

Alman, İsviçre, Türk Hukuklarında ve Viyana Satım Antlaşması'nda Eksik İfa Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme

Partial Performance under German, Swiss, Turkish Laws and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods A Comparative Analysis

Koray GÜVEN* 

Öz

İfa etmeme konusunda, BGB, OR ve BK'nın dâhil olduğu 20. yüzyılın büyük kodifikasyonlarında ve bunlarla ilgili öğretilerde; imkânsızlık, temerrüt, sözleşmenin müspet ihlali gibi dogmatik ayrımlara rastlanmaktadır. Ayrıca bu geleneksel kanunlarda genel hükümler ile satım hukukuna ilişkin özel hükümler arasında; Roma hukuku, *ius commune* ve *Pandekt* hukuk biliminin mirasına bağlanabilecek keskin bir ayırım söz konusudur. Diğer kutupta ise, ifa etmeme konusunu yeknesak bir kavram olarak ele almaya yönelik; Viyana Satım Antlaşması (CISG)'nda ve kısmen BGB'nin 2002 Reformu'nda gözlenebilen başka bir yaklaşım öne çıkmaktadır. Bu ikinci yaklaşım; ifa etmeme halleri arasındaki keskin sınırları ortadan kaldırmaya veya silikleştirmeye; tüm sözleşmenin ihlali hallerini yeknesak bir sorumluluk rejimine tâbi kılmak için genel hükümler ile özel hükümler arasında köprü kurmaya yönelmektedir. İlk yaklaşım 'eksik ifayı', eksik ifanın doğasına göre genellikle genel hükümler ve bazen de satım hukukuna ilişkin özel hükümler altında, iki biçimde ele alırken; ikinci yaklaşım kapsamlı bir uygun olmama/ayıp kavramı benimseyerek, eksik ifayı daha tutarlı ve kapsayıcı bir biçimde düzenlemekten yana görünür. Ancak bu iki yaklaşımın somut olarak da, teorik altyapılarına uygun şekilde birbirlerinden ayrılan sonuçlar verip vermedikleri de araştırılmalıdır. Bu çalışmanın ilk kısmında iki yaklaşımın ayrışan teorik altyapıları ortaya konulacaktır. İkinci kısımda ise yaklaşımlar, yöneldikleri somut sonuçlar bakımından karşılaştırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Viyana Satım Antlaşması (CISG), Eksik İfa, İfa Etmeme, Sözleşmenin İhlali, Karşılaştırmalı Hukuk

Abstract

With respect to non-performance of a contract, some distinctions between dogmatic concepts such as impossibility of performance, default of the debtor, positive breach of contract are occasionally encountered in main codifications of 20th century including BGB, OR and BK and doctrine relating to them. Moreover, a sharp distinction between the general provisions and special provisions relating to the contract of sale is also the case for such traditional codes which may be attributable to legacy of Roman law, *ius commune* and

* Araş. Gör., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: kguven@ankara.edu.tr.

Pandektistik. At the other end of the spectrum, another approach which tends to take non-performance as a uniform concept can be observed in the Convention on the International Sale of Goods (CISG) and in 2002 Reform of BGB to some extent. The latter approach aims to eliminate or blur the bold borders between cases of non-performance and construct a bridge between general and special provisions in order to subject any breach of contract to a uniform liability regime. While the first approach handles the case of 'partial performance' mainly under the general provisions and occasionally under the special provisions relating to the contract of sale depending on the nature of the 'partial performance'; the latter approach deals with it in a rather consistent and inclusive manner adopting an extensive concept of non-conformity/defect. Nevertheless, the question of whether the two distinct approaches lead to distinct outcomes in the concrete cases corresponding to their distinct theoretical backgrounds should also be raised. The distinct theoretical backgrounds of the two approaches will be presented in the first section of the study. In the second section of the study, the two approaches will be compared with respect to their concrete outcomes.

