundaki makul bir kişinin veya bizzat satıcının öngörmesi gereken rizikoları tespit ederken sözleşme hükümleri, ticari teamüller ve satıcının bilgisi dikkate alınmalıdır<sup>842</sup>. **b)** Satıcının bu zararı, sözleşmenin kurulduğu anda öngörebilecek olması gerekir<sup>843</sup>. Yani sadece satıcının sözleşmenin kurulmasından önce vakıf olduğu bilgiler öngörülebilirlik değerlendirmesi açısından dikkate alınabilir. Bu bilgilererek olarak satıcının sözleşmenin kurulmasından sonra öğrendiği bilgilerin değerlendirmeye dahil edilmesi mümkün değildir. **c)** Satıcı sadece ihlalinin “olası sonucu” (*possible consequence*) olarak öngördüğü zararlardan sorumlu olacaktır. Bu

<sup>840</sup> Bu yönde bkz. *Oberster Gerichtshof*, 14.01.2002, CISG-Online No. 643;

<sup>841</sup> **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 2.10; **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 3; **Enderlein/Maskow**, Art. 74 para. 8; **Schneider**, Measuring Damages, s. 229; **Saidov**, Limiting Damages, s. 341-342; **Atamer**, CISG, s. 447; **Huber**, Huber/Mullis, s. 272-273; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 49; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 44; **Dayıoğlu**, s. 130-131. Bu sebeple öngörülebilirlik ilkesinin normatif bir nitelik taşıdığı yönünde bkz. **Atamer**, CISG, s. 447; **Huber**, Huber/Mullis, s. 274. Objektif ve subjektif ölçütün içeriğine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Ulus**, s. 114 vd.

<sup>842</sup> Bu konuda bkz. **Ulus**, s. 118 vd.

<sup>843</sup> **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 2.13; **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 3; **Saidov**, Limiting Damages, s. 339; **Atamer**, CISG, s. 448; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 47; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 45; **Dayıoğlu**, s. 132; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 877. Bu açıdan sözleşmenin kurulma anını tespit etmek son derece önemlidir. *Ulus*, sözleşmenin kurulma anı ifadesini, “sözleşmenin ifa edilmeye başlandığı an” olarak yorumlamaktadır (**Ulus**, s. 135). Yazarın bu görüşünü desteklemek üzere vermiş olduğu örnek, oldukça ilgi çekicidir. Örnekte taraflar bir paketleme makinesinin satımı konusunda anlaşmış, fakat henüz makine alıcıya gönderilmeden evvel alıcı satım konusu makineyi tuz paketlemek amacıyla kullanacağını belirtmiştir. Oysa makine, tuz paketleyebilecek niteliklere sahip değildir. Satıcının makineyi buna rağmen gönderdiği durumda, alıcının tuz paketleyememesi sebebiyle uğrayacağı zararı tazmin etmekle yükümlü olup olmayacağı sorunu gündeme gelmektedir. Yazar, “sözleşme sonrası davranışların” da öngörülebilirlik çerçevesinde değerlendirmeye alınması gerektiğini belirterek, bu zararların öngörülebilir olması ve satıcı tarafından tazmin edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu kapsamda da sözleşmenin kurulma anının, sözleşmenin ifa edilmeye başlandığı an olarak yorumlanmasının zorunlu olduğunu belirtmektedir (**Ulus**, s. 134-135). Kanımca bu görüşün desteklenmesi oldukça zordur. Bu görüş benimsendiği takdirde, alıcı, sözleşme görüşmeleri sırasında hakkında hiçbir bilgi vermediği rizikoları sözleşme kurulduktan sonra bildirerek satıcıya yükleyebilecektir. Böylelikle sözleşmenin içeriği tek taraflı olarak değiştirilmiş olur. Tarafların sözleşmenin kurulması yönünde irade beyanında bulunurken esas aldıkları riziko dengesinin, sözleşme kurulduktan sonra tek taraflı olarak değiştirilebilmesi öngörülebilirlik ilkesinin mantığıyla bağdaşmaz. “Sözleşmenin kurulma anı” ifadesinin, kabul beyanının hüküm ifade etmeye başladığı an olarak yorumlanması ve m. 23 ışığında değerlendirilmesi gerekir. Sözleşme sonrası davranışların, bu anlamda öngörülebilirlik değerlendirmesi çerçevesinde dikkate alınmaması gerekir. Sözleşme sonrası davranışlar, taraflar arasında sözleşme kurulduğu anda var olan irade uyusmasını yansıttığı ölçüde öngörülebilirlik değerlendirmesinde dikkate alınabilecektir.

itibarla öngörülebilir olması aranan olgu, ihlalin zarara yol açabilecek olması olasılığıdır<sup>844</sup>. Olasılık, oldukça geniş bir kavramdır. Kuvvetli bir olasılık (*probability*) aranmasına gerek yoktur. Bu açıdan Antlaşma *common law*'a kıyasla daha esnek bir kriter benimsemiş ve sözleşmeyi ihlal eden satıcının sorumluluğunu daha geniş tutmuştur<sup>845</sup>. Zararın hangi kapsamda öngörülebilir olması gerektiği konusu tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, zararın türüne ve genel kapsamına ilişkin bir öngörüde bulunulabilecek olmasını aramak yeterli olur. Zararın tam parasal karşılığına ilişkin öngörüde bulunulmuş olmasına gerek yoktur<sup>846</sup>. Ancak mevcut zararın kapsamının öngörülebilecek kapsamı aştığı durumda, bu fazla kısım tazminat sorumluluğunun dışında kalacaktır. Örneğin satım konusu petrolün teslim edilmemesi üzerine dönülen sözleşmedeki satım bedeline yakın bir bedel üzerinden ikame işlem yapmak zorunda kalan alıcının aradaki fark yüzünden uğradığı zarar, öngörülebilir olarak değerlendirilecektir. Fakat Petrol İhraç Eden Ülkeler Örgütü'nün uyguladığı kotaları sıkılaştırması sebebiyle alıcının döndüğü sözleşmedeki satım bedelinin üç katı karşılığında bir işlem yapması durumunda sözleşmenin kurulduğu anda zararın türü öngörülebilir nitelikte olmasına rağmen; zararın kapsamı öngörülebilir değildir. Bu durumda mevcut zararın öngörülebilecek kapsamı aşan kısmı tazminat sorumluluğunun dışında kalacaktır<sup>847</sup>.

<sup>844</sup> **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 2.9; **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 3; **Enderlein/Maskow**, Art. 74 para. 8; **Saidov**, Limiting Damages, s. 343; **Huber**, Huber/Mullis, s. 272; **Ulus**, s. 130. Aynı yönde bkz. *Oberster Gerichtshof*, 14.01.2002, CISG-Online No. 643. *Atamer*, öngörülebilirliği riziko temelli olarak ele almakta ve ihlalin zararı meydana getirmesi rizikosunun öngörülebilir olmasını aramaktadır (**Atamer**, CISG, s. 446).

<sup>845</sup> **Ferrari**, Foreseeability, s. 1268. Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 74 para. 48; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 46. *Common law*'da sözleşmeyi ihlal eden taraf, ihlalinin kuvvetle olası sonucu (*probable consequence*) olarak öngördüğü zararlardan sorumlu olacaktır. *Farnsworth*, UCC'deki kuvvetle olası ifadesi (*probability*) ile CISG'deki olası ifadesi (*possibility*) arasında derin bir farklılık olmadığını; zira CISG'deki olasılığın "veriler ışığında" tespit edileceğini belirtmektedir (**Farnsworth**, s. 253). Yine de bir İngiliz mahkemesi kararı olan "*Czarnikow Ltd v Koufos (The Heron II)*" kararında verilen bir örnekten hareketle CISG'deki olasılık kavramı ile *common law*'daki kuvvetli olasılık kavramı arasındaki fark net bir şekilde ortaya koyulabilir. Lord Reid'e göre, Elli iki karttan oluşan bir destenin ilk kartının karo olması kuvvetle olasıdır; fakat karo dokuzlusu olması sadece olasıdır. 1/52'lik bu olasılık "kuvvetli bir olasılık" olarak görülemez.

<sup>846</sup> **Saidov**, Limiting Damages, s. 343; **Atamer**, CISG, s. 446; **Enderlein/Maskow**, Art. 74 para. 8; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 74 para. 50; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 49; **Ulus**, s. 131-132. Aynı yönde bkz. *Oberster Gerichtshof*, 14.01.2002, CISG-Online No. 643.

<sup>847</sup> Bu sebeple sözleşmeden dönen ve ikame işlem yapan alıcının zararlarının hesaplanmasında m. 75'e başvurması çok önemlidir. Zira aşağıda inceleneceği üzere, m. 75 kapsamında hesaplanan zararlar açısından öngörülebilirlik denetiminin yapılmayacağı ve alıcının zararının tamamının tazmin edileceği savunulmaktadır.

Her bir zarar kaleminin satıcı tarafından sözleşme kurulduğu anda öngörülebilir nitelikte olup olmadığını, bu değerlendirme kriterleri çerçevesinde ve somut olayın koşulları ışığında ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir. Yine de belirli zarar tiplerine ilişkin olarak yol gösterici prensipler geliştirmek mümkündür. Ancak bu yol gösterici prensiplere somut olayın şartlarını gözeterek başvurulmalı ve peşin kabullerden kaçınılmalıdır<sup>848</sup>.

İfa etmeme zararı ve refakat eden zarar kapsamında kalan zarar kalemleri, genellikle satıcı tarafından öngörülebilir nitelikte olacaktır<sup>849</sup>. Zira bu zararı oluşturan ve zararın kapsamını belirleyen etkenler, alıcıya özgü koşullardan çoğunlukla bağımsızdır. Bu çerçevede kalan piyasa koşullarının satıcı aleyhine değişmesi rizikosu da kural olarak sözleşmeyi ihlal etmiş olan satıcıya yüklenmelidir<sup>850</sup>. Dolayısıyla ifa etmeme zararı ve refakat eden zararın tazmin edilebilirliği açısından öngörülebilirlik ilkesi kural olarak alıcıya sorun yaratmayacaktır. Öngörülebilirlik ilkesinin kritik önemi, devam eden zararların tazmin edilebilirliği konusunda gündeme gelir. Zira devam eden zararı oluşturan ve zararın kapsamını belirleyen (ifa etmeme zararı ve refakat eden zararın aksine) çoğu zaman alıcının içinde bulunduğu subjektif koşullardır<sup>851</sup>. Kural olarak malların ticari faaliyetin olağan akışına uygun biçimde kullanılmasının tipik sonuçlarının öngörülebilir olduğu kabul edilmelidir<sup>852</sup>. Bu sebeple alıcının malları yeniden satarak elde edeceği kardan mahrum kalması yüzünden uğradığı zararın satıcı tarafından öngörülebilir olması, ticari faaliyetin olağan akışının doğal sonucudur<sup>853</sup>. İhlalin alıcının üretimini durdurması sebebiyle oluşan zararlar, da aynı kapsamda değerlendirilebilir<sup>854</sup>. Ayrıca alıcının kendi taahhütlerini ifa edememesi sebebiyle doğan sorumluluğundan ötürü uğradığı zarar ve özellikle ödemek zorunda kaldığı makul ölçüyü aşmayan cezai şartlar da öngörülebilir niteliktedir<sup>855</sup>. Alıcı satım

<sup>848</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 51.

<sup>849</sup> **Atamer**, CISG, s. 448-449; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 52-53; **Dayioğlu**, s. 133; **Ulus**, s. 149 ve 153.

<sup>850</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 52.

<sup>851</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 54; **Dayioğlu**, s. 134.

<sup>852</sup> **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 4; **Huber**, Huber/Mullis, s. 273.

<sup>853</sup> **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 5; **Atamer**, CISG, s. 449; **Huber**, Huber/Mullis, s. 276; **Magnus**, Tazminat, s. 295; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 55; **Ulus**, s. 163; **Dayioğlu**, s. 134. Bu yönde bkz. *U.S. Court of Appeals (2nd Cir.)*, 06.12.1995, CISG-Online No. 140; *Oberster Gerichtshof*, 06.02.1996, CISG-Online No. 224.

<sup>854</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 277; **Ulus**, s. 165. Bu konuda daha temkinli bir bakış açısı için bkz. **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 5.

<sup>855</sup> **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 5; **Huber**, Huber/Mullis, s. 277; **Magnus**, Tazminat, s. 294-295; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 56; **Ulus**, s. 167; **Dayioğlu**, s. 134. Bu yönde

konusu malları amaçlanan çerçevede kullandığı müddetçe, bütünlük menfaatinin ihlal edilmesi sonucunda ortaya çıkan malvarlığı zararının da öngörülebilir olacağı kabul edilmektedir<sup>856</sup>. Oldukça sorunlu bir konu olan itibar kaybından kaynaklanan zararların ise en azından alıcının hassas bir piyasada tanınmakta olan bir distribütör konumunda olduğu durumlarda öngörülebilir olacağı belirtilmesine rağmen<sup>857</sup>; bu konuda bir kural koymanın mümkün olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır<sup>858</sup>. Mahkeme kararlarında bu zararların ticari faaliyetin olağan akışı dışında kalması sebebiyle kural olarak öngörülebilir olmadığını kabul etmek yönünde bir eğilim bulunmaktadır<sup>859</sup>.

### 3. Zararı Azaltma Külfeti

CISG m. 77 uyarınca, “*Sözleşmenin ihlaline dayanan taraf, mahrum kalınan kar dahil, ihlalden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Bu önlemleri almaması halinde, ihlal eden taraf, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir.*”<sup>860</sup> Sözleşmenin ihlaline dayanan tarafın kaçınılabileceği zararın tazmininden mahrum kalması ilkesi, dürüstlük kuralının bir görünümüdür<sup>861</sup>. Bu ilke, ulusal hukuklar kadar özel hukukun uyumlaştırılması metinlerinde de kendisine yer bulmuştur<sup>862</sup>.

Bu çerçevede alıcının da satıcının ihlalinden doğan zararı azaltmak için makul önlemleri alması gerekmektedir. Ancak zararın azaltılmasına ilişkin makul

---

bkz. *Oberster Gerichtshof*, 06.02.1996, CISG-Online No. 224; *Oberlandesgericht Köln*, 21.05.1996, CISG-Online No. 254; *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*, 23.12.2004, CISG-Online No. 1188. Somut olayda alıcının sorumlu tutulduğu cezai şartın olağan dışı olduğu ve alıcı tarafından öngörülebilir nitelikte olmadığı yönünde bkz. *Landgericht Hamburg*, 21.12.2001, CISG-Online 1092.

<sup>856</sup> **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 5; **Atamer**, CISG, s. 449; **Huber**, Huber/Mullis, s. 277; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 57; **Dayioğlu**, s. 135. Bu yönde bkz. *Bundesgerichtshof*, 24.03.1999, CISG-Online No. 396.

<sup>857</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 56.

