

MİLLETLERARASI SATIM HUKUKU
MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER
HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG)

EDİTÖR
YEŞİM M. ATAMER



YAYIN NO: 17

MİLLETLERARASI SATIM HUKUKU
MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER
HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG)
Editör: Yeşim M. Atamer

ISBN 978-605-5865-09-2

1. BASKI - İSTANBUL, HAZİRAN 2008

© **ON İKİ LEVHA YAYINCILIK A. Ş.**
ABİDE-İ HÜRRİYET C. 259/A3 AKMAN İŞ MERKEZİ K: 7 ŞİŞLİ / İSTANBUL
TELEFON: (212) 343 09 02 / FAX: (212) 230 35 65

Web : www.onikilevha.com.tr
E-Posta : bilgi@onikilevha.com.tr
Dağıtım : dagitim@onikilevha.com.tr

KAPAK : ESG
DİZGİ : ESG
BASKI : Sena Ofset - (212) 613 38 46
CİLT : Erdoğanlar Cilt - (212) 612 07 39

EDİTÖR

Doç. Dr. YEŞİM M. ATAMER

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

MİLLETLERARASI SATIM HUKUKU

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER
HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG)



İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	v
KATKIDA BULUNANLAR	ix
İÇİNDEKİLER	xi
AYRINTILI İÇİNDEKİLER	xiii
KISALTMALAR CETVELİ	xxi
§ 1. Türkiye'nin CISG'a Taraf Olmasına İlişkin Çerçeve <i>Luca Castellani</i>	1
§ 2. CISG'ın Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından <i>Loukas Mistelis</i>	7
§ 3. CISG'ın Uygulama Alanı: Konu Bakımından <i>Bettina Heiderhoff</i>	25
§ 4. Uluslararası İctihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler <i>Franco Ferrari</i>	37
§ 5. Sözleşmenin Kurulması <i>Ingeborg Schwenzer/Florian Mohs</i>	83

§ 6. Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu <i>H. Ercüment Erdem</i>	105
§ 7. Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi <i>Harry M. Flechtner</i>	163
§ 8. CISG Uyarınca Hasarın Geçmesi <i>Michael Bridge</i>	193
§ 9. Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış <i>Yeşim M. Atamer</i>	221
§ 10. CISG – Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları <i>Peter Huber</i>	267
§ 11. CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma <i>Ulrich Magnus</i>	287
EK 1	
Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması	311
EK 2	
United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods	341
EK 3	
CISG'in Yürürlükte Olduğu Devletler Listesi	373

§ 9. Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış

Yeşim M. Atamer¹

CISG'in sözleşmeye aykırılık anlayışı, İsviçre-Türk hukukunda hakim olan anlayıştan önemli bazı farklılıklar arz etmektedir. Alışık olduğumuz ayrımlar ve kavramlar bu sistemde bazen hiç kullanılmamakta bazen de hiç beklenmedik bir noktada karşımıza çıkabilmektedir. Ancak buna şaşmamak gerekir. Zira, milletlerarası bir antlaşma olması itibariyle CISG tabii ki tek bir hukuk çevresinin görüşlerini yansıtmamaktadır. Biraz eklektik bir yapı içinde Kara Avrupası hukuk çevresi (*civil law*) ile *common law* hukuk çevresi bağdaştırılmaya çalışılmıştır. Fakat özellikle ifa engelleri kısmının temelinde ciddi bir *common law* etkisi görmek mümkündür. Her ne kadar milletlerarası bir antlaşma olması itibariyle CISG hükümleri kural olarak otonom bir yorum yöntemi ile anlamlandırılacaksa da², genel olarak CISG'in sözleşmeye aykırılık modelini açıklayabilmek için bazı noktalarda bu hukuk çevresinin tarihine girmek kaçınılmaz gibi gözükmektedir. Aksi takdirde bir dizi kavram ve kurumun anlaşılması mümkün gözükmemekte ve daha da önemlisi, Kara Avrupası sistemi ile *common law* arasında var olan benzerliklerin de gizli kalması tehlikesi doğmaktadır. Zira aşağıda görüleceği üzere,

- 1 Bu makale büyük ölçüde, 2005 yılında yayımlanmış olan Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları adlı çalışmamda yer alan 5. Bölümün 1. Paragrafına tekabül etmektedir. Metinde ve dipnotlarında bazı güncellemeler ve kısaltmalar yapılmıştır.
- 2 Bkz. bu kitapta Franco Ferrari'nin makalesi.

bir çok noktada tarihsel tesadüfler hukukun hangi yöne gelişeceği konusunda rol oynamış, ancak buna rağmen, bugün sık sık aynı noktada buluşulmuştur.

Dolayısıyla bu çalışmada, Türk-İsviçre hukuku örneğinde, Kara Avrupa'sı ile *common law* hukuk çevresinde geçerli sözleşmeye aykırılık anlayışlarının özellikleri; CISG'da hem *common law* hem de *civil law* yaklaşımın nasıl kaynaştırıldığı ve son olarak CISG'in sözleşmeye aykırılık anlayışının üzerine inşa ettiği temel önermeler Türk-İsviçre hukuku ile mukayeseli olarak incelenecektir.

I. Yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışı: Alternatif bir modelin gelişimi

İsviçre-Türk hukukunda ve dahil olduğu Alman hukuk çevresinde, sözleşmeye aykırılığın ve özellikle satım sözleşmesine aykırılığın düzenlenmesinde göze çarpan bazı özellikler vardır. Bunlardan ilki, sözleşmeye aykırılığın genel bir kavram olarak borçlar kanununda yer almaması; onun yerine, somut bazı sözleşmeye aykırılık türlerine yer verilmiş olmasıdır³. Yasa koyucu imkansızlık (BK m.96), temerrüt (BK m.106) ve gereği gibi ifa etmemeyi başlıca sözleşme ihlali olguları olarak değerlendirmiş ve bunlar üzerinde durmuştur. Hatta imkansızlığı, önceki/sonraki (BK m.20/m.96), kusurlu/kusursuz (BK m.96/m.117) gibi ayırımlarla büyük ölçüde ifa engelleri hukukunun merkezi kavramı haline getirmiştir⁴. Dikkati çeken ikinci özellik ise ifa engellerinin hem bütün sözleşmeler için "borçlar genel" hükümleri arasında farklı farklı yerlerde, hem de çeşitli sözleşme türleri için "borçlar özel" hükümleri arasında bir kez daha ele alınmış olmasıdır. Yani sorunlar sistematik olarak ve birbiri ile alakalı konular bir arada bulunacak şekilde düzenlenmediği gibi, borçlar özel hukuku hükümlerinde, genel hükümlere atıf yapılması suretiyle bütünlüğü sağlama kaygısı da güdülmemiştir. "Yeknesak" bir sözleşmeye aykırılık sistemi söz konusu değildir.

İfa engelleri sistemimizin anılan bu iki özelliği, aynı zamanda sistemin en önemli zaaflarını oluşturmaktadır⁵. Aynı sorunların

3 *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (4. bası, 2006) N.60.02; *Wiegand*, in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Honsell/Vogt/Wiegand (eds.), Obligationenrecht I, Art.1-529 (4. bası, 2007) Einl. zu Art.97-109, N.1; *Serozan*, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Cilt (4. bası, 2006) § 11 N.1 vd.

4 *Serozan* (dn.3) § 11 N.9; *Müller-Chen*, Folgen der Vertragsverletzung (1999) s. 33.

5 Nitekim Alman hukuk çevresindeki kanunlara özgü bu bölünmüşlük, son yıllarda ciddi eleştirilere maruz kalmıştır: örn. bkz. *Schönle*, Zum schweizerischen Kaufrecht und Schenkungsrecht, in: Die Rechtsentwicklung an der

yasanın ayrı ayrı yerlerinde düzenlenmesi, tekrarlarla ve daha da önemlisi çelişkilere sebep olmuş; sadece somut bazı ifa engeli türlerine yasada yer verilmiş olması bir dizi ifa engelinin düzenlenmemiş kalmasını beraberinde getirmiş⁶; olguların farklı sonuçlarla donatılması hakimın altlama yapmasını ciddi şekilde güçleştirmiştir⁷. İsviçre-Türk hukukunda, satım hukuku açısından hukuki olgular aşamasında yaptığımız ayırımları hatırlamak, bölünmüşlüğü boyutunu gözler önüne serecektir: BK m.20, f.1 sözleşme öncesi imkansızlığı, BK m.96 vd. sözleşme sonrası kusurlu imkansızlığı ve gereği gibi ifa etmemeyi, BK m.101 vd. borçlu temerrüdünü, BK m.117 sözleşme sonrası kusursuz imkansızlığı, BK m.187 vd. satım sözleşmesinde temerrüdü, m.189 vd. zapt halinde satıcının sorumluluğunu, m.194 vd. ayıp nedeniyle sorumluluğu, BK m.169 alacak satımında sorumluluğu düzenler. Hepsi birer sözleşme ihlali teşkil eden bu olgular, bazen sözleşmenin butlanına sebep olur (m.20), bazen dönme hakkı verir (m.108), bazen dönme hakkı verip vermediği tartışmalıdır (m.96), bazen borcu sona erdirir (m.117), bazen borcu sona erdirip erdirmediği tartışmalıdır (m.96)... Serozan'ın ifadesi ile “Birbirine çok benzeyen, hatta yer yer kesişen ifa engelleri arasında açılan yersiz, gereksiz çukurlar hukuk tuzaklarıyla doludur. Birbirine benzeyen olgulara birbirinden ayrı çözümlerin bağlanmış olması, ister istemez rastlantısal sonuçlara, eşitsizliklere yol açmaktadır”⁸.

Schwelle zum 21. Jahrhundert, Gauch/Schmid (eds.), (2001) s. 345, 365; *Honsel*, Von den aedilizischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel (1984) s. 53, 61; *Schwenzer* (dn.3) § 61 N.60.02 vd.; *BaslerKommentar/Wiegand* (dn.3) Einl. Zu Art.97-109, N.1-2; *Basedow*, Die Reform des deutschen Kaufrechts (1988) s. 12 vd.; *U.Huber*, Empfiehlt es sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben? in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I (1981) s. 770 vd.; *Welser*, Reform des österreichischen Leistungsstörungsrechts, in: Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend, Reformbedarf und Reform, Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (eds.), (2003) s. 63, 69; *Schauer*, Grundprinzipien des Leistungsstörungsrechts im ABGB, UN-Kaufrecht und in den PECL – eine vergleichende Skizze, in: Privatrecht und Methode, FS Kramer (2004) s. 627, 629; *Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union (2002) s. 509.

- 6 Koruma yükümlülüklerinin ihlali, vadeden önce sözleşmeye aykırılığın kesinleşmesi, aşırı ifa güçlüğü nedeniyle ifa edememe bu alanda ilk akla gelenlerdir.
- 7 Bu sistemde, belirli bir sözleşmeye aykırılığın hangi norm altında ele alınması gerektiğine karar vermenin ne kadar güç ve bazen indii olduğunu *Serozan*, Yürürlükteki ifa engelleri ve haksız fiiller hukukunun yetersizlikleri ve bu yetersizliklerin aşılmasında giderek önemi artan kavramlar: “Sözleşmenin müspet ihlali” ve “culpa in contrahendo”, MHAD cilt 18 (1990) s. 27, 28 ve 31 vd.'da verdiği bir dizi örnekle mükemmel şekilde gözler önüne sermektedir.
- 8 *Serozan* (dn.3) § 11 N.9.

Nitekim, bu zaafı nedeniyle ifa engelleri hukukunu yeniden düzenlemek ve daha mantıklı, kendi içinde tutarlı bir sistem geliştirmek Alman hukuk çevresinde son 25 yılın önemli tartışma konularından biri olmuştur. Bu tartışmalar, satım sözleşmesi alanında yaşanan milletlerarası uyumlaştırma çabaları ve özellikle 1980 yılında CISG'in Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanmasıyla başlamıştır. Zira CISG, aşağıda daha ayrıntılı olarak görüleceği gibi, Kara Avrupası sisteminde alışık olduğumuz ifa engelleri yapısını alt üst etmektedir. Dolayısıyla, sınır aşan satım sözleşmelerine uygulanmaya başlanan bu farklı modelin genelleştirilmeye elverişli olup olmadığı sorusu gündeme oturmuştur⁹. Bu gelişmeyi pekiştiren diğer bir unsur ise 80'li yılların başında gerek merkezi Roma'da bulunan UNIDROIT bünyesinde¹⁰, gerekse AB ülkelerindeki hukukçuların kişisel girişimleri ile¹¹, ortak bir borçlar kanunu hazırlama projesinin doğumudur. Zira bu iki proje de ifa engelleri hukukunu düzenlerken, "ideal" olan sistemin arayışı içine girmişlerdir. Dolayısıyla bir yanda Alman hukuk çevresi, diğer yanda Fransız hukuk çevresi ve bunların ikisinin karşısında yer alan İngiliz hukuk çevresi, araştırmaların merkezine oturmuş; her üçünü de kendi içinde kaynaştırmayı başarmış olan CISG ise bu borçlar kanunu projelerinin en önemli esin kaynağı olmuştur.

Ancak CISG'in ifa engelleri sisteminin özelliklerine geçmeden önce, bu sistem üzerinde ciddi etkileri görülen İngiliz sözleşmeye aykırılık sisteminin temel ilkelerinin kabaca aktarılmasında fayda görülmektedir. Bilindiği gibi *common law*, yasa metinlerine dayanan bir hukuk değildir; ağırlıklı olarak içtihat hukukudur¹². Dolayısıyla Kara Avrupası sistemlerinin bünyesinde barındırdığı, yasalardaki düzenlemelerin eksik olması veya birbiri ile çelişmesi tehlikesi bu sistemde doğası gereği mevcut değildir. İchtihat hukuku zaten münferit sözleşmeler temelinde geliştiği için, borçlar genel hukuku/borçlar özel hukuku tarzında bir ayırım da hiç olmamıştır.

Diğer yandan yine Kara Avrupası sisteminin zaafı olarak yukarıda yansıtılmış olan, ifa engellerini imkansızlık/temerrüt vs. gibi somut bazı kategoriler bağlamında ele alma düşüncesi de bu hu-

9 U.Huber (dn.5) s. 689 vd.

10 Unidroit Principles of International Commercial Contracts (2004).

11 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer (dn.1) s.16-21. Metin için bkz. v. Bar/Zimmermann (eds.): Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil I und II, Kommission für Europäisches Vertragsrecht (2002).

12 Ayrıntılı bilgi için örn. bkz. Oğuz, Karşılaştırmalı Hukuk: Kavram, Amaç ve İşlevler, Metod, Tarihçe, Büyük Hukuk Çevreleri (2003) s. 253 vd.; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrecht (3. bası, 1996) s. 251 vd.

kuk çevresinde gelişmemiştir. Hakim genelde ihtilafa tümel olarak bakmakta ve ilk aşamada sadece “sözleşme ihlal edilmiş midir?” sorusuna cevap aramaktadır. Eğer sözleşmede vaat edilmiş olan yerine gelmediyse (hangi sebepten ötürü olursa olsun) sözleşme ihlal edilmiştir ve bu da kural olarak sorumluluk doğurur. Sözleşme ile üstlenilen her türlü yükümlülük bir garanti taahhüdü teşkil eder ve İngiliz hukukunda *warranty* olarak adlandırılır¹³. Örneğin ifa yerine, ifa zamanına, teslim edilecek malın niteliklerine ilişkin olarak sözleşmesel garanti taahhütlerinin varlığı kabul edilir. Dolayısıyla mal teslim edilmezse teslim taahhüdü, geç teslim edilirse vaktinde teslim taahhüdü, sözleşmeye aykırı teslim edilirse sözleşmeye uygun teslim taahhüdü ihlal edilmiş olur. Teslim etmemenin somut olayda, imkansızlıktan mı yoksa teslim etmek istememekten mi kaynaklandığı bu sistemde herhangi bir fark yaratmaz. Aynı şekilde ayıplı ifa da, borca aykırılık türlerinden biri olarak özel bir konum işgal etmez¹⁴. Sözün özü, “yeknesak” bir sözleşmeye aykırılık modeli geçerlidir¹⁵.

Sistemin, alışık olduğumuz ayırımlar olmadan nasıl işleyebildiği araştırıldığında ise, aşağıda üzerinde tekrar durulacak olan bir özellikle karşılaşılmaktadır: *common law* sisteminde, sözleşmeye aykırılığın asli yaptırımını tazminat olarak geliştirmiştir¹⁶. Aynen ifa istemi ise istisnaen kabul edilmiştir¹⁷. Aynen ifa istenemeyen bir

13 *Zimmermann*, The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition (1996) s. 803.

14 *Rheinstein*, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht (1932) s. 155; *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, Ein Handbuch mit Texten und Materialien (2. bası, 2003) s. 310; *Kircher*, Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf - Eine vergleichende Darstellung des deutschen und des englischen Rechts unter Berücksichtigung des UN-Kaufrechts und aktueller Reformbestrebungen (1998) s. 72.

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Rheinstein* (dn.14) s. 149 vd. Ayrıca *Rabel*, Zu den allgemeinen Bestimmungen über Nichterfüllung gegenseitiger Verträge, in: Gesammelte Aufsätze, Band III, Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung (1967) s. 138, 140 vd.; *Jones/Schlechtriem*, Breach of Contract (Deficiencies in a Party's Performance), in: International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VII: Contracts in General, Chapter 15 (1999) N. 15-136; *Prieß*, Der Begriff des Sachmangels im deutschen und im englischen Kaufrecht (2001) s. 18; *Cerutti*, Das U.S. amerikanische Warenkaufrecht - mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf das schweizerische und das deutsche Recht, das CISG sowie die UNIDROIT Principles (1998) s. 366. Common law sistemi ile civil law sisteminin bu konuda mukayesesi için bkz. *Marcantonio*, Unifying the Law of Impossibility, 8 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. (1984) s. 41 vd.

16 Bu konuda bkz. *Treitel*, Remedies for breach of contract - A comparative account (1988) s.75; *Müller-Chen* (dn.4) s. 43 vd.; *Serozan*, Sözleşmeden Dönme (2. bası, 2007) s. 26-27; *Marcantonio* (dn.15) s. 46; *Nickel/Saenger*, Die warranty-Haftung des englischen Rechts, JZ (1991) s. 1050, 1053 vd.

17 Bkz. aşağıda başlık 4.

sistemde ise, imkansızlık/temerrüt ayırımı önemini büyük ölçüde yitirdiği gibi; malın yenisi ile değiştirilmesi veya tamiri istenemediğinden, malın ayıplı ifa edilmiş olması kategorisi de önem kazanmamıştır. Taraflar, sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerini yerine getiremedikleri her halde tazminat ödemektedir. Bu tazminat borcunun temelinde ise tarafların sözleşme ile belirli bir sonucu taahhüt etmiş olmaları, bir garanti vermiş olmaları yatar¹⁸. Ancak bu taahhüt, bilfiil edimi ifa etmeye ilişkin değil, edimin yerine getirilmemesi halinde doğan zararı tazmin etmeye ilişkindir¹⁹.

Common law sisteminin yalınlığının ayartıcı olduğunu kabul etmek gerekir. Sistemin avantajı; basitliği, anlaşılabilirliği, tutarlılığı ve gelişmelere açık olma potansiyelidir²⁰. Zira sözleşmeye aykırılık sorununa bu şekilde tümel bir bakış açısıyla bakıldığında, farklı hükümler arasında bir yarışma sorunu yaşanmadığı gibi, zamanaşımı sürelerinin veya kusur isterlerinin farklılığı gibi sorunlarla da karşılaşılmaz²¹. Hukuki olgu “sözleşmeye aykırılık” olarak belirlendiğinde, her türlü alt olgu da bunun içinde yer bulabilmektedir²². Nitekim CISG’in sahip olduğu bakış açısı da budur²³. Objektif/sübjektif imkansızlık, önceki/sonraki imkansızlık, temerrüt, ayıp, sözleşmenin müspet ihlali gibi kavramlarla CISG içinde karşılaşmaz²⁴. Bunun yerini alan merkezi kavram “sözleşmeye aykırılık”tır (*Vertragsverletzung, breach of contract, contravention au contrat*). Sözleşme düzenine aykırı her türlü ifa, kural olarak satıcının sorumluluğunu gerektirir²⁵. Sorumluluk, sözleşmeye aykırılığın tü-

18 *Basedow* (dn.5) s. 14; *Ranieri* (dn.14) s. 310; *Prieß* (dn.15) s. 18 vd.; *Kircher* (dn.14) s. 71 vd.; *Müller-Chen* (dn.4) s. 41.

19 *Rheinstejn* (dn.14) s. 128 ve 158; *Beinert*, *Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt* (1979) 112 vd.