Keywords: Convention on the International Sale of Goods (CISG), Partial Performance, Non-Performance, Breach of Contract, Comparative Law

Giriş

20. yüzyılın büyük kodifikasyonlarında düzenlenen ifa engellerinde dogmatik ayrımlara rastlanır. İmkânsızlık, temerrüt ve kanunda bulunmayan, öğreti ve mahkeme kararlarıyla geliştirilen sözleşmenin müspet ihlali gibi dogmatik ayrımların bulunduğu bu yaklaşımda bir taraftan da satım hukukuna ilişkin özel tekeffül sorumluluğu ile genel hükümlerin birbirinden ayrılan biçimde düzenlendiği görülür. Bu yaklaşımda eksik ifa konusunda genellikle genel hükümlerdeki temerrüt hükümleri, bazen de satım hukukuna ilişkin tekeffül sorumluluğu hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Böylece eksik ifa için, nitelendirmeye bağlı olarak uygulanacak hükümlerin farklılaştığı bir ikilik söz konusudur. Gerek İsviçre/Türk hukukunda gerekse 2002 öncesi Alman hukukunda gözlenebilen bu yaklaşımın kökleri Roma hukukuna, oradan da *ius commune*'ye ve Pandekt öğretisine dayanmaktadır.

Tarihsel mirasa dayalı bu yaklaşımın karşısında ikinci bir yaklaşım ise ifa engellerini yeknesak biçimde ele almaktan yanadır. Bu yaklaşımda temerrüt, imkânsızlık gibi dogmatik ayrımlara rastlanmaz. Bunun yerine yeknesak bir ihlal olgusundan hareket edilir Üstelik burada sözleşmeye uygun olmama – ya da Alman hukuk çevresindeki terminoloji kullanılırsa ayıp – ile eksik ifa arasında da bir ayrım yapılmamakta, böylece tarihsel mirası devralan ilk yaklaşımda eksik ifa için söz konusu olan özel hükümler – genel hükümler ikiliği de yaşanmamaktadır. Bu yaklaşım Viyana Satım Antlaşması (CISG) ve Alman hukukundaki 2002 Reformunda gözlenebilir.

Çalışmanın birinci kısmında açıklanacak olan bu teorik altyapının üzerine, ikinci kısımda bu sefer gerçekten de bu iki ayrı yaklaşımın eksik ifa konusunda birbirinden ciddi anlamda ayrışıp ayrışmadığı konusu üzerinde durulacaktır. Buna göre CISG'deki eksik ifa üzerine düzenlemeye odaklanılacaktır. Bu arada Alman hukukunda 2002 reformu sonrasındaki düzenlemeler ve İsviçre/Türk hukukundaki duruma da değinilecektir. Bu çerçevede CISG ve reform sonrası Alman hukuku yeknesak ihlal olgusundan hareket eden blok olarak; dogmatik ayrımlara bağlı kalan blok olan İsviçre/Türk hukuku ile karşılaştırılacaktır. Bu karşılaştırma yapılırken 'işlevsel denklik' metodu

kullanılacaktır. Böylece ulusal hukuklardaki veya CISG'deki kavramlardan hareket etmek yerine, araştırmaya katılan düzenlemelerde ifanın miktar bakımından eksik yerine getirilmesi söz konusu olduğunda nasıl sonuçlara varıldığı konusuna odaklanılacaktır. Bu çerçevede en geniş anlamıyla ifanın miktar bakımından eksik yerine getirilmesi, “eksik ifa” olarak anılacaktır. Ulusal hukuklardaki diğer terminolojiyi kullanmak yerine, her türlü miktar bakımından sapma bu kavramla ifade edilecektir.

I. İfa Engellerinin Düzenlenmesi Konusunda Çatışan İki Yaklaşım

A. Roma Hukukunda Gereği Gibi İfa Etmeme ve Modern Hukuklara Yansımaları

I. Roma Hukukunda Gereği Gibi İfa Etmeme

Birçok hukuk düzeninin ilk evrelerinde olduğu gibi Roma hukukunun ilk evrelerinde de *caveat emptor* satım hukukunun temel prensibini oluşturmuştur. Buna göre alıcı sözleşmenin kurulmasından önce satım konusu malı kapsamlı şekilde muayene etmeliydi. Malın nitelikleri beklentisine uymadığında buna katlanmak zorundaydı.² İki tarafın da hazır bulunduğu ve bu sırada sözleşmenin yerine getirildiği bir durum tasarlayan bu ilke çerçevesinde alıcının geriye dönüp ayıbı ispatlaması oldukça zordu. Zamanla Roma hukukunun ilk dönemlerindeki bu katı ilke çeşitli hukuki çarelerle yumuşatılmaya çalışılmıştır.³ Alıcı, Geç Cumhuriyet Dönemi'nde ancak satıcı hileli bir şekilde maldaki bir ayıbı bildirmekten kaçındıysa, bir başka deyişle *dolus* (kasıt) ile hareket ettiyse veya özel olarak malın her türlü ayıptan arı olduğunu veya belli nitelikleri haiz olduğunu garanti ederse bir *actio empti*'ye⁴ sahip oluyor ve satıcının sorumluluğuna başvurabiliyordu. Bu bağlamda yalnızca malda ayıp nedeniyle oluşan değer düşmesi değil, takip eden zararlar da tazmin edilebiliyordu.⁵