<sup>858</sup> **Atamer**, CISG, s. 449; **Dayioğlu**, s. 135

<sup>859</sup> **Ulus**, s. 169-170. İsviçre Federal Mahkemesi, önüne gelen somut olayın koşullarını göz önüne alarak, alıcının hassas bir piyasada bulunmakta olduğu özel konumun satıcı tarafından bilinebilir olduğunu belirtmiş ve itibar kaybının tazmin edilmesine karar vermiştir. Karar için bkz. *Bundesgericht*, 28.10.1998, CISG-Online No. 413.

<sup>860</sup> **Ulus**, zararı azaltma külfetinin tazminat sorumluluğunun kapsamının sınırlandırılması sisteminin tamamlayıcısı olduğunu belirtmekte; fakat bu külfetin gerçek anlamda sorumluluğun kapsamını belirleyici olmayıp tazminat miktarından indirim sebebi olduğunu eklemektedir (**Ulus**, s. 105).

<sup>861</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 289; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 77 para 1; **Ulus**, s. 101-102; **Dayioğlu**, s. 114.

<sup>862</sup> Bkz. UNIDROIT İlkeleri m. 7.4.8; PECL m. 9:505. DCFR m. III. – 3:705.



önlemleri almak, alıcı açısından bir yükümlülük değil külfet niteliğindedir<sup>863</sup>. Alıcı makul önlem olarak oluşmasını engelleyebilecekken engellemediği zararın tazmininden mahrum kalacaktır. Alıcının bu konuda kendisine yüklenmiş külfeti yerine getirmemiş olduğunun hâkim tarafından re'sen nazara alınıp alınamayacağı tartışmalıdır. Bir görüş, tazminattan indirim yapılabilmesi için satıcının bu yönde bir savunma yapmasını aramaktayken<sup>864</sup>; baskın olarak satıcının savunmasına gerek olmaksızın hâkimin durumu re'sen nazara alması gerektiği belirtilmektedir<sup>865</sup>.

Alıcının zararı azaltmak için makul önlemleri almaması, sadece tazminat talebinin varlığını ve kapsamını etkiler<sup>866</sup>. Bu külfetin diğer seçimlik haklara yönelik bir etkisi bulunmamaktadır<sup>867</sup>. Hangi önlemlerin makul olarak nitelendirilebileceği ve bu külfetin kapsamına gireceği konusunda değerlendirme yapılırken, taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar ile ticari teamüller dikkate alınmalı ve m. 8(2) çerçevesinde alıcı ile aynı konumda makul bir kişinin durumu göz önünde tutulmalıdır<sup>868</sup>. Alıcının kendi denetimi dışında kalan bir engelden dolayı makul olarak değerlendirilebilecek önlemleri almaması, zararın tazmininden mahrum kalacak olması sonucunu değiştirmez. Zararı azaltma külfeti açısından m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulmak ve m. 77'yi bertaraf ederek satıcının önlenebilecek zararı tazmin etmesini sağlamak mümkün değildir<sup>869</sup>. Fakat CISG m.

<sup>863</sup> **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 77 para. 2.10; **Neumayer/Ming**, Art. 77 para. 2; **Saidov**, Limiting Damages, s. 352; **Atamer**, CISG, s. 438 dn. 848; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 77 para 2; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 77 para. 5; **Ulus**, s. 102; **Dayioğlu**, s. 114.

<sup>864</sup> **Slechtriem/Butler**, para. 316.

<sup>865</sup> **Neumayer/Ming**, Art. 77 para. 6; **Atamer**, CISG, s. 439 dn. 849; **Ulus**, s. 103; **Huber/Mullis**, s. 292.

<sup>866</sup> Örneğin alıcı makul bir önlem almayarak zararın 500 USD artmasına sebep olmuşsa, tazminatta 500 USD'lik bir indirim yapılacaktır (**Audit**, para. 174; **Huber/Mullis**, s. 292; **Slechtriem/Butler**, para. 316). Buna karşın doktrinde *Koziol* tarafından oldukça farklı bir görüş savunulmaktadır. Yazara göre, böyle bir indirim ancak satıcının sözleşmeyi kusursuz olarak ihlal etmesine rağmen sorumlu olduğu ve alıcının zararın oluşmasını engelleyecek önlemi ihmalen almadığı ihtimalde yapılabilir. Bunun dışındaki tüm durumlarda, alıcının oluşmasını engellemediği zarar, müterafik bir kusur (*contributory negligence*) varmışçasına somut olayın koşullarına göre taraflar arasında paylaşılır. Böylece tazminattan alıcının oluşmasını engellemediği 500 USD'lik zararın tamamı değil, bir kısmı düşülecektir (**Helmut Koziol**, "Reduction in Damages According to Article 77 CISG", Journal of Law and Commerce Vol. 25 2005-2006 s. 385 vd.). Aynı yönde bir karar için bkz. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*, 23.12.2004, CISG-Online No. 1188. Kanımca m. 77'nin hem lafzını hem de temelinde yatan mantığı göz ardı eden bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir.

<sup>867</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 77 para. 1; **Audit**, para. 174; **Saidov**, Limiting Damages, s. 350-351; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 77 para 3; **Ulus**, s. 103; **Dayioğlu**, s. 115.

<sup>868</sup> **Saidov**, Limiting Damages, s. 353-354; **Atamer**, CISG, s. 439; **Huber**, Huber/Mullis, s. 290; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 77 para 7; ; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 77 para. 15; **Ulus**, s. 104; **Dayioğlu**, s. 116. Bu yönde bkz. *Oberster Gerichtshof*, 06.02.1996, CISG-Online No. 224.

<sup>869</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 77 para 2.

79'un uygulama alanı bulabileceği koşullar altında büyük ihtimalle zararın azaltılmasına ilişkin alınabilecek "makul" bir önlem bulunmayacağı için, m. 77 hiç uygulama alanı bulmayacak ve bu tespitin önemi olmayacaktır<sup>870</sup>.

Sözleşmeden dönme neticesinde talep edilecek tazminatın kapsamının m. 77 uyarınca sınırlanması açısından, alıcının ikame işlem yapması konusu özel bir öneme sahiptir. Şöyle ki, sözleşmeden dönen alıcı çoğu zaman ikame bir işlem yaparak zararını azaltabilecektir<sup>871</sup>. Ancak bunu yapmayıp zararının soyut yöneme göre m. 76 uyarınca hesaplanmasını talep eden alıcı, zararı azaltma külfetini yerine getirmemiş olur. Bu kapsamda satıcının tazminat sorumluluğunda indirim yapılır<sup>872</sup>. Örneğin sözleşmeden dönmüş olan fakat kendi müşterilerine karşı olan taahhütlerini yerine getirebilmek için satım konusu malların ikamesine ihtiyaç duyan alıcı, ikame işlem yapma külfeti altındadır. Alıcının bu ikame işlemi yapmaktan kaçınıp taahhütlerini yerine getirememesi neticesinde uğradığı zarar, tazminat sorumluluğu dışında kalır. Yine de bu konuda genel geçer bir değerlendirme yapılmamalı ve alıcının ikame işlem yapmasının gerekip gerekmediği somut olayın koşulları ışığında incelenmelidir<sup>873</sup>.

Öne alınmış ihlal durumunda alıcının m. 77 açısından vadeyi beklemezsizin sözleşmeden dönme yönünde bir külfet altında olup olmadığı tartışmalıdır. *Knapp*, bu durumda alıcının derhal sözleşmeden dönmesi gerektiğini aksi takdirde satıcının tazminat sorumluluğunun kapsamının m. 77 uyarınca sınırlandırılabilceğini savunmaktadır<sup>874</sup>. Katılmakta olduğumuz baskın görüş ise böyle genel bir külfet bulunmadığını belirtmektedir. Zira aksi takdirde öne alınmış ihlal karşısında sözleşmeden dönmek zorunlu hale gelecek, alıcının aynen ifayı talep etme hakkının uygulaması kalmayacaktır. Fakat alıcının spekülatif nedenlerle sözleşmeden dönmeyi ertelediği durumda m. 77 uygulama alanı bulabilir<sup>875</sup>. Yani bu konuda olaya özgü bir değerlendirme yapılması zorunludur<sup>876</sup>. Bu tespit *Honnold* tarafından verilen bir

<sup>870</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 77 para 2.

<sup>871</sup> **Farnsworth**, s. 251; **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 77 para. 2.2; **Huber**, Huber/Mullis, s. 289.

<sup>872</sup> Bu durumu örnekleyen bir karar için bkz. *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade*, 01.01.2005, CISG-Online No. 1372.

<sup>873</sup> **Atamer**, CISG, s. 440;

<sup>874</sup> **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 77 para. 3.13; **Neumayer/Ming**, Art. 77 para. 1.

<sup>875</sup> **Honnold**, para. 419.1-419.2; Benzer bir görüş için bkz. **Saidov**, *Limiting Damages*, s. 361 vd.; CISG-Online No. 510, 119.

<sup>876</sup> **Dayioğlu**, s. 118.

örneğin uyarlanması ve bir adım ileriye götürülmesi ile açıklanacaktır<sup>877</sup>. Örneğimizde satıcı 1 Haziran tarihinde balyası 50 USD'den toplam 1000 balya pamuğu 1 Ağustos'ta teslim edilmek ve bedeli ödenmek üzere satmış; fakat 1 Temmuz tarihinde birim pamuk fiyatının 60 USD'ye yükselmesi üzerine pamukları teslim etmeyeceğini satıcıya bildirmiş ve alıcının ikame bir alım yapmasını istemiştir. Alıcı buna rağmen beklemeye devam etmiş ve 1 Ağustos'ta malların teslim edilmemesi üzerine birim pamuk fiyatı 70 USD iken sözleşmeden dönmüştür. Burada alıcının zararı 70.000 USD (sözleşmeden dönme anında cari fiyat) ile 50.000 USD (sözleşmede kararlaştırılan satım bedeli) arasındaki fark olan 20.000 USD'dir. Örnekte verilen bilgiler ışığında değerlendirildiğinde, satıcının birim pamuk fiyatı 60 USD iken pamukları teslim etmeyeceğini satıcıya bildirmiş olmasının zararı azaltma külfetinin doğması yönünden bir önemi bulunmamaktadır. Satıcı 20.000 USD'lik zararın tamamını tazmin etmek zorundadır. Aksi yönde bir kabul, öne alınmış ihlal durumunda alıcıyı sözleşmeden dönmeye zorlamak anlamına gelir. Fakat örnekteki pamuk fiyatlarının sürekli yükselmesinin sebebi dünya pamuk rezervlerinin tamamını etkileyen bir kriz olsaydı, varılması gereken sonuç değişirdi. Bu durumda alıcının 1 Temmuz tarihinde sözleşmeden dönüp makul bir süre içerisinde ikame alım yapmamasının ve 1 Ağustos'u beklemesinin, spekülasyon bir amaç taşıdığı tartışmasız olurdu. Satıcı, m. 77 uyarınca, alıcının 20.000 USD'lik zararının bir kısmını tazmin etmekten kaçınabilirdi<sup>878</sup>.

#### **D. Zararın Hesaplanması**

Sözleşmeden dönen alıcının zararının hesaplanmasına ilişkin genel hüküm, m. 74'tür. Antlaşma, sözleşmeden dönen alıcının ifa etmeme zararının hesaplanması konusunu ayrıca özel olarak m. 75 ve 76'da düzenlemiştir.

##### **1. Genel Kural**

Sözleşmeden dönen alıcının zararının hesaplanmasına ilişkin genel hüküm olan m. 74'te, "*mahrım kalınan kar dahil olmak üzere ihlalden dolayı uğranan*

<sup>877</sup> Örnek için bkz. **Honnold**, para. 419.1.

<sup>878</sup> Satıcının tazmin etmekten kaçınabileceği zarar miktarı, satıcının bildirim üzerine ikame işlemin makul olarak aynı tarihte 60 USD'lik birim fiyatı üzerinden gerçekleştirilebileceği kabul edildiği takdirde, 10.000 USD olacaktır.

*zararın toplamının*” hesaplanması yönünde hâkime bir takdir yetkisi tanınmıştır<sup>879</sup>. Bunun ötesinde yol gösterici bir yönetme hükümde değinilmemiştir.

Alıcının uğramış olduğu zararın kural olarak somut yönetme göre hesaplanması gerekir. CISG m. 74 uyarınca zararın soyut yönetme göre hesaplanması baskın görüş uyarınca mümkün değildir<sup>880</sup>. Ancak *Schwenzer*, en azından ifa etmeme zararının hesaplanmasına ilişkin olarak soyut hesaplama yöntemine başvurulabilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazar, bu görüşünü satım konusu kamyonların zamanında teslim edilmemesine ilişkin bir örnek çerçevesinde gerekçelendirmektedir. Soyut hesaplama yöntemine izin verilmediği takdirde, teslimin gerçekleşmemesi üzerine tacir olan alıcı aradaki süre için bir kamyon kiralayarak bu kira bedelinin tazminini sağlayabilecekken; kamyonları çatışma bölgelerine erzak taşımak maksadıyla satın almış bir sivil toplum kuruluşu olan alıcı bölgede kiralayacak kamyon bulamadığı için herhangi bir tazminat talebinde bulunamayacaktır. Mantık dışı bu ayırımın aşılmasının yolu, alıcının kullanma kaybı (*loss of use*) açısından dilediği zaman soyut yönetme başvurulabilmesi ve somut bir zarara uğramış olmasa bile piyasadaki rayiç bedeller uyarınca tazminat talebinde bulunabilmesidir<sup>881</sup>. Kanımca modern borçlar hukukunun bu yönde ilerlediği iddia edilse bile<sup>882</sup>, çok farklı hukuk sistemlerini bir araya getiren böyle bir Antlaşma açısından bu görüşü kabul etmek en azından şu an için mümkün değildir.

Zararın somut olarak hesaplanması yöntemi çerçevesinde Alman hukuk çevresi kökenli olan fark teorisine başvurulması kabul edilebilir<sup>883</sup>. Fark teorisinin temel mantığı, fiili ve farazi iki durumun kıyaslanması suretiyle elde edilecek farkın zarar olarak kabul edilmesidir<sup>884</sup>. Bu mantık, tam tazmin ilkesini yansıttığı için CISG bağlamında da kabul edilebilir. Alıcının sözleşme ihlal edilmemiş olsaydı içinde bulunacağı farazi elverişli durum ile böyle bir ihlal yüzünden içinde bulunduğu fiili kötü durum arasındaki fark, alıcının uğramış olduğu zarar miktarını ortaya

<sup>879</sup> *Sekreteryâ Şerhi*, Art. 70 para. 34; **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 3.9; **CISG-AC No. 6**, Comment para. 1.1; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 2 ve 15; **Dayoğlu**, s. 99. Burada hâkime tanınan takdir yetkisi, sadece zararın kapsamının belirlenmesine ilişkin olup; TBK m. 51'deki gibi tazminatın kapsamının belirlenmesine ilişkin değildir. Zararı takdir edecek olan hâkimin, sorumluluk kapsamını daraltıcı kavramlar aksini gerektirmedikçe, zararın tamamının tazminine karar vermesi gerekir.