20 *Lurger* (dn.5) s. 508 vd.; *Anders*, *Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungsrechts als Modell de lege ferenda* (2001) s. 211 vd.

21 *Schwartz*, *Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, Optionale Rechtsangleichung auf der Grundlage eines funktionalen Rechtsvergleichs* (2000) s. 42.

22 *Anders* (dn.20) s. 192.

23 Anlaşmaya hakim olan sözleşmeye aykırılık anlayışının Anglo-Amerikan hukukunun etkisinde gelişmiş olduğu konusunda bkz. *v.Caemmerer*, *Probleme des Haager Einheitlichen Kaufrechts*, in: *Gesammelte Schriften*, Band III (1983) s. 23, 30; *Rabel*, *The Hague Conference on the Unification of Sales Law*, in: *Gesammelte Aufsätze*, Band III, *Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung* (1967) s. 689, 694 vd.; *Kircher* (dn.14) 72.

24 *v.Caemmerer* (dn.23) s. 23, 30; *Heilmann*, *Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht - Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Vergleich zum deutschen internen Kaufrecht und zu den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen* (1994) s. 165; *Marcantonio* (dn.15) s. 46; *Erdem*, *La Livraison des marchandises selon la Convention de Vienne* (1990) N.699.

25 *U. Huber*, *Das geplante Recht der Leistungsstörungen*, in: *Zivilrechtswissen-*

rüne göre değişmez. Bir anlamda sistem, BK m.41'de haksız fiiller için kabul edilmiş olan çerçeve normu sözleşmeye aykırılık halleri açısından benimsemiştir.

Common law ve *civil law* hukuk çevrelerini kaynaştıran bir metinde bu yaklaşımın benimsenmiş olması, Avrupa'daki hukuk uyumlaştırması faaliyetlerini ciddi şekilde etkilemiş ve modern sözleşmeye aykırılık anlayışı, aykırılıklar arasında bir ayırım yapmaksızın yaptırımları düzenleme alternatifine meyletmıştır. Örneğin PECL ve PICC bu anlayışı benimsediği gibi²⁶, yeni Hollanda Medeni Kanunu, İskandinav ülkelerinin kanunları ve 2002 değişiklikleri sonrasında Alman Medeni Kanunu²⁷ sözleşmeye aykırılık sistemini hep bir bütün olarak değerlendirmeye başlamıştır²⁸.

schaft und Schuldrechtsreform, Ernst/Zimmermann (eds.), (2001) s. 31, 105. Satıcının sorumluluğunun kalktığı haller için bkz. bu kitapta Ulrich Magnus'un makalesi.

- 26 PECL Art.8:101 uyarınca: "Taraflardan birinin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ifa etmemesi ve ifa etmemesinin Art.8:108 uyarınca bir mazeretinin olmaması halinde mağdur olan taraf 9. Bölümde düzenlenmiş olan hukuki imkanlardan faydalanabilir."; PICC Art.7.1.1: "İfa etmeme, taraflardan birinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi halinde söz konusu olur. Ayıplı ifa veya geç ifa da bu kapsamda değerlendirilir".
- 27 *U. Huber* Alman yasa koyucusuna teklif ettiği yasa değişikliğinde özellikle CISG sistemini benimsemiştir. Buna göre temel kavram "ifa etmeme"dir (*Nichterfüllung*) ve bu kavram borçlar genel hükümleri kadar borçlar özel hükümlerine de hakimdir. İmkansızlık, temerrüt, sözleşmenin müspet ihlali, ayp gibi kavramlar bu teklifte ifa engelleri hukukunun temel kavramları olmaktan çıkmıştır. Bunlar sadece genel ifa etmeme kavramının alt başlıkları niteliğindedir ve dolayısıyla da prensipte aynı şekilde değerlendirilmektedir. Özellikle tekeffül hükümleri artık düşmüştür. Satıcı sadece ifa etmeme nedeniyle sorumludur, yoksa tekeffül ettiği için değil (*U. Huber* (dn.5) s. 699 vd. ve 752 vd. ve raporun bu kısmı hakkında *Volkommer*, Die Konkurrenz des allgemeinen Leistungsstörungenrechts mit den Leistungsstörungensinstituten der besonderen Schuldvertragstypen, AcP 183 (1983) 525, 547). 2002 yılında yürürlüğe giren reform da büyük ölçüde *U. Huber*'in tekliflerini benimsemiş ve asıl olarak BGB § 280 vd. hükümlerinde "yüküme aykırılık" (*Pflichtverletzung*) ve bunun sonuçlarını düzenlemiştir. Daha sonra kanunun ilerleyen bölümlerinde hep bu hükümlere atıf yapılmıştır. Satım hukukuna özgü, semenin tenzili ve tamirata ilişkin yaptırımlara ilgili bölümde yer verilmiş; fakat bunun dışında dönme ve tazminat açısından genel hükümlere atıf yapılmış (BGB § 437) ve bu şekilde kanundaki tutarsızlıklar giderilmeye çalışılmıştır (Eser sözleşmesi açısından bkz. BGB § 634). Alman ifa engelleri hukukundaki reforma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Serozan*, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler), İÜHF M cilt LVIII (2000) s. 231, 233 vd.; *Ernst*, Die Reform des Leistungsstörungenrechts in Deutschland, in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hrsg.), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend, Reformbedarf und Reform (2003) s. 85 vd.
- 28 Bu konuda ayrıntılı mukayeseli veriler için bkz. *v.Bar/Zimmermann* (dn.11) PECL Art.8:101, 435 vd. ve *Schwartz* (dn.21) s. 38 vd. Ayrıca bkz. *Welser* (dn.5) s. 63, 68; CISG'dan ciddi oranda etkilenmiş bulunan Avrupa Birliği sa-

II. CISG'in ifa engelleri sisteminin temel önermeleri

1. Genel olarak

CISG'in ve anılan hukuk uyumlaştırması projelerinin büyük ölçüde *common law* etkisi altında, hukuki olgular aşamasında bir ayırım yapmadığı tespit edildiğinde, ister istemez, acaba hukuki sonuçların düzenlenmesi noktasında da bu hukuk çevresinin etkisinde mi kalındığı sorusunu gündeme getirmektedir. Bu soruya kısmen olumlu kısmen de olumsuz cevap vermek gerekir. Gerçekten de CISG, aynı *common law* sisteminde olduğu gibi, hukuki olgu (*Rechtstatsache*) aşamasında yapmadığı alt ayırımları, hukuki sonuç (*Rechtsfolge*) aşamasında yapmaktadır²⁹. Yani ayırım, aynen ifa³⁰/semenin tenzili/dönme/tazminat gibi imkanlar hangi durumlarda verilmiştir sorusuna cevap aranırken yapılmaktadır. Soruna, "Satıcı temerrüde düşmüştür, *bu yüzden* alıcının bir dönme hakkı vardır" şeklinde yaklaşmamakta; "Sözleşmeye aykırılık var, acaba somut olayda alıcıya bir dönme hakkı verilmeli midir?" şeklinde yaklaşmaktadır. Ön planda olan hukuki sonuçlardır.

Yukarıda aktarılmaya çalışılan *common law* mantığı içinde bu yaklaşım tutarlıdır da. Zira sözleşmeye aykırılığın asli sonucunun tazminat olarak kabul edildiği bir sistemde, aynen ifa veya dönme imkanları istisna oluşturur. Dolayısıyla mahkemeler bu hakların tanınması için bazı özel şartların varlığını aramak durumunda kalmıştır. Yani bakış açısı hep hukuki sonuçlar perspektifinden olmuştur. Nitekim bu yüzden satıcının sözleşmeye aykırı davranışının sonuçlarının ele alındığı CISG m.45 vd. hükümleri de aynı mantık çerçevesinde kaleme alınmıştır. Madde 46 hangi hallerde aynen ifa talebinin, madde 49 hangi hallerde sözleşmeden dönmenin, madde 50 de hangi hallerde semenin tenzilinün mümkün olduğunu düzenlemektedir. Bütün bu yaptırımlara paralel olarak talep edilebilecek olan tazminat da (*common law* sistemindeki önemine yaraşır şekilde) bağımsız bir başlık altında m.74-77 arasında

tım yönergesi de (Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees) aynı yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışını benimsemiştir, bkz. *Lurger* (dn.5) s. 508.

29 *Welser* (dn.5) s. 63, 70; *Schauer* (dn.5) s. 627, 629; *Krebs*, Die Rückabwicklung im UN-Kaufrecht (2000) s. 17-18 (Yazar bu ayırımı "*cause approach*" ve "*remedy approach*" olarak adlandırmaktadır); *Keil*, Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN-Kaufrecht (1993) s.19.

30 Bu çalışmada, alıcının tamirat veya yenisi ile değiştirmeye ilişkin talebi aynen ifa talebinin bir uzantısı olarak değerlendirilmektedir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. *Atamer* (dn.1) 363-364

düzenlenmiştir. Alışık olduğumuz gibi satıcının ifa etmemeden, geç veya ayıplı ifa etmekten dolayı sorumluluğu tarzında ayrımlar³¹ ise mevcut değildir.

Bu kitaptaki diğer çalışmalarda bahsi geçen yaptırımlar üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur. Ancak bu sistemin anlaşılabilmesi açısından üzerine inşa ettiği bazı temel noktaların ilgili yaptırımlardan bağımsız olarak ele alınmasında fayda vardır. Öncelikle tespit edilmesi gereken, alıcının başvurabileceği dört yaptırımdan hangisine veya hangilerine sahip olduğu konusunda belirleyici olan kriterdir. Bu kriter, yine İsviçre-Türk hukukuna yabancı olan, sözleşme ihlalinin “*esaslı*” olup olmadığı kriteridir. Yeknesak sözleşmeye aykırılık sisteminin tamamlayıcısı mahiyetinde ve büyük ölçüde yine *common law* hukuk çevresinden devralınmış olan bu kriter³², alıcının somut olayda hangi haklara başvurabileceğini tayin etmektedir. Yukarıdaki örneği devam ettirecek olursak: “Satıcı temerrüde düşmüştür, o yüzden alıcının dönme hakkı vardır” şeklinde mantık yürütülmemekte; “satıcının ifa etmemesi sözleşmenin esaslı ihlali anlamına gelmektedir, o yüzden alıcının dönme hakkı vardır” şeklinde soruna yaklaşılmaktadır. Yani hakim ihlalin türüne göre değil, ihlalin ciddiyetine göre uygulanacak sonuçları tespit etmektedir³³. Sözleşmenin ancak esaslı surette ihlal edilmesi halinde tanınabilecek olan yaptırımların başında sözleşmeden dönme gelir. Diğer yandan, aynen ifanın bir türü olan malın yenisi ile değiştirilmesi talebi de esaslı bir ihlalin varlığına bağlanmıştır. Antlaşma, taşıdığı öneme binaen esaslılık kavramını, satım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ve bunlara aykırı davranmanın sonuçlarının düzenlendiği 3. Kısımın ilk maddesi olarak, m.25 altında tanımlamıştır. Aşağıda öncelikle bu kavram ve arkasında yatan mantık açıklanmaya çalışılacaktır.

İkinci olarak ele alınması gereken konu ise kusur sorunudur. Zira CISG’in hiçbir maddesinde kusur veya kast/ihmal gibi kavramlarla karşılaşmamaktadır. CISG’daki hiçbir hukuki imkana başvurulması, sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusurlu olması şartına bağlanmamıştır³⁴. Nitekim bu noktada da CISG’in, *common law* sisteminden etkilendiği açıktır. Zira, *common law*’da olduğu gibi,

31 Örneğin bkz. *Serozan* (dn.3) § 11- § 20; *Oğuzman/Öz*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (4. bası, 2005) s. 295-328; *Eren*, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (8. bası, 2003) s. 994-1009.

32 Ancak kavramının içeriğinin saptanmasında Fransız hukukunun da etkili olmuş olduğu konusunda bkz aşağıda 2 a.

33 *Heilmann* (dn.24) s. 165-166.

34 *Koch*, The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), *Rev-CISG* (1998) s. 177, 299.

sözleşme ile üstlenilen her yükümlülüğün garanti taahhüdü olarak nitelendirildiği bir sistemde kusurun varlığına da doğal olarak ihtiyaç yoktur. Her ne kadar Borçlar Kanununda da, satıcının, satım sözleşmesinden doğan sorumluluğu bir garanti sorumluluğu olarak düzenlenmişse de unutulmaması gereken, bunun sadece ayıplı ifa halleri için böyle olduğudur. Buna karşılık temerrüt ve imkansızlık durumunda genel hükümler devreye girer ve burada da kural, satıcının kusursuzluğunu ispat etmesi halinde, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarından kısmen de olsa kurtulabilmesidir. Bu açıdan CISG'in sorumluluk rejimi de bu paragrafta kısaca takdim edilecektir.

Son olarak üzerinde durulması gereken, aynen ifa talebine ilişkin olarak Antlaşmadaki özel düzenlemedir. CISG, *common law* yaklaşımından uzaklaşarak, aynen ifa talebini ikincil konumundan büyük ölçüde kurtarmıştır. Kara Avrupası'nda aynen ifa talebinin asli talep olduğu gerçeği³⁵ karşısında bu talep de diğerleri ile eşit konumda düzenlenmiştir. Ancak *common law* ülkelerinde bunun yaratabileceği olası sorunlar düşünülerek bir taviz verilmek zorunda kalınmıştır. Yine Kısım 3 Bölüm 1'deki genel ilkeler altında düzenlenmiş olan m.28 uyarınca, somut olayı çözüme bağlayan mahkeme, ancak kendi iç hukukuna göre de bu olayda aynen ifaya hükmedebilecek olması halinde CISG çerçevesinde yöneltilen aynen ifa talebini kabul edecektir. Dolayısıyla bu bölümde, son olarak, aynen ifa talebinin *ulusal hukuklar* uyarınca kabul edilebilirliği sorunu üzerinde durulacaktır.

2. Ayırıcı kriter olarak sözleşmenin “esaslı ihlali”

a. Esaslı ihlal kavramının gelişimi ve işlevleri

Ana hatları ile açıklanmaya çalışılan yeknesak sözleşmeye aykırılık konseptinin kilit kavramı, sözleşme ihlalinin *esaslı* olup olmadığıdır³⁶. Zira sözleşme ihlalleri türlerine göre değil esaslı olup olmamalarına göre hukuki yaptırımlarla donatılmaktadır. CISG'da

35 Bkz. aşağıda IV.

36 *Fischer*, Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht (2001) s. 39; *Karollus*, in: Kommentar zum UN-Kaufrecht, Honsell (ed.), (1997) Art. 25 N.1. Nitekim yeknesak sözleşmeye aykırılık modelini esas alan özel kodifikasyonlarda da aynı kavram ile karşılaşmaktayız. Bkz. PECL Art.8:103 (esaslı ifa etmeme); PICC Art.7.3.1 (sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı bağlamında esaslı ifa etmeme kavramı). Gerek bu metinler, gerekse Hollanda, Almanya gibi ülkelerdeki yasama faaliyetleri üzerinde CISG'in bu noktada da yadsınamaz bir etkisi olmuştur, bkz. *Schlechtriem*, Abstandnahme vom Vertrag, in: Europäische Vertragsrechtsvereinbarung und deutsches Recht, Basedow (ed.), (2000) s. 159, 161 vd.

alacaklıya tanınmış bir dizi hukuki imkan ancak ihlalin esaslı olması halinde uygulama alanı bulabilmektedir³⁷. Bunlardan en önemlisi sözleşmeden dönmedir³⁸. Ancak bunun yanı sıra, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi halinde malın değiştirilmesini talep ve hasarın intikal etmesi noktalarında da sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığı önem taşımaktadır. Neden özellikle dönme ve ikame mal talep etme hakları açısından, CISG'in, sözleşme ihlalinin esaslı olması şartını aradığı, milletlerarası satım sözleşmelerinin özellikleriyle açıklanabilir. Zira iki seçimlik hakkın kullanılması halinde de, alıcıya teslim edilmiş olan malların satıcıya iadesi sorunu ile karşılaşmaktadır. Oysa sınıraşan sözleşmelerde bu tür bir tasfiye ilişkisine girmenin ne kadar elverişsiz olduğu ortadadır³⁹. İkinci bir nakliyat organize etmek veya sözleşmeye aykırı malların buldukları yerde yeniden satılmasını temin etmek bazı güçlükleri beraberinde getirecektir⁴⁰. Bu açıdan Antlaşma, ifası gerçekleşmiş sözleşmenin ayakta tutulmasını ve semenin indirilmesi veya tamirat gibi imkanların kullanılmasını mümkün olduğu ölçüde teşvik eden bir yaklaşım içindedir⁴¹.

Ancak özellikle sözleşmeden dönme imkanının son çare (*ultima ratio*) olarak düşünülmesi ve bu nedenle istisnaen kullanılmasına izin verilmesi sadece milletlerarası satım sözleşmelerine özgü bir yaklaşım değildir⁴². Bugün bir dizi ulusal hukuk düzeninde dönme

37 *Schlechtriem*, *Einheitliches UN-Kaufrecht* (1981) s. 46; *Ferrari*, *Wesentliche Vertragsverletzung nach UN-Kaufrecht – 25 Jahre Artikel 25 CISG, IHR* (2005) s. 1; *Musger*, *Die wesentliche Vertragsverletzung – Probleme des Art. 25 WKR und Parallelen im österreichischen Recht, Vorträge, Reden und Beiträge aus dem Europa-Institut/Nr.168, Universität des Saarlandes* (1989) s. 2. Tek tek yaptırımlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. bu kitapta Peter Huber'in makalesi.

38 Sözleşmesel bağın sona erdirilmesinin gerek *civil law* gerekse *common law*'daki tarihsel gelişimi, farklı gerekçeleri, yöntemleri ve sonuçları konusunda ayrıntılı bir mukayeseli inceleme için bkz. *Flessner*, *Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung, ZEuP* (1997) s. 255 vd.

39 *Ferrari* (dn.37) s. 1, 2. Nitekim bu yüzden milletlerarası satım sözleşmeleri uygulamasında sık sık, alıcıların satım sözleşmesinin ihlali halinde sahip oldukları seçimlik hakların sınırlandırılması olgusu ile karşılaşmaktadır. Genelde sadece semenin indirimi, tamirat ve tazminat hakkı sözleşmede öngörülmekte ve bu şekilde ulusal hukuk düzenlerinde yedek hukuk kuralı olarak düzenlenmiş olan ayıp hükümleri bertaraf edilmektedir. Bkz. *v. Caemmerer*, *Die wesentliche Vertragsverletzung im internationalen Einheitlichen Kaufrecht*, in: *Festschrift für Helmut Coing, Band II*, Norbert Horn (ed.), (1982) s. 33, 50.

40 *Benicke*, *Zur Vertragsaufhebung nach UN-Kaufrecht bei Lieferung mangelhafter Ware*, *IPRax* (1997) s. 326, 329; *Fischer* (dn.36) s. 39; *Anders* (dn.20) s. 77; *Magnus*, *Probleme der Vertragsaufhebung nach dem UN-Kaufrecht (CISG) - OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 506, JuS* (1995) s. 870, 871; *Koch* (dn.34) s. 177, 333.

41 BG 28.10.1998, CISG-Online N.413.

42 *P.Huber*, *Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, Eine Studie zur Kon-*

hakkının kullanılması sınırlandırılmış ve bu konuda farklı yöntemlere başvurulmuştur⁴³. CISG'in benimsemiş olduğu, sözleşme ihlalinin "esaslı" olması şartına bağlı olarak dönme hakkının tanınması yöntemi ise *common law*'dan ve bir ölçüde Fransız hukukundan esinlenmiştir. Dolayısıyla bu etkinin kaynaklarını kısaca aktarmakta fayda görülmektedir.

Her ne kadar *common law* tarihinde, sözleşme ihlalinin asli yaptırımını tazminat olmuşsa da, zamanla bunun adil olmayan sonuçlar beraberinde getirdiği anlaşılmıştır. Bazı durumlarda, ileride ele alınacak olan aynen ifa talebini kabul etmek gerektiği gibi, bazı durumlarda da sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi imkanının tanınması gerekmiştir. İşte bu amaçla mahkemeler, tazminat talebinin temelinde yattığını kabul ettikleri sözleşmesel taahhütleri önemlerine göre ikiye ayırmaya başlamış ve *warranty* olarak adlandırılan "klasik" sözleşme taahhütleri yanına *condition* kavramını eklemişlerdir⁴⁴. Bunlardan *warranty* daha az önemli sözleşme koşulu, *condition* ise adeta sözleşmenin akdedilmesinin sebebini teşkil eden sözleşme koşuludur. Bir sözleşmesel taahhüdün belirli bir öneme sahip olması, yani bir *condition* olarak nitelendirilebildiği hallerde ise buna aykırı davranışın, tazminatın yanı sıra sözleşmeyi sona erdirme imkanı vermesi de kabul edilmiştir⁴⁵. Yani sözleşme koşullarından hangisi ihlal edilmişse yaptırımlar da ona göre değişmektedir.