Caveat emptor ilkesinden kaçışın bir başka yolu piyasadaki işlemleri düzenlemekle yetkili *magistra*'lar olan *aediles curulis*'ler tarafından getirilen hukuki çareler sayesinde olmuştur. Oldukça kötü bir şöhrete sahip olan köle tacirleriyle yapılan işlemlerde, özel garantiler taahhüt edilmesi o denli yaygın hale gelmiştir ki, *aediles curulis*'ler bu işlemleri *edictum*'larla düzenleyerek alıcılara özel hukuki çareler tanımaya başlamışlardır.⁶ M.Ö. II yüzyıldan itibaren görülebilen ve maddi ayıplara karşı hukuki çareler

2 Benzer katılıkla düzenlemeler diğer hukuk düzenlerinin ilk evrelerinde de görülebilir. Almandaki “*Augen auf, Kauf ist Kauf* (Gözünüzü açın, satım satımdır)” deyişi de bu ilkeyi hatırlatmaktadır. **Schmoekkel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard/Ersnt, Wolfgang**: *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III Schuldrecht. Besonderer Teil. 1. Teilband §§ 433-656*, Mohr Siebeck, Tübingen 2013, §§ 434-445, N. 4.

3 **Zimmermann, Reinhard**: *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, s. 307, 308.

4 *Emptio venditio* olarak isimlendirilen alım satım, Roma hukukundaki rızâi akitlerden biriydi. Alıcının *emptor*, satıcının *vendor* olarak isimlendirildiği bu sözleşmede, alıcının (*emptor*) satıcıya açtığı dava *actio empti*'dir. Bkz.: **Rado, Türkan**: *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 114, 115, 119, 120. *Emptio venditio* üzerine Roma hukuku kaynakları, genellikle parça borçları üzerine kuruludur. Çeşit borçlarının Roma hukukundaki düzenleniş biçimi ise açıklığa kavuşturulmuş değildir. Bkz.: **Ranieri, Filippo**: *Europäisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien (3. Aufl.)*, Springer Vienna 2009, s. 857.

5 **Zimmermann**, Roman, s. 309, 310; **Schmoekkel/Rückert/Zimmermann/Ersnt**, Band III, §§ 434-445, N. 4.

6 **Zimmermann**, Roman, s. 311.

düzenleyen bu *edictum*'ların, köle satışına ilişkin olanları *de mancipiis vendundis*, hayvan satışına ilişkin olanları ise *de iumentis vendundis*'dir.⁷ Bu *edictum*'lar esasında, saydıkları ayıplar konusunda, sözcülemi kölenin hastalığı veya bedensel engeli gibi konularda, bilgilendirme yükümlülüğü içeriyordu.⁸ Zamanla *ius civile*'ye adapte edilen bu çareler hem satıcının kusuruyla ilgilenmemeleriyle hem de satıcının özel olarak bazı niteliklerin varlığını garanti edip etmemesinden bağımsız olmalarıyla alıcıya daha fazla koruma sağlamıştır. Ancak bu çareler alıcının tüm zararını kapsamadığı gibi genel olarak fiziksel ayıplarla sınırlandırılmıştır.⁹ *Aediles* hukuki çareleri olarak bilinen bu hukuki çareler bedelden indirim (*actio quanti minoris*) ve sözleşmenin sona erdirilmesiydi (*actio redhibitoria*). Glossatorler, aslında parça borçları için tasarlanan bu çareleri, cins borcuna da adapte etmişlerdir. *Ius commune*'ye gelindiğinde yine bir tarafta *aediles* hukuki çarelerinin diğer tarafta genel hukuki çarelerin bulunduğu iki başlı sorumluluk rejimi korunmuş, buradan da ulusal kanunlara girmiştir.¹⁰ Roma hukukundan etkilenen birçok hukuk düzeninde izleri sürülebilen bu iki başlı sorumluluk rejimi, ayıplı ifanın genel sözleşmeler hukukundan ayrı bir odakta gelişmesine yol açmıştır. Tarihsel gelişim çizgisinin etki ettiği bu gelişimin beraberinde, genel hükümlerle ayıplı mallara ilişkin özel hükümler arasında ciddi tutarsızlıklar da süregelmiştir.¹¹ *Pandekt* öğretisinin etkisi ile tekeffül sorumluluğu, genel hükümlerde düzenlenmek yerine satım hukukunun sınırlarına hapsedilmiştir. Satım hukukundaki ayıptan sorumluluğun böylece genel ifa engellerinden ayrı biçimde ele alındığı söylenebilir.¹²