<sup>880</sup> **Atamer**, CISG, s. 432; **Huber**, Huber/Mullis, s. 271; **Ulus**, s. 27 dn. 93; **Dayoğlu**, s. 98

<sup>881</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 41.

<sup>882</sup> Bkz. **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 41 dn. 115.

<sup>883</sup> **Ulus**, s. 27.

<sup>884</sup> Fark teorisi konusunda bkz. **Ergüne**, s. 14 vd.

koyacaktır<sup>885</sup>. Alıcının ihlal dolayısıyla elde etmiş olduğu menfaatler ve yapmaktan kurtulduğu masraflar, denkleştirme kapsamında hesaplanan zarardan düşülmelidir<sup>886</sup>. Ancak fark teorisine başvururken oldukça dikkatli ve Alman hukukundan bağımsız bir yaklaşım sergilemek gerektiği unutulmamalıdır. Fark teorisini Alman hukukunda taşıdığı anlamla Antlaşma'nın tazminat sistemine olduğu gibi monte etmeye çalışmak, m. 7(1)'deki otonom yorum ilkesiyle çelişir.

Zararın hesaplanmasında esas alınacak an, zararının tutarını değiştirebilecek niteliktedir. Tam tazmin ilkesinin egemen olduğu CISG sisteminde, zararın mümkün olduğu ölçüde geç hesaplanması tercih edilmelidir<sup>887</sup>. Bu sebeple zararın oluştuğu an yerine, tazminat talebine ilişkin olarak karar verecek mahkemenin veya tahkimin bu konuyu görüşebileceği en son anın esas alınması savunulmaktadır<sup>888</sup>. Zararın hangi para birimi üzerinden hesaplanacağı konusunda benimsenecek görüş de uygulama açısından oldukça önemlidir. Tarafların satım bedelini belirlemiş oldukları para biriminin bu konuda mutlak belirleyici olması tam tazmin ilkesiyle çelişebilir<sup>889</sup>. Zararın hesaplanması açısından esas alınacak para birimi, zararın gerçekleştiği para birimi olmalıdır<sup>890</sup>. Bu para birimi genellikle alacaklı olan alıcının işyerinin bulunduğu yerdeki para birimi olacaktır. Fakat bazı durumlar, bunun aksi yönde bir sonucu kabul etmeyi gerektirebilir<sup>891</sup>. Satıcının tazminat ödemesini hesaplamının yapıldığı para birimi üzerinden gerçekleştirilmesi gerekir<sup>892</sup>.

<sup>885</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 270; **Schlechtriem/Butler**, para. 300; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 876.

<sup>886</sup> **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 2; **Atamer**, CISG, s. 438; **CISG-AC No. 6**, Comment para. 9.1; **Schlechtriem/Butler**, para. 300; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 32; **Ulusu**, s. 32. *Schwenzer*'e göre, menfaatler ancak ifa ilkesi ile çelişmeyecek ölçüde indirim sebebi olabilir (**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 42).

<sup>887</sup> **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 29.

<sup>888</sup> **Atamer**, CISG, s. 432; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 44; **Dayioğlu**, s. 103. Zararın uygun zaman (örneğin malların teslim edildiği an, malların sözleşmeye aykırı olduğunun tespit edildiği an veya sözleşmeye aykırılığın satıcı tarafından giderilmeyeceğinin anlaşıldığı an) esas alınarak hesaplanmasını savunan aksi görüş için bkz. **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 3.16. Zararın mahkemenin uyguladığı usul hukukuna göre belirlenecek anda hesaplanmasını savunan aksi görüş için bkz. **Neumayer/Ming**, Art. 74 para. 2.

<sup>889</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 63.

<sup>890</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 280; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 63; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 31. Bu yönde bir karar için bkz. *Oberlandesgericht Hamburg (Hanseatisches Oberlandesgericht)*, 28.02.1997, CISG-Online No. 261.

<sup>891</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 280; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 63.

<sup>892</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 63; **Dayioğlu**, s. 98. Tazminat ödemesinin hesaplamının yapılmış olduğu para biriminden farklı bir para birimi üzerinden yapılabileceği yönünde bkz. **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 31.

## 2. Sözleşmeden Dönen Alıcının İfa Etmeme Zararının Hesaplanmasına İlişkin Özel Hükümler

Sözleşmeden dönen alıcının uğramış olduğu ifa etmeme zararı, alıcı ikame bir işlem gerçekleştirmişse m. 75 uyarınca ikame alım bedeline kıyasla somut olarak; böyle bir işlem yapılmamışsa m. 76 uyarınca piyasadaki cari fiyata kıyasla soyut olarak hesaplanabilir<sup>893</sup>. CISG m. 75 çerçevesindeki somut hesaplama yöntemi, CISG m. 76'daki soyut hesaplama yöntemine nazaran önceliklidir. Alıcı m. 75'in koşullarını sağlayan ikame bir işlem yaptığı takdirde, zararın cari fiyat esas alınarak hesaplanması mümkün değildir<sup>894</sup>. Alıcının yaptığı bu işlem, zararın hesaplanması açısından kendisini bağlayacaktır.

Alıcının bu hesaplama yöntemlerinden birine başvurması, zararın ispatlanması ve öngörülebilirlik ilkesinin uygulama alanı bulmaması açısından sağlayacağı kolaylık yönünden daha avantajlıdır. Ancak alıcı bu hükümlere başvurma imkanına sahip olmasına rağmen, dilerse zararının m. 74'teki genel kurala göre hesaplanmasını talep edebilir. Özel hesaplama yöntemlerine başvurmak zorunlu değildir<sup>895</sup>. Ayrıca m. 75 veya 76'nın uygulama koşullarının mevcut olmadığı durumda, sözleşmeden dönen alıcının ifa etmeme zararının yine m. 74'teki genel kurala göre hesaplanması gerekir.

### a. Sözleşmeden Dönen Alıcının Zararının Somut Yöntemle Hesaplanması

CISG m. 75 uyarınca, sözleşmeden dönen alıcı, dönmeden itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde ikame mal satın alırsa, dönülen sözleşmedeki satım bedeli ile ikame işlemdeki satım bedeli arasındaki farkı talep edebilir<sup>896</sup>. Bu

<sup>893</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 22.

<sup>894</sup> **Honnold**, para. 414; **CISG Advisory Council, Opinion No. 8**, Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76, 2008, Rapporteur: Professor John Y. Gotanda Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA, Comment para. 4.1.2; **Huber**, Huber/Mullis, s. 288; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 75 para. 13 ve Art. 76 para. 2; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 76 para. 13.

<sup>895</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 283; CISG-AC No. 8, Comment para. 1.2; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 14; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 75 para. 3 ve Art. 76 para. 3. Aynı yönde bkz. *Oberster Gerichtshof*, 28.04.2000, CISG-Online No. 581.

<sup>896</sup> İfa etmeme zararının somut yöntemle hesaplanmasını konu alan CISG m. 75, bu açıdan TBK m. 213/II'ye benzemektedir. Bu konuda bkz. **Tandoğan**, s. 140-141; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 56-57. Özel hukukun uyumlaştırılmasına ilişkin metinlerde de benzer düzenlemelere rastlanır. Bkz. UNIDROIT İlkeleri m. 7.4.5; PECL m. 9:506; DCFR m. III. – 3:706.

yöntem özellikle satım konusu malların kendi özgü niteliği sebebiyle cari bir fiyata sahip olmadığı durumlar açısından önem taşır<sup>897</sup>.

i. CISG m. 75'in uygulanabilmesi ve alıcının ifa etmeme zararının somut yöneme göre hesaplanabilmesi için üç koşulun varlığı aranır. Alıcı sözleşmeden dönmüş olmalıdır. Alıcı döndüğü satım sözleşmesinin yerine ikame bir işlem gerçekleştirmiş olmalıdır. İkame işlem makul olmalıdır.

*Alıcı sözleşmeden dönmüş olmalıdır:* Alıcının bu yöneme başvurabilmesi için, sözleşmeden dönmüş olması şarttır<sup>898</sup>. Bir görüş çerçevesinde, bu prensibin doğal sonucu olarak alıcının sözleşmeden dönmeden evvel yaptığı işlemler açısından m. 75'in hiçbir şekilde uygulanamayacağı savunulmaktadır. Bir işlemin m. 75 uyarınca somut zarar hesaplama yöntemine esas alınabilmesi için, alıcı sözleşmeden döndükten sonra yapılmış olması zorunludur<sup>899</sup>. Ancak bazı yazarların görüşlerinde ve uygulamadaki kararlarda, istisnai olarak, satıcının sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmeyi (özellikle satım konusu malları teslim etmeyi) kesin olarak reddettiği durumda yapılan işlemler açısından "sözleşmeden dönmeden evvel yapılmış olma" şartının aranmadığı görülmektedir. Bu ihtimalde sözleşmeden dönülmesinden evvel yapılmış olan işlemler açısından m. 75 uygulanabilir<sup>900</sup>. Zira aksi yönde bir kabul, Antlaşma'da genel bir ilke olarak benimsenmiş dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir. Ancak bu istisna sadece satıcının sözleşmeyi ifa etmekten iradi olarak kaçındığı ihtimalde söz konusu olacaktır. Satıcının sözleşmeyi ifa etmesinin imkansızlaşmış olduğu durumda bu istisnanın uygulanması mümkün değildir<sup>901</sup>.

<sup>897</sup> **Honnold**, para. 410.

<sup>898</sup> **Atamer**, CISG, s. 433; **Enderlein/Maskow**, Art. 75 para. 1; **Huber**, Huber/Mullis, s. 284; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 75 para. 7; **Dayıoğlu**, s. 104-105; **Erkan**, s. 158.

<sup>899</sup> **CISG-AC No. 8**, Comment para. 2.3.3; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 75 para. 7. Bu yönde bkz. *Poland Supreme Court*, 27.01.2006, CISG-Online No. 1399. Alıcının sözleşmeden döndüğü an, dönme beyanının gönderilmekle birlikte m. 27 uyarınca hüküm ifade etmeye başladığı andır. **Honnold**, m. 75'in sadece sözleşmeden dönüldükten sonra yapılan ikame işlemler açısından uygulanmasını mantığa aykırı bulmaktadır. Fakat yine de sözleşmeden dönülmesinden evvel yapılan ikame işlemler açısından da m. 75'in uygulanmasını açıkça savunmamakta; en azından m. 76 ile 74'ün beraber uygulanmasını ve alıcının zararının tazmin edilmesini önermektedir (**Honnold**, para. 410.2).

<sup>900</sup> **Atamer**, CISG, s. 434; **Huber**, Huber/Mullis, s. 284; **Erkan**, s. 158. Bu tespiti örnekleyen kararlar için bkz. *Oberlandesgericht Hamburg (Hanseatisches Oberlandesgericht)*, 28.02.1997, CISG-Online No. 261; *Oberlandesgericht Bamberg*, 13.01.1999, CISG-Online No. 516.

<sup>901</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 284 dn. 1038.

*Alıcı döndüğü satım sözleşmesinin yerine ikame bir işlem gerçekleştirmiş olmalıdır:* Alıcının yeni bir alım yaparak döndüğü satım sözleşmesinin yerine ikame bir işlem gerçekleştirmiş olması gerekir<sup>902</sup>. Alıcının ikame bir alım yapabilecek olanağa sahip olması somut yönetime başvurabilmesi için yeterli değildir; işlemin gerçekten yapılmış olması gerekir<sup>903</sup>. Bu çerçevede alıcıya yöneltilmiş olan fakat kabul edilmeyen bir öneri, somut olarak zararın hesaplanması yöntemine esas teşkil edemez.

Bir satım sözleşmesinin “ikame” niteliğinde olması için, alıcının döndüğü satım sözleşmesiyle birebir aynı şartları taşımasına gerek yoktur. Önemli olan ikinci işlemin ilkinin yerine, yani alıcının ilk satım sözleşmesi vasıtasıyla karşılanamayan ifa menfaatini karşılamaya yönelik olarak yapılmış olmasıdır<sup>904</sup>. Bu açıdan ikame işleme konu olan malların, dönülen sözleşmede satılan mallarla aynı türde olması ve benzer nitelikleri taşıması aranmalıdır<sup>905</sup>. Satım konusu makinelerin teslim edilmemesi üzerine alıcının bir süre için söz konusu makinelerin benzerini kiraladığı durumda, kira sözleşmesi ikame işlem niteliğinde kabul edilemez. Zira kira sözleşmesi vasıtasıyla alıcının elde ettiği hak, satım sözleşmesinden elde edilecek kalıcı nitelikteki ifa menfaatini karşılamak için yeterli değildir. Bu kira sözleşmesinin bedelinin m. 74 çerçevesinde satıcıdan talep edilmesi gerekir<sup>906</sup>. Bu konuda değinilmesi gereken bir diğer nokta da alıcının ikame bir işlem yaparak malları başka bir tedarikçiden almak yerine bizzat kendisinin üretmeyi tercih ettiği durumda m. 75’in uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. *Schwenzer*, uygulamada görülmesi oldukça düşük olan bu ihtimalde zararın m. 75’in en azından kıyasen uygulanması neticesinde hesaplanabileceğini savunmaktadır<sup>907</sup>. Buna karşılık hükmün lafzında belirtilen ikame işlemin mevcut olmadığı bu ihtimalde, m. 75’e göre hesaplama yapılamayacağı belirtilmektedir<sup>908</sup>. Kanımca da *Schwenzer*’in görüşü, m. 75’teki

<sup>902</sup> **Atamer**, CISG, s. 434; **Huber**, Huber/Mullis, s. 284; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 75 para. 10; **Dayioğlu**, s. 106.

<sup>903</sup> **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 75 para. 3.1; **Enderlein/Maskow**, Art. 75 para. 4; **Schwenzer**, Schlechtriem/Scwenzer, Art. 75 para. 2; **Dayioğlu**, s. 106; **Erkan**, s. 159.

<sup>904</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 285; **Schwenzer**, Schlechtriem/Scwenzer, Art. 75 para. 2; **Dayioğlu**, s. 106; **Erkan**, s. 160.

<sup>905</sup> Aynı tespiti yapan ve dönülen sözleşmenin konusu mallar ile ikame sözleşmedeki mallar arasındaki önemsiz nitelik farklılıklarının m. 75’in uygulanması açısından sorun yaratmayacağını belirten bir mahkeme kararı için bkz. *I.C.C. International Court of Arbitration*, 01.01.1995, CISG-Online No. 526.

<sup>906</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Scwenzer, Art. 75 para. 2.

<sup>907</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Scwenzer, Art. 75 para. 2.

<sup>908</sup> **Huber**, Huber/Mullis, s. 285; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 75 para. 13.



ikame işlem temelli somut hesaplama yönteminin doğasına aykırı olduğu için kabul edilemez.