Bu doktrin zamanla geliştirilmiş ve sözleşme kaydının nasıl nitelendirilmesi gerektiği değil, sözleşme ihlalinin sonuçları ön

kurrenzfrage vor dem Hintergrund der internationalen Vereinheitlichung des Vertragsrechts (2001) s. 248.

43 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Flessner* (dn.38) s. 255, 260 vd.; *P.Huber* (dn.42) s. 248 vd. Ayrıca bkz. bu kitapta Peter Huber'in makalesi.

44 Bu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Peel, *Treitel on the Law of Contract* (12. bası, 2007) N.18-039 vd.; *Beinert* (dn.19) s. 114 vd.; *Nickel/Saenger* (dn.16) s. 1050, 1051.

45 *Zimmermann* (dn.13) s. 803. Somut olaydaki sözleşme hükmünün *warranty* veya *condition* olarak nitelendirilmesi hakimin takdirine bırakılmıştır. Sözleşmede bu konuda bir açıklık yoksa bu durumda hakim ilgili sözleşme hükmünün niteliğine bakacaktır (*Nickel/Saenger* (dn.16) s. 1050, 1051). Örneğin 1979 tarihli İngiliz Sale of Goods Act sect.11(3) uyarınca: "Whether a stipulation in a contract of sale is a condition the breach of which may give rise to a right to treat the contract as repudiated, or a warranty, the breach of which may give rise to a claim for damages but not to a right to reject the goods and treat the contract as repudiated, depends in each case on the construction of the contract. A stipulation may be a condition, though called a warranty in the contract." Eğer ilgili hüküm, sözleşmenin temeline ilişkinse o zaman bir *condition* olarak değerlendirilmesi gerekecektir ("If performance of the stipulation goes to the very root of the contract then the stipulation is treated as a condition"), bkz. *Treitel* (dn.44) N.18-041; *Zimmermann* (dn.13) s. 804.

plana alınmaya başlanmıştır. Özellikle 1962 yılında İngiliz *Court of Appeal*'inin vermiş olduğu *Hong Kong Fir Shipping Co., Ltd. v. Kawasaki Kaisha, Ltd.* kararı⁴⁶ bu konudaki içtihadı yeni bir yön vermiştir⁴⁷. Mahkeme bu kararında, taraflardan birinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının var olup olmadığını tayin ederken yapılacak araştırmayı şu şekilde formüle etmiştir:

“Hakimin [...] sözleşme taraflarından birinin diğer tarafın sözleşme ihlaline dayanarak sözleşmeyi çözme hakkını kullanmayı tercih ettiği [...] davalarda yapması gereken, sözleşme ihlalinin sonucu olarak chartererin sözleşmeyi feshettiğini beyan ettiği tarihte gerçekleşen olayları incelemek ve bu olayların gerçekleşmesi nedeniyle, chartererin, kendi sözleşmesel taahhütlerini yerine getirmeye devam etmesi halinde, charterparti'de ifade edilen taraf iradelerine uygun olarak elde etmesi gereken menfaatten önemli ölçüde yoksun kalıp kalmayacağına karar vermektir.”⁴⁸

Görüldüğü gibi, ön plana alınan, ihlal edilen sözleşme yükümlülüğünün esaslılığı değil, ihlalin sonuçlarının esaslılığıdır⁴⁹. Sözleşmeden elde edilmesi beklenen menfaatlerden, sözleşmenin ihlali nedeniyle önemli ölçüde yoksun kalınmışsa sözleşmeyi çözme

46 Olayda *Hong Kong Fir*. gemisi için bir charter sözleşmesi akdedilmiş ve geminin her anlamda denize ve yüke elverişli olması gerektiği sözleşmede kararlaştırılmıştır. Geminin teslim edilmesi sonrasında makine dairesi personelinin yeterli kalifikasyonlara sahip olmaması nedeniyle gemi bir süre kullanılamamıştır. Chartererlerin sözleşmeyi feshetme istemlerine ilişkin olarak mahkemenin yaptığı araştırmada özellikle vurgulanmış olan husus, bir sözleşme klotunun taraflarca nasıl nitelendirildiğinin önem taşımadığı ve fakat alacaklı menfaatlerinin sözleşme ihlali nedeniyle ne ölçüde haleldar olduğunun esas alınması gerektiğidir.

47 “There are, however, many contractual undertakings of a more complex character which cannot be categorised as being ‘conditions’ or ‘warranties’ if the late nineteenth century meaning adopted in the Sale of Goods Act, 1893, [...] be given to those terms. Of such undertakings, all that can be predicted is that some breaches will and others will not, give rise to an event which will deprive the party not in default of substantially the whole benefit which it was intended that he should obtain from the contract; and the legal consequences of a breach of such an undertaking, unless provided for expressly in the contract, depend on the nature of the event to which the breach gives rise and do not follow automatically from a prior classification of the undertaking as a ‘condition’ or ‘warranty.’” Lord Diplock, (1962) 1 All ER 474, 487 G-H.

48 “What the learned judge had to do in the present case as in any other case where one party to a contract relies to elect to rescind the contract, was to look at the events which had occurred as a result of the breach at the time at which the charterers purported to rescind the charterparty, and to decide whether the occurrence of those events deprived the charterers of substantially the whole benefit which it was the intention of the parties as expressed in the charterparty that the charterers should obtain from the further performance of their own contractual undertakings.” Lord Diplock, (1962) 1 All ER 474, 488 I, 489 H.

49 *Beinert* (dn.19) s. 124.

imkanı verilecektir. Nitekim bu içtihat, İngiliz hukukunda bugüne kadar etkisini büyük ölçüde korumuş⁵⁰ ve CISG'in kurduğu sorumluluk sistemi içinde kilit bir öneme sahip olan, ihlalin "esaslılığı" (*fundamental breach*) kavramını da şekillendirmiştir⁵¹.

Ancak gerek CISG m.25'in hazırlanması sürecine, gerekse La Haye Antlaşmasında bunun muadili olan maddeyi oluşturan m.10'un kaleme alınış şekline bakıldığında esaslı ihlal kavramının tanımında kısmen Fransız hukukunun da etkisini görmek mümkündür⁵². Aynı İngiliz hukukunda olduğu gibi, Fransız hukukunda da bu kavram, dönme hakkının ne zaman kullanılabileceği sorunu çerçevesinde gelişmiştir. Bu hukuk çevresinde belirleyici olan, dönme talebinin kabulü konusunda takdir hakkı verilmiş olmasıdır (Art.1184 Cc)⁵³. Nitekim mahkemeler de, aynı İngiliz mahkemeleri gibi, dönme hakkını ancak belirli ağırlıkta bir sözleşme ihlalinin varlığı halinde tanımaktadırlar⁵⁴. Ancak Fransız hukukunda ihlalin belirli bir ağırlığının olup olmadığı tespit edilirken özellikle tarafların farazi iradeleri ön planda tutulmuştur⁵⁵. Henüz *Domat* (1625-1696) ve onu takiben *Pothier* (1699-1772) tarafından hakimlere yol göstermek üzere geliştirilmiş olan formüle göre, mağdur olan tarafın, sözleşmenin kurulması anında ilgili sözleşme ihlalinin öngörmüş olsaydı, sözleşmeyi akdetmeyeceği kabul edilebiliyorsa, sözleşmeden dönme hakkı vardır⁵⁶.

50 Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Treitel*, Some Landmarks of Twentieth Century Contract Law (2002) s. 113 vd.

51 *Beinert* (dn.19) s. 113 vd.; *v.Caemmerer* (dn.39) s. 33, 39.

52 Esaslı ihlal kavramına hangi hukuk düzenlerinde yer verildiği hakkında ayrıntılı mukayeseli bilgiler için bkz. *Beinert* (dn.19) s. 101-145.

53 Fransız hukukunda dönme hakkında bilgi için bkz. *Serozan* (dn.16) s. 27-28; *Buz*, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme (1998) s. 53 vd.; *Beinert* (dn.19) s. 133 vd. Ayrıca *Malaurie/Aynès*, Tome VI, Les Obligations, Volume II: Contrats, Quasi-Contrats (11. bası, 2001) N. 481; *Bénabent*, N.395.

54 *Beinert* (dn.19) s. 135. *Domat*, 1689-1694 arasında yayınladığı *Les lois civiles dans leur ordre naturel* adlı çalışmasında şu örneği vermektedir: Malları, geminin limanı terk etmesi anına kadar veya fuarın başlangıcına kadar teslim etmeyi taahhüt etmiş olan satıcı teslimi zamanında gerçekleştirmez ise alıcının sözleşmenin çözülmesini talep etmesi mümkündür. Bu durumda satıcı malları geri alacak, semeni iade edecek ve tazminat ödeyecektir. Buna karşılık bir taşınmazın satımında, satıcı ilgili yeri vaktinde teslim etmez ve bu yüzden alıcı taşınmazdan faydalanamazsa sadece bu sebepten ötürü sözleşmeden dönmesi mümkün değildir. Zira bu hallerde tazminat yoluyla kullanım imkanından yoksunluğun telafi edilmesi mümkündür. Sözleşmeden dönülmesi imkanını verecek kadar esaslı bir ihlal söz konusu değildir (aktaran *v.Caemmerer* (dn.39) s. 33, 40).

55 *Beinert* (dn.19) s. 135.

56 *Pothier*, Treatise on the Contract of Sale, translated by L.S.Cushing, Boston 1839, reprint 1999, 291. Ayrıca bkz. *v.Caemmerer* (dn.39) s. 33, 41.

CISG m.25'in öncüsü konumunda olan ULIS'in 10. maddesine bakıldığında Fransız hukukunun etkileri açık şekilde görülmektedir. Bu maddeye göre:

“Sözleşmeyi ihlal eden taraf, sözleşmenin kurulması anında, diğer âkidin yerinde bulunan makul bir kişinin sözleşme ihlalini ve sonuçlarını öngörmüş olsaydı bu sözleşmeyi akdetmeyecek olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyor idiye ihlal bu yasa anlamında esaslı sayılır.”

Görüldüğü gibi bu tanımda ihlalin esaslı olup olmadığı saptaması ancak ilgili tarafın farazi iradesine ilişkin bir araştırma sonucunda yapılabilmektedir. Hakim, tarafların, sözleşmenin kurulması anında neyi öngörebileceklerini ve bu öngörü çerçevesinde nasıl hareket etmiş olabileceklerini araştıracaktır. Bu açıdan tanım sübjektif nüveler içermektedir⁵⁷. Ancak özellikle bu yön hem La Haye Antlaşmalarının hazırlanması, hem de kabulünden sonraki dönemde eleştiri konusu olmuştur⁵⁸. Tarafların, sözleşmenin kurulması anındaki farazi iradelerini tespit etmenin hakim açısından ampirik-psikolojik hususlar ile normatif hususların karıştırılması tehlikesini beraberinde getirdiği ve farklı ülkelerde bu normun farklı şekillerde anlaşılacağı kaygısı ifade edilmiştir⁵⁹. Nitekim bu yüzden Viyana Antlaşması hazırlanırken kavrama daha objektif bir içerik kazandırılması konusunda yoğun tartışmalar yaşanmıştır⁶⁰.

57 İngiliz hukukunda yapıldığı gibi, sözleşme kayıtlarının önemli veya önemsiz olarak ayrılması anlayışı ise bu tanıma yansımamış ve genel olarak *ihlalin* sonuçlarının esaslı olması ön plana alınmıştır. Bu değişiklik ile, önemli sözleşme kayıtlarının ihlal edilmesi halinde her halde sözleşmeden dönme kapısının açılması engellenmek istenmiştir. Zira “önemli” bir sözleşme kaydının ihlal edilmiş olması, ihlalin sonucunun da “önemli” olacağı anlamına gelmez. Bazı hallerde bu sonuçların tazminat ödenmesi suretiyle giderilmesi pekala mümkündür. Bu hallerde yine de dönme hakkı vermek doğru gözükmez (v. *Caemmerer* (dn.39) s. 33, 44). İskandinav ülkelerinin hukukunda da benzer bir yaklaşımın geçerli olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Göritz*, Zur wesentlichen Vertragsverletzung beim Warenkauf – Wechselbeziehungen zwischen dem nordischen und dem international einheitlichen Recht – Europa Institut Saarbrücken, Nr.149, 1988, 9 vd.

58 Ayrıntılı olarak *Honsell/Karollus* (dn.36) Art. 25 N.4 vd.; *Koch* (dn.34) s. 177, 272 vd.; *Honnold*, Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations (1989) s. 52, 64 vd., 88 vd., 220.

59 Maddenin hazırlanma süreci ve eleştiriler hakkında bkz. v. *Caemmerer* (dn.39) s. 33, 45 vd.; *Beinert* (dn.19) s. 55 vd.

60 *Honsell/Karollus* (dn.36) Art.25 N.4-7; *Musger* (dn.37) s. 10 vd. Hazırlanma süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Will* in: Commentary on the Interantional Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, Bianca/Bonell (eds.), (1987) Art.25 N.1 vd.; *Trommler*, Die Auslegung des Begriffs wesentliche Vertragsverletzung in Art.25 CISG (2002) s.72-75.

Schlechtriem'e göre⁶¹ bu tartışma sürecinde ülkelerden gelen çeşitli teklifler iki başlık altında toplanabilmektedir. Bir grup devlet, sözleşme ihlalinin ilgili taraf açısından ifade ettiği objektif olumsuz sonuçları ön plana almayı tercih ederken, diğer bir grup devlet, objektif olarak ölçülebilecek (ve dolayısıyla ispat edilmesi gereken) bir zarardan bağımsız olarak, sadece ihlal edilen sözleşmesel yükümlülüğün ilgili âkit taraf açısından ne ifade ettiğinin esas alınmasını savunmuştur.

Sonuçta ortalama bir çözüm kabul edilmiş ve CISG m.25 aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

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

Her ne kadar sözleşmenin esaslı ihlali kavramı, sözleşmeden dönme hakkını sınırlandırma konusundaki çabaların bir sonucu olarak gelişmişse de, milletlerarası satım sözleşmelerinde alıcının ikame mal talebinin sözleşmeden dönmeye benzer zor tasfiye sorunlarını beraberinde getirmesi, bu yaptırımın da sözleşmenin esaslı ihlali koşuluna bağlanması sonucunu doğurmuştur. Bu açıdan aşağıda verilecek olan açıklamalarda hep esaslılık şartının, alıcının sahip olduğu iki temel seçimlik hakkın kullanılmasının ön koşulu olduğu göz önünde tutulmalıdır.

b. Esaslı ihlalin şartları

CISG m.25’de verilen tanımdan anlaşıldığı üzere esaslı bir ihlalden bahsedebilmek için⁶²,

61 *Schlechtriem* (dn.37) s. 47.

62 PECL Art.8:103 esaslı sözleşme ihlalinin şu şekilde tanımlanmıştır: “İfa etmeme aşağıdaki hallerde sözleşme açısından esastır: (a) eğer yükümlülüğe tam olarak uyulması sözleşme açısından belirleyiciyse; veya (b) mağdur olan taraf ifa etmeme nedeniyle, sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden esaslı surette mahrum kalıyorsa; meğerki diğer taraf bu sonucu öngörmemiş ve makul şartlarda öngöremeyecek olsun; veya (c) ifa etmeme kasten gerçekleşiyor ve mağdur olan tarafta, diğer tarafın gelecekteki edimlerine güvenemeyeceği konusunda haklı bir intiba uyandırıyor.” PICC Art.7.3.1 uyarınca: “ (...) (2) Bir yükümlülüğü ifa etmemenin esaslı bir ifa etmeme olup olmadığını tayin ederken özellikle aşağıdaki hususlar dikkate alınır: (a) mağdur olan tarafın ifa etmeme nedeniyle, sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden esaslı surette mahrum kalıp kalmadığı; meğerki diğer taraf bu sonucu öngörmemiş ve makul şartlarda öngöremeyecek olsun; (b) sözleşmesel yükümlülüğe tam olarak uyulmasının sözleşme açısından belirleyici olup olmadığı; (c) ifa etmemenin kasten veya düşüncesizlikle gerçekleşip gerçekleşmediği; (d) ifa etmemenin mağdur

- bir yükümlülüğe aykırı davranılmış olması (sözleşme ihlali);
- bu aykırı davranışın bir olumsuzluğa sebep olmuş olması;
- bu olumsuzluğun karşı tarafı sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakıyor olması ve
- bu sonucun makul bir kişi tarafından öngörülebilir olması gerekir.

Aşağıda bu konuda ayrıntıya girmeden önce tekrar vurgulanmalıdır ki, sözleşmenin esaslı ihlali kavramının anlamlandırılmasında otonom yorum yönteminin kullanılmasına özellikle özen gösterilmelidir⁶³. Her ne kadar bu kavram farklı hukuk çevrelerinin etkisi altında kaleme alınmışsa da, bir kez Antlaşmaya girmekle artık bu kavramın köklerinden bağımsız, bütün âkit ülkelerde aynı şekilde uygulanabilecek tarzda yorumlanması şarttır⁶⁴. Özellikle “esaslı ihlal” gibi, önemli bazı yaptırımların uygulanmasının önkoşulu olan bir kavram açısından, CISG m.7’de belirlenmiş olan yorum ilkelerine sadık kalmak büyük önem taşımaktadır.

Diğer yandan esaslı ihlalin ne olduğu tespit edilirken sistematik yorum da önem taşıyacaktır. CISG m.25’in genel hükümler altında ilk madde olarak düzenlenmiş olması, bu kavramın içeriğinin saptanmasında genel bir bakış açısına sahip olmayı gerektirir. Dolayısıyla esaslılık değerlendirmesinin özellikle önem kazandığı m.46(2); 48(1) ve 49(1)(a)’nın bir arada okunarak sonuca ulaşılması uygun düşer⁶⁵. Aşağıda, CISG çerçevesinde esaslı ihlalin varlığını kabul etmek için aranan şartlar hep bu bakış açısıyla takdim edilecektir.

olan tarafta, diğer tarafın gelecekteki edimlerine güvenemeyeceği konusunda haklı bir intiba uyandırıp uyandırmadığı; (e) ifa etmeyen tarafın, sözleşmenin çözülmesi halinde, ifa hazırlıkları veya ifa nedeniyle ölçüsüz zarara uğrayacak olup olmadığı.” Görüldüğü gibi bu iki tanım da CISG m.25’in tanımına göre biraz daha ayrıntılı ve kapsamlıdır. Ancak ulaşılabilecek sonuçlar açısından büyük bir fark beklenmemelidir. Alman Medeni Kanunu da reformla birlikte, dönme hakkının kullanılmasını sınırlamıştır. BGB § 323, f.5, cümle 2 uyarınca, alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için yükümlülük ihlalinin önemsiz olmaması gerekir. “*Unerhebliche Pflichtverletzung*” yeterli sayılmaz. Bu konuda bkz. *Schwenzer, Rechtsbehelfe und Rückabwicklungsmodelle im CISG, in den European und UNIDROIT Principles, im Gandolfi-Entwurf sowie im deutschen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Wandlungen des Schuldrechts, Peter Schlechtriem (ed.), (2002) s. 37, 43 vd.*

63 *Ferrari (dn.37) s. 1, 2; Musger (dn.37) s. 5; Lubbe, Fundamental breach under the CISG: A source of fundamentally divergent results, RabelsZ 68 (2004) s. 444, 447. Ayrıca bkz. bu kitapta Franco Ferrari’nin makalesi.*

64 *Lubbe (dn.63) s. 444, 447.*

65 *Schulz, Der Ersatzlieferungs- und Nachbesserungsanspruch des Käufers im internen deutschen Recht, im UCC und im CISG (2002) s. 246.*

aa. Yükümlülüğe aykırılık

CISG m.25, satıcı veya alıcının, sözleşmede kararlaştırılmış olan⁶⁶ veya yedek olarak CISG hükümlerinden kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı davranılmış olmasını aramaktadır⁶⁷. Örneğin mal ve belgelerin zamanında, doğru yerde ve sözleşmeye uygun şekilde teslim edilmesi veya tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları bir rekabet yasağı, bilgi verme yükümlülüğü, işletme sırlarının saklanması gibi edim yükümlülüklerinin ihlali sözleşmenin ihlali anlamına gelir. Buna karşılık koruma yükümlülüklerinin⁶⁸ ihlalinin Antlaşma çerçevesinde ele alınabilmesi ve esaslı olarak nitelendirilebilmesi, bunların sözleşmede düzenlenmiş olmasına bağlıdır. Zira CISG içinde bu tür yükümlülükler ele alınmamıştır. Dolayısıyla tarafların bunları ayrıca kararlaştırmış olmaları veya m.8 ve 9 uyarınca bu tür yükümlülüklerin sözleşme içeriği olduğu kabul edilebilmek şartına bağlı olarak bunların ihlalinin de sözleşmenin esaslı ihlali sayılması ihtimali vardır⁶⁹. Aksi takdirde bu tür sözleşme ihlallerinin yaptırımları, CISG içinde bir düzenleme bulunmadığı için, *lex fori*'nin atıf yaptığı ülkenin borçlar hukuku kurallarına göre saptanacaktır⁷⁰.

bb. Sözleşmesel menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakan bir olumsuzluk

CISG m.25'in aradığı ikinci husus, yükümlülük ihlali nedeniyle karşı tarafın, sözleşmeden haklı olarak beklediği bir menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmış olması, onun açısından bir

66 Örneğin satıcının, münhasıran alıcı için imal ettiği "M" işaretli ayakkabıları, bir fuarda satışa sunması ve alıcının yaptığı ihtara rağmen satmaya devam etmesi (OLG Frankfurt, 17.09.1991, CISG-Online N.28) veya satıcı ile alıcı arasında bir münhasır satıcılık sözleşmesinin varlığına rağmen, satıcının, alıcının satış bölgesindeki başka kişilere aynı malları satması halinde (karş. LG Frankfurt, 16.09.1991, CISG-Online N.26) sözleşmesel bir yükümlülüğün ihlali söz konusudur. Bu türden yükümlülükler aykırılıkların CISG kapsamında değerlendirilemeyeceği ve ulusal hukukun uygulanması gerektiği görüşünde Gruber in: Münchener Kommentar zum BGB, Rebmann/Säcker (eds.), (5. bası, 2008) Art.25 CISG, N.11.