Bu bağlamda ayıptan sorumluluğa ilişkin özel hükümler ile genel hükümler arasındaki ayırım Roma hukukundan etkilenen ulusal hukuklar bakımından özel öneme sahiptir. CC, OR ve BGB gibi ulusal kanunlara giren ayıp konusundaki özel hükümlerde kusurdan bağımsız bir tekeffül sorumluluğu öngörülmüştür.¹³ Ancak bu hallerde alıcının muayene ve ihbarda bulunma külfeti alıcının omuzlarına yüklenirken, satıcının sorumluluğuna başvurulması için öngörülen zamanaşımı genellikle çok daha kısadır.¹⁴ Bu ayırım özellikle cins borçları açısından, ifanın *aliud* –bir başka malın teslimi – veya *peius* ifa –ayıplı malın teslimi – olduğu konusunda yapılacak ayırım bakımından önemli sonuçlar doğurur. *Aliud* ifa halinde hiç ifa etmeme hareket edilecekken, ayıplı ifa durumunda buna dair özel hükümlerdeki *aediles* hukuki çareleri uygulama alanı bulacaktır.¹⁵ Aynı şey, eksik ifa

7 **Emiroğlu, Haluk:** “Roma Hukukunda Alım-Satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt:2 Sayı:2 Yıl 2011 99-119, s. 116.

8 **Schmoekkel/Rückert/Zimmermann/Ersnt**, Band III, §§ 434-445, N. 4.

9 **Zimmermann**, Roman, s. 321.

10 **Ranieri**, s. 859.

11 **Huber, Peter:** “Comparative Sales Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Law* Ed. Reimann, Mathias/ Zimmermann, Reinhard, Oxford University Press, 2006, 938-966, s. 956, 957.

12 **Schmoekkel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard /Schermaier, Martin Josef:** *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband §§ 241-304* Mohr Siebeck, Tübingen 2007, vor §§ 275 N. 55, 76.

13 **Ranieri**, s. 860.

14 **Schwenzer, Ingeborg/Hachem, Pascal/Kee, Christopher:** *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press 2012, N. 31.09. Sözcülemi Reform öncesi Alman BGB'de 6 ay, OR'de 1 yıllık bir süre öngörülmüştür. Bkz.: **Ranieri**, s. 868, 869. OR'de 2012 yılında yapılan değişikliklerle alıcının talepleri için bu süre 2 yıla çıkarılmıştır. **Schmid, Jörg/Stöckli, Hubert/Krauskopf, Frédéric:** *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (2. Auflage)*, Schulthess Zürich Base Genf 2016, N. 421a. Aynı şey TBK md. 231 için de geçerlidir.

15 **Schwenzer/Hachem/Kee**, N. 31.18, 31.22, 31.23.

bakımından da söylenebilir. Birçok geleneksel hukuk düzeniyle beraber İsviçre/Türk hukuku miktar bakımından sapmaları bir ayıp şeklinde değil, hiç ifa etmeme başlığı altında ele almaktadır.¹⁶ Bu durum, bu konuda satım hukukuna ilişkin özel hükümler yerine, genel hükümlere başvurulması sonucunu doğurmaktadır.