Sürekli olarak benzer işlemler yapan bir alıcının yapmış olduğu pek çok alım içerisinden hangisinin döndüğü sözleşmenin ikamesi olduğunun belirlenmesi sorunlu bir konudur. Bu konudaki ispat yükü alıcıdadır<sup>909</sup>. Bir görüş, alıcının sözleşmeden döndükten sonra yaptığı ilk işlemin ikame olduğunun kabul edilmesini savunmaktadır<sup>910</sup>. Böylelikle alıcının yapmış olduğu işlemlerin kendisi açısından en dezavantajlı olanının (yani satım bedeli en yüksek olanının) ekonomik sonuçlarını satıcıya yüklenmesi önlenmiş olur. Buna karşın bu görüşün gereğinden fazla katı olduğu savunulmakta ve alıcının başka bir işlemi ikame alım olarak belirleyebilmesine olanak tanınması gerektiği belirtilmektedir. Alıcının belirlemiş olduğu dezavantajlı işlemin satıcıya yüklediği ekonomik sonuçların bir kısmı m. 77'deki zararı azaltma külfeti çerçevesinde budanabilir<sup>911</sup>. Alıcının bu konuda yaşanabilecek sorunların önüne geçmek için ikame işlemi yapmadan evvel satıcıya bir bildirimde bulunması ve böylelikle yapacağı alımın niteliğini belirlemesi yerinde olacaktır<sup>912</sup>.

*İkame işlem makul olmalıdır:* CISG m. 75 çerçevesinde yapılacak zarar hesaplamasına esas alınacak ikame işlemin hem yapıma şekli itibarıyla hem de yapıldığı süre itibarıyla makul olarak nitelendirilebilmesi gerekmektedir.

Bir işlemin makul şekilde yapıldığının kabul edilebilmesi için, alıcının yerindeki makul bir kişinin de aynı işlemi yapacak olması aranır<sup>913</sup>. Bu kapsamda ikame sözleşmenin şartları ve özellikle sözleşmedeki satım bedeli incelenecektir. Alıcının mümkün olduğu kadar düşük bir bedel üzerinden ikame işlemi yapmış olması gerekir<sup>914</sup>. Bu fiyatın piyasadaki ortalama cari fiyatla örtüşmesine gerek

<sup>909</sup>Huber, Huber/Mullis, s. 285; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 75 para. 12; Erkan, s. 160.

<sup>910</sup>Honnold, para. 410.1.

<sup>911</sup>Schwenzer, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 75 para. 3

<sup>912</sup>Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 75 para. 12.

<sup>913</sup>Enderlein/Maskow, Art. 75 para. 2; Atamer, CISG, s. 434; Huber, Huber/Mullis, s. 285-286; CISG-AC No. 8, Comment para. 2.3.1; Dayioğlu, s. 152. Aynı yönde bkz. I.C.C. International Court of Arbitration, 01.01.1995, CISG-Online No. 526. Alıcının basiretli bir tacir olarak hareket etmiş olması ve ilgili ticaret alanında yaygın olan alışkanlıkları dikkate almış olması gerektiği yönünde bkz. Schwenzer, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 75 para. 6.

<sup>914</sup>Sekreteryä Şerhi, Art. 71 para. 4; Neumayer/Ming, Art. 75 para. 2; Enderlein/Maskow, Art. 75 para. 2; Dayioğlu, s. 107. İkame işlemdeki fiyatla piyasadaki cari fiyat arasında esaslı bir farklılık

yoktur. Kimi zaman alıcının piyasadaki bağlantıları ve tecrübesi, alımın cari fiyattan daha düşük bir bedel karşılığında yapılmasını zorunlu kılar. Ancak aksi de mümkündür. Alıcının cari fiyattan daha yüksek bir bedel karşılığında yaptığı işlemin makul olduğu kabul edilebilir<sup>915</sup>. Nitekim alıcının makul ölçünün üzerinde bir çaba sarf ederek piyasadaki en düşük fiyatlı teklifi aramasına gerek yoktur<sup>916</sup>.

Diğer yandan madde hükmü ikame işlemin sözleşmeden döndükten sonra makul bir süre içerisinde yapılmış olmasını aramaktadır. Makul süre, sözleşmeden dönme beyanının gönderilmesiyle işlemeye başlayacaktır<sup>917</sup>. Sürenin uzunluğu somut olayın şartlarına göre belirlenecektir<sup>918</sup>. Özellikle satım konusu malların ticaretine ilişkin yaygın bir piyasa mevcutsa sürenin kısa takdir edilmesi gerekir. Bu süre sınırlaması ile alıcının satıcı aleyhine spekülasyon yapmasının önüne geçilmiştir.

Alıcının sözleşmeden dönüp ikame bir işlem yaptığı fakat bu işlemin makul olmadığı durumda, m. 75'in uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Bu sorun, özellikle alıcının kurmuş olduğu ikame satım sözleşmesindeki satım bedelinin makul sınırın üzerinde olduğu durumda gündeme gelecektir. Bir görüş bu durumda m. 75'in uygulanamayacağını savunmaktadır. Alıcının zararı piyasadaki cari fiyat esas alınarak m. 76 uyarınca; bu hüküm de herhangi bir sebeple uygulanamıyorsa m. 74 uyarınca hesaplanmalıdır<sup>919</sup>. Bazı yazarlar ise m. 75'in yine de uygulanacağını fakat alıcının zararının makul bir alım yaptığı varsayılarak hesaplanacağını belirtmektedir<sup>920</sup>. Pratikte her iki tercih de çoğu zaman aynı sonuca yol açacaktır.

---

olduğu takdirde işlemin makul şekilde yapılmadığının kabul edilebileceği yönünde bkz. **Honnold**, para. 410.2.

<sup>915</sup>**Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 75 para. 16; **Erkan**, s. 160-161. Alıcının kendi müşterilerine karşı olan taahhütlerini yerine getirebilmek için çok kısa bir süre içerisinde ikame alım yapmak zorunda kaldığı olayda, piyasadaki cari fiyatın üzerinde belirlenmiş ikame alım bedelinin makul olduğuna karar verilmiştir. Karar için bkz. *I.C.C. International Court of Arbitration*, 01.01.1995, CISG-Online No. 526.

<sup>916</sup>**Huber**, Huber/Mullis, s. 286.

<sup>917</sup>**Sekreteryä Şerhi**, Art. 71 para. 5; **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 75 para. 2.5; **CISG-AC No. 8**, Comment para. 2.3.2; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 75 para. 7; **Dayioğlu**, s. 107; **Erkan**, s. 159.

<sup>918</sup>**Huber**, Huber/Mullis, s. 286; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 75 para. 7; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 75 para. 19; **Dayioğlu**, s. 107; **Erkan**, s. 159.

<sup>919</sup>**Sekreteryä Şerhi**, Art. 71 para. 6; **Neumayer/Ming**, Art. 75 para. 2; **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 75 para. 2.6; **Audit**, para. 177; **Atamer**, CISG, s. 434; **Huber**, Huber/Mullis, s. 286; **CISG-AC No. 8**, para. 2.4.4; **Magnus**, Tazminat, s. 292; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 76 para. 14; **Dayioğlu**, s. 108.

<sup>920</sup>**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 75 para. 10. **Honnold**, bu durumda kural olarak m. 75'in uygulanacağını ve sözleşmedeki olağan dışı fiyatın normale indirileceğini; fakat böyle bir uyarılama yapmak olayın şartlarına uygun değilse m. 76'nın uygulanacağını savunmaktadır (**Honnold**, para. 414).

Zira m. 75'in uygulandığı fakat alıcının makul bir alım yaptığının varsayıldığı ihtimalde, tıpkı m. 76'daki gibi piyasadaki cari fiyat belirleyici olacaktır<sup>921</sup>.

ii. Bu üç şart sağlandığı takdirde, alıcının ifa etmeme zararı m. 75 uyarınca somut yönetime göre belirlenecektir. Dönülen sözleşmedeki satım bedeli ile ikame işlemdeki satım bedeli arasındaki fark, satıcının ifa etmeme zararını teşkil edecektir<sup>922</sup>. Dolayısıyla bu hükmün alıcı açısından uygulanması sadece ikame işlemdeki satım bedelinin dönülen sözleşmedeki satım bedelinden yüksek olduğu ihtimalde mantıklıdır. Aksi ihtimalde, alıcının tazmin edilecek bir zararı bulunmayacaktır.

Alıcının yapmış olduğu ikame sözleşmenin, dönülen sözleşmeye nazaran taşıdığı farklılıkların satım bedeli üzerindeki etkisi, zararın hesaplanmasına yansıtılmalıdır<sup>923</sup>. Örneğin alıcının döndüğü sözleşme taşıma rizikosuna ilişkin sigortanın satıcı tarafından yapılmasını öngörmekteyken, ikame sözleşme çerçevesinde sigortayı alıcının yapması gerekiyorsa; sigorta bedelinin hesaplanan zarara eklenmesi gerekir.

CISG m. 75'in uygulanmasıyla hesaplanan zararın tazmini açısından öngörülebilirlik ilkesinin herhangi bir sınır teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. Aslında bu tartışmanın pratikteki önemi sınırlıdır. Zira öngörülebilirlik ilkesi uygulansa bile, m. 75 uyarınca hesaplanacak zararın tazmini açısından çoğu zaman sınırlayıcı bir etkisi olmayacaktır. Yukarıda da değinildiği üzere ifa etmeme zararı, yapısı itibarıyla kural olarak öngörülebilir olan bir zarar türüdür. Bu konuda benimsenecek görüş, piyasadaki olağan dışı değişiklikler altında yapılan ikame alım esas alınarak hesaplanmış ifa etmeme zararının tazmini açısından önem taşır. Baskın görüş, öngörülebilirlik ilkesinin Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelerden biri olarak kabul edilemeyeceğini ve bu itibarla m. 75 açısından bir sınır teşkil etmeyeceğini savunmaktadır. Güncel şartlar ışığında makul olarak değerlendirilebilecek bir işlemin esas alınmasıyla hesaplanan zarar açısından

<sup>921</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 75 para. 10.

<sup>922</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 75 para. 5; **Atamer**, CISG, s. 435; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 75 para. 9; **Dayioğlu**, s. 108.

<sup>923</sup> **Sekreteryä Şerhi**, Art. 71 para. 3; **Enderlein/Maskow**, Art. 75 para. 5; **CISG-AC No. 8**, Comment para. 2.3.4; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 75 para. 22.

öngörülebilirlik ilkesi uygulanamaz<sup>924</sup>. Bu zarar, satıcı tarafından daima tazmin edilmelidir.

Tam tazmin ilkesi uyarınca alıcının sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı içinde bulunacağı duruma getirilmesi gerekmektedir. Oysa dönülen sözleşmedeki satım bedeli ile ikame işlemdeki satım bedeli arasındaki farkın tazmin edilmesi bunun için yeterli olmaz. Zira m. 75 uyarınca hesaplanmış olan ifa etmeme zararı, sözleşmeden dönen alıcının malvarlığında oluşan zararın çoğu zaman sadece bir kısmını teşkil edecektir. Bu sebeple m. 75'in uygulanması, m. 74'ün uygulanmasını dışlamamaktadır. Alıcı, m. 75 uyarınca hesaplanmış ifa etmeme zararı dışında kalan diğer zarar kalemlerinin tazmini m. 74'teki genel kural uyarınca talep edilebilir<sup>925</sup>. Örneğin satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim ettiği ve alıcının sözleşmeden döndüğü durumda, alıcının bu malları muhafaza ve iade etmek için yapmış olduğu masraflar ek olarak talep edilebilecektir. Satıcının sözleşme konusu malı teslim etmediği ve alıcının ikame bir alım yapıncaya kadar malın bir benzerini kiraladığı durumda alıcının ödediği kira bedeli için de aynı durum söz konusudur. CISG m. 74 uyarınca hesaplanarak satıcının tazminat sorumluluğunu oluşturacak bu zararlar açısından öngörülebilirlik ilkesinin uygulanacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır<sup>926</sup>.

## b. Sözleşmeden Dönen Alıcının Zararının Soyut Yöntemle Hesaplanması

CISG m. 76 uyarınca, sözleşmeden dönen alıcı, sözleşmede karşılaştırılan fiyat ile piyasadaki cari fiyat arasındaki farkı tazminat olarak talep edebilir.

<sup>924</sup> **Atamer**, CISG, s. 448; **Huber**, Huber/Mullis, s. 283; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 75 para. 8; **Erkan**, s. 157.

<sup>925</sup> **Sekreteryâ Şerhi**, Art. 71 para. 8; **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 75 para. 2.7; **Audit**, para. 176; **Enderlein/Maskow**, Art. 75 para. 6; **Atamer**, CISG, s. 435; **Honnold**, para. 415; **Huber**, Huber/Mullis, s. 287; **CISG-AC No. 8**, Comment para. 3.1; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 75 para. 11; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 75 para. 24; **Dayioğlu**, s. 109; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 873; **Erkan**, s. 161. Alıcının m. 75 uyarınca talep ettiği zarara ek olarak, m. 74 uyarınca yoksun kalınan kar kapsamında kalan bir zarar kaleminin tazminini talep edip edemeyeceği konusunda pek çok yazar görüş belirtmiştir. Alıcının ikame bir alım gerçekleştirerek kendi müşterilerine karşı verdiği taahhütleri yerine getirdiği düşünülürse, alıcının yoksun kaldığı bir karın mevcut olmadığı söylenebilir (**Atamer**, CISG, s. 435; **CISG-AC No. 8**, Comment para. 3.2; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 75 para. 12; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 75 para. 33; **Erkan**, s. 161). Bu sorunun sözleşmeden dönen tarafın satıcı olduğu ihtimal çerçevesindeki çözümü daha güç olup, satış hacmindeki kayıp (*lost volume*) konusu çerçevesinde ele alınmaktadır. Bkz. **Saidov**, Limiting Damages, s. 318 vd.; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 56-57.

<sup>926</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 75 para. 11.

Böylelikle alıcının ifa etmeme zararının soyut olarak hesaplanmasına olanak tanınmaktadır<sup>927</sup>. Soyut hesaplama yönteminin alıcı açısından avantajı, zarara uğradığını ispat etmeye gerek olmaksızın sadece hükmün uygulama koşullarının mevcut olduğunu ispatlamakla tazminata hak kazanmasıdır. Bu hükmün mantığı, ikame işlem yapmamış olan alıcının ifa etmeme zararına ilişkin olarak asgari seviyede bir tazminat almasını sağlamaktır<sup>928</sup>. Alıcının sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile piyasadaki cari fiyat arasındaki fark ölçüsünde zarara uğramış olduğu kabul edilir ve alıcı nezdinde somut olarak bir zarar doğmuş olması aranmaz<sup>929</sup>.

i. CISG m. 76'nın uygulanabilmesi ve alıcının ifa etmeme zararının soyut yöntemle göre hesaplanabilmesi için dört koşulun varlığı aranır. Alıcı sözleşmeden dönmüş olmalıdır. Alıcı döndüğü satım sözleşmesinin yerine ikame bir işlem gerçekleştirmemiş olmalıdır. Satım konusu malların cari fiyatı olmalıdır. Sözleşmede bir fiyat belirlenmiş olmalıdır.

*Alıcı sözleşmeden dönmüş olmalıdır:* Alıcının m. 76'dan faydalanabilmesi için sözleşmeden dönmüş olması şarttır<sup>930</sup>. Sözleşmeden dönmüş olmayan alıcının ifa etmeme zararının da bu yöntemle göre hesaplanabileceğini savunan görüşe katılmak mümkün değildir<sup>931</sup>.