67 Trommler (dn.60) s. 61; Magnus in: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), (2005) Art.25 N.7; Honsell/Karollus (dn.36) Art.25 N.8.

68 Kavram hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 1. Cilt (4. bası, 2008) § 2 N.15 vd.; Wiegand, Von der Obligation zum Schuldverhältnis, Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts, Teil 1, recht 1997, s. 85, 92.

69 Schlechtriem in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG, Schlechtriem/Schwenzer (eds.), (4. bası, 2004) Art.25 N.7b.

70 MüKoBGB/Gruber (dn.66) Art.25 CISG, N.10.

olumsuzluğun (*Nachteil/detriment/préjudice*) doğmuş olmasıdır. Bununla kast edilen, ilgili âkidin bir “zarara” uğramış olması değildir⁷¹. Nitekim, zararı tanımlayan hüküm CISG m.74’tür (*Verlust/perte/loss*). Madde 25 sadece, yükümlülük ihlalinin karşı âkit için beraberinde olumsuz bir sonuç getiriyor olmasını aramaktadır⁷². Aslında olumsuzluk kriteri, bir ilk filtre olarak düşünülebilir⁷³. Yükümlülük ihlalinin herhangi bir olumsuz sonucu yoksa o zaman esaslılık araştırmasına gerek de yoktur⁷⁴, ⁷⁵.

Fakat bir yükümlülüğün ihlal edilmiş olması ve bunun karşı âkit açısından olumsuz bir sonuç doğurması esaslılık nitelendirmesi açısından yeterli değildir. CISG uyarınca esaslı bir sözleşme ihlalinin varlığını kabul edebilmek için, ortaya çıkan olumsuzluğun öyle bir boyutta olması gerekir ki, diğer tarafı, **sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakıyor olsun**. İşte, CISG m.25’deki asıl belirleyici ifade budur⁷⁶.

Sorun, bir tarafın, sözleşmeden elde etmeyi umduğu menfaatten yoksun kalmış olması; sözleşmeyi akdetme sebebinin adeta konusuz kalmasıdır. Herkes sözleşme akdederken belirli bir saik ile hareket eder ve belirli bir menfaat elde etmek ister⁷⁷. Bu bek-

71 *P.Huber* (dn.42) s. 96; *Trommler* (dn.66) s. 68-69; *Honsell/Karollus* (dn.36) Art.25 N.14; *Lurger*, Die wesentliche Vertragsverletzung nach Art.25 CISG, IHR (2001) s. 91; *Bianca/Bonell/Will* (dn.60) Art.25 CISG, N.2.1.1.2; *Koch* (dn.34) s. 177, 267; *Petkic*, Das Nacherfüllungsrecht im UN-Kaufrecht, Grundprobleme der Leistungsstörungen (1999) s.23; *Ferrari* (dn.37) s. 1, 3.

72 “Olumsuzluk” değerlendirmesinin, bir zararın doğup doğmadığı araştırmasından tamamen bağımsız yapılması gerektiği özellikle öncelenmiş sözleşme ihlallerinde somutlaşmaktadır (CISG m.72). Zira burada sadece sözleşmenin ihlal edilmesi konusundaki ciddi *olasılık* karşı âkide sözleşmeden sıyrılma imkanı vermektedir. Başlı başına bu olasılık esaslı bir ihlalin varlığını kabul için yeterlidir. Oysa burada herhangi bir zarar henüz doğmuş değildir. Örn. bkz. *Brunner*, UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht (2004) s. Art.25 CISG, N.7. Ancak bir zararın doğmuş olduğu hallerde, bunun boyutunun, olumsuzluğun varlığının tayininde dikkate alınacak kriterlerden biri olacağı da yadsınamaz. Aynı yönde *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem* (dn.69) Art.25 N.9; *Staudinger/Magnus* (dn.67) Art.25 N.11.

73 *Koch* (dn.34) s. 177, 263.

74 Örneğin malın sigortalanmadan veya gereği gibi paketlenmeden yollanmasına rağmen, sağ salim teslimi mümkün olmuşsa sözleşme ihlali esaslı olarak nitelendirilemez.

75 Satıcı bir yükümlülüğünü ihlal etmiş ve olumsuz bir sonuç doğmuş olmasına rağmen, CISG m.48 uyarınca var olan, vadeden sonra sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanması halinde bunun esaslılık değerlendirmesinde nasıl dikkate alınacağı çok tartışmalı bir konudur. Bu konuda bkz. *Atamer* (dn.1) s. 352-356.

76 *Honsell/Karollus* (dn.36) Art.25 N.15.

77 *Beinert* (dn.19) s. 61; *Musger* (dn.37) s. 12.

lentinin tatmin edilmesi ve menfaatin elde edilmesi artık mümkün değilse veya önemli ölçüde engellenmişse, o sözleşmenin ilgili taraf açısından bir “önemi” kalmamıştır. ULIS m.10’dan farklı olarak, CISG m.25, ilgili âkidin bu ihlale rağmen sözleşmeyi akdetmiş olup olmayacağı gibi varsayımsal bir durumdan yola çıkmamakta; ilgilinin, sözleşmeye ilişkin beklentileri ile elde ettiği (veya edemediği) şeyi, yani fiili durumu mukayese etmektedir⁷⁸. Dolayısıyla iki husus belirleyicidir: menfaatleri ihlal edilen tarafın hangi beklentilerinin sözleşme uyarınca korunacağını tayin etmek ve bunlardan önemli ölçüde mahrum kalıp kalmadığını saptamak⁷⁹.

Sözleşme sadece karşılıklı yükümlülüklerin kaynağı olmakla kalmaz; ayrıca bunların taraflar açısından taşıdığı önem de sözleşmede somutlaşır⁸⁰. Demek ki, önemin tespiti, sözleşmenin CISG m.8 uyarınca yorumlanmasını gerektirir⁸¹. Yorumda sözleşme metni, taraflar arasındaki görüşmeler, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sözleşme kurulduktan sonraki davranışları ve diğer önem taşıyabilecek bütün hususlar dikkate alınacaktır⁸². Yorum yoluyla tespit etmek istediğimiz, tarafların ilgili yükümlülüğe nasıl bir önem atfetmiş oldukları ve ilgili yükümlülüğün, mağdur olan tarafın hangi menfaatlerini korumaya hizmet ettiği, yani koruma alanının ne olduğudur⁸³.

Tarafların ilgili yükümlülüğe nasıl bir önem atfetmiş oldukları, kısmen kullandıkları ifadelerden çıkarılabilecektir⁸⁴. Örneğin

78 MüKoBGB/*Gruber* (dn.66) Art.25 CISG, N.13. Sözleşme ihlalinin beraberinde getirdiği fiili sonuçlara bakıldığı için bu ihlalin kasti veya ihmali bir davranıştan kaynaklanıyor olması da herhangi bir önem taşımaz. Borçlu, kasti olarak yüküme aykırı davranmış olsa bile salt bu durum ihlali esaslı kılmaz. Bkz. *Honsell/Karollus* (dn.36) Art.25 N.23; *Trommler* (dn.66) s. 62; *Koch* (dn.34) s. 177, 331; *Benicke* (dn.40) s. 326, 330. Sadece borçlunun kasti sözleşme ihlali, onun gelecekteki borçlarını da gereği gibi yerine getireceği konusunda haklı bir şüphe doğuruyorsa, o zaman bu ihlalin esaslı sayılması mümkündür. Nitekim bkz. PECL Art.8:103, (c). Türkçe tercüme için bkz. yukarıda dn.62.

79 *Honsell/Karollus* (dn.36) Art.25 N.16.

80 *Herber/Czerwenka*, Internationales Kaufrecht, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf (1991) Art.25 N.8; *Musger* (dn.37) s. 7; *Koch* (dn.34) s. 177, 344.

81 *Ferrari* (dn.37) s. 1, 5; *Musger* (dn.37) s. 14; *Trommler* (dn.66) s. 78. CISG uyarınca satım sözleşmesinin yorumlanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer* (dn.1) s.69-76.

82 *Koch* (dn.34) s. 177, 216.

83 *Honsell/Karollus* (dn.36) Art.25 N.19 vd.

84 Taraflardan birinin kullandığı genel işlem şartları içinde her türlü sözleşme ihlalinin “esaslı” olarak değerlendirileceği ve sözleşmeden dönme hakkı vereceği şeklinde bir hüküm yer alması durumunda bu hükmün geçerliliği tartışma konusu edilebilir. Ancak GİŞ denetimi sorunu Antlaşmada düzenlenmemiş

tarafaların sadece muayyen bir vade mi saptadıkları, yoksa bunun ötesinde bir kesin vade mi saptadıkları sözleşmenin yorumu ile anlaşılır⁸⁵. Veya malın rengi konusunda açık bir düzenleme yapılmış olması ve bunun öneminin vurgulanmış olması durumunda da, tarafların, bu hususa özellikle önem verdiği sözleşmeden çıkarsanabilir. Bu durumlarda geç ifa edilmesi ve farklı bir renk mal teslim edilmesi sözleşmenin esaslı ihlali olarak nitelendirilmek gerekir⁸⁶. Oysa sözleşmede özel bir düzenleme olmaması halinde anılan bu iki olasılıkta da CISG hükümleri uyarınca ihlalin esaslı olmadığı kabul edilmek gerekecekti.

Dikkat edilmesi gereken bir husus CISG'ın, Alman hukuk çevresinde yaygın olduğu gibi ihlal edilen yükümlülüğün asli veya

konulardan olduğu için (bkz. *Atamer* (dn.1) s.103-104), hakim, uygulanması gereken ulusal hukuka göre sorunu çözmek durumundadır. Türk hukukunun uygulanacağı hallerde, sözleşmenin içeriğinin denetlenmesinde BK m.19 ve 20'nin uygulanması dışında bir çare yoktur - zira taraflar tüketici olmadığı için TKHK m.6 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin uygulanması mümkün olmayacaktır. CISG'ın temel felsefesinin, sözleşmenin tasfiye edilmesi imkanını sınırlamak olduğu düşünüldüğünde, bir GİŞ hükmü ile, her ihlalin sözleşmeden dönmeye imkan verdiğinin kabul edilmesi kanımca CISG'ın ruhuna uygun düşmez. Her ne kadar bu kurallar yedek hukuk kurallarına da bunların da GİŞ denetiminde büyük önem kazandığı unutulmamalıdır (ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer*, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (2. bası, 2001) s. 184-185 ve 204 vd.). Dolayısıyla bu türden hükümlerin BK m.20 uyarınca batıl sayılması mümkün olacaktır. Alman hukuku açısından da butlan yaptırım yönünde: *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem* (dn.69) Art.25 N.10; *Honsell/Karollus* (dn.36) Art.25 N.31; *Ferrari* (dn.37) s. 1, 5.

85 *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem* (dn.69) Art.25 N.9. CISG sisteminde BK m.187 ile mukayese edilecek bir düzenleme yoktur. Yani ticari bir satım sözleşmesi olmak itibarıyla her halde taraflar arasında bir kesin vade kararlaştırılmış olduğu farz edilmez. Hakim her somut olayda, kararlaştırılan vadeye uymanın taraflar açısından ne kadar önem taşıdığını saptamak zorundadır.

86 PECL Art.8:103'ün şerhinde verilmiş olan eser sözleşmesine ilişkin bir örnek de bu noktada aydınlatıcıdır: Müteahhidin, müşteriye şarap mahzenindeki değerli şaraplar için ısıyı sürekli olarak sabit tutmak üzere bir sistem kurmayı yükümlenmesi, ancak sistemin gereği gibi çalışmaması nedeniyle bütün şarapların bozulması halinde bunun esaslı bir ihlal olduğu açıktır. Buna karşılık aynı müşterinin evinin ısı sistemini yaptırması ve bu sistemin, ısıyı, evin her tarafında 20 derecede sabit tutacağı konusunda anlaşılması halinde, kalorifer borularındaki küçük bir arıza nedeniyle ısının bir süre artması esaslı bir ihlal teşkil etmez. Müşterinin evinin bir odasında yetiştirdiği az bulunur çiçeklerin bundan zarar görmüş olması da bu ihlali esaslı hale getirmez. Zira taraflar ne sözleşmede ne de sözleşme görüşmelerinde, ısının sabit tutulmasının önemine ilişkin olarak herhangi bir husus görüşmemiştir. Müteahhidin veya onun yerindeki makul birinin böyle bir sonucun doğacağını öngörme imkanı yoktur (bkz. *v.Bar/Zimmermann* (dn.11) PECL Art.8:103, s. 440-441).

yan edim yükümlülüğü⁸⁷ olmasına göre bir ayırım yapmamasıdır⁸⁸. Önemli olan bir yükümlülüğün varlığı ve bu yükümlülük ile korunan menfaattir⁸⁹. İhlal edilen yükümlülük klasik anlamda bir yan edim yükümlülüğü olarak tasnif edilecek olsa bile somut olayda tarafların buna verdiği önem nedeniyle, ihlal edilmesi sözleşmenin esaslı ihlali sonucunu doğurabilir. Örneğin malın nakliyyeye uygun paketlenmesi borcu, klasik bir yan edim borcudur. Ancak taraflar sözleşmede belirli bir ambalaj içinde malın teslim edilmesini kararlaştırmışlarsa, (malın yeni alıcılara bu ambalaj olmadan devredilmesinin mümkün olmadığı hallerde) ambalajsız teslim esaslı ihlal oluşturur⁹⁰.

Tarafların söz konusu yükümlülüğe atfettikleri önemin yanı sıra ilgili tarafın hangi menfaatlerinin sözleşmenin koruma alanı içinde sayılabileceği de esaslılık değerlendirmesinde önem taşır. Burada yapılacak olan sözleşmenin teleolojik yorumudur⁹¹. Aynı haksız fiil hukukunda olduğu gibi⁹², sözleşme hukukunda da, ilgili yükümlülüğün hangi olumsuzlukları engellemek için kararlaştırılmış olduğunu saptamak gerekir. Eğer tarafların belirli bir yükümlülüğü ihdas etmiş olmalarının sebebi, bu yükümlülüğün ihlali sonrasında ortaya çıkan belirli bir zararı engellemeyi hiçbir şekilde hedeflemiyorsa, bu durumda yükümlülüğün ihlalini esaslı olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır.

cc. Öngörülebilirlik

CISG m.25 uyarınca yükümlülük ihlalinin, karşı tarafın sözleşmeden beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmasına sebep olması, sözleşmenin esaslı surette ihlal edildiğine delalet eder. Ancak karşı tarafın, yükümlülük ihlalinin

87 Kavram hakkında bkz. *Kocayusufoğlu* (dn.68) § 2 N.7 vd.; *Wiegand* (dn.68) s. 85, 91.

88 *Ferrari* (dn.37) s. 1, 3; *Fischer* (dn.36) s. 39; *Staudinger/Magnus* (dn.67) Art.25 N.7; *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem* (dn.69) Art.25 N.9; *Honsell/Karollus* (dn.36) Art.25 N.20; *Herber/Czerwenka* (dn.80) Art.25 N.5; *Erdem* (dn.24) N.702; BGH 3.4.1996, CISG-Online N.135. CISG ile aynı yönde PECL ve PICC, bkz. *Schlechtriem* (dn.36) s. 159, 165.

89 *Koch*'un da, ifade ettiği gibi, belirli türden sözleşme hükümlerinin ihlal edilmesi halinde bunun otomatik olarak esaslı bir ihlal sayılacağı tarzında bir yaklaşım yanlıştır. CISG böylesi sabit bir sistem getirmemiştir. Her somut olayda hakim, durumu takdir etmek zorundadır, bkz. *Koch* (dn.34) s. 177, 330.

90 Örnek için bkz. *Staudinger/Magnus* (dn.67) Art.25 N.12.

91 *Honsell/Karollus* (dn.36) Art.25 N.20; *Musger* (dn.37) s. 16; *Petkic* (dn.71) 25.

92 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer*, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması - Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları (1996) s. 70 vd.

bu türden bir sonucun doğumuna sebep olacağını öngöremediği ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişinin de öngörmesinin beklenemediği hallerde ihlal yine de esaslı olarak nitelendirilemez⁹³. Hem subjektif bir bilgi eksikliğinin var olması hem de objektif olarak bilebilmenin mümkün olmaması aranır⁹⁴.

“Öngörülebilirlik kriterinin” somut olarak hangi aşamada değerlendirilmeye dahil edileceği ve nasıl bir rolünün olduğu tartışmalıdır. Birçok yazar, aslında öngörülebilirlik değerlendirmesinin zaten, karşı tarafın sözleşmeye ilişkin haklı beklentilerini saptarken yapıldığını savunmaktadır⁹⁵. Gerçekten de bir âkidin sözleşmeden haklı olarak bekleyebilecekleri ancak karşı âkidin öngörebileceği veya öngörmesi gereken şeylerdir.

Bu belirsizliğin kaynağında m.25'in hazırlanması süreci yatmaktadır⁹⁶. Zira maddenin ilk ifadesinde, tamamıyla objektif olarak, taraflardan biri aleyhine önemli bir olumsuzluğun doğması, esaslı bir ihlal için yeterli sayılmışken, ayrıca bu olumsuzluğun, o tarafın, *sözleşmeden haklı olarak beklediği şeyden yoksunluk şeklinde belirmesi aranmamıştı*⁹⁷. Bu eklemenin olmadığı bir du-

93 *Freiburg*, Das Recht auf Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht - Unter besonderer Berücksichtigung der Ausschlußgründe (2001) s. 54. Bu kitapta Ulrich Magnus'un makalesinde ele alınmış olan, tazminat borcunun sınırlandırılması kriteri olarak “öngörülebilirlik” ile esaslı ihlali “öngörebilme” arasında, öngörülmesi gereken husus açısından önemli bir fark vardır. CISG m.25'de satıcının, sözleşmeyi belli bir şekilde ihlal etmesi halinde alıcının bu sözleşmeden beklediği menfaatin yok olacağını öngörmesi gerekir. CISG m.74'de ise satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde doğan zararlardan ancak öngörebilecekleri için sorumlu tutulması söz konusudur. Örneğin satıcının vaktinde ifa etmezse, işlemin kesin vadeli bir işlem olması nedeniyle, alıcının ifa menfaatinin düşeceğini öngörebilmesi, ihlalin esaslı olduğu anlamına gelir. Ancak bu ihlal nedeniyle ortaya çıkan zararların hangileri için sorumlu tutulacağı ikinci bir öngörülebilirlik araştırması gerektirir. Bu durumda ise tek tek zarar kalemleri açısından soruna yaklaşılabilecektir. Ayrıca bkz. *Atamer* (dn.1) s. 440 vd.