2. Reform Öncesi Alman Hukukunda İfa Engelleri

2002 öncesi Alman hukukunda,¹⁷ genel bir borcun ifa edilmemesi düzenlemesinin yerine, dogmatik olarak ayırılmış ifa edilmeme hallerine bağlanan sonuçların düzenlendiği görülmekteydi. Buna göre, borcun ifa edilmemesi, BGB'de imkânsızlık ve temerrüt hali olmak üzere iki tip üzerine kurulmuştu. Baskın öğretiyeye göre borca aykırılığa ilişkin genel bir hüküm ise bu dönemde eksikti. Bu eksikliğin, kanunun dışında 'sözleşmenin müspet ihlali' (*positive Vertragsverletzung*) adı altında yeni bir gelişime kapı araladığından bahsedilmektedir.¹⁸ Kanundaki ifa etmeme hallerine ilişkin hükümler bütün olarak değerlendirildiğinde, borçlunun sorumlu olduğu ifa etmeme ile sorumlu olmadığı ifa etmeme olmak üzere büyük bir ayırım yapıldığı göze çarpıyordu.¹⁹ Mommsen'in geliştirdiği ve daha sonra Windscheid tarafından kabul edilip BGB'ye alınan ifa edilmeme hukukunda, imkânsızlık ana kavramdı. Objektif-sübjektif, baştan-sonradan gibi ayırımların yapıldığı imkânsızlıkta; hukuki problemin niteliği de bu ayırımlara göre değişmekteydi.²⁰

Sözleşmenin müspet ihlali kavramı ise, imkânsızlık veya temerrüt olarak isimlendirilemeyen tüm diğer sorumluluk hallerini kapsayacak şekilde geliştirilmiş bir kavramdı. Sözgelimi kötü ifa durumunda,

16 **Schwenzer/Hachem/Kee**, N. 31.58, 31.59.

17 2002 tarihinde BGB'nin borçlar hukuku kitabı büyük bir değişikliğe tâbi tutulmuş, bu değişiklikten en çok etkilenen kısımlardan biri ise borcun ifa edilmemesi halleri olmuştur. Bu nedenle, Alman borçlar hukukunu reformdan önce ve sonrası biçiminde ikiye ayırıp incelemek zorunludur. Bu reforma ilişkin açıklamalar için bkz. a.ş.: I. B. 2. Alman Hukukunda 2002 Reformu Sonrasında İfa Engelleri.

18 **Markesiniz, Basil S./ Unberath, Hannes/ Johnston, Angus**: *The German Law of Contract – A Comparative Treatise Second Edition*, Hart Publishing, Oregon 2006, s. 379, 380. BGB yürürlüğe girdikten sadece iki yıl sonra, 1902 yılında "sözleşmenin müspet ihlali" kavramını ortaya atan Staub, kanunda kötü ifa durumu için bir boşluk olduğunu öne sürerek bu öneriyi getirmiştir. Öğreti ve uygulama tarafından çabucak kabullenilen bu teorinin, aslında yaygın bir yanlış anlaşılardan kaynaklandığı da öne sürülmektedir. Bkz. **Emmerich, Volker**: *Das Recht der Leistungsstörungen*, C.H. Beck, München 2005, s. 6. 2002 Reformunu hazırlayan bilimsel görüşlerden birinin yazarı olmasına rağmen Ulrich Huber, reformun yürürlüğe girmesinden iki yıl önce yayımladığı monografisinde BGB'nin ifa engellerine ilişkin düzenlemelerinin başından beri yanlış anlaşıldığını, ilk düzenlemenin aslında sanıldığı aksine boşluk içermediğini bir deyişle 'keşfetmiştir'. Bkz.: **Markesiniz/Unberath/Johnston**, s. 385. Buna göre, aslında BGB'nin eski §§275-279. paragrafları tüm ifa edilmeme halleri için öngörülen genel hükümler olduklarından, kötü ifa edilme halleri ayrıca düzenlenmesi bile bu genel hükümlere tâbi olacaktır. Kötü ifa gibi önemli bir konunun kanun koyucunun gözünden kaçması muhtemel değildir. Bkz. **Huber, Ulrich**: *Leistungsstörungen (Band I)*, Mohr Siebeck, Tübingen 1999, s. 10. Öte yandan 'sözleşmenin müspet ihlali' kavramının isimlendirmesi de zaman zaman talihsiz olarak yorumlanmaktadır. Çünkü sözleşmenin 'müspet' ihlali, yalnızca olumlu yükümlülüklerin ihlalini değil, kaçınma yükümlülüklerin ihlali olarak da ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle bu kavram sıklıkla 'kötü ifa' (*Schlechtleistung* veya *Schlechterfüllung*) kavramıyla ikame edilmiştir. **Fikentscher, Wolfgang/ Heinemann, Andreas**: *Schuldrecht (Zehnte Auflage)*, De Gruyter Recht, Berlin 2006, s. 181.

19 **Huber, Ulrich**, s. 11, 12

20 **Emmerich**, s. 6; **Aksoy, Hüseyin Can**: *Impossibility in Modern Private Law – A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law*, Springer Verlag, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2014, s. 8, 9.

aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinde, sözleşmesel yükümlülük tam olarak yerine getirilmediği için ortaya çıkan kişisel veya maddi zararlarda alacaklı bu sorumluluk haline başvurabiliyordu. Keza borçlunun zamanında edimini ifa edemeyeceği halin şartlarından anlaşılıyorsa yine sözleşmenin müspet ihlaline göre sorumluluk belirlenebiliyordu. Sözleşmenin müspet ihlalinde alacaklı uğradığı zararların tazminini isteyebileceği gibi ifade ısrar da edebilirdi. Ayrıca ihlal, sözleşmenin amacını ortadan kaldıracak düzeyde ise alacaklı, borçluya hiçbir süre tanımaksızın tamamen ifa etmeme nedeniyle tazminat isteminde bulunabiliyor veya sözleşmeden dönebiliyordu.²¹ BGB'de imkânsızlık ve temerrüt hallerinin aksine ayrıca düzenlemeyen ve bu nedenle genel hükümlere tâbi olan sözleşmenin müspet ihlalinde, kusur ilkesi geçerliydi. Bu ilke yer yer tekeffül sorumlulukları ile sıkılaştırılsa da, genel kusurlu sorumluluk ilkesinin ağır bastığı tek ifa etmeme halinin müspet ihlal olduğu belirtilmelidir.²²

Bu arada müspet ihlal kavramının genel hükümlerde açıkça düzenlenmediği kabul edildiğinden, yalnızca özel hükümlerde çeşitli sözleşme tipleri için kötü ifa sonuçlarının düzenlenmesi bir çeşit “yarışma” problemi ortaya çıkarıyordu. Satım sözleşmesi için getirilmiş tekeffül sorumluluğuna (*Gewährleistung*) ilişkin özel hükümlerin (eski §§459 vd. BGB) varlığına rağmen doktrin ve uygulama tarafından sahiplenilen genel müspet ihlal kavramının bu sözleşmeler için de uygulanıp uygulanmayacağı sorunu tartışılmaktaydı.²³ Uygulamada bu dönemde özel sözleşme tiplerine ilişkin düzenlemelerden yola çıkılmasına yaygın olarak rastlandığı da ifade edilmektedir. Böylece gereği gibi ifa etmeme veya kötü ifa olarak adlandırılabilir ifa engeli tipi, kanunda her bir sözleşme tipine has düzenlemelerle çözümlenir olmuştur.²⁴ Geliştirilen içtihadı göre, satım sözleşmesine ilişkin özel hükümlere rağmen genel hükümlere gidilip sözleşmenin müspet ihlalinin işletilebilmesi ancak ayıby izleyen zararlar (*Mangelfolgeschäden*) için geçerliydi. Üstelik bu durumda bile genel hükümlerdeki zamanaşımı değil, tekeffüle ilişkin – özel ve genel hükümlerdekinden daha kısa olan – § 477 BGB'deki zamanaşımı uygulanmaktaydı.²⁵

3. İsviçre/Türk Hukukunda Ana Hatlarıyla İfa Engelleri

İsviçre hukukunda, Alman hukukunun 2002 reformu öncesindeki düzenlemesine benzer biçimde yeknesak bir ‘ifa edilmeme’ kavramı yerine, İsviçre Borçlar Kanunu'nun çeşitli yerlerine dağılmış, dogmatik olarak ayırılmış kavramlardan bahsedilmektedir: Her biri farklı maddelerde hatta bazıları kanunun ayrı kısımlarında düzenlenen imkânsızlık –ki imkânsızlığın çeşitleri farklı maddelerde yer almaktadır – temerrüt, kötü ifa ve ayrıca alacaklının temerrüdü OR'deki ifa edilmeme kavramının parçalarıdır. Alman hukukundaki gibi bu hallerin – kanunda olmasa da öğretide – topluca ‘ifa düzensizlikleri’ (*Leistungsstörungen*) kavramı altında toplandığına rastlanmaktadır.²⁶

21 **Zweigert, Konrad/Kötz, Hein:** *Introduction to Comparative Law*. (3. ed), Çev: Tony Weir, Clarendon Press, Oxford 1998, s. 494.

22 **Huber, Ulrich**, s. 14.

23 **Emmerich**, s. 14, 15.

24 **Markesiniz/Unberath/Johnston**, s. 379, 380.

25 **Zweigert/Kötz**, s. 495.

26 **Schwenzer, Ingeborg:** *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil* (5. Auflage), Stämpfli Verlag, Bern 2009, N.

2012 yılında TBK yürürlüğe girdikten sonra da, ifa edilmeme hallerine ilişkin sistematığının korunduğu söylenebilir. Böylece, tıpkı OR'de olduğu gibi reform sonrası TBK'da da bu haller farklı maddelerde, farklı dogmatik kavramlar altında düzenlenmiştir: İmkânsızlık, çeşitlerine göre madde 27, 136 ile 112 ve devamında, borçlunun temerrüdü madde 117 ve devamında bulunmaktadır. 2012'de değişiklikle bu hallere bir de 'aşırı ifa güçlüğü' adıyla eskiden doktrinde 'işlem temelinin çökmesi' olarak adlandırılan halini düzenlemek üzere²⁷ 138. madde eklenmiştir. Kanundaki bu parçalanmış düzenleme biçiminin öğretiyeye yansıdığı da gözlemlenebilir. Çoğunlukla, yalnızca borçlunun kusurlu olduğu haller (kusurlu sonradan imkânsızlık, borçlu temerrüdü, borcun gereği gibi yerine getirilmemesi) 'borcun ifa edilmemesi' biçiminde bir başlığa atlanmakta, buna bazen *culpa in contrahendo* sorumluluğu da dâhil edilmektedir.²⁸ Bunun karşısında Serozan, kusurlu veya kusursuz, baştan veya sonradan ayrımlarına girmeksizin tüm ifa edilmeme hallerini 'ifa engelleri' adıyla²⁹ genel bir kategorinin altında incelemektedir.³⁰ Buna göre, "ifa yolunda plan dışı engeller" ya da "ifanın gerçekleşmesini engelleyen hesaba katılmamış aksilikler" genel olarak ifa engelleridir. Bu üst kavram, sözleşmenin ihlali veya ademi ifa kavramlarından daha geniştir. Buna alacaklının temerrüdü, her türlü imkânsızlık, borçlu temerrüdü, sözleşmenin müspet ihlali ve bunun sözleşme öncesine sarkan uzantısı *culpa in contrahendo* ve son olarak işlem temelinin çökmesi dâhildir.³¹

Genel hükümlerdeki gereği gibi ifa etmeme kavramının geniş anlamıyla, zaman, miktar, nitelik ve yer itibarıyla ifanın gereği gibi yerine getirilmemesi biçiminde ele alındığı söylenebilir.³² Ancak bir tanım verme zorunluluğu bir tarafa bırakılırsa, dar anlamıyla gereği gibi ifa etmemenin, İsviçre-Türk hukukunda imkânsızlık ve temerrüt dışında kalan ifa edilmeme hallerini kapsadığı söylenebilir.³³ Alman hukukundaki gibi sözleşmenin müspet ihlali olarak da adlandırılan gereği gibi ifa etmeme, bir tarafta asli edim yükümlülüğünün kötü ifasını, diğer tarafta da yan yükümlülüklerin ihlalini;³⁴ bazılarına göre de ayıplı bir mal ile zarara yol açmayı, yan yükümlülüklerin ihlalini, borçlunun vadeden önce ifa etmeyeceğini bildirmesini, kaçınma yükümlülüklerinin ihlalini³⁵ içeren bir

60.01-60.05; **Berger, Bernhard:** *Allgemeines Schuldrecht*, Stämpfli., Bern 2008, s. 693; **Gauch Peter/Schlupe Walter R./Emmenegger. Susan:** *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil Band II (9. Auflage)*. Schulthess, Zürich Basel Genf 2008, N. 2483.

27 **Doğan, Gülmelihat:** "Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması", *TBB Dergisi 2014 (111)*, 9-36, s. 11.

28 **Tandoğan, Haluk:** *Türk Mesuliyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 396-400; **Reisoğlu, Safa:** *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 342; **Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, İstanbul 2011, s. 391 vd.; **Eren, Fikret:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 1027.

29 İfa engelleri kavramını Türkiye'de öğretiyeye kazandıran da Serozandır. Bkz.: **Atamer, Yeşim M.:** "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik" *Rona Serozana Armağan, On İki Levha Yayıncılık*, İstanbul 2010, 217-260, s. 217.

30 **Serozan, Rona:** *Borçlar Hukuku Genel Bölüm (3. Cilt)*, Filiz Kitabevi İstanbul 2009, s. 127 vd.

31 **Serozan,** *Borçlar Genel*, s. 130, 133, 134.

32 **Oğuzman/Öz**, s. 391; **Tandoğan**, *Mesuliyet*, s. 398-400.

33 **Schwenzer**, N. 67.01; **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 2616.

34 Bu yan yükümlülükler bir tarafta alacaklının bedensel bütünlüğünü ve mülkiyetini koruyan koruma yükümlülüklerini; diğer tarafta ifaya ilişkin yan yükümlülükleri, sözelimi aydınlatma yükümlülüğünü anlatır. Bkz.: **Schwenzer**, N. 67.07-09.

35 **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 2619.

şemsiye kavram olarak geçerliliği tartışma yaratmış olsa da İsviçre Federal Mahkemesi tarafından tanınmıştır.³⁶

Yalnızca imkânsızlık halinde zararların tazmini için öngörülmüş olan OR md. 97/1'nin³⁷ karşısında, kanunda açıkça düzenlenmiş olmayan gereği gibi ifa etmeme halini kapsamak için tasarlanan sözleşmenin müspet ihlali kurumunun getirdiği en önemli sonuç, md. 97 OR/TBK md. 112 ve devamındaki –aslında sözleşmenin müspet ihlali olarak ifade edilen ifa engellerini kapsamayan – maddelerinin kıyasen uygulanması ve belirli hukuki çarelerin, özellikle de tazminat imkânının böylece alacaklıya sunulmasıdır.³⁸ Bu çerçevede öncelikle koruma yükümlülüğü dışındaki yükümlülüklerin³⁹ ihlali halinde aynen ifa talebi akla gelir. Ancak bunun dışında, borçlunun kusursuzluğunu ispat edemediği durumda alacaklı müspet zararının tazmini talebinde de bulunabilir. Bununla beraber alacaklı, 'izleyen zararları'nın tazminini de talep edebilir.⁴⁰

Öte yandan kanunun özel hükümlerinde çeşitli sözleşme tipleri için sözleşmeden dönme olanağı da alacaklıya sunulmuştur. Buradan hareketle, özel hükümlerle dönme olanağının verilmediği sözleşme tipleri için de, genel hükümlerindeki temerrüt düzenlemesinin (OR md. 107/ TBK md. 125) kıyas yoluyla uygulanması ve alacaklının dönme hakkına kavuşması gerektiği tartışılmaktadır. Bunun için ise ihlalin 'nitelikli' (*qualifizierte*)⁴¹ veya 'esaslı' (*wesentlich*)⁴² bir ihlal olması gerektiği savunulmaktadır.⁴³

Özel hükümlerdeki satıcının kusuruna dayanmayan⁴⁴ ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için öncelikle bir ayıbın mevcut olması gerekir. İsviçre/Türk hukukunda ayıp sübjektif bir ölçütle belirlenmektedir. Bir başka deyişle taraf iradelerinin, sözleşmedeki belirlemelerin ayıp kavramının anlaşılmasında etkili olduğu görülür.⁴⁵ Bu bağlamda satıcı, alıcıya bildirdiği niteliklerden sorumlu olduğu gibi⁴⁶, dürüstlük kuralı gereğince böyle bir vasıf vaadi bulunmasa bile kullanım

36 **Tandoğan**, Mesuliyet, s. 401, 402.

37 **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 2615, 2616.

38 **Bucher, Eugen**: *Obligationenrecht Allgemeiner Teil (2. Auflage)*, Schulthess Verlag, Zürich 1988, s. 335, 336.

39 Koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde bunların kendi başına aynen ifasının talep edilemeyeceği kabul edilmektedir. Asli edimle bağlantılı yan yükümlülüklerin, sözelimi paketleme yükümlülüğünün ihlali ise tersine böyle bir talebe imkân verebilir. Bkz.: **Schwenzer**, N. 68.05. Aynı yönde bkz.: **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 2639, 2640.

40 **Schwenzer**, N. 68.06.

41 **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 2624.

42 **Schwenzer**, N. 68.10.

43 **Gauch/Schlupe/Emmenegger**, N. 2624. Gerek satım hukukundaki özel hükümlerde, gerekse temerrüde ilişkin genel hükümlerde dönme, kusurdan bağımsız bir hukuki