*Alıcı döndüğü satım sözleşmesinin yerine ikame bir işlem gerçekleştirmemiş olmalıdır:* Alıcının ifa etmeme zararının soyut olarak hesaplanabilmesi için ikame bir işlem gerçekleştirmemiş olması gerekir<sup>932</sup>. İkame işlem gerçekleştirildiği takdirde,

<sup>927</sup> İfa etmeme zararının soyut yöntemle hesaplanmasını konu alan CISG m. 75, bu açıdan TBK m. 213/III'e benzerdir. Bu konuda bkz. **Tandoğan**, s. 141-142; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 57-58. Özel hukukun uyumlaştırılmasına ilişkin metinlerde de benzer düzenlemelere rastlanır. Bkz. UNIDROIT İlkeleri m. 7.4.6; PECL m. 9:507; DCFR m. III. – 3:707.

<sup>928</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 1.

<sup>929</sup> **Atamer**, CISG, s. 436; **Dayoğlu**, s. 110.

<sup>930</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 76 para. 1; **Atamer**, CISG, s. 436; **Huber**, Huber/Mullis, s. 288; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 3; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 76 para. 7; **Dayoğlu**, s. 111; **Erkan**, s. 163.

<sup>931</sup> Alıcının m. 76'ya başvurabilmesi için sözleşmeden dönmesine gerek olmadığını savunan görüş için bkz. **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 3.

<sup>932</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 76 para. 3; **Huber**, Huber/Mullis, s. 288; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 2; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 76 para. 13; **Dayoğlu**, s. 110; **Erkan**, s. 163. Bu yönde bkz. *Kantonsgericht Zug*, 21.10.1999, CISG-Online No. 491.

zararın somut olarak m. 75 uyarınca hesaplanması gerekir<sup>933</sup>. Zira somut hesaplama yöntemi, soyut hesaplama yöntemine nazaran önceliklidir. Fakat alıcının yaptığı ikame işlem m. 75'teki şartları sağlamıyorsa, alıcının zararı istisnaen m. 76'ya göre hesaplanabilir. Örneğin sürekli benzer alım satımlar yapan alıcının yapmış olduğu hangi işlemin ikame niteliğinde olduğu tespit edilemiyorsa, cari fiyatın esas alındığı bir hesaplama yapmak mümkündür<sup>934</sup>. Alıcının yapmış olduğu işlemin yapıldığı zaman veya biçim itibarıyla makul olmadığı sonucuna varıldığı durumda da, bir görüş hesaplamasının m. 76 soyut olarak yapılacağını kabul etmektedir<sup>935</sup>.

*Satım konusu malların cari fiyatı olmalıdır:* Soyut hesaplama malların cari fiyatı esas alınarak yapıldığı için, piyasada böyle bir fiyata sahip olmayan malların konusunu oluşturduğu sözleşmeler açısından bu hesaplama yöntemine başvurmak mümkün değildir<sup>936</sup>. Cari fiyat, belirli türdeki malların benzer koşullar çerçevesindeki satımı açısından belirli bir yerde belirli bir zamanda geçerli olarak uygulanan fiyat standardıdır<sup>937</sup>. Cari fiyatın varlığını kabul etmek için malın borsada kayıtlı olmasına gerek yoktur<sup>938</sup>.

<sup>933</sup>Neumayer/Ming, Art. 76 para. 1; Honnold, para. 414; CISG-AC No. 8, Comment para. 4.1.2; Huber, Huber/Mullis, s. 288; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 75 para. 13 ve Art. 76 para. 2; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 76 para. 13.

<sup>934</sup>Sekreteryâ Şerhi, Art. 72 para. 3; Knapp, Bianca/Bonell, Art. 76 para. 2.4; Enderlein/Maskow, Art. 76 para. 3; Atamer, CISG, s. 436; Huber, Huber/Mullis, s. 288; CISG-AC No. 8, Comment para. 4.1.5; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 76 para. 2; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 76 para. 15; Dayioğlu, s. 110. Satıcı, alıcının gerçekleştirdiği pek çok işlem içerisinde cari fiyattan daha düşük bir satım bedeli üzerinden kurulmuş bir işlemin ikame olduğunu iddia edebilir. Fakat bu iddiasını kanıtlaması ve hesaplamasının bu işlem üzerinden somut olarak yapılmasını sağlaması oldukça güçtür. Yine de kimi zaman alıcının piyasadaki tecrübesi sebebiyle cari fiyattan daha düşük bir bedel üzerinden işlem yapabileceğini ortaya koyan satıcı, soyut olarak cari fiyat üzerinden hesaplanan zararın m. 77 uyarınca indirilmesini sağlayabilir. (Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 76 para. 2).

<sup>935</sup>Sekreteryâ Şerhi, Art. 72 para. 3; Neumayer/Ming, Art. 76 para. 1; Knapp, Bianca/Bonell, Art. 76 para. 2.3; Audit, para. 177; Atamer, CISG, s. 436; Huber, Huber/Mullis, s. 288; CISG-AC No. 8, Comment para. 4.1.4; Magnus, Tazminat, s. 292; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 76 para. 14; Dayioğlu, s. 108.

<sup>936</sup>Knapp, Bianca/Bonell Art. 76 para. 3.7; Enderlein/Maskow, Art. 76 para. 2; Atamer, CISG, s. 437; CISG-AC No. 8, Comment para. 4.3.1; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 76 para. 4; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 76 para. 11; Dayioğlu, s. 111; Erkan, s. 164. Satım konusunun kömür olduğu bir olayda, cari fiyat tespit edilmesi mümkün olmadığı için m. 76 uygulanmamıştır. Karar için bkz. I.C.C. International Court of Arbitration, 01.01.1996, CISG-Online No. 1294.

<sup>937</sup>Atamer, CISG, s. 437; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 76 para. 4; Erkan, s. 164. Malların hangi hallerde cari fiyatı olduğunun kabul edilebileceği konusunda kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukuka başvurulacağı yönünde bkz. Erdem, Sözleşmeden Dönme, s. 875.

<sup>938</sup>Sekreteryâ Şerhi, Art. 72 para. 6; Enderlein/Maskow, Art. 76 para. 2; Atamer, CISG, s. 437; Huber, Huber/Mullis, s. 288; CISG-AC No. 8, Comment para. 4.3.1; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 76 para. 4; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 76 para. 11.

*Sözleşmede bir fiyat belirlenmiş olmalıdır:* CISG m. 76'nın uygulanabilmesi için tarafların satım bedelini sözleşmede belirlemiş olmaları zorunludur. Satım bedelinin sözleşmede belirlendiğinin kabul edilebilmesi için, satım bedelinin açık veya örtülü olarak belirlenmesi yahut bedelin ileride belirlenebilmesi için gerekli düzenlemelerin yapılmış olması gereklidir. Satım bedelinin, yedek hüküm olan m. 55 uyarınca belirlendiği durumda zararın soyut olarak hesaplanması mümkün değildir<sup>939</sup>. Zararın m. 75 uyarınca hesaplanması açısından aranmayan bu şart, m. 76 açısından hükmün lafzıyla açıkça ortaya koyulmuştur. Zira m. 75'te "*contract price*" ifadesi kullanılırken, m. 76'da "*price fixed by the contract*" ifadesi kullanılmıştır<sup>940,941</sup>. Antlaşma'nın Resmi Gazete'de yayınlanan Türkçe çevirisi bu nüansı göz ardı etmiş ve her iki terim de "*sözleşmede kararlaştırılan fiyat*" olarak ifade edilmiştir. Buna rağmen belirttiğimiz ayrımın gözetilmesi makul bir uygulama açısından çok daha uygun olur. Zira satım bedelinin yedek hüküm olan m. 55 uyarınca belirlendiği durumda, cari fiyat esas alınacaktır. Bu durumda alıcının zararının cari fiyata karşılık gelen satım bedeli ile cari fiyatın kendisinin kıyaslanmasıyla hesaplanması anlamsız bir sonuç yaratacaktır.

ii. Bu dört şart sağlandığı takdirde, alıcının ifa etmeme zararı m. 76 uyarınca soyut yöntemle göre belirlenir. Satıcı sözleşmede belirlenen fiyat ile cari fiyat arasındaki farkı talep edebilir<sup>942</sup>.

Bu çerçevede hangi an ve hangi yerdeki cari fiyatın esas alınacağı önem kazanmaktadır. Zira cari fiyat, zaman ve yer itibarıyla değişkenlik gösterebilir. Zaman itibarıyla kural olarak alıcı sözleşmeden döndüğü anda mevcut olan cari fiyatın esas alınması gerekir<sup>943</sup>. Alıcının sözleşmeden döndüğü an, m. 27 uyarınca sözleşmeden dönme beyanını gönderdiği andır. Alıcının öne alınmış ihlal sebebiyle

<sup>939</sup> CISG-AC No. 8, Comment para. 4.2.1; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 5.

<sup>940</sup> Antlaşma'nın Fransızca metninde "*le prix du contrat*" ve "*le prix fixé dans le contrat*".

<sup>941</sup> CISG-AC No. 8, Comment para. 4.2.1; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 5. "*Contract price*" ifadesinin hem sözleşmede açık veya örtülü olarak belirlenmiş satım bedelini hem de yedek hüküm olan m. 55 uyarınca belirlenmiş satım bedelini kapsadığı yönünde bkz. **CISG-AC No. 8**, Comment para. 2.2.1.

<sup>942</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 7.

<sup>943</sup> **Atamer**, CISG, s. 437; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 10; **Dayıoğlu**, s. 111; **Erkan**, s. 165. Alıcı sözleşmeden dönme beyanında bulunmayı erteleyerek satıcı aleyhine spekülasyon yaptığı takdirde, satıcının tazminat sorumluluğu m. 77 uyarınca indirilecektir (**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 10). 1978 Taslağı'nda "sözleşmeden dönme hakkının doğduğu andaki" cari fiyatın esas alınması düzenlenmişti. Ancak bu ifade, belirsizliğe yol açacağı için haklı olarak "sözleşmeden dönme anı" şeklinde değiştirilmiştir (**Enderlein/Maskow**, Art. 76 para. 5; **Honnold**, para. 412).

sözleşmeden döndüğü durumda da yine o andaki cari fiyat esas alınır<sup>944</sup>. Ancak alıcı mallar kendi hâkimiyetine geçtikten sonra sözleşmeden döndüğü takdirde, devralma anındaki cari fiyatın esas alınması gerekir. Antlaşma bu durumda devralma anındaki cari fiyatı esas alarak, alıcının spekülasyon yapmasını engellemeyi amaçlamıştır<sup>945</sup>. Yer itibarıyla ise malların teslim edilmesi gereken yerdeki cari fiyat esas alınır. Taraflar sözleşmede belirli bir yer kararlaştırmadığı takdirde, bu konuda m. 31'e başvurmak gerekir<sup>946</sup>. Fakat teslim yerinde cari fiyat bulunmuyorsa, makul ikame yeri olarak kabul edilebilecek başka bir yerdeki fiyat esas alınmalıdır. Bu cari fiyata, malların söz konusu ikame yerden teslim yerine taşınması için yapılacak farazi masraflar eklenmelidir<sup>947</sup>. Belirli bir an ve yerdeki cari fiyat tespit edildikten sonra, bu fiyata sözleşme koşullarındaki farklılıkların yansıtılması gerekir<sup>948</sup>.

Tıpkı m. 75'te olduğu gibi m. 76'nın uygulanmasıyla hesaplanan zararın tazmini açısından öngörülebilirlik ilkesinin herhangi bir sınır teşkil edip etmeyeceği tartışılabilir. Baskın görüş uyarınca öngörülebilirlik ilkesinin soyut olarak hesaplanmış bu ifa etmeme zararı çerçevesinde uygulama alanı bulamayacağı savunulmaktadır<sup>949</sup>. Ayrıca m. 76'nın uygulanması, m. 74'ün uygulanmasını

<sup>944</sup>**Enderlein/Maskow**, Art. 76 para. 5; **Honnold**, para. 412; **Atamer**, CISG, s. 437. Bu durumda malların teslim edilmesi gereken tarihteki cari fiyatın esas alınması gerektiğini savunan aksi görüş için bkz. **CISG-AC No. 8**, Comment para. 4.4.3; **Schlechtriem/Butler**, para. 313a; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 76 para. 29-30.

<sup>945</sup>**Knapp**, Bianca/Bonell Art. 76 para. 2.9.4; **Enderlein/Maskow**, Art. 76 para. 9; **Honnold**, para. 412; **Atamer**, CISG, s. 437; **CISG-AC No. 8**, Comment para. 4.4.2; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 11; **Dayıoğlu**, s. 111. Malların devralınmasından sonra cari fiyat yükselir ve soyut hesaplama alıcının menfaatini zedeleyecek duruma gelirse, zarar m. 74 uyarınca hesaplanabilir (**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 11). Burada söz konusu olan devralma (*take over*) kavramının teslim (*delivery*) kavramıyla karıştırılmaması gerekmektedir. Kimi zaman satıcının malları teslim ettiğinin kabul edildiği durumlarda, mallar henüz devralınmış değildir. Bu durumda sözleşmeden dönme anındaki cari fiyatın esas alınması gerekecektir. Dolayısıyla bu iki kavramın özdeş olarak kullanılmaması gerekmektedir. Aksi yönde bir kullanım için bkz. **Erkan**, s. 165.

<sup>946</sup>**Sekreteryâ Şerhi**, Art. 72 para. 4; **Atamer**, CISG, s. 437; **CISG-AC No. 8**, Comment para. 4.5.1; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 8; **Erkan**, s. 164. **Honnold**, bu konuda teslim yerine atıfta bulunulmasını özellikle malların ilk taşıyıcıya verildiği yerde teslim edilmesini öngören m. 31(a) sebebiyle eleştirmektedir. CISG m. 75'in amacı açısından alıcının kendi işyerindeki cari fiyatın esas alınmasının daha uygun olacağını belirtmektedir (**Honnold**, para. 413). Fakat alıcının daima kendi işyerindeki cari fiyat üzerinden ikame bir işlem gerçekleştirmesinin mümkün olduğu düşünülürse, teslim yerine atıfta bulunulmasının alıcı açısından herhangi bir olumsuz sonucu olmadığı daha iyi anlaşılır (**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 8).

<sup>947</sup>**Knapp**, Bianca/Bonell Art. 76 para. 3.5; **Enderlein/Maskow**, Art. 76 para. 11; **Atamer**, CISG, s. 437; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 9; **Dayıoğlu**, s. 112; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 875.

<sup>948</sup>**CISG-AC No. 8**, Comment para. 4.3.1; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 4.

<sup>949</sup>**Enderlein/Maskow**, Art. 76 para.4; **Atamer**, CISG, s. 448; **Huber**, Huber/Mullis, s. 289; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 6; **Erkan**, s. 157.



dışlamaz. Alıcı, m. 76 uyarınca hesaplanmış ifa etmeme zararı dışında kalan diğer zarar kalemlerinin tazmini m. 74'teki genel kural uyarınca talep edilebilir<sup>950</sup>.

## E. Zararın Tazminine İlişkin Diğer Önemli Konular

### 1. Üçüncü Kişilerin Satıcıya Karşı Olan Talepleri

Satıcının ihlali, alıcı dışındaki üçüncü kişileri de zarara uğratmış olabilir. Örneğin alıcı, satım konusu hammaddeyi kendi müşterilerine satmış ve hammaddenin daha sonra gerekli kalite standartlarını taşımadığı anlaşılmış olabilir. Bu durumda üçüncü kişi niteliğindeki müşterinin satıcıya karşı CISG'a dayanan bir tazminat talebinde bulunması kural olarak mümkün değildir<sup>951</sup>. Ancak müşteri alıcının sorumluluğuna gittiği takdirde, artık kendi malvarlığına yansımış olan bu zararın tazmininin alıcı tarafından satıcıdan talep edilmesinin önünde herhangi bir engel yoktur<sup>952</sup>.

### 2. Tazminat Borcunun İfa Yeri

Tazminat ödeme borcunun nerede ifa edileceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Baskın görüş, Antlaşma'da nakden tazmin ilkesinin hâkim olmasından hareketle, bir para borcu niteliğindeki tazminat ödeme borcunun ifa yerinin m. 57'ye göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır. CISG m. 57, taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe satım bedelinin alacaklı olan satıcının işyerinde ödenmesi gerektiğini hüküm altına almaktadır. Bu yedek hukuk kuralının sözleşmeden kaynaklanan tüm para borçlarının ifası konusunda genel bir ilke teşkil edebileceğini savunan bu görüşe göre, para borçlarının ifa yeri alacaklının işyeridir.

<sup>950</sup>*Sekreteryâ Şerhi*, Art. 72 para. 8; **Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 76 para. 2.7; **Audit**, para. 178; **Atamer**, CISG, s. 438; **Honnold**, para. 415; **CISG-AC No. 8**, Comment para. 6.1; **Schlechtriem/Butler**, para. 314; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 76 para. 13; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 76 para. 25; **Dayıoğlu**, s. 112; **Erkan**, s. 165-166.

<sup>951</sup>**Knapp**, Bianca/Bonell, Art. 74 para. 2.1; **Enderlein/Maskow**, Art. 74 para. 2; **Huber**, Huber/Mullis, s. 280; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 15; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 50; **Dayıoğlu**, s. 79; **Erdem**, Sözleşmeden Dönme, s. 872. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramına, Antlaşma bağlamında yer verilmemiştir. Sözleşmenin etkisinin üçüncü kişilere genişletilmesi ancak taraflar arasında böyle bir anlaşmanın bulunması halinde mümkündür (**Huber**, Huber/Mullis, s. 280; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 15).

<sup>952</sup>**Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 16.

Dolayısıyla satıcının tazminatı alıcının işyerinde ödemesi gerekir<sup>953</sup>. Buna karşılık *Schwenzer*'e göre tazminatın alıcının işyerinde ödenmesi, ödeme yerindeki mahkemeyi yetkili kılacaktır ve sözleşmeyi ihlal etmiş olan tarafın bu durumdan menfaat sağlamasına yol açabilecektir. Bu sebeple yazar, tazminat borcunun, ihlal edilmek suretiyle bu borca kaynaklık eden asıl borcun ifa yerinde ödenmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre örneğin satıcı malları teslim etmediği için alıcı sözleşmeden dönmüşse, tazminat borcunun malların teslim yerinde ödenmesi gerekir<sup>954</sup>.

### 3. Tazminat Alacağına Tabi Olduğu Zamanaşımı

Tarafların haklarının tabi olduğu zamanaşımı süresi, CISG'da düzenlenmemiştir. Bu konuda yürütülen yeknesaklaştırma çabaları neticesinde 14.06.1974 tarihinde Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Zamanaşımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması kabul edilmiştir. Ancak ayrı bir milletlerarası antlaşma olması itibarıyla ayrıca onaylanması gereken bu düzenleme, CISG kadar yaygın kabul görmemiştir. Türkiye'nin taraf olmadığı bu düzenlemenin uygulama alanı CISG ile örtüşmemektedir. Yine de bu antlaşma uygulama alanı bulduğu takdirde<sup>955</sup>, alıcının tazminat alacağı dört yıllık bir süreye tabi olacaktır<sup>956</sup>. Zamanaşımına ilişkin antlaşma uygulama alanı bulamıyorsa, bu konuda kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecek *lex causae* ışığında çözüm aramak gerekecektir<sup>957</sup>.

Zamanaşımı konusundaki *lexcausae*'nin hangi hukuk olduğunu, vasıflandırma sorunu çerçevesinde ele almak gerekmektedir. Farklı hukuk sistemleri, zamanaşımının vasıflandırılması konusunda farklı yaklaşımlar benimsemektedir. Özellikle *common law* sistemine dahil olan hukuklar, zamanaşımını usule ilişkin bir

<sup>953</sup> **Heuzé**, para. 447; **Huber**, Huber/Mullis, s. 281. Aynı yönde bkz. *Oberlandesgericht Düsseldorf*, 02.07.1993, CISG-Online No. 74. İfa yerinin alacaklının işyeri olarak belirlenmesinin tam tazmin ilkesine daha uygun olduğu yönünde bkz. **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 30.

<sup>954</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 61. Aynı görüşte bkz. **Dayıoğlu**, s. 97.

<sup>955</sup> Bu Antlaşma, işyerleri farklı yerlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine, devletlerin bu Antlaşma'ya akit devlet olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının bu Antlaşma'ya akit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanır (Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Zamanaşımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 3).

<sup>956</sup> Tarafların hakları kural olarak dört yıllık bir süreye tabidir (Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Zamanaşımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 8).

<sup>957</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 62.

konu olarak kabul etmekte ve dolayısıyla *lex fori*'ye göre tabi tutmaktadır<sup>958</sup>. Buna göre örneğin alıcı ile satıcı arasındaki dava bir Amerikan mahkemesi önünde görülmekte ise sözleşme hangi hukuka tabi olursa olsun, zamanaşımı *lex fori* olan Amerikan hukukuna göre belirlenecektir. Buna karşılık *civil law* sisteminin parçası olan hukuklar, zamanaşımının esasa ilişkin bir konu olduğunu kabul ederek konuyu *lex contractus* ışığında çözmektedir<sup>959</sup>. Örneğin Alman mahkemesi önünde görülen bir davaya konu olan olayda, alıcı ile satıcı aralarındaki sözleşmeye Türk hukukunun uygulanmasını kararlaştırmışlarsa; zamanaşımı *lex fori* olan Alman hukukuna göre değil *lex contractus* olan Türk hukukuna göre belirlenir<sup>960</sup>.

#### 4. Tazminat Konusu Çerçevesinde İspat Sorunu

CISG m. 74 uyarınca tazminat talep edilebilmesi için; karşı tarafın sözleşmeyi ihlal etmiş olması, bu ihlalin bir zarara yol açmış olması ve sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu zararın ihlalin olası sonucu olduğunu sözleşme kurulduğu anda öngörebilecek olması gerekmektedir. Sözleşmeden dönme hakkı açısından ihlalin ispatı konusu daha evvel incelenmiş olduğundan; burada zararın, nedensellik bağının ve öngörülebilirliğin ispatı konusuna değinilecektir. Alıcının zararı ve bu zarara satıcının ihlalinin yol açmış olduğunu bizzat ispat etmesi gerekir. Bu olgulara ilişkin ispat yükünün alıcıda olduğu tartışmasızdır<sup>961</sup>. Bu çerçevede zararın ispatlandığının kabul edilebilmesi için, zararın varlığının ve zararın kapsamının ispatlanması yeterli olacaktır. Zararın tutarının matematiksel ifadesinin tam olarak ortaya koyulmasına gerek yoktur<sup>962</sup>. Öngörülebilirlik konusunda ise böyle bir fikir birliği bulunmamaktadır. Bir görüş, bu iki olguyu ispat eden alıcı karşısında satıcının zararın öngörülebilir olmadığını ispat etmediği müddetçe sorumlu tutulacağını

<sup>958</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 62.

<sup>959</sup> **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 62.

<sup>960</sup> Bu durumda alıcının tazminat alacağı, TBK m. 146 uyarınca ihlalden itibaren on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Ancak tazminat talebinin dayanağı satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi ise TBK m. 231'in uygulama alanı bulacağı unutulmamalıdır. TBK m. 231 uyarınca ayıptan kaynaklanan haklar, satılanın devrinden itibaren iki yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

<sup>961</sup> **Enderlein/Maskow**, Art. 74 para. 6; **Atamer**, CISG, s. 433; **Huber**, Huber/Mullis, s. 281; **Magnus**, Tazminat, s. 293; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 64; **Gotanda**, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 9.

<sup>962</sup> **CISG-AC No. 6**, Comment para. 2. *Eiselen* bu konuda farklı bir görüş savunmaktadır. Yazara göre, alıcının zarara uğradığını ispatladığı fakat zararın miktarını ispatlayamadığı durumda tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceği *lex fori*'ye göre belirlenmelidir. Mahkeme *lex fori* uyarınca tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar verirse bu tazminatın nasıl hesaplanacağını konusu CISG'a tabi olacaktır. Bu görüşün savunulduğu makale için bkz. **Sieg Eiselen**, "Proving the Quantum of Damages", Journal of Law and Commerce Vol. 25 2005-2006 s. 375 vd.

savunmaktadır. Yani tam tazmin ilkesi kapsamında kalan zarar kalemleri açısından öngörülebilirlik karinesi mevcuttur ve zararın öngörülebilir olmadığını ispat etme yükü satıcıdadır<sup>963</sup>. Aksi görüş çerçevesinde ise satıcının sorumlu tutulması için, alıcının bu iki olgunun yanı sıra zararın satıcı tarafından öngörülebilir olduğunu da ispat etmesi aranmaktadır<sup>964</sup>.

Alıcının m. 75 veya 76 uyarınca hesaplanmış zararının tazminini talep edebilmesi açısından ise öncelikle sözleşmeden dönmüş olduğunu ortaya koyması gerekir<sup>965</sup>. Bu çerçevede, alıcının m. 49(1)'den doğan bir sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğunu ve m. 49(2)'deki koşulları sağlayan bir sözleşmeden dönme beyanında bulunduğunu ispatlaması aranır. Buna ek olarak, m. 75 uyarınca tazminat talep edecek alıcı makul süre içerisinde makul bir işlem yaptığını<sup>966</sup> ve m. 76 uyarınca tazminat talep edecek alıcı cari fiyatın varlığını<sup>967</sup> ispat yükü altındadır.

Alıcının zararın azaltılması için gerekli önlemleri almadığını ve bu sebeple kendi tazminat sorumluluğunun indirilmesi gerektiğini savunan satıcı, bunu bizzat ispat etmelidir<sup>968</sup>.

Ayrıca ele alınması gereken ispat ölçüsü sorununun çözümü tartışmalıdır. İspat ölçüsünün uygulanacak usul hukukuna tabi olduğunu savunan yazarlar ve kararlar, bu konuda *lex fori*'ye itibar etmektedir<sup>969</sup>. Fakat *Gotanda*, bir konuda dahili boşluk olup olmadığının tespit edilmeye çalışıldığı bu gibi durumlarda esasa ilişkin – usule ilişkin ayırımına başvurulmasını eleştirmektedir. Yapay olan bu ayırım, her hukuk sisteminde farklılıklar göstermektedir. Dolayısıyla ispat ölçüsü konusunda dahili bir boşluk bulunup bulunmadığı, konunun esasa veya usule ilişkin olmasına

<sup>963</sup>Enderlein/Maskow, Art. 74 para. 10; Atamer, CISG, s. 447;

<sup>964</sup>Huber, Huber/Mullis, s. 281; Schlechtriem/Butler, para. 302; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 74 para. 64; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 48. CISG-Online No. 516, 338. İspat yükünün kural olarak alıcıda olduğunu savunan Schwenger, özellikle ifa etmeme zararı açısından öngörülebilirliğin karine olarak varlığının kabul edilebileceğini belirtmektedir (Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 74 para. 64).

<sup>965</sup>Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 75 para. 14 ve Art. 76 para. 1; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 75 para. 6 ve Art. 76 para 6; Erkan s. 162.

<sup>966</sup>Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 75 para. 14; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 75 para. 6; Erkan, s. 162.

<sup>967</sup>Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 76 para. 15; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 76 para. 6.

<sup>968</sup>Huber, Huber/Mullis, s. 289; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 77 para. 13; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 77 para. 11.

<sup>969</sup>Schneider, Measuring Damages, s. 230.

bakılmaksızın belirlenmelidir<sup>970</sup>. İspat ölçüsü konusunda dahili bir boşluk bulunduğu ve bu boşluğun doldurulmasında Antlaşma'nın genel ilkelerinden olan "makul olma" ilkesinden faydalanılabileceği söylenebilir. Buna göre bir olgunun ispatlanmış kabul edilebilmesi için makul ölçüde (*reasonable*) kanaat uyandırılması yeterlidir<sup>971</sup>. İspat ölçüsü konusunda yeknesak bir bakış açısının geliştirilmesi, farklı hukuklardaki farklı ispat ölçülerinin esas alınması neticesinde oluşacak tutarsız uygulamanın önüne geçeceği için tercih edilmelidir<sup>972</sup>.

## V. İfa Yerine Tazminat Talep Etme Olanağının İfa Engelleri Sistemindeki Yeri

İsviçre - Türk hukuku uyarınca karşılıklı sözleşmelerde temerrüt halinde alacaklıya üç seçimlik hak tanınmasına alışkın olan hukuki algı, CISG tazminat sistemindeki "eksikliği" derhal fark eder. TBK m. 125 uyarınca, karşılıklı sözleşmelerde temerrüde düşen borçlu kendisine tanınan ek süre içerisinde borcunu ifa etmezse, alacaklı üç seçimlik hakka sahip olur. Alacaklı **1)** borcun ifasını ve buna ek olarak gecikme yüzünden uğradığı zararın tazminini talep edebilir; **2)** borcun ifasından vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararın (doktrinde kabul gördüğü üzere olumlu zararının) tazminini talep edebilir; **3)** sözleşmeden dönüp sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın (doktrinde kabul gördüğü üzere olumsuz zararının) tazminini talep edebilir<sup>973</sup>. CISG çerçevesinde ise alıcının borcun ifasına ek olarak ihlal sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep etmesi ve sözleşmeden dönüp olumsuz zararının tazminini talep etmesi mümkündür. Fakat ifa yerine tazminat gibi bir seçimlik hakka rastlanmamaktadır. Zira bu hakkın özünü oluşturan "borcun ifasının yerine geçecek olumlu zararın tazmini" menfaati, Antlaşma'daki "sözleşmeden dönme+tazminat" formülüyle zaten korunmaktadır. İsviçre - Türk hukukunun aksine, sözleşmeden dönülmesi neticesinde talep edilebilecek tazminat, olumsuz zarar kalıbına indirgenmemiştir. Sözleşmeden dönen alıcı dilerse olumlu zararının dilerse olumsuz zararının tazminini talep edebilir. İfa yerine tazminat hakkının yaratacağı hukuki durum, alıcıya tanınan diğer seçimlik

<sup>970</sup>Gotanda, Awarding Damages, s. 121-122.

<sup>971</sup>Huber, Huber/Mullis, s. 281-282; CISG-AC No. 6, Comment para. 2.6; Schwenger, Schlechtriem/Schwenger, Art. 74 para. 65; Gotanda, Awarding Damages, s. 126-127; Saidov, Need for Uniformity, s. 401; Gotanda, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas, Art. 74 para. 12;. Bu yaklaşım diğer özel hukuk uyumlaştırması metinleriyle de paraleldir. Bkz. UNIDROIT İlkeleri m. 7.4.3; PECL m. 9:501(2); DCFR m. III. – 3:701(2).

<sup>972</sup>Saidov, Need for Uniformity, s. 400-401.

<sup>973</sup>Feyzioğlu, Cilt-II, s. 254; Oğuzman/Öz, Cilt-1, s. 512; Eren, s. 1109; Engel, para. 215; Thévenoz, Commentaire Romand, Art. 107 para. 1.

hakların kaynaştırılması yoluyla elde edilebileceği için, Antlaşma bu hakkı şekli olarak ayrıca düzenlemeye gerek duymamıştır<sup>974</sup>.

Bu çerçevede ifa yerine tazminat hakkının diğer seçimlik haklardan bağımsız bir hak düzenlenmiş olmadığını vurgulamak gerekmektedir. Alıcının borcun ifasından vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının tazminini talep etmesinin tek yolu, sözleşmeden dönmesidir. Sözleşmeden dönmeksizin borcun ifası yerine borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazminini talep etmek mümkün değildir<sup>975</sup>. Başka bir deyişle, alıcı sözleşmeden dönmediği müddetçe kendisine arz edilen ifayı kabul etmek ve satım bedelini ödemek zorundadır Buna bağlı olarak alıcının talep edeceği tazminat miktarı da gerçekleştirilmiş olan ifa göz önünde tutularak hesaplanacaktır<sup>976</sup>. Dolayısıyla satıcı tarafından teslim edilen mallar esaslı ihlal teşkil edecek ölçüde sözleşmeye aykırı değilse, alıcının malları iade etmek ve malların yerine uğramış olduğu zararın tazminini talep etmek gibi bir imkanı bulunmamaktadır. Yahut satıcının malları teslim etmekte gecikmesi henüz esaslı ihlal teşkil etmiyorsa, alıcının malları teslim almaktan kaçınması ve sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararının tazminini talep etmesi mümkün değildir. Aksi yönde bir kabul, ifa engelleri sisteminin sözleşmeden dönmeyi katı şartlara bağlama yönünde yapmış olduğu tercihi tamamen anlamsız kılacaktır.

Bu konuda ele alınması gereken bir başka sorun, alıcının sözleşmeden dönmediği fakat ikame bir alım yaptığı durumda zararının nasıl hesaplanacağıdır. Örneğin satıcının teslim ettiği hammaddenin esaslı ihlal teşkil etmeyecek ölçüde sözleşmeye aykırı olduğunu ve alıcının sözleşmeden dönememesine rağmen üretim sürecine başlayabilmek için ikame bir alım yaptığını varsayalım. Alıcının zararı hesaplanırken bu ikame alım esas alınabilecek midir? Genel eğilim, ikame alımın esas alınması suretiyle zararın hesaplanması yönteminin alıcının sözleşmeden döndüğü duruma özgü olmadığı yönündedir. Sözleşmeden dönmüş olmayan alıcının

<sup>974</sup> **Atamer**, Taşınır Satımı, s. 197-198.

<sup>975</sup> **Atamer**, CISG, s. 452; **Huber**, Huber/Mullis, s. 282; **Huber**, Structure of Remedies, s. 29; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 45 para. 27. Alıcının sözleşmeden dönme hakkının olmasına rağmen sözleşmeden dönme beyanında bulunmadığı takdirde ifa yerine tazminat talep edebileceğini savunan görüş için bkz. **Slechtriem/Butler**, para. 309. Kanımca alıcının sözleşmeden dönme hakkına sahipken ifa yerine tazminat talep etmesini, örtülü bir sözleşmeden dönme beyanı olarak değerlendirmek gerekir. Dolayısıyla bu durumda alıcının ifa yerine tazminat talep etmesinin önünde kural olarak zaten bir engel bulunmamaktadır. Fakat bu talebin örtülü bir sözleşmeden dönme beyanı olarak değerlendirilmesi mümkün değilse, örneğin m. 49(2)'deki süre sona erdikten sonra yapılmışsa, alıcı ifa yerine tazminat talep edemez.

<sup>976</sup> Bu yönde bkz. *Oberster Gerichtshof*, 06.02.1996, CISG-Online No. 224.

zararının hesaplanmasında da ikame işlem esas alınabilir<sup>977</sup>. Fakat sözleşmeden dönmüş olmayan alıcı ifayı reddedemediği için zararın hesaplanmasında alıcının elinde bulundurduğu satım konusu malların değeri de dikkate alınacaktır. Buna göre alıcının talep edebileceği ifa menfaati kabataslak olarak ikame alım bedeli ile alıcının elindeki sözleşmeye aykırı malların değeri arasındaki fark şeklinde hesaplanacaktır<sup>978</sup>. Hesaplama esas alınan hüküm sözleşmeden dönülmesine özgülenmiş olan m. 75 değil, zararın hesaplanmasına ilişkin genel hüküm olan m. 74 olacaktır.

---

<sup>977</sup>**PeterSchlechtriem**, “Damages, avoidance of the contract and performance interest under the CISG” Çevrimiçi Erişim: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem21.html>>, Son Erişim Tarihi: 01.05.2013, *I. Recovery of performance interest without avoidance of the contract*, **CISG-AC No. 6**, Comment para. 8.1; **Huber**, Structure of Remedies, s. 30; **Schlechtriem/Butler**, para. 309; **Schwenzer**, Schlechtriem/Schwenzer, Art. 74 para. 22.

<sup>978</sup>**Schlechtriem**, Damages, *I. Recovery of performance interest without avoidance of the contract*; **Huber**, Structure of Remedies, s. 30. Bu hesaplama yöntemini savunan *Schlechtriem*, böylelikle sözleşmeden dönmeyen alıcının ifa yerine tazminat (*damages in lieu of performance*) talep ediyor olduğunu belirtmektedir. Kanımca bu terminoloji, *Huber*'in de ifade ettiği üzere yanlış bir algı yaratmaktadır. Zira ifa yerine tazminat kavramı, alıcının ifayı reddettiği ve borcun ifa edilmemesinden doğan zararın tazminini talep ettiği ihtimali akla getirmektedir.

## SONUÇ

CISG çerçevesinde, sözleşmenin ayakta tutulması, taraflardan birinin tek taraflı iradesiyle sona erdirilmesine nazaran tercih edilir. Sözleşmeden dönme, başka bir hukuki imkân ile tatmin edilmenin mümkün olmadığı durumda son çare olarak başvurulabilecek bir hukuki imkândır. Bu açıdan sözleşmeden dönme hakkının doğumu, katı şartlara tâbidir. CISG çerçevesinde alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanıyan temel hüküm m. 49(1)'dir. Buna göre alıcı, satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlâl etmesi durumunda ve satıcının sözleşme konusu malları kendisine tanınan mehile rağmen teslim etmemesi durumunda sözleşmeden dönebilir. Bu iki durumdan birinin varlığı kural olarak, alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanısa bile, Antlaşma'da alıcının sözleşmeden dönme hakkını sınırlayan bazı hükümlerin bulunduğu unutulmamalıdır. Kimi zaman alıcı, CISG m. 49(1) uyarınca sözleşmeden hakkına temel oluşturacak bir durumun varlığına rağmen, başka bir sınırlayıcı hüküm nedeniyle sözleşmeden dönme hakkından mahrum kalabilir.

Antlaşma, belirli şartların sağlanmasını halinde sözleşme ilişkisinin *ipso facto* (kendiliğinden) sona ermesini sağlayan bir mekanizma öngörmemiştir. CISG uyarınca sözleşmeden kurtulmak isteyen alıcının, sözleşmeden dönme hakkına temel oluşturacak bir durum ortaya çıktıktan sonra, CISG m. 49(2)'deki süre sınırlaması içinde sözleşmeden dönme beyanında bulunması gerekir. Alıcının sözleşmeden dönme beyanı, m. 27 uyarınca, gönderilmekle hüküm ifade eder. Buna bağlı olarak sözleşmeden dönmenin sonuçları devreye girer.

Dönmenin sözleşme üzerindeki etkisi konusunda Antlaşma'da bir boşluk mevcuttur. Bu boşluğun Antlaşma'nın yeknesak uygulamasını destekleyen bir biçimde doldurulması gerekir. Böyle bir değerlendirme ışığında dönmenin sözleşmeyi dolaysız olarak etkileyecek güce sahip olmadığını kabul etmek, CISG bağlamındaki en uygun sonuç olacaktır. Dönme, sözleşmeyi geriye veya ileriye etkili olarak geçersizleştirmez. Ancak sözleşmenin konusunu ileriye etkili olarak değiştirerek, sözleşmeyi ters yüz eder. Böylelikle sözleşme içerik değiştirip bir tasfiye ilişkisine dönüşerek varlığını sürdürür. Dönmenin hüküm ifade etmesi üzerine tarafların ifa etmemiş oldukları borçlar kendiliğinden son bulur ve taraflar ifa etmiş oldukları edimlerin edimlerden elde edilen yararlarla birlikte iadesini talep edebilir.



İadeye yönelik taleplerin kaynağını, dönmeye rağmen varlığını bir tasfiye ilişkisi olarak sürdüren sözleşme teşkil edecektir. Kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukuktan kaynaklanan aynı taleplerde veya sebepsiz zenginleşme temelli taleplerde bulunmak mümkün değildir.

Alıcı ayrıca sözleşmeden dönme hakkının doğmasına yol açan oluşturduğu zararın tazmin edilmesini talep edebilir. Sözleşmeden dönen alıcının zararının hesaplanmasına ilişkin genel hüküm, m. 74'tür. Ancak Antlaşma, sözleşmeden dönen alıcının ifa etmeme zararının hesaplanması konusunu ayrıca özel olarak m. 75 ve 76'da düzenlemiştir. Sözleşmeden dönen alıcının uğramış olduğu ifa etmeme zararı, alıcı ikame bir işlem gerçekleştirmişse m. 75 uyarınca ikame alım bedeline kıyasla somut olarak hesaplanabilir. Böyle bir işlem yapılmamışsa alıcının ifa etmeme zararı, m. 76 uyarınca piyasadaki cari fiyata kıyasla soyut olarak hesaplanabilir.

CISG, uluslararası satım hukukunu yeknesaklaştırmak konusunda oldukça önemli bir adımdır. Fakat CISG gibi yeknesak bir metnin tek başına varlığı, gerçek yeknesaklaşma yolundaki uzun ve zahmetli sürecin hareket noktasını teşkil etmekten öteye gidemez. Süreçteki asıl ilerlemeyi sağlayacak olan, bu metindeki yeknesaklığın uygulamaya yansıtılmasıdır. Bu açıdan Antlaşma'nın uluslararası niteliğini dikkate alan ve yeknesak uygulamasını teşvik eden bir yorum ve boşluk doldurma anlayışının geliştirilmesi son derece önemlidir. Çalışmada bu yorum anlayışı ışığında değerlendirmeler yapmaya gayret edilmiştir. Bu yaklaşım, özellikle Antlaşma'nın aksayan yönü olan sözleşmeden dönmenin sonuçları konusunda ön plana alınmıştır. Sözleşmeden dönmenin sonuçları konusundaki boşlukların, yeknesak uygulamayı teşvik edecek biçimde doldurulması konusunda çaba sarf edilmiştir. Bu sebeple dönmenin sözleşmeye etkisi konusunda Antlaşma'nın içermekte olduğu boşluğun dâhili olduğu kabul edilmiş ve kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukuka başvurma zorunluluğunu en aza indirgeyecek şekilde doldurulması uygun bulunmuştur.

**KAYNAKÇA**

**AUDIT, Bernard:** La vente internationale de marchandises, Commentaire de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980, Paris 1990.

**ANTALYA, O. Gökhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2013.

**ATAMER, Yeşim M. :** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005. (“Atamer, CISG”)

**ATAMER, Yeşim M. :** “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 317 vd. (“Atamer, İfa Engelleri”)

**ATAMER, Yeşim M. :** “Taşınır Satımı Sözleşmesi”, M. Murat İnceoğlu (ed.), Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2012, s. 187 vd. (“Atamer, Taşınır Satımı”)

**AYOĞLU, Tolga :** Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, İstanbul 2010.

**BABIAK, Andrew:** “Defining “Fundamental Breach” Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Temple International Comparative Law Journal Vol. 6 1992 s. 113 vd.

**BASEDOW, Jürgen :** “Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts”, Uniform Law Review 2000-1 s. 129 vd. (“Basedow, Uniform Law Conventions”)

**BAŞOĞLU, Başak :** Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012.

**BAYSAL, Pelin:** “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, Şükran Şıpka / Ahmet Cemil Yıldırım (ed.), Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, İstanbul 2012, s. 221 vd.

**BERMAN, Harold J. / KAUFMAN, Colin :** The Law of International Commercial Transactions (Lex mercatoria), Harvard International Law Journal Vol. 19 1978, s. 221 vd.

**BIANCA, Massimo / BONELL, Michael Joachim (ed.):** Commentary on the International Sales Law, 1987. (“*İşleyen, Bianca/Bonell*”)

**BONELL, Michael Joachim:** An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2005. (“Bonell, International Restatement”)

**BONELL, Michael Joachim:**“The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG – Alternatives or Complementary Instruments?”, Uniform Law Review 1996-1 s. 26 vd. (“Bonell, UNIDROIT Principles and CISG”)

**BRIDGE, Michael:** “The Transfer of Risk under the UN Sales Convention 1980 (CISG)”, Camilla B. Andersen & Ulrich G. Schroeter (ed.), Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, 2008, s. 77 vd. (“Bridge, Transfer of Risk”)

**BRIDGE, Michael:** “The Nature and Consequences of Avoidance of the Contract Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods”, International Law Review of Wuhan University Vol. 10 2008-2009 s. 118 vd. (“Bridge, Consequences of Avoidance”)

**BUZ, Vedat:** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.

**CISG Advisory Council, Opinion No. 2:** Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Articles 38 and 39, 7 June 2004, Rapporteur: Eric. E. Bergsten,

Emeritus, Pace University School of Law, New York. (“CISG-AC No. 2”)

**CISG Advisory Council, Opinion No. 5:** The buyer's right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents, 7 May 2005, Rapporteur: Professor Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Professor of Private Law, University of Basel. (“CISG-AC No. 5”)

**CISG Advisory Council, Opinion No. 6:** Calculation of Damages under CISG Article 74, 2006, Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA. (“CISG-AC No. 6”)

**CISG Advisory Council, Opinion No. 8:** Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76, 2008, Rapporteur: Professor John Y. Gotanda Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA. (“CISG-AC No. 8”)

**CISG Advisory Council, Opinion No. 9:** Consequences of Avoidance of the Contract, 2008, Rapporteur: Professor Michael Bridge, London School of Economics, London, United Kingdom. (“CISG-AC No. 9”)

**CORTERIER, André :** “Interest in Uniform Application - How to Solve the UN Sales Law's Interest Rate Problem Under Article 78 CISG and Article 84 CISG”, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, 2003, s. 1 vd.

**CREMADES, Bernardo M. / PLEHN, Steven L. :** The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions, Boston University International Law Journal Vol. 2 1983-1984 s. 317 vd.

**DAYIOĞLU, Yavuz:** CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011.

**DCFR-Outline Edition,** Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition, 2009, Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (ed.)

**ENDERLEIN, Fritz / MASKOW, Dietrich** : International Sales Law, 1992.

**ENGEL, Pierre**: Traité des obligations en droit suisse, 1997.

**ERDEM, Ercüment**: “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, 2008, s. 1 vd. (“Erdem, Uygulama Alanı”)

**ERDEM, Ercüment** : “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, Ercüment Erdem, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, 2008, s. 25 vd. (“Erdem, VSA”)

**ERDEM, Ercüment** : “Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmeden Dönme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt I İstanbul 2010, s. 857 vd. (“Erdem, Sözleşmeden Dönme”)

**EREN, Fikret**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

**ERGÜNE, Mehmet Serkan**: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.

**ERKAN, Kutluhan**: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012.

**EÖRSİ, Gyula**: “A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, The American Journal of Comparative Law Vol. 31 1983 s. 333 vd.

**FARNSWORTH, E. Allan**: “Damages and Specific Relief” The American Journal of Comparative Law, Vol. 27 No. 2/3 1979, s. 247 vd.

**FERRARI, Franco** : “Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law”, Louisiana Law Review Vol. 53 1992-1993 s. 1257 vd. (“Ferrari, Foreseeability”)

**FERRARI, Franco** : “Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law”, Georgia Journal of International and Comparative Law Vol. 24 1994-1995 s. 183 vd. (“Ferrari, Uniform Interpretation”)

**FERRARI, Franco** : “Fundamental Breach of Contract under the UN Sales Convention – 25 Years Article 25 CISG –”, International Business Law Journal 2005 s. 389 vd. (“Ferrari, Fundamental Breach”)

**FERRARI, Franco**: “Uluslararası İċtihat Hukuku Işığında CISG’da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler”, Yeşim Atamer (ed.), Milletlerarası Satım Hukuku , 2008, s. 37 vd. (“Ferrari, Yorum ve Boşluk Doldurma”)

**FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-II, İstanbul 1977.

**FLECHTNER, Harry M.** : “Buyer’s Obligation to Give Notice of Lack of Conformity (Articles 38, 39, 40 and 44)”, Franco Ferrari/Harry Flechtner/Ronald A. Brand (ed.), The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention, 2004, s. 377 vd. (“Flechtner, Notice”)

**FLECHTNER, Harry M.** : “Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi”, Yeşim Atamer (ed.), Milletlerarası Satım Hukuku, 2008, s. 163 vd. (“Flechtner, Malların Sözleşmeye Uygunluğu”)

**GARRO, Alejandro M.** : “The Gap-Filling Role of the UNIDROIT Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG”, Tulane Law Review Vol. 69 1994-1995 s. 1149 vd.

**GABRIEL, Henry Deeb** : “The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL and the Hague Conference”, Brooklyn Journal of International Law Vol. 34 2008-2009 s. 655 vd. (“Gabriel, Soft Law”)

**GABRIEL, Henry Deeb** : “General Provisions, Obligations of the Seller, and Remedies for Breach of Contract by the Seller”, Franco Ferrari/Harry Flechtner/Ronald A. Brand (ed.), The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention, 2004, s. 336 vd. (“Gabriel, Digest”)

**GIRSBERGER, Daniel** : “The Time Limits of Article 39 CISG”, Journal of Law and Commerce Vol. 25 2005-2006, s. 241 vd.

**GOTANDA, John Y.**: “Awarding Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods: A Matter of Interpretation”, Georgetown Journal of International Law Vol. 37 2005-2006, s. 95 vd.

**GRAFFI, Leonardo**: “Case Law on the Concept of “Fundamental Breach” in the Vienna Sales Convention”, International Business Law Journal 2003, s. 338 vd.

**GREBLER, Eduardo**: “Fundamental Breach of Contract Under the CISG: A Controversial Rule”, Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law), Vol. 101 (March 28-31, 2007), s. 407 vd.

**HARTKAMP, Arthur S.** : “Principles of Contract Law”, Arthur Hartkamp/Martijn Hesselink/Ewoud Hondius/Carla Joustra/Edgar du Perron/Muriel Veldman (ed.), Towards a European Civil Code, 2004, s. 125 vd.

**HEUZE, Vincent**: La vente internationale des marchandises – Droit uniforme, 2000.

**HONNOLD, John (Edited and Updated by FLECHTNER, Harry)**: Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 2009.

**HUBER, Peter:** “CISG - The Structure of Remedies”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* Vol. 71 2007 s. 13 vd. (“Huber, Structure of Remedies”)

**HUBER, Peter / MULLIS, Alastair:** *The CISG, A New Textbook for Students and Practitioners*, 2007.

**JACOBS, Christopher M. :** “Notice of Avoidance under the CISG: A Practical Examination of Substance and Form Considerations, the Validity of Implicit Notice, and the Question of Revocability”, *University of Pittsburgh Law Review* Vol. 64 2002-2003 s. 407 vd.

**KAHN, Philippe :** “La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises”, *Revue internationale de droit comparé* Vol. 33 No. 4 1981 s. 951 vd.

**KAYA, Cansu :** *CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu*, İstanbul 2012.

**KELLER, Bertram:** “Favor Contractus in CISG”, Camilla B. Andersen & Ulrich G. Schroeter (ed.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries; Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, 2008, s. 247 vd.

**KIMBEL, Ericson P. :** “*Nachfrist* Notice and Avoidance under the CISG”, *Journal of Law and Commerce* Vol. 18 1998-1999, s. 301 vd.

**KOCH, Robert:** “The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)”, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* 1998, 1999, s. 177 vd. (“Koch, Fundamental Breach”)

**KOCH, Robert:** “Commentary on Whether the UNIDROIT Principles of



International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 25 CISG”, 2004, Çevrimiçi Erişim: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch1.html#rk18>> (Son Erişim Tarihi 01.05.2013). (“Koch, PICC-CISG”)

**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip:** Borçlar Hukukuna Giriş – Hukuki İşlem – Sözleşme, İstanbul 2008.

**KRONKE, Herbert :** “The UN Sales Convention, The UNIDROIT Contract Principles and the Way Beyond”, Journal of Law and Commerce Vol. 25 2005-2006 s. 451 vd. (“Kronke, UN Sales Convention”)

**KRÖLL, Stefan / MISTELIS, Loukas / PERALES VISCAILLAS, Pilar (ed.):** UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 2011. (“*İşleyen, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas*”)

**LANDO, Ole :** “The Common Core of European Private Law and the Principles of European Contract Law”, Hastings International and Comparative Law Review Vol. 21 1997-1998 s. 809 vd. (“Lando, Common Core”)

**LIU, Chengwei :** Declaration of Avoidance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and Case Law [2nd Edition: Case annotated update (June 2005)], Çevrimiçi Erişim: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu10.html>> (“Liu, Declaration”)

**LOOKOFSKY, Joseph:** “The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, J. Herbots/R. Blanpain (ed.), International Encyclopaedia of Laws - Contracts, 2000, s. 1 vd.

**LOPEZ-RODRIGUEZ, Ana M. :** “The Duty to Pay Interest On Advance Payments Under Art. 84(1) CISG”,s Nordic Journal of Commercial Law 2005/2, Çevrimiçi Erişim: <[http://www.njcl.fi/2\\_2005/commentary1.pdf](http://www.njcl.fi/2_2005/commentary1.pdf)>, Son Erişim: 01.05.2013. (“López-Rodríguez,Duty to Pay Interest”)

**LOPEZ-RODRIGUEZ, Ana M. :** “The Effects of Avoidance on Obligations: The Modes of Restitution under the 1980 U.N. Convention on the International Sale of Goods”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* Vol. 9 2005 s. 291 vd. (“López-Rodríguez, Effects of Avoidance”)

**MAGNUS, Ulrich:** “The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG – General Remarks and Special Cases”, *Journal of Law and Commerce* Vol. 25 2005 s. 423 vd. (“Magnus, Remedy of Avoidance”)

**MAGNUS, Ulrich :** “CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma”, Yeşim Atamer (ed.), *Milletlerarası Satım Hukuku*, 2008, s. 163 vd. (“Magnus, Tazminat”)

**MOHS, Florian:** “Commentary on the manner in which Articles 7.3.5 and 7.3.6 of the UNIDROIT Principles compare with Articles 81 and 82 of the CISG”, 2004, Çevrimiçi Erişim: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mohs.html>> (Son Erişim Tarihi 01.05.2013). (“Mohs, PICC-CISG”)

**NEUMANN, Thomas:** “Shared Responsibility under Article 80 CISG”, *Nordic Journal of Commercial Law* 2009/2, Çevrimiçi Erişim: <[http://www.njcl.fi/2\\_2009/neumann\\_thomas.pdf](http://www.njcl.fi/2_2009/neumann_thomas.pdf)>, Son Erişim: 01.05.2013.

**NEUMAYER, Karl H./ MING, Catherine:** *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Commentaire*, 1993.

**OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, İstanbul 2012.

**OSMAN, Filali:** *Les principes généraux de la Lex Mercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris 1992.

**ÖZ, Turgut M. :** *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul 1989. (“Öz, Eser Sözleşmesinden Dönme”)

**ÖZ, Turgut M.** : “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi ve Klasik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi C. 13 1985, s. 131 vd. (“Öz, MHAD”)

**PEACOCK, Darren:** “Avoidance and the Notion of Fundamental Breach Under the CISG: An English Perspective”, International Business and Trade Law Journal, Vol. 8 2003, s. 95 vd.

**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 Law?”, Pace International Law Review Vol. 12 2000 s. 1 vd.

**SAIDOV, Djakhongir:** “Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Pace International Law Review Vol. 14 2002 s. 307 vd. (“Saidov, Liming Damages”)

**SAIDOV, Djakhongir:** “Damages: The Need for Uniformity”, Journal of Law and Commerce, Vol. 25 2005-2006 s. 393 vd. (“Saidov, Need for Uniformity”)

**SCHLECHTRIEM, Peter** : Effectiveness and Binding Nature of Declarations (Notices, Requests or Other Communications) under Part II and Part III of the CISG, Cornell Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1995, s. 95 vd., Çevrimiçi Erişim: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlecht.html>> (“Schlechtriem, Effectiveness”)

**SCHLECHTRIEM, Peter:** “Subsequent Performance and Delivery Deadlines – Avoidance of CISG Sales Contracts Due to Non-Conformity of the Goods”, Pace International Law Review 2006 s. 83 vd. (“Schlechtriem, Non-Conformity”)

**SCHLECHTRIEM, Peter / BUTLER, Petra** : UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods, 2009.

**SCHLECHTRIEM, Peter / SCHWENZER, Ingeborg (ed.):** Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2005. (“*İşleyen, Schlechtriem/Schwenzer, (2005)*”)

**SCHLECHTRIEM, Peter / SCHWENZER, Ingeborg (ed.):** Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2010. (“*İşleyen, Schlechtriem/Schwenzer*”)

**SCHNEIDER, Eric C.:** “Measuring Damages Under the CISG – Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Pace International Law Review* Vol. 9 1997 s. 223 vd. (“Schneider, Measuring Damages”)

**SCHWENZER, Ingeborg :** “The Danger of Domestic Pre-Conceived Views with Respect to the Uniform Interpretation of the CISG: The Question of Avoidance in the Case of Non-Conforming Goods and Documents”, *Victoria University Wellington Law Review* Vol. 36 2005 s. 795 vd. (“Schwenzer, Question of Avoidance”)

**SCHWENZER, Ingeborg :** “The Noble Month (Articles 38,39 CISG) – The Story Behind the Scenery”, *European Journal of Law Reform* Vol. 7 2005 s. 353 vd. (“Schwenzer, Noble Month”)

**SCHWENZER, Ingeborg/ MANNER, Simon :** “The Pot Calling the Kettle Back: The Impact of the Non-Breaching Party’s (Non-) Behaviour on its CISG-Remedies”, *Camilla B. Andersen & Ulrich G. Schroeter (ed.), Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occaion of his Eightieth Birthday, 2008, s. 470 vd.*

***Sekreteryä Şerhi,*** Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat, UN DOC.A/CONF. 97/5 (Çevrimiçi Erişim: <[http://www.uncitral.org/pdf/a\\_conf.97\\_5-ocred.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/a_conf.97_5-ocred.pdf)>).

**SEROZAN, Rona:** *Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.* (“Serozan, Sözleşmeden Dönme”)

**SEROZAN, Rona:** “CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXX S. 2 2012, s. 207 vd. (“Serozan, CISG ve TBK”)

**TANDOĞAN, Halûk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri - Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama Cilt I/1, İstanbul 2008.

**TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.

**THEVENOZ, Luc / WERRO, Franz (ed.):** Commentaire Romand- Code des obligations I, 2012.

**TOKER, Ali Gümrah:** 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005. bir kere daha kullanılmalı

**TREITEL, Guenter Heinz :** Remedies for Breach of Contract - A Comparative Account, 1988.

**ULUSU, Ayşe Elif :** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, İstanbul 2011.

***Uncitral Digest*,** UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, 2012.

**WU, Dong:** “The Effect of Fundamental Breach on Passage of Risk in the International Sale of Goods under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Comparative analysis with the Contract Law of the People's Republic of China”, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration Vol. 7 2003 s. 233 vd.,

**YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011.

**YELKENCİ, Işıl:** “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 1333 vd.

**ZEYTİN, Zafer :** Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011.

**ZIEGEL, Jacob S.:** “The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives”, Nina Galston/Hans Smit (ed.), International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1984, s. 9-1 vd.

**ÖZGEÇMİŞ**

24.08.1986'da İstanbul'da doğan Işıl Yelkenci, 2004'te Beşiktaş Atatürk Anadolu Lisesi'nden; 2010'da Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2011 senesinden bu yana Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite: Galatasaray Üniversitesi

Enstitü: Sosyal Bilimler Enstitüsü

Adı Soyadı: Işıl YELKENCİ

Tez Başlığı: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi

Savunma Tarihi: 05.06.2013

Danışmanı: Prof. Dr. M. Turgut ÖZ

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ

Prof. Dr. O. Gökhan ANTALYA

Doç. Dr. H. Murat DEVELİOĞLU

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Sibel YAMAK