94 *Honsell/Karollus* (dn.36) Art.25 N.25; *Ferrari* (dn.37) s. 1, 5. Örneğin, Noel öncesi satın alınan yüzlerce çam ağacının teslimi tarihi olarak, herhangi bir ek açıklama verilmeksizin 1 Aralık tarihi saptanmış, ancak ağaçlar 20 Aralıkta teslim edilmişse acaba esaslı bir ihlal kabul edilebilir mi? İlgili ticari branşta ifa tarihinin 15-20 gün oynaması normalse, geç ifanın sözleşmenin esaslı ihlali olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak sözleşmenin Noel öncesi akdedilmiş olması nedeniyle satıcının ifa tarihinin önemini anlayabilecek durumda olduğu iddia edilebilir. Bu durumda alıcının gecikmiş ifayı ret ve sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına izin verilmek gerekecektir. Görüldüğü gibi esaslılık değerlendirmesi hakime çok ciddi bir takdir hakkı vermektedir.

95 Bu yönde *Musger* (dn.37) s. 17 vd.; *Lurger* (dn.71) s. 91, 92; *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem* (dn.69) Art.25 N.11.

96 Bkz. *Musger* (dn.37) s. 10-12.

97 1978 tarihli Taslakta şu madde yer almaktaydı: “A breach committed by one of the parties is fundamental if it results in substantial detriment to the other party unless the party in breach did not foresee and had no reason to foresee such a result.”

rumda öngörülebilirlik değerlendirmesi kuşkusuz çok farklı bir öneme sahipti, zira bu şekilde en azından sübjektif bir sınırlama getirme imkanı yaratılmaktaydı. Her türlü olumsuz sonuç değil, sadece öngörülebilir olanlar esaslı sayılacaktı. Ancak daha sonra maddeye yapılan eklemelerle zaten bir sınırlama getirilmiştir. Bu sınırlama da ilgilinin sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalmasıdır. İlgilinin, sözleşme uyarınca neyi beklemekte haklı olduğu araştırılması yapılırken aslında karşı tarafın (sözleşmeyi ihlal eden tarafın) bakış açısı da değerlendirmede ister istemez dikkate alınmaktadır⁹⁸. Dolayısıyla ikinci bir basamak olarak tekrar bir öngörülebilirlik testinin uygulanmasına nasıl bir anlam verilebileceği sorun doğurmaktadır.

Farklı olasılıklara göre çözüm aramakta fayda vardır: Eğer taraflar sözleşmede açıkça belirli bir yükümlülüğün önemine değinmişlerse, yükümlülüğün ihlali her halde esaslı olarak nitelendirilecektir, zira karşı tarafın ihlalin sonuçlarını öngöremediğini iddia etmesi mümkün olamayacaktır. Diğer olasılık, sözleşmede açık bir düzenleme olmamakla beraber sözleşme görüşmeleri sırasında ilgili yükümlülüğün önemi hakkında tarafların bilgi alışverişinde bulunmuş olmalarıdır. Bu durumda da sözleşmeyi ihlal edenin bunun sonuçlarını öngöremeyeceği iddiası dinlenemez.⁹⁹ Demek ki bu iki halde de zaten CISG m.8 uyarınca *sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksunluk* araştırması yapılırken, ihlal eden taraf açısından ilgili sonucun öngörülebilir olup olmadığı araştırması da gerçekleşmiş olacaktır¹⁰⁰. Dolayısıyla sadece ihlal edilen yükümlülüğün özel öneminin ne sözleşmeden ne de görüşmelerden anlaşılmadığı hallerde öngörülebilirlik araştırmasının bir önem kazanması mümkündür¹⁰¹. Örneğin taraflardan biri, ilgili sözleşmesel yükümlülüğün kendisi açısından önemini ifade etmemişse veya buna ilişkin mektup ulaşmamışsa veya bilgi aktarması gereken üçüncü bir kişi bunu ihmal etmişse¹⁰². İşte bu hallerde, ihlal eden tarafın, davranışının sonuçlarının karşı taraf için ne ifade edeceğini öngörebilecek olup olmadığı araştırmasına ihtiyaç olacaktır.

98 *Lurger* (dn.71) s. 91, 92; *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem* (dn.69) Art.25 N.11 ve 16.

99 *Koch* (dn.34) s. 177, 227-228.

100 Yukarıda da ele alınmış olduğu gibi, CISG m.8(2)'de zaten, tarafların beyan ve davranışlarının "*karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre*" yorumlanacağı ifade edilmiştir. Yani sözleşmenin yorumu sırasında, objektif bir bakış açısı ile sözleşme içeriği ve tarafların yükümlülüklerinin kapsamı saptanmaktadır.

101 *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem* (dn.69) Art.25 N.14.

102 *Bianca/Bonell/Will* (dn.60) Art.25 CISG, N.2.2.2.1.

Öngörülebilirliğin hangi ana göre değerlendirilmesi gerektiği de doktrinde çok tartışmalıdır. La Haye Antlaşması m.10 açıkça, değerlendirmenin sözleşmenin kurulması anına göre yapılacağını ifade etmiş olmasına rağmen CISG m.25 bu konuda bir düzenleme içermemektedir. Maddenin hazırlanması sürecinde özellikle bu husus tartışılmış ancak herhangi bir açıklık getirilmemiştir. Bir grup yazar, aynı ULIS m.10'da olduğu gibi sözleşmenin akdi anında, olası bir sözleşme ihlalinin ağır sonuçlarının öngörülebilir olmasını ararken¹⁰³, diğer bir grup, sözleşmenin kurulmasından sonraki gelişmelerin de olayın özelliklerine göre değerlendirmeye dahil edilebileceğini ifade etmektedir¹⁰⁴. Sorun, hangi andaki bilgilere göre sözleşmeyi ihlal eden kişinin ilgili sonuçları öngörebilmesini arayacağımızdır.

Antlaşmanın sistematik yorumunun sözleşmenin akdi anına işaret ettiğini ifade etmek gerekir¹⁰⁵. Zira Antlaşma, tarafların bilmesi/bilmesinin gerekmesi, öngörmesi/öngörmesinin gerekmesi gibi kriterleri kullandığı birçok maddesinde sözleşmenin kurulması anının belirleyici olacağını açıkça saptamıştır. Örneğin, m.31, b (malın bulunduğu yerin, sözleşmenin akdi anında bilinmesi); m.42(2)(a) (alıcının, üçüncü kişilerin hakları konusunda sözleşmenin akdi anında bilgi sahibi olması); m.73(3) (ard arda teslimli sözleşmede dönme hakkının kullanılabilmesi için sözleşmenin akdi anında malların ancak hep beraber bir anlam ifade ettiğinin anlaşılabilir olması); m.74 (ancak sözleşmenin akdi anında öngörülebilir olan zararları tazmin yükümlülüğü); m.79(1) (sözleşmenin akdi anında hesaba katılmayacak bir engelin varlığı halinde tazminat borcundan kurtulma) gibi maddeler açıkça hep sözleşmenin akdi anını esas almaktadır. Diğer yandan iş dünyasında sözleşmeler akdedilirken, o anda öngörülebilir ve hesaba katılabilen olasılıklara göre sözleşme içeriğinin ve özellikle de fiyatın saptandığı unutulmamalıdır¹⁰⁶. Bu açıdan da, sözleşmenin akdi anından sonra ortaya çıkan ve taraflarca öngörülemez olacak unsurların esaslılık değerlendirilmesinde dikkate alınması uygun gözükmemektedir¹⁰⁷.

103 Bu yönde *v.Caemmerer* (dn.39) s. 33, 50; *Schlechtriem* (dn.37) s. 49; *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem* (dn.69) Art.25 N.15; *Herber/Czerwenka* (dn.80) Art.25 N.9; *Staudinger/Magnus* (dn.67) Art.25 N.19; *Freiburg* (dn.93) s. 56; *Petricic* (dn.71) 28-29; *Ferrari* (dn.37) s. 1, 6; *Musger* (dn.37) s. 33.

104 Bu yönde *Bianca/Bonell/Will* (dn.60) Art.25 N.2.2.2.2.5; *Honnold*, Uniform Law for International Sales (3. bası, 1999) Art.25 CISG, N.183; *Honsell/Karolus* (dn.36) Art.25 N.27.

105 *Koch* (dn.34) s. 77, 321.

106 Aynı yönde *Freiburg* (dn.93) s. 56.

107 *Ferrari* (dn.37) s. 1, 6; *Koch* (dn.34) s. 177, 321-322. Her ne kadar PECL Art.8:103 ve PICC Art.7.3.1'de de, esaslılığın tayini açısından hangi anın dik-

Uygulamada tartışılan bazı haller şunlardır: *Honnold*'un verdiği bir örnekte¹⁰⁸, alıcının satıcıya yolladığı matbu sözleşmede, satım konusu 100 çuval pirincin, “yeni” çuvallar içinde taşıyıcıya teslim edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Satıcı, teslim döneminde, elindeki kullanılmış, ancak çok iyi durumdaki çuvallarda pirinci teslim etmeyi ve karşılığında da semenden belirli bir indirim yapmayı düşünmektedir. İlgili ticari çevrelerde ifanın bu şekilde gerçekleştirilmesi de yaygındır. Ancak ifadan önce, alıcının kendisine yaptığı bir bildirimde, pirince ilişkin ikinci bir satım sözleşmesi yapıldığı ve yeni alıcının, çuvalların kullanılmamış olmasına büyük önem verdiği, dolayısıyla da ifanın muhakkak yeni çuvallarda yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Satıcının buna rağmen kullanılmış çuvallarda pirinci taşıyıcıya teslim etmesi durumunda sözleşmenin esaslı ihlali söz konusu olacak mıdır? Her ne kadar sözleşmede zaten teslimin yeni çuvalda gerçekleşeceği kararlaştırılmış ise de bu yükümlülüğün ihlali ilk bakışta esaslı bir ihlal teşkil etmez, zira alıcıyı sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakmamaktadır. Böyle bir ifa kural olarak dönmeye hak vermez. Ancak daha sonra alıcı tarafından yapılan bildirim ile acaba bu “önemsiz” kloza değer kazandırmak ve ihlali “esaslı” hale getirmek, dolayısıyla da kullanılmış çuvallarda teslim halinde sözleşmeden dönmek mümkün müdür?

Aynı örneği ifa anı açısından da kullanmak mümkündür. Başlangıçta alelade bir vade olarak tayin edilmiş olan ifa anının, daha sonra, kesin vade olarak anlaşılması gerektiği, satıcıya yapılacak bildirimle sağlanabilir mi? Yani alıcının, satıcıya, malı bir başkasına sattığını ve bu sözleşmede ifa tarihinin kesin vade olarak saptandığını bildirmesinin bir etkisi olacak mıdır? Kanımca iki halde de sözleşmenin akdinden sonra sözleşme hükümlerinin ağırlığını ve dolayısıyla sözleşmesel dengeyi değiştiren bir durum vardır. Dolayısıyla da bu sözleşme değişikliğinin ancak karşı tarafın buna onay vermesi halinde etkili olması mümkündür¹⁰⁹. Aksi takdirde bunlar karşı akit için öngörülemez haller olarak değerlendirilir ve esaslı ihlalin varlığı kabul edilmez¹¹⁰.

kate alınacağı belirtilmemişse de, ilgili maddelere ilişkin şerhlerde, sözleşmenin kurulması anı üzerinde durulmuştur (bkz. *v.Bar/Zimmermann* (dn.11) PECL Art.8:103, 440; Unidroit Principles 2004, 221).

108 *Honnold* (dn.104) Art.25 CISG, N.183.

109 Aynı yönde *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem* (dn.69) Art.25 N.15.

110 *Koch* (dn.34) s. 177, 322. *Koch*'un haklı olarak belirttiği gibi, CISG m.79(1)'de, sözleşmenin akdi anında değerlendirmeye katılamayacak ifa engelleri açısından tazminat borcunun söz konusu olmayacağını öngören Antlaşmanın, dönme gibi, daha ağır bir yaptırım için sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olguların da değerlendirmeye alınmasına imkan vermesi tutarlı olmaz.

Will'in verdiği bir örnekte¹¹¹ ise satıcı, teslim edeceği malın belirli şekilde etiketlenmesinin, alıcının ülkesinde malın satılabilmesi açısından şart olduğunu başka kaynaklardan öğrenmesi söz konusudur. Kendisine, sözleşmenin akdi anında verilmeyen bu bilgiyi daha sonra elde etmesi halinde, ihlalin sonuçlarının esaslı olduğunu öngöremediği iddiası yazara göre dinlenmez. Kanımca satıcının sözleşmenin kurulması anında bilmediği ve alıcının da kendisine bildirmediği bu tür bir etiketleme zorunluluğundan daha sonra haberdar olması etiketleme yükümlülüğünü sözleşme içeriği haline getirmediği gibi buna aykırı ifa da sözleşmenin esaslı ihlali sayılamaz. Dolayısıyla alıcının sözleşmeden dönmesi imkanı olmaz. Bu örnekte olsa olsa, satıcının sözleşmenin kurulmasından sonra haberdar olduğu bu olgular konusunda alıcıyı uyarmamış olmasının, kaynağını sözleşmede bulan bir koruma yükümlülüğüne aykırılık anlamına gelmesi halinde bir tazminat sorumluluğunun doğduğu kabul edilmelidir.

c. Borçlar Kanunundaki sözleşmeye aykırılık türleri örneğinde “esaslı ihlal” kavramı

Her ne kadar yukarıda yansıtılan yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışı çerçevesinde sözleşmeye aykırılık türleri arasında bir ayırım yapılması söz konusu değilse de, Borçlar Kanunu sistemi ile mukayese edebilmek açısından, alışık olduğumuz ayırımlar üzerinden esaslı ihlalin ne anlama geldiğinin açıklanmasında fayda görülmektedir.

aa. Temelli ifa etmeme ve eksik ifa

Temelli ifa etmeme olgusu, alıcı için anlaşılır bir şekilde, süreklilik arz eden objektif veya sübjektif bir ifa engelinin ortaya çıkmış olması veya borçlunun ifa etmeyeceğini kesin olarak beyan etmiş olması halinde¹¹² söz konusudur¹¹³. Bu durumda sözleşme her halde esaslı surette ihlal edilmiş sayılır, zira ifa artık gerçekleşmeyecektir. Yani alıcının bu sözleşmeden beklediği menfaati elde etmesi imkanı kalmamıştır. Satıcının, bu ifa engelinin doğumu konusunda kusurlu olup olmaması ise önem taşımaz¹¹⁴. İfa engeli, onun herhangi bir etkisi olmaksızın ortaya çıkmış olsa da alıcı, esaslı ihlale bağlanan

111 *Bianca/Bonell/Will* (dn.60) Art.25 N.2.2.2.2.5.

112 OLG Celle 24.05.1995, CISG-Online N.152 (Satıcı, sözleşmede açıkça belirlenmiş olan makinelerin üçüncü bir kişiye satılmış olduğunu alıcıya bildirmiştir).

113 *Ferrari* (dn.37) s. 1, 6; *Freiburg* (dn.93) s. 82. Objektif veya sübjektif bir imkansızlık kavramları hakkında bkz. *Dural*, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117), (1976) s. 79 vd.

114 Bkz. aşağıda 3 “Kusurdan bağımsız sorumluluk” başlığı.

sonuçları devreye sokabilir. Türk hukukundan farklı olarak CISG, herhangi bir imkansızlık kategorisi tanımadığı için BK m.96 veya m.117 gibi hükümlerle karşılaşılmaz. Her iki halde de belirleyici olan, ifa etmeme olgusudur ve bu durumda alıcının sözleşmeden kurtulmak için dönme yaptırımına başvurma imkanı vardır¹¹⁵. Engelin satıcıya isnat edilebilir olup olmamasına bağlı olarak alıcının bir de tazminat talep etme imkanı olacaktır.

Sözleşmenin eksik ifa edilmesi (miktar olarak az) veya art arda teslimli sözleşmelerde münferit teslimatlardan birinin yapılmaması hallerinde ise esaslı ihlalin var olup olmadığı ancak sözleşmenin yorumlanması suretiyle belirlenebilir. Bu durumda, ifa edilmeyen bölüm olmadan ifanın, alıcı açısından hiçbir değer ifade etmiyor olması ve bunun da sözleşmeden anlaşılıyor olması halinde sözleşmenin esaslı ihlali kabul edilebilir¹¹⁶.

bb. Geç ifa

Sözleşmenin yorumundan, tarafların, ifanın muhakkak belirli bir zaman dilimi içinde veya belirli bir ana kadar¹¹⁷ gerçekleşmesi gerektiği konusunda anlaşığı sonucuna varılabiliyorsa¹¹⁸, bu anda ifanın gerçekleşmemesi sözleşmenin esaslı ihlali anlamına gelir¹¹⁹. Bu tarihin geçirilmesi halinde ifanın imkansızlaşacak olması, yani

115 Dolayısıyla İsviçre-Türk hukukunda yaşanan, sonraki objektif imkansızlığın sözleşme üzerindeki etkisi ve sözleşmenin kendiliğinden sona erip ermediği tartışması CISG bağlamında yaşanmaz. Bu hallerde sözleşme ayakta kalır ve ancak karşı tarafın dönme beyanı ile sona erer (*Lurger* (dn.71) s. 91, 95). Aynı şekilde BK m.96'da düzenlenmiş olan sonraki sübjektif imkansızlık hallerinde alacaklının dönme hakkının olup olmadığı ve bunun BK m.108'e kıyasen tanınması gerekip gerekmediği sorusu da CISG bağlamında doğmaz. Bütün bu haller tek bir kavram altında, "sözleşmenin ihlali" kavramı altında erir. Sözleşme ifa edilmediği ve ifa edilme imkanı da kalmadığı için alacaklıya bir dönme hakkı tanınır. İsviçre-Türk hukukunda bu konuda yaşanan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Serozan* (dn.16) s. 259 vd.; *Dural* (dn.113) s. 125 vd. Ayrıca bkz. aşağıda dn.169.

116 OLG Düsseldorf 24.4.1997, CISG-Online N.385 (Edimin sadece ufak bir bölümünün veya birden fazla ifa edilecek partiden sadece birinin ifa edilmemesi halinde kural, ihlalin esaslı olmamasıdır).

117 Örneğin, "en geç 2 Martta", "2 Mart iş saatleri içinde" "2 Marttan geç olmamak üzere" tarzında bir ifadenin kullanılmış olması halinde bir kesin vadenin kararlaştırıldığı kabul edilebilecektir.

118 *Ferrari* (dn.37) s. 1, 7. Bilfiil Incoterms atfının, işlemi, kesin vadeli işlem haline getirip getirmediği farklı yönde kararlara konu olmuştur: OLG Hamburg, 28.2.1997, CISG-Online N.261 (CIF klotunun kullanılmış olması tarafların ifa tarihini bir kesin vade olarak algıladığını göstermektedir). Buna karşılık bir ICC-Hakem kararında (Nr.7645/1995, CISG-Online N.844), sözleşmedeki CFR klotunun her halde bir kesin vade anlamına geleceği kabul edilmemiştir.

119 Örn. bkz. BG 15.9.2000, CISG-Online N.770.

mutlak kesin vadeli bir işlemin varlığı ise aranmaz¹²⁰. Genelde mahkemeler sezon mallarına ilişkin satış sözleşmeleri açısından ifa tarihinin kesin vade olarak saptandığı sonucuna varmışlardır¹²¹. Dikkat edilmesi gereken, taraflar arasında ifa için muayyen bir tarih saptanmış olmasının, işlemi kendiliğinden kesin vadeli işlem haline getirmediğidir. BK m.187'de ticari satımlar açısından kabul edilmiş olan karine¹²² CISG çerçevesinde söz konusu değildir. Yani hakimin, sözleşmeyi yorumlamak suretiyle ifanın muhakkak ilgili tarihte gerçekleşmesi gerektiği konusunda tarafların anlaşmış olduğu sonucuna varması gerekir. Eğer kesin bir vadenin söz konusu olduğu sonucuna varılamıyorsa, sözleşmeden sıyrılmak isteyen alıcının karşı tarafa ifa için bir ek süre tanınması gerekir (CISG m.47(1) ve m.49(1)(b)). Süre tanımadan sözleşmeden dönmek ancak ifa tarihinin çok uzun bir süre geçirilmiş olması halinde mahkemelerce istisnaen kabul edilmektedir¹²³. Bu hallerde başlı başına bu uzun gecikmenin sözleşme ihlalini esaslıya çevirdiği kabul edilmektedir.

CISG sisteminde temerrüt gibi bir kategori olmadığı için, alıcının BK m.101'de öngörülmüş olan tarzda bir temerrüt ihtarında bulunması aranmaz¹²⁴. Satıcıya tanınması gereken ek süre de bu anlamda bir mehil değildir. Vadede ifa etmeme halinde satıcıya karşı hemen belirli yaptırımlar devreye sokulabilir. Dönme hakkı ise ancak gecikmenin, sözleşmenin esaslı surette ihlal edilmesi sonucunu doğurması halinde doğar.

120 *Brunner* (dn.72) CISG Art.25 N.12. Kesin vadeli bir işlemin varlığı halinde bile *de minimis* kuralı uygulanır; yani eksik ifa edilen kısmın çok cüzi bir miktar olması halinde esaslılık kabul edilmez. Bkz. LG Oldenburg 27.03.1996, CISG-Online N.188 (Giyim eşyasının bir kısmının kararlaştırılan kesin vadeden bir gün sonra teslim edilmesi).

121 Corte de Appello di Milano 20.03.1998, CISG-Online N.348 (Noel öncesi satılacak örgü malzemesi, ifa tarihi olarak 3.12.1990 tespit edilmiştir); ICC-Hakem Kararı, N.8786/1997, CISG-Online N.749 (Öncelenmiş sözleşme ihlali - satıcı, sezon mallarını vaktinde ifa edemeyeceğini kesin vadeden önce bildiriyor).

122 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Tandoğan*, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1 (5. bası, 1988) s. 130 vd.

123 BG 15.9.2000, CISG-Online N.770 (İfanın ciddi şekilde gecikmiş olması halinde alıcının ayrıca bir ek süre tayin etmesine gerek yoktur, ihlal esaslıdır); Pretura di Parma-Fidenza 24.11.1989, CISG-Online N.316 (Alıcı malın 10-15 gün içinde teslim edilmesini istiyor, satıcı bir hafta içinde göndermeyi vaat ediyor. Teslim tarihinin geçmesinin üzerinden 2 ay sonra hâla malın üçte biri teslim edilmişse ihlal esaslıdır, ek süre tayinine gerek yoktur); OLG Düsseldorf 21.4.2004, CISG-Online N.915.

124 *BaslerKommetar/Koller* (dn.3) Art.190 N.23. İsviçre-Türk hukukunda temerrüt ihtarı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *A.Koller*, Die Verbindung von teleologischer Reduktion und Analogie dargestellt am Beispiel von Art.102 Abs.1 und 2 OR, in: *Privatrecht und Methode*, FS Kramer (2004) 517-530.

cc. Ayıplı ifa

Malın vaktinde, ancak ayıplı teslim edildiği hallerde esaslılık kavramı yine önem kazanır¹²⁵. Zira sadece ayıplı ifanın sözleşmenin esaslı ihlali sayılabileceği hallerde malın yenisi ile değiştirilmesini istemek veya dönmek mümkündür¹²⁶. CISG sisteminde, ifanın bir kez gerçekleşmiş olması durumunda kural olarak sözleşmeyi ayakta tutacak çözümlerin tercih edildiği yukarıda da ifade edilmişti. Bu çözümler, malın ayıbının giderilmesi, ya da semenin tenzilidir. Bu alternatiflere ek olarak alıcının tazminat talep etme imkanı da vardır.

Mahkemelerin, ayıplı ifanın esaslı ihlal oluşturup oluşturmadığı konusunda karar verirken özellikle şu noktalar üzerinde durdukları görülmektedir¹²⁷: Malın ayıbına rağmen kullanılması veya yeniden satılması olasılığı ve bunun alıcıdan beklenebilir olup olmadığı¹²⁸. Örneğin teslim edilen et iyi kalitede ancak sözleşmede kararlaştırılandan yüksek yağ oranı içeriyorsa bu ayıp dönmeyi haklı kılacak esaslı bir ayıp oluşturmaz¹²⁹. Bu hallerde semenin tenzili yoluyla alıcının menfaatlerinin gereği gibi korunması imkanı vardır. Teslim edilen malın makul bir süre içinde tamir edilmesi olasılığının mevcut ve bunu alıcıdan beklenebilir olduğu hallerde de ihlal esaslı olarak nitelendirilmemiştir¹³⁰. Buna karşılık, ilk yıkamada % 10-15 (veya bir iki beden) çeken T-shirt teslim edilmiş olması halinde ihlal

125 BK m.194'de ayıbın "ehemmiyetli" olmasını arayan; BK m.360'da sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını eserdeki ayıbın "ehemmiyetli" olmasına bağlayan İsviçre-Türk yasa koyucusu burada paralel bir düşünceden hareket etmiştir.

126 *Benicke* (dn.40) s. 326, 329; *P.Huber* (dn.42) s. 98; *Magnus* (dn.40) s. 870, 871.

127 Ayrıca bkz. *Lurger*, Die neuere Rechtsprechungsentwicklung zum UN-Kaufrechtsübereinkommen, JBl (2002) s. 750, 757 vd.

128 BGH 3.4.1996, CISG-Online N.135; KG Zug 30.11.1995, CISG-Online N.856.

129 İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan bu olayda mahkeme şu tespitte bulunmuştur: "Sözleşmeye aykırılık, malın sözleşmesel özellikleri taşımamasına veya başka bir ayıba dayanıyorsa, belirleyici olan, malın olağan ticaret hayatında, fiyat kırılarak, ölçüsüz bir zahmeti gerektirmeksizin başka türlü kullanılmasının veya satılmasının alıcıdan beklenebilecek olup olmadığıdır. Bu bağlamda, BM-satım hukukunun sözleşmenin ayakta tutulmasına öncelik verdiği göz önünde tutulmalıdır: Sözleşme, tereddüt halinde, ihlal edilmesine rağmen ayakta tutulur, sözleşmenin ortadan kaldırılması istisnadır (...). Alıcı öncelikle diğer hukuksal imkanlarını, yani semenin tenzili ve tazminat haklarını kullanmalı ve sözleşmenin tasfiyesi yolunu ancak, diğer tarafın sözleşme ihlalinin, ifa menfaatinin esaslı surette kaybolmasına sebep olması halinde son çare olarak kullanılmalıdır. Halihazırda sözleşme ihlalinin tasvir edilen ölçüde göre esaslı olup olmadığı ve sözleşmenin ortadan kaldırılması gibi ağır bir yaptırımı haklı kılıp kılmadığı tamamen somut olayın özelliklerine bağlıdır." BG 28.10.1998, CISG-Online N.413.

130 Cour d'appel de Grenoble 26.4.1995, CISG-Online N.154. Ancak malın tamir edilmesinin hiç mümkün olmaması başlı başına sözleşme ihlalinin esaslı olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Bkz. BGH 03.04.1996, CISG-Online N.135.

esastır. Zira bu tür malların başka türlü değerlendirilmesi imkanı yoktur¹³¹.

dd. Eksik veya yanlış belge

Belgelerin teslim edilmesi borcunun gereği gibi yerine getirilmemesi halinde de dönme imkanından faydalanabilmek için esastlık şartı aranır. Dolayısıyla teslim edilmeyen belgenin türü belirleyici olacaktır. Eğer belgeler malı temsil ediyorsa, yani bunlar alıcıya verilmedikçe alıcı mal üzerinde tasarruf edemiyor veya malı teslim alamıyorsa, belgelerin teslim edilmemesi, ifa etmeme anlamına gelir¹³². Eğer ifa etmeme durumu kalıcı ise (örn. satıcı teslim etmeyeceğini beyan etmiş veya evrakı başkasına devretmişse) ihlal esastır, alıcının dönme imkanı vardır (yukarıda aa şıkkı). Buna karşılık belgelerin tesliminde sadece bir gecikme varsa, yine işlemin kesin vadeli bir işlem olup olmadığına bakılmak gerekir (yukarıda bb şıkkı). Eğer kesin vadeli ise belgelerin teslim edilmemesi ihlali esastı kılacaktır.

Buna karşılık malı temsil eden belgeler verilmiş ve mal da alıcıya ulaşmış ancak başka belgeler (menşe şahadetnamesi/analiz sertifikası/sigorta poliçesi/gümrük belgesi) eksik veya yanlış ise, ayıplı ifa ile mukayese edilebilecek bir durum vardır ve ilgili evrakın niteliği önem kazanır (yukarıda cc şıkkı). Yani alıcının malı kullanma veya yeniden satma gibi olanaklarının bundan ne ölçüde etkilendiğine bakılır. Eksik olan belgenin kolaylıkla temin edilmesi imkanı varsa, belge eksikliği nedeniyle sözleşmeden dönmek mümkün olmayacaktır. Örn. Alman Federal Mahkemesi analiz sertifikalarındaki eksikliğin bir eksperten rahatlıkla ikmal edilebileceği gerekeceği ile ihlalin esastlığını reddetmiştir¹³³.

3. Kusurdan bağımsız sorumluluk

a. Genel olarak

Kara Avrupa'sı sisteminden farklı olan ve yine *common law* sisteminden CISG'a girmiş olan diğer bir unsur ise sözleşmeye aykırılığın kabulü için kusur şartının aranmamasıdır¹³⁴. "Sözleşmeye

131 OLG Frankfurt 18.01.1994, CISG-Online N.123 (derisi çatlamış ayakkabı); Cour de Cassation 23.1.1996, CISG-Online N.156 (şekerlenmiş ve kısmen bozulmuş şarap).

132 *Benicke* (dn.40) s. 326, 327.

133 BGH 03.04.1996, CISG-Online N.135. Ayrıca bkz. *Benicke* (dn.40) s. 326, 331.

134 *Müller-Chen* (dn.4) s. 67; *Fischer* (dn.36) s. 38; *Anders* (dn.20) s. 75; *Keil* (dn.29) s. 8. Sözleşmeye aykırılıktan sorumlulukta, kusur kavramının önemi ve farklı hukuk çevrelerindeki çözümler hakkında bkz. *Pellegrino*, *Subjektive*

aykırılık = tazminat” önermesi ile çalışan *common law*’da borçlu herhangi bir kınanabilir davranışı nedeniyle tazminat ödememektedir¹³⁵. O, belirli bir sonucun -gereği gibi ifa etme sonucunun doğmaması halinde tazminat ödemeyi taahhüt etmiştir, bu şart gerçekleştiği için de tazminat ödemektedir¹³⁶. Objektif/sübjektif imkansızlık, temerrüt, müspet ihlal gibi kavramlar ortadan kalkınca, borçlunun kusuru da ön planda olmaktan çıkmaktadır¹³⁷. Gereği gibi ifa edilmeyen her halde satıcının sorumluluğu esastır, meğerki bir sorumsuzluk antlaşmasının varlığı veya tipik bir sözleşme rizikosunun gerçekleşmediği ispat edilebilin¹³⁸.

Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, ifa engelleri hukuku açısından *common law*’un etkisinde olan CISG da, tarafların sözleşme ile belirli sonuçlara ulaşılması konusunda karşılıklı garanti taahhüdünde bulunduğu görüşünden yola çıkarak bu sonucun elde edilemediği her halde taahhütte bulunanın sorumlu olacağını öngörmüştür¹³⁹. Sonuç taahhüdü söz konusu olduğu için, salt sonucun elde edilememesi olgusu ifa etmeme, “*non performance*”, anlamına gelmektedir¹⁴⁰. CISG içinde benimsenmiş bu yaklaşım yine günümüz hukuk uyumlaştırması projelerine yansımış¹⁴¹, gerek PECL gerekse PICC aynı ilkelere yer vermiştir¹⁴².

oder objektive Vertragshaftung? Ein rechtvegleichender Blick auf die Rolle des Verschuldens im Vertragsrecht, ZEuP (1997) s. 41 vd.

- 135 *Kircher* (dn.14) s. 72; *Nicholas*, Fault and Breach of Contract, in: Good Faith and Fault in Contract Law, Beatson/Friedmann (eds.), (1995) s. 337 vd.
- 136 *Treitel*, Frustration and Force Majeure (2. bası, 2004) N.1-003 vd.; *Basedow* (dn.5) s. 14; *Anders* (dn.20) s. 65-66; *Keil* (dn.29) s. 8; *Pellegrino* (dn.134) 41, 44.
- 137 *Heilmann* (dn.24) s. 165.
- 138 *Heilmann* (dn.24) s. 165. Mutlak sorumluluk kuralı (“*rule of absolute liability*”) olarak tercüme edilebilecek bu kural 1647 yılında İngiliz yüksek mahkemesinin verdiği bir karara dayanmaktadır. Olayda davacı, davalıdan hasılat kirası ödemesini talep etmiş, davalı ise, kiraladığı yerin düşman tarafından işgal edilmiş olduğu için kullanılmadığını savunma olarak ileri sürmüştür. Mahkeme, sözleşmede bir sorumsuzluk klozunun yer almaması nedeniyle kira parasının ödenmesine karar vermiştir. Bkz. *Paradine v. Jane*, 82 Eng. Rep. 897 (KB 1647). Bu karar ve *Paradine v. Jane* doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Treitel* (dn.136) N. 2-001 vd.
- 139 *Trommler* (dn.66) s. 62; *U.Huber* (dn.25) s. 31, 106; *Honsell/Karollus* (dn.36) Vorbem. Art.25 N.7; *Keil* (dn.29) s. 18; *Treitel* (dn.16) s. 23.
- 140 *U.Huber* (dn.25) s. 31, 106. *Civil law*’da hakim olan kusur doğmasının CISG içine aktarılmaması konusunda yaşanan tartışmalar için bkz. *Winship*, Ex-emptions under article 79 of the Vienna Sales Convention, *RebelsZ* 68 (2004) s. 495, 497-498.
- 141 *Medicus*, Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzungen, in: Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, *Basedow* (ed.), (2000) s. 179, 187; *Schlechtriem* (dn.36) s. 159, 166.
- 142 PECL Art.8:101 ve Art.8:108; PICC Art.7.1.1. PECL’e ilişkin şerhde, bu mad-

Buna karşılık İsviçre-Türk borçlar hukukunun da dahil olduğu Alman hukuk çevresinde, sözleşmesel sorumluluk, ilke olarak, kusura dayanır ve borçlu, kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir¹⁴³. Fakat bu kuralın etkisini azaltan önemli istisnaların var olduğu da unutulmamalıdır¹⁴⁴. Örneğin para borcu ve çeşit borcunun ifası açısından kusursuz sorumluluğun varlığı kabul edilir¹⁴⁵, yani borçlu, hiçbir kusuru olmadan iflas etmiş olsa da, mallar antreposunda yanmış olsa da, edim hasarı kendisinde olduğu sürece ifa borcu sona ermez¹⁴⁶. Diğer yandan satıcı, ayıplı ifa halinde, herhangi bir kusuru olmasa da, borca aykırılığın sonuçlarından sorumlu tutulur¹⁴⁷. Yine aynı şekilde ifa yardımcılarının borca aykırı davranışlarından dolayı da borçlunun kusursuz sorumluluğu esası hakimdir¹⁴⁸. Bunun yanı sıra, bilfiil kusur şartının uygulamada gittikçe objektifleştirilmesi ve bir anlamda kusursuz sorumluluğa doğru gidilmesi de iki sistem arasındaki farkları azaltmaktadır¹⁴⁹. Son olarak, BK m.96'da kusursuzluğunu ispat külfetinin borçluya yüklenmesi kusur dogmasını zayıflatan bir diğer unsurdur. Dolayısıyla ilk bakışta, CISG sistemi, klasik kusur sorumluluğu esasını uygulamakta olan İsviçre-Türk ve Alman hukuklarına nazaran farklı gözükse de aslında birbirlerine yaklaştıkları noktalar çoktur¹⁵⁰.

denin CISG m.79(1) örnek alınarak hazırlandığı açıkça ifade edilmiştir, *v.Bar/Zimmermann* (dn.11) PECL Art.8:101, s. 464.

143 Fransız hukuk çevresinde hakim olan karma sistem hakkında örn. bkz. *Müller-Chen* (dn.4) s. 353 vd.; *Pellegrino* (dn.134) s. 41, 43; *Nicholas* (dn.135) s. 337, 338-340.

144 Türk hukuku için bkz. *Oğuzman/Öz* (dn.31) s. 362 vd. Mukayeseli veriler için bkz. *Müller-Chen* (dn.4) s. 332 vd.

145 Mukayeseli olarak *Treitel* (dn.16) s. 13 vd.; *Rabel*, *Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung*, 1. Band (1957) s. 339 vd.; *Medicus* (dn.141) s. 179, 185. *Genus non perit* ilkesinin sınırları hakkında bkz. *Jones/Schlechtriem* (dn.15) N.15-206 vd.

146 Çeşit borcu açısından kuşkusuz hasarın intikali anı önem taşır. Metinde, edim hasarının henüz alıcıya geçmediği aşama kastedilmektedir.

147 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Serozan*, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (2006) s. 120 vd.

148 *Medicus* (dn.141) s. 179, 186.

149 *Jones/Schlechtriem* (dn.15) N. 15-146 vd.

150 *Serozan'a* göre: "Aslında bakılırsa, borçlunun kusursuz garanti sorumluluğunu gitgide yayıp genişleten ve geliştiren akımlar karşısında, BK m.117'nin kusursuz borçluyu borcundan kurtarıcı kuralına hani neredeyse uygulama alanı kalmamaktadır", (dn.3) § 15 N.4. Ayrıca bkz. *Honsell/Karollus* (dn.36) Vorbem. Art.25 N.7; *Rabel* (dn.145) s. 329. *Common law* ile *civil law*'ün sorumluluk anlayışının birbirine ne oranda yaklaştığı konusunda bilgi için bkz. *Jones/Schlechtriem* (dn.15) N. 15-203 vd.; *Marcantonio* (dn.15) s. 54 vd.; *Nicholas* (dn.135) s. 337 vd.

b. CISG'da öngörülen sorumsuzluk halleri

İfayı engelleyen hallerden hangilerinde borçlunun sorumlu tutulacağı, hangilerinde ise sorumluluğunun düşeceğini saptamak, yani sözleşenlerin riziko alanlarını belirlemek her hukuk düzeninde kilit öneme sahiptir¹⁵¹. Nitekim CISG da, borçlunun kusursuz sorumluluğunu kabul etmiş olmasına rağmen ona bazı hallerde sorumluluktan kurtulma imkanı tanımıştır. Ancak bu haller hiçbir şekilde borçlunun kusuru sorunu ile ilişkilendirilmemiştir¹⁵².

Yeknesak bir sözleşmeye aykırılık anlayışını benimsemiş olan CISG, sorumsuzluk hallerini de yeknesak olarak ele almış ve sözleşmeye aykırılığın türüne göre bir ayırım yapmaksızın m.79(1)'de, temel sorumsuzluk halini düzenlemiştir¹⁵³. Bu madde uyarınca:

“Taraflardan biri, yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmeme dolaylı sorumlu tutulmaz.”

Demek ki sorumsuzluğun söz konusu olabilmesi için, sözleşmenin gereği gibi ifasını engelleyen sebebin, kümülatif olarak bir arada bulunması gereken üç özelliği bulunmalıdır. Bunlar; sözleşmeye aykırı davranan tarafın etki alanı dışında kalan bir engel olması; engelin sözleşmenin kurulması anında hesaba katılmasının mümkün olmaması ve engelin önlenemez ve aşılamaz olmasıdır¹⁵⁴. Ayrıca madde, milletlerarası ticari uygulamalarla uyum içinde, engelin anlaşılmasından itibaren makul bir süre içinde karşı tarafın durumdan haberdar edilmesini de aramaktadır (m.79(4))¹⁵⁵.

Görüldüğü gibi m.79 uyarınca taraflardan ikisinin de kendi sorumluluk alanları, yani üzerinde hakimiyet icra ettikleri alanın sınırları çizilmiştir. Bu alanın içinde gerçekleşen bir sebepten ötürü sorumluluktan kurtulamazlar. Örneğin borçlunun bir hastalık nedeniyle borcunu ifa edemez duruma düşmesi, onun riziko alanında gerçekleşen bir olgudur ve sorumluluğu engellemez. Nitekim CISG'ın, klasik kusur dogmasından ayrıldığı haller bunlardır.

151 Jones/*Schlechtriem* (dn.15) N. 15-203.

152 *Common law*'da sorumsuzluk halleri için bkz. Müller-Chen (dn.4) s. 340 vd.

153 *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber* (dn.69) Art.79 N.5; *Atamer* (dn.1) Bölüm 5 § 3. Ayrıca bkz. bu kitapta Ulrich Magnus'un makalesinde başlık IV.

154 *Staudinger/Magnus* (dn.67) Art.79 N.15; Müller-Chen (dn.4) s. 344.

155 Her ne kadar Türk hukukunda bu konuda açık bir düzenleme mevcut değilse de doktrinde bu tür bir bildirim yükümlülüğü MK m.2'ye dayanılarak kabul edilmektedir, bkz. *Oğuzman/Öz* (dn.31) s. 447; *Dural* (dn.113) s. 131.

İsviçre-Türk hukukunda hastalık sorumsuzluk demektir. *Serozan*'ın ifadesi ile borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen haller denince akla: "... borçlunun elinde olmayan ve tarafsız (nötr) etki alanında oluşan hastalık, hırsızlık, kaza, doğa felaketi ve kamusal yasaklama gibi aksilikler gelir"¹⁵⁶. İşte CISG'da yapılan, bu tarafsız (nötr) alanı daraltmaktır. Kaza, doğa felaket gibi hallerde sorumluluk olmaz da, hastalık, hırsızlık gibi haller nötr alanda kabul edilmez, dolayısıyla sorumluluk devam eder.

Yani CISG m.79, taraflardan ikisinin de sözleşme kurulurken hesaba katmadığı, atipik rizikoların gerçekleşmesi halinde, bunları kimin taşıması gerektiğini belirlemek amacına hizmet eder. Söz konusu hallerde, taraflardan ikisi de ortaya çıkan engelin doğumunda etken değildir¹⁵⁷, ancak birinden birinin zarara katlanması gerekmektedir; bu da alacaklı olmaktadır. Amaç, taraflar arasındaki dengeyi en iyi şekilde kuran riziko dağılımını tespit etmektir. Borçlunun klasik tanımıyla "kusursuz" olması, atipik rizikonunun tümüyle alacaklı tarafından taşınması için yeterli görülmemiştir. Bir dizi olasılıkta (örn. *hastalık*) borçlu, kusursuz olsa da sorumlu tutulmaktadır.

c. Sorumsuzluk: Ne ölçüde?

Sözleşme ihlalinin kaynağında denetim dışı bir engelin yattığı ve bunu öngörülmesinin veya engellenmesinin mümkün olmadığı CISG m.79 uyarınca ispat edilirse, bunun sonucunun ne olacağı üzerinde de kısaca burada durmak gerekir. Sözleşmeye aykırılık halinde alıcının elinde dört farklı hukuki imkan vardır¹⁵⁸. Bunlar, ifa talebi¹⁵⁹, semenin tenzili, sözleşmeden dönme ve bunların yanı sıra tazminattır. Acaba bunlardan hangileri, satıcının sorumsuzluğunu ispat etmesi halinde kullanılamayacak, hangileri kullanılmaya devam edilebilecektir? CISG m.79(5) uyarınca "*Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca var olan tazminat talebi dışında herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.*" Demek ki, satıcının m.79 uyarınca sorumsuzluğunu ispatladığı hallerde bile, alıcının

¹⁵⁶ *Serozan* (dn.3) § 15 N.4.

¹⁵⁷ Alacaklının ifa engelenin ortaya çıkmasına sebep olması hali CISG m.80'de ayrı olarak düzenlenmiştir. Oysa İsviçre-Türk hukukunda alacaklının etki alanında gerçekleşen ifa engelleri de BK m.117 kapsamında değerlendirilir. Bkz. *Serozan* (dn.3) § 15 N.4.

¹⁵⁸ Bu çalışma, özellikle, satıcının borçları ve borca aykırı davranışlarının sonuçları üzerine yoğunlaşmış olduğu için alıcının sorumluluktan kurtulmasının sonuçları üzerinde ayrıca durulmayacaktır.

¹⁵⁹ Bu çalışmada, alıcının tamirat veya yenisi ile değiştirmeye ilişkin talepleri aynen ifa talebinin devamı olarak değerlendirilmektedir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. *Atamer* (dn.1) 363-364.

sadece tazminat talep etme hakkı düşecek, buna karşılık, semenin tenzili ve dönme imkanları gibi aynen ifayı talep hakkı da bâki kalacaktır¹⁶⁰.

Semenin tenzili ve sözleşmeden dönme haklarının, satıcının sorumsuzluğuna rağmen baki kalması anlaşılır olmakla birlikte, ifa talebinin devam ediyor olması tereddüt uyandırabilir. Zira CISG m.79 bağlamında sorumsuzluk, taraflardan birinin, yükümlülüklerinden birini ifa etmesini *engelleyen* bir sebebin varlığı halinde kabul edilmektedir. Bu durumda acaba yine de ifa talebine imkan tanımanın bir anlamı olabilir mi? Nitekim satım konusu mal imkansızlaşmışsa, ifa talebinin bir anlamı olmadığı açıktır. Buna karşılık, satım konusu malın ifası sadece belirli bir süre için engellenmiş durumdaysa o zaman ifa talebi, bu engelin ortadan kalkmasından sonra yine işe yarayacaktır. Eğer mal ayıplı ifa edilmişse, bu durumda da ifa talebinin varlığı bir anlam ifade eder, zira satıcıdan malın tamir edilmesi veya yeni mal teslim edilmesi istenebilecektir¹⁶¹. Satıcının, gerek geçici ifa engelini doğumunda, gerekse ifanın ayıplı gerçekleşmesinde herhangi bir sorumluluğu olmasa da ifa talebinin ortadan kalkması için bir sebep yoktur¹⁶². Dolayısıyla CISG m.79(5)'in ifadesi, imkansızlık ve ifanın aşırı güç hale gelmiş olması halleri açısından tam uygun gözükmemekle beraber diğer talepler açısından haklı bir mülahazaya dayanmaktadır.

d. Borçlar Kanunundaki sorumluluk rejimi ile mukayese

CISG sisteminin daha iyi anlaşılabilmesi için, varılan sonuçların yine Borçlar Kanununun sistemi ile kısaca mukayese edilmesinde fayda vardır. **Tazminat talebi** açısından bakıldığında, sözleşmeye aykırılığın türüne göre farklı hükümler üzerinde durmak gerekir. Temerrüt halinde alıcının kullandığı seçim hakkına göre sahip olduğu farklı tazminat talepleri¹⁶³, borçlunun kusurunun

160 Her ne kadar ULIS m.74, sorumsuzluğun söz konusu olduğu hallerde sadece tazminat talebinin değil, ifa talebinin de sona ereceğini açıkça düzenlenmişse de, CISG'in hazırlanması sürecinde benzer bir ifadenin m.79 içine alınması konusunda Norveç ve Almanya tarafından yapılmış olan teklifler reddedilmiştir. Zira bu şekilde alıcı için var olabilecek teminatların ve tali taleplerin sona ermesinden çekinilmiştir. Bilgi için bkz. *Fischer* (dn.36) s. 117 vd.

161 Aynı görüşte *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber* (dn.69) Art.79 N.46; *Ryffel*, Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers nach dem Wiener Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11 April 1980, (1992) s. 96; *Staudinger/Magnus* (dn.67) Art.79 N.57.

162 Aynı görüşte *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber* (dn.69) Art.79 N.46; *Ryffel* (dn.161) s. 96.

163 Gerek BK m.102 uyarınca gecikme tazminatı, gerek m.106 uyarınca ifa yerine tazminat, gerekse m.108 uyarınca dönme halinde tazminat talep edilebilmesi, borçlunun kusurunun varlığını gerektirir, bkz. *Oğuzman/Öz* (dn.31) s. 303.

varlığını gerektirir. Aynı şekilde, sonraki imkansızlık hallerinde de borçlu, kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle tazminat borcundan sıyrılabilmektedir (BK m.96). Ayıplı mal ifa edilen hallerde satıcının tazminat sorumluluğu sadece dönme hali için düzenlenmiş ve doğrudan zararlar¹⁶⁴ açısından bir garanti sorumluluğu öngörülmüştür (BK m.205, f.2). Fakat dolaylı zararların tazmini yine kusur şartının varlığına bağlanmıştır. Alıcının, semenin tenzili veya yenisi ile değiştirme haklarını kullanması halinde hangi hükümlere göre tazminat talep edebileceği ise tartışmalıdır¹⁶⁵. Eğer doğrudan zararlar açısından, BK m.205, f.2 uygulanır ve garanti sorumluluğu esas olur dersek CISG'in sonucuna yaklaşmış oluruz. Buna karşılık bu seçimlik hakların kullanılması durumunda sadece BK m.96 vd. hükümleri uyarınca tazminat talep edilebilir dersek CISG'dan uzaklaşırız. Demek ki İsviçre-Türk hukukunda CISG'dakine benzer bir garanti sorumluluğu sadece ayıplı ifa halinde alıcının sözleşme-

164 Doğrudan zarar/dolaylı zarar ayırımı ve bunun Antlaşmada var olup olmadığı hakkında bkz. *Atamer* (dn.1) 426.

165 BK m.205, f.1, c.2'de düzenlenen kusura dayanmayan tazminat borcunun dönme hali dışında, yani semenin tenzili veya değiştirme alternatiflerinin kullanılması halinde de kıyasen uygulanabilip uygulanamayacağı İsviçre-Türk hukukunda tartışmalıdır. Yasa koyucu, alıcının sahip olduğu bu iki alternatifte, satıcı açısından bir tazminat sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağını hiç düzenlenmemiştir. Oysa değiştirme veya semenin tenzilini isteyen alıcının da, kendisine ayıplı bir malın teslim edilmiş olmasından kaynaklanan zararlarını tazmin ettirmesi imkanı olmalıdır. Örneğin malın ayıplı olduğunun tespiti için yaptırdığı olağan dışı muayene masrafları, ayıplı malı değiştirmesi için bunların satıcıya nakli nedeniyle yaptığı masraflar gibi doğrudan zararların neden aynı ilkelere göre tazmin edilmeyeceğini anlamak güçtür. Satıcının kusuru aranmaksızın sorumlu tutulduğu halleri mümkün olduğu ölçüde sınırlamak isteyen görüşe göre, ancak alıcının dönme hakkını kullandığı hallerde m.205, f.2'yi uygulamak mümkündür. Diğer bütün hallerde tazminata BK m.96 çerçevesinde, yani satıcının kusuruna bağlı olarak hükmedilecektir (bu yönde *BaslerKommentar/Honsell* (dn.3) Art.208 N.7; BGE 107 II 161, 166; semenin tenzili açısından bu yönde *Tandoğan* (dn.122) s.197). Buna karşılık doktrinde hakim olan görüş bu hallerde m.205, f.2 ve 3'ün kıyasen uygulanması taraftarıdır (*Keller/Siehr, Kaufrecht* (3. bası, 1995) s. 94 ve 96; *Giger, Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Art.184-215 OR*, in: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band 6, Meier-Hayoz* (ed.), (1979) Art. 208 N.56; *Aral, Borçlar Hukuku; Özel Borç İlişkileri* (7. bası, 2007) s. 144 ve 146; *Serozan* (dn.147) s. 153-154; *Yavuz, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu* (1989) s. 189 ve 191). Gerçekten de satıcıyı aynı tür zarardan, alıcının sözleşmeden dönmesi halinde kusuru aranmaksızın, buna karşılık alıcının sözleşmeyi ayakta tutması halinde ancak kusuru varsa sorumlu tutmak, Borçlar Kanunumuza hakim olan *favor negotii* prensibine aykırı bir çözüm olurdu. Benzeri benzere bağlama düşüncesinin bir sonucu olarak bu hallerde kıyasa başvurmak ve bu şekilde, sözleşmeyi ayakta tutan alıcıyı mağdur etmemek daha doğru gözükmektedir. Zaten dolaylı zararlar açısından BK m.205, f.3 veya BK m.96'nın uygulanması herhangi bir farklılık doğurmaz. Aynı yönde *Berner-Kommentar/Giger, Art.208 N.56*

den dönmesi opsiyonunu kullanması halinde ve bu olasılıkta da sadece doğrudan zararlar açısından söz konusudur.

Satıcının sorumsuzluğunun, alıcının **dönme hakkı** üzerindeki etkisine bakılacak olursa, CISG ve Türk hukuku arasında yine kısmi bir uyuşmanın varlığı görülmektedir. Borçlu temerrüdü halinde uygulanacak olan BK m.108, dönme hakkını, borçlunun kusurlu olması şartına bağlamaz¹⁶⁶. Aynı CISG'da olduğu gibi, alıcı, satıcının temerrüde düşmekte sorumsuz olduğu hallerde dahi dönme hakkını kullanabilir. Satıcının ayıplı mal ifa etmesi halinde de alıcının, BK m.202 uyarınca dönme hakkı vardır, ki bu hükümde de dönme hakkının kullanılması kusurun varlığına bağlanmamıştır¹⁶⁷. İfanın imkansızlaşması halinde ise CISG sisteminden ayrılılmaktadır. Zira Borçlar Kanununda ne kusurlu¹⁶⁸ ne de kusursuz¹⁶⁹ sonraki imkansızlık halleri için bir dönme hakkı düzenlenmemiştir.

Satım sözleşmesinde ayıplı ifa halinde **semenin tenzili hakkı**, BK m.202'de ele alınmıştır. Burada da, CISG'da olduğu gibi, semenin tenzili, satıcının ayıplı ifa nedeniyle sorumlu tutulabilmesi ön koşuluna bağlanmamıştır¹⁷⁰. Ayıbın varlığı, semenin tenzili hakkını kullanabilmek açısından yeterlidir; satıcının garanti sorumluluğu kapsamında bir hak söz konusudur¹⁷¹. Gerek dönme gerekse semenin tenzili açısından kusur şartının aranmamasının sebebi aslında açıktır: iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sinallagmanın, ifa etmeme veya kötü ifa etme nedeniyle bozulması durumunda, karşı edimin de, tamamen veya kısmen ifa edilmemesi ve bu şekilde sinallagmanın yeniden kurulması adildir¹⁷².

166 *Buz* (dn.53) s. 110; *Oğuzman/Öz* (dn.31) s. 303 ve 404-406.

167 *Serozan* (dn.147) s. 130 vd.; *Tandoğan* (dn.122) s. 190 vd.

168 BK m.96 uyarınca alacaklının bir dönme hakkının olup olmadığı çok tartışmalıdır. Bu konuda bkz. *Serozan*, (dn.16) s. 265 vd.; *Serozan* (dn.3) § 16 N.13 vd.

169 BK m.117 çerçevesinde bir dönme hakkının düzenlenmesi ihtiyacının olmadığı kabul edilmektedir. Zira edimlerden birinin borçlunun kusuru olmadan imkansızlaşması halinde karşı edim borcu da kendiliğinden (*eo ipso*) düşmekte, sözleşme, yasa gereği bir tasfiye ilişkisi içine girmektedir. Bu konuda bkz. *Dural* (dn.113) s. 163; *Serozan* (dn.16) s. 262 vd.; *Keller*, Die Gefahrtragungsregeln im Obligationenrecht, AJP (2003) s. 1152, 1154. Buna karşılık 2002 BGB reformu sonrasında, sonraki kusursuz ifa imkansızlığı hallerinde her ne kadar asli edim yükümlülüğü sona eriyorsa da sözleşme kendiliğinden bir tasfiye ilişkisine girmez. Bu hallerde de alacaklıya sözleşmeden dönme imkanı tanınmıştır (BGB § 275, Abs.4 ve § 326, Abs.5). Bunun gerekçesi ise, ifa edilmiş olan karşı edimin, reform öncesinde olduğu gibi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadesine nazaran, sözleşmeden dönme hükümleri uyarınca iadesinin daha elverişli olduğudur. Bkz. *RegBegr* in: Schuldrechtsmodernisierung 2002, Materialien, Texte, Dokumente: Zusammenge stellt und eingeleitet von Claus-Wilhelm Canaris (2002) s. 769.

170 *Tandoğan* (dn.122) s. 198;

171 *Serozan* (dn.147) s. 130 vd.

172 *Medicus* (dn.141) s. 179, 189.

Alıcının **ifa talebinin**, satıcının sorumsuzluğuna rağmen devam edeceği yönündeki CISG m.79(5)'e paralel bir düzenleme Türk hukukunda olmamakla beraber sonuçta bir farklılaşma yoktur. Satıcının ifasının imkansızlaştığı hallerde edimi ifa yükümlülüğü BK m.117 hükümleri çerçevesinde sona erer. Bu imkansızlığın kusurlu veya kusursuz olması durumuna göre satıcının tazminat borcu doğar. Buna karşılık temerrüt hallerinde ifa talebi doğal olarak devam ettiği gibi, satıcının ayıplı ifası hallerinde de ifa talebi, bu sefer içeriği değişmiş olarak devam eder. Alıcı tamirat¹⁷³ veya yenisi ile değiştirme isteyebilir. Bu taleplerin kabulü ise yine alıcının kusurundan bağımsızdır.

4. Aynen ifa talebinin özelliği

CISG'in sözleşmeye aykırılık halinde tanıdığı hukuki imkanlar arasında aynen ifa talebinin özel bir konumu olduğu yukarıda ifade edilmişti. Bu bölümde son olarak, bunun ne tür tarihi sebeplere dayandığı ve CISG'in getirdiği çözümün, özellikle alıcının elindeki hukuksal imkanları ne ölçüde etkilediği üzerinde durulacaktır.

a. Aynen ifa talebine ilişkin tarihi ve mukayeseli bilgiler

Her ne kadar bir Türk hukukçusu için, muaccel ve ifası mümkün olan bir borcun ifasının her zaman talep ve dava edilebilir olması¹⁷⁴ son derece doğalsa da¹⁷⁵, gerek Roma hukukunda gerekse bugün halen *common law* sisteminde bu hiç de doğal değildir¹⁷⁶. Nitekim bu yüzden CISG'in hazırlanması sürecinde özellikle alıcının, malın teslim edilmesine veya değiştirilmesine veya tamir edilmesine ilişkin bir ifa talebinin olup olmayacağı sorunu çok tartışılmış ve

173 Ayıplı ifa halinde tamirat talep etme hakkı, sadece tüketici satımları açısından açıkça kanunda düzenlenmiştir (TKHK m.4). Ancak gerek adi satım gerekse ticari satımda kıyasen alıcıya bu hakkın tanınmaması için bir sebep yoktur. Hem TKHK m.4 hem de eser sözleşmesinde bu imkanı düzenleyen BK m.360, f.2 bu konuda kıyasa temel oluşturabilir. Bu yönde *Serozan* (dn.147) s.154; *BernerKommentar/Giger* (dn.165) Art.205 N.42 vd.; Aksi görüşte örneğin *Tandoğan* (dn.122) s. 187; *Arbek*, Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi (2005) s. 245.

174 Örn. bkz. *Oğuzman/Öz* (dn.31) s. 329; *Eren* (dn.31) s. 987.

175 Alıcının, sözleşmeye aykırılık gerçekleşikten sonra halen aynen ifayı talep edebilmesi imkanının var olması, sözleşme hukukunda geçerli *pacta sunt servanda* ilkesinin bir görünümüdür. Bkz. *Schauer* (dn.5) s. 627, 631; *Schlechtriem/Schwenzler/Müller-Chen* (dn.69) Art.28 N.337.

176 Bu alanda ayrıntılı mukayeseli bilgiler için bkz. *Treitel* (dn.16) s. 43 vd.; ifa davasının ilk ve orta çağda gelişimi hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. *Reppen*, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft* (1994).

aşağıda görüleceği üzere uzlaştırıcı bir formülün kabul edilmesi gerekmiştir.

Roma actio sisteminin özellikleri, aynen ifa talebinin gelişimi konusunda belirleyici olmuştur. Roma hukukunun klasik döneminde mutlak geçerliliği olan ilke, her eda davasının ancak bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olabileceğiydi (*omnis condemnatio est pecuniaria*)¹⁷⁷. Dolayısıyla para borcu dışındaki borçların ifasına ilişkin davalarda praetor, bu alacağın para karşılığını tespit etmekte (*quod interest*) ve hüküm, bu miktarın ödenmesine ilişkin olmaktaydı. Mahkeme kararı ile borç bir para borcuna dönüşmekteydi. Ancak post-klasik dönemde, bir yandan formula sisteminin gevsemeye başlaması, diğer yandan 3. ve 4. yy'da para değerindeki ciddi azalmalar nedeniyle aynen ifa talebine de olanak tanınmaya başlanmıştır¹⁷⁸. Buna rağmen 533 yılında tamamlanmış olan Corpus Iuris Civilis konuya herhangi bir açıklık getirmemiş ve aynen ifa talebinin ne ölçüde kabul edilebileceği tartışmalı kalmıştır¹⁷⁹. Nitekim bu yüzden ortaçağda, özellikle glossatörler döneminde sorun araştırılmaya devam edilmiş; kilise hukukunun etkisi ile, bir haksızlığın kefaretinin ödenmesinin, aynen ifayı zorunlu kıldığı düşüncesi hakim olmaya başlamıştır¹⁸⁰.

Müşterek hukuk döneminde çeşitli sözleşme türleri ve özellikle verme borçları açısından aynen ifa taleplerine artan oranda müsaade edilmeye başlanmışsa da, aynen ifanın, borçlu açısından asli yükümlülük olduğu anlayışı o dönemde dahi, hakim görüş olmamıştır¹⁸¹. Ancak 19 yy.'a gelindiğinde Alman, Avusturya ve İsviçre öğretisinde aynen ifa, asli talep olarak ön plana çıkmış ve tazminat talebinin yerini almıştır¹⁸². Fakat aynen ifa talebi sözleşmeye aykırılığın bir "yaptırımı" olarak düşünülmemiş; bu talebin kaynağında doğrudan taraflar arasındaki sözleşme görülmüştür¹⁸³.

İlginçtir ki İngiliz hukukunda da yüzyıllar boyunca, borçlunun tazminat ödemek suretiyle borcundan sıyrılması imkanı karşısında

177 Ayrıntı için bkz. Zimmermann (dn.13) s. 771 vd.; Müller-Chen (dn.4) s. 17.

178 Müller-Chen (dn.4) s. 19; Zimmermann (dn.13) s. 772.

179 Zimmermann (dn.13) s. 773.

180 Müller-Chen (dn.4) s. 22

181 Müller-Chen (dn.4) s. 27.

182 Müller-Chen (dn.4) s. 36. Nitekim Alman Medeni Kanunu § 241 ve Avusturya Medeni Kanunu § 918 uyarınca alacaklı, sözleşmesel borç ilişkisinden kaynaklanan edimi talep etme hakkına sahiptir. OR Art.97/BK m.96'da buna ilişkin açık bir ifade olmamakla beraber, BK m.106'da, tam iki taraf borç yükleyen edimler açısından alacaklının aynen ifayı talep edebileceği kabul edilmiştir.

183 Borçlar Kanunu m.97 sadece, bir şeyin yapılması veya yapılmamasına ilişkin borçların ifa edilmemesi hakkında bir düzenleme içermektedir. Buna karşılık bir şeyin verilmesi veya ödenmesine ilişkin borcun ifa edilmemesi halinde, alacaklının bir ifa talebinin olacağını ayrıca düzenlemek ihtiyacı dahi hissedilmemiştir.

aynen ifa talebine yer olup olmadığı tartışması yaşanmıştır¹⁸⁴. Bu gelişme, büyük ölçüde İngiliz dava sisteminin özellikleriyle açıklanabilmektedir. Bu hukuk çevresinde, aynı Roma hukukunda olduğu gibi sadece belirli talepler açısından bir dava hakkı tanınmaktaydı¹⁸⁵. Bu taleplerin hangileri olacağı ise Kral ve onun görevlendirdiği kişilerce saptanmaktaydı¹⁸⁶. Sözleşmenin aynen ifasına ilişkin bir dava hakkı olmadığı gibi, sözleşmeye aykırı davranılması halinde açılacak genel bir dava dahi uzun yıllar tanınmamıştı. *Common Law* yargıçlarının kullandığı formül, haksız fiil nedeniyle tazminat davasını (*action of trespass*) sözleşme hukuku alanında da uygulamak olmuştur. Her ne kadar zamanla *action of assumpsit* adı altında bağımsız bir sözleşmeye aykırılık davası gelişmeye başlamış ise de, talep temelinin halen haksız fiil olarak düşünülmesi nedeniyle asli yaptırım tazminat olmuştur^{187, 188}.

Ancak aynı Roma hukukunun gelişiminde olduğu gibi birçok halde alacaklının salt tazminat talebi ile yetinmek zorunda olması tatmin edici bulunmamış; çözümü, 14. yy.'dan itibaren *Common Law*'un yanı sıra gelişmeye başlamış olan *Equity* hukuku sunmuştur¹⁸⁹. *Equity* mahkemeleri, *Common Law* mahkemelerinin kura-

184 Amerikan hukukundaki gelişme için bkz. *Neufang*, Erfüllungszwang als "remedy" bei Nichterfüllung - Eine Untersuchung zu Voraussetzungen und Grenzen der zwangweisen Durchsetzung vertragsgemäßen Verhaltens im US-amerikanischen Recht im Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland (1998) s. 35 vd.

185 Bu sisteminin gelişimi ve özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Oğuz* (dn.12) s. 255 vd. ve 264 vd.; *Zweigert/Kötz* (dn.12) s. 181 vd.; *Rheinstein* (dn.14) s. 10 vd.;

186 Bir davanın görülebilmesi, davacının, kralın ilgili makamına yapacağı bir başvuru üzerine, talebinin inandırıcı bulunması halinde, kendisine bir *writ* tanınmasına bağlıydı. Bu belge, davalının oturduğu bölgenin makamlarına davanın açılması için kral tarafından gönderilen bir emirdi. Ancak bu belgenin temin edilmesi halinde davacı, davasının görülmesini sağlayabilmekteydi. Sürekli tekrarlanan talepler için *writ*'ler zamanla standart hale getirilmiş ve bir sicilde toplanmıştır. Fakat bu usul yeni talep temellerinin oluşmasını önemli ölçüde engellemiş, *writ*'lere dayalı bu hukuk düzeni yeni gelişmelere cevap veremez duruma düşmüştür.

187 *Zimmermann* (dn.13) s. 777 vd.; *Müller-Chen* (dn.4) s. 43.

188 Bu anlamda Common Law sistemi, borçluya, sözleşmesini yerine getirme veya sözleşmeyi ihlal edip bir miktar tazminat ile "sözünden dönme" arasında tercihte bulunma imkanı vermiştir. *Holmes*'un sözleri ile: *The only universal consequence of a legally binding promise is "that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses"*. *Holmes*, *The Common Law* 1881, s. 301.

189 *Equity* hukuku, *writ* sisteminin kesin sınırlarını aşma zorunluluğunun bir ürünüdür. Talepleri belirli dava kalıplarına girmediği için haklarını arayamaz duruma düşen halkın krala yönelttikleri şikayetlerin artması sonucu, İngiliz kralları, Lord Chancellor'a (günümüz anlayışı ile adalet bakanlarına) bu talep-

lını, yani tazminat ödenmesinin asıl olduğu kuralını teyit etmekle beraber, istisnaen aynen ifa talebini de kabul etmişlerdir. Bunun için, tazminata hükmetmenin somut olayda davacıyı mağdur ediyor olması aranmıştır¹⁹⁰. Örneğin davacının, özellikle o edime ihtiyacı olması ve başka yerden bunu temin edemeyecek olması veya tazminat miktarının tayin edilmesinin çok güç olması durumunda, mahkemeler aynen ifaya hükmetmekteydi. Ancak bu karar tamamen mahkemenin takdirine bırakılmıştı¹⁹¹. Yani hakim, davacının aksi yönde istemine rağmen tazminata hükmedebilmekteydi. Her ne kadar günümüz İngiltere'sinde *Common Law* ve *Equity* kaynaşmış, mahkeme teşkilatları bir çatı altında toplanmışsa da¹⁹², aynen ifa talebinin istisna teşkil ettiği görüşü kaybolmamıştır¹⁹³. Özellikle, sözleşme konusu edimin ticari bir meta olması ve pazarda edinilmesinin mümkün olduğu hallerde sadece tazminata hükmedilmesi çok yaygındır¹⁹⁴.

b. Aynen ifa talebine ilişkin CISG'in uzlaştırıcı çözümü

Antlaşmanın hazırlanması sürecinde, yukarıda aktarılmaya çalışılan, *common law* hukuk çevresi ile *civil law* hukuk çevresindeki bu farklı iki yaklaşımın bağdaştırılması gerekmiştir. Aynen ifanın, *civil law* sisteminde olduğu gibi her durumda talep edilebilir

leri kendi takdirine göre değerlendirme ve duruma göre davayı görme hakkını tanımıştır. Dolayısıyla önceleri Lord Chancellor'un kararları, daha sonra ona bağlı çalışan ve, *Common Law* mahkemelerine paralel olarak oluşturulan ayrı bir mahkeme teşkilatının verdiği kararlar bir arada hakkaniyet hukuku olarak tercüme edilebilecek *Equity* hukukunu oluşturmaya başlamıştır. 15.yy.'dan itibaren bu kavram ile karşılaşmak mümkündür. 1873 yılında mahkeme sistemindeki bu ikilik giderilene ve sabit writ sisteminden vazgeçilene kadar da İngiliz hukukunun gelişiminde çok önemli bir rolü olmuştur. Bu alanda ayrıntılı bilgi için örn. bkz. *Maitland, Equity* (1936), passim; *Potter, An Historical Introduction to English Law and its Institutions* (1932) s.137 vd.

190 *Treitel* (dn.44) N.21-017 vd.

191 *Zimmermann* (dn.13) s. 780. Bugün de hâla uygulamanın bu yönde olduğu konusunda bkz. *Treitel* (dn.44) N.21-028 vd. Yazar ayrıntılı olarak hangi hallerde aynen ifa talebine yer verilmeyeceğini açıklamaktadır.

192 1873 yılında gerçekleşen bu reform hakkında bilgi için bkz. *Zweigert/Kötz* (dn.12) s. 195 vd.; *Oğuz* (dn.12) s. 267.

193 *Treitel* (dn.16) s. 63. Örneğin İngiliz Sale of Goods Act 1979 Sec.52 uyarınca hakim ancak, somut satım sözleşmesinin özelliklerine uygun bir çözüm olduğuna inandığı takdirde satım konusu malın aynen ifasına hükmedebilir. Amerikan hukuku için bkz. *Schulz* (dn.65) s. 168 vd.; *Cerutti* (dn.15) s. 393 vd.; *Neufang* (dn.184) s. 120 vd.

194 *Treitel* (dn.16) s. 64. Borçlar Kanunu m.187'nin de aynı düşüncüyü yansıttığını görmek ilginçtir. Zira, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşülmesi halinde, BK m.106, aynen ifa talebini alacaklının seçimlik hakları arasında ilk sıraya koymuşken, ticari satımlar açısından BK m.187 aynen ifadan vaz geçildiği ve bunun yerine tazminat talep edildiği varsayımından yola çıkmıştır.

olması *common law* ülkelerini çok zorlayacağı için aşağıdaki formül üzerinde uzlaşmıştır:

Madde 28:

“Antlaşma hükümleri uyarınca, taraflardan biri, diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahip ise, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür.”

Görüldüğü gibi, aynen ifa talebinin¹⁹⁵ mahkeme tarafından kabul edilip edilmeyeceği, bu ihtilafın mahkemenin kendi hukuku (*lex fori*)¹⁹⁶ uyarınca çözülmesi halinde aynen ifaya hükmetme imkanının olup olmadığına göre belirlenecektir¹⁹⁷. Bu şekilde, bir *common law* ülkesinde sorunun dava konusu olması halinde, mahkemenin aynen ifaya hükmetmeyecek olmasına rağmen sadece CISG uygulandığı için aynen ifaya hükmetmek zorunda kalması engellenmiş olmaktadır¹⁹⁸. Her ne kadar bu türden bir kural, hukuk uyumlaştırması hedefi ile taban tabana çelişmekteyse de¹⁹⁹ pratik önemi

195 Antlaşma uyarınca aynen ifa talebinin içeriği hakkında bkz. *Atamer* (dn.1) s.362 vd.

196 Kavram hakkında bkz. *Nomer*, Devletler Hususi Hukuku (14. bası: Nomer/Şanlı, 2006) s. 338 vd. Her ne kadar CISG m.28 sadece “mahkemeler”den bahsetmekteyse de, maddenin hakem yargılamasını da kapsadığı konusunda şüphe yoktur. Bu durumda *lex arbitri*, yani hakem mahkemesinin hukukunun hangi ülke hukuku olduğu sorusu cevaplanmak gerekecektir.

197 *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen* (dn.69) Art.28 N.3.

198 *Neufang* (dn.184) s. 410 vd.

199 *Piliounis*, The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) Under the CISG: Are these Worthwhile Changes or Additions to English Sales Law?, 12 Pace Int'l L. Rev. (2000), s. 1, 18. Nitekim, gerek PICC gerekse PECL bu konuda aynı serbestiyi hakimlere tanınamışlardır. İki düzenleme de kural olarak aynen ifaya hükmedilmesi gerektiğini öngörmüş ve sadece bazı istisnai hallerde hakimin bundan imtina edebileceğini kabul edilmiştir. PICC Art.7.2.2 uyarınca: “Para borcu dışında bir borcun borçlusu ifa etmediği takdirde, diğer taraf ifayı talep edebilir, meğerki, (a) ifa hukuken veya fiilen imkansız olsun; (b) ifa veya, söz konusu olduğu takdirde icra, makul olmayan surette sorunlu veya pahalı olsun; (c) ifayı talep hakkına sahip olan tarafın, edimi başka kaynaklardan edinmesi makul surette mümkün olsun; (d) ifa, münhasıran şahsi bir nitelik arz etsin (e) ifa talebi sahibi taraf, ifa etmeden haberdar olduğu veya olması gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde ifayı talep etmiş olmasın.” PECL Art.9:102 uyarınca: “(1) Mağdur olan taraf, para borcu dışındaki yükümlülüklerin ifasını talep edebilir. Buna ayıplı ifanın giderilmesini talep etmek dahildir; (2) Ancak aşağıdaki hallerde ifanın talep edilmesi mümkün değildir: (a) ifanın hukuka aykırı veya imkansız olması halinde; veya (b) ifanın, borçlu açısından ölçüsüz zorluk veya masraf doğuracak olması halinde; veya (c) ifanın, kişisel nitelikli bir hizmet veya eserin ifası anlamına gelmesi veya kişisel bir ilişkinin kurulmasına bağlı olması; veya (d)

yine de çok fazla değildir. Zira, milletlerarası satımlarda aynen ifa talebi ile zaten daha nadir karşılaşılacaktır²⁰⁰. Satım konusu mal, genelde piyasada, başka bir satıcıdan tedarik edilmesi mümkün olan bir mal olacak; dolayısıyla da alıcının, ilk satım sözleşmesindeki satıcısının ifa etmesinde ısrarcı olmasının bir anlamı olmayacaktır. Aynen ifa talebinin karşılaştığı haller ise örneğin, malın başka bir alıcıdan temin edilemiyor olduğu veya tazminat suretiyle alıcının menfaatlerinin yeterince korunamıyor olduğu hallerdir. Bu hallerde ise, zaten *common law* sisteminde de, aynen ifa istisnaen kabul edilmektedir²⁰¹.

Maddenin ifadesinden anlaşıldığı üzere, Mahkemenin takdir hakkına dokunulmamaktadır. Yani hakim, kendi hukukuna göre aynen ifaya hükmetmek konusunda bir tercihte bulunabiliyorsa bunu yine yapabilecektir²⁰². Milletlerarası karar ahengini sağlamak açısından mahkemelerin takdir hakkını aynen ifa lehine kullanmaları salık verilmektedir²⁰³.

CISG m.28 uyarınca mahkeme, aynen ifa talebini, *kendi hukukunda* nasıl değerlendireceğine bakacaktır. Yani forum ülkesinin²⁰⁴ hukuku belirleyicidir; bu ülkenin devletler özel hukuku kuralları ise ayrıca devreye girmez²⁰⁵. Örneğin işyeri Avusturya'da bulunan alıcının, işyeri ABD'de bulunan satıcıya karşı, ifa yeri olan İsviçre'de dava açması halinde alıcının aynen ifa talebi İsviçre maddi hukuk kuralları uyarınca değerlendirilecektir²⁰⁶. Fakat burada ikinci bir soru daha belirlemektedir. Acaba forum ülkesinin hukuku dendiğinde kast edilen sadece usul hukuku mudur²⁰⁷, yoksa maddi hukuk

mağdur olan tarafın, edimi başka kaynaklardan edinmesinin makul surette mümkün olması halinde. (3) Mağdur olan tarafın, ifa etmemeden haberdar olduğu veya olmasının gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde ifayı talep etmemesi halinde ifa talebi düşer.”

200 Brunner (dn.72) Art.28 CISG, N.1; Schulz (dn.65) s. 279.

201 Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen (dn.69) Art.28 N.4. Varılan sonuçlar açısından *Common law* ve *civil law* sistemi arasındaki yaklaşım farklılığının, bugün büyük bir sorun yaratmadığı konusunda bkz. Zweigert/Kötz (dn.12) s. 482 vd.

202 Staudinger/Magnus (dn.67) Art.28 N.13.

203 Schulz (dn.65) s. 282; Neufang (dn.184) s. 426 vd.

204 Forum ülkesi ve *lex fori* kavramları hakkında bkz. Nomer/Şanlı (dn.196) § 17.

205 Erdem (dn.24) N.741; Schulz (dn.65) s. 279.

206 Bkz. Karollus, UN-Kaufrecht, Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis (1991) s. 140; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen (dn.69) Art.28 N.9. İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m.113 uyarınca, sözleşmelerin ifa yerinin İsviçre'de bulunması halinde, yetkili mahkeme ifa yeri mahkemesidir. Uygulanacak hukuk ise, sözleşmenin karakteristik edimini yerine getiren tarafın mutlak meskeninin bulunduğu yer hukukudur (IPRG m.117). Yani örnekte ABD hukukunun uygulanması düşünülebilecekti.

207 Bu yönde Staudinger/Magnus (dn.67) Art.28 N.10. Nitekim Sekreteryaya Şerhi de bu yoruma elverişlidir: “In some legal systems courts are not authorized

kuralları da bunun kapsamında sayılabilir mi? Eğer maddi hukuk da devreye girecek dersek, örneğin ilgili ülke hukukunda geçerli, hakkın kötüye kullanılması, işlem temelinin çökmesi ve özellikle ifanın imkansızlaşması gibi itirazların da değerlendirmede hakim tarafından dikkate alınması gerekecektir²⁰⁸.

Soruna, m.28'in Antlaşmaya alınış sebebini göz önünde tutarak cevap aramak doğru gözükmemektedir. Yukarıda aktarılmaya çalışıldığı gibi, amaç, *common law* hukuk çevresinin bu alandaki farklı uygulamasını Antlaşmanın sistemi ile bağdaştırmaktır²⁰⁹. Yoksa Antlaşmanın doğduğunu kabul ettiği bir talebin sona ermesine sebep olacak, ulusal maddi hukuktan kaynaklanan yeni itirazların yaratılması değildir²¹⁰. Bu açıdan m.28'in dar yorumlanması ve uluslararası karar ahenginin bozulmasına sebep olacak bir yaklaşımın benimsenmemesinde fayda görülmektedir. Soruna usul hukuku/maddi hukuk şeklinde katı bir ayırımla yaklaşmak bu bağlamda çok yararlı olmayacaktır. Zira devletler özel hukukunda vasıflandırmanın beraberinde getirdiği sorunlar malumdur²¹¹. Bu tartışmaların CISG içine aktarılması, kanımca, konunun pratik öneminin genelde sınırlı olması nedeniyle, gereksizdir. Bu açıdan *Schulz*'un da teklif ettiği üzere, davanın görüldüğü ülke hakiminin sadece, kendi hukukunda genel olarak ifa talebine karşı yaklaşımın ne olduğunu tespit edip ona göre hareket etmesi gerektiği kabul edilmelidir. Yani tek tek ifa talebini sona erdirebilecek itirazlar m.28 kanalıyla dikkate alınmaz. Sadece CISG'a göre doğmuş olan bir ifa talebinin kendi iç hukukunda icra edilebilir olup olmadığına bakmalıdır²¹². Örneğin, ifa talebi ile ilgili hiçbir tartışma yaşanmayan bir Kara Avrupa'sı ülkesinin hakiminin, kendi ülke hukukunda tamiratı talep hakkının bulunmaması nedeniyle buna hükmetmekten kaçınması mümkün değildir²¹³. Ayıplı ifa halinde tamiratı talep hakkı CISG içinde verilmiştir ve hakim buna hükmetmek zorundadır.

to order certain forms of specific performance and those States could not be expected to alter fundamental principles of their judicial procedure in order to bring this Convention into force" (Art.26 N.3.

208 Bu yönde *Bianca/Bonell/Lando* (dn.60) Art.28 N.2.2; *Herber/Czerwenka* (dn.80) Art.28 N.5; *Neufang* (dn.184) s. 416 ve 419.

209 *Staudinger/Magnus* (dn.67) Art.28 N.10.

210 *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen* (dn.69) Art.28 N.13-14; *Fischer* (dn.36) s. 118-119; *Krebs* (dn.29) s. 56; *Coen*, Vertragsscheitern und Rückabwicklung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht, zum UN-Kaufrecht sowie zu den Unidroit Principles und den Principles of European Contract Law (2003) s. 218 vd.

211 Örn. Bkz. *Nomer/Şanlı* (dn.196) s. 99 vd.

212 *Schulz* (dn.65) s. 281. Aynı yönde *Krebs* (dn.29) s. 57.

213 *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen* (dn.69) Art.28 N.11. Aksi görüşte *Neufang* (dn.184) s. 416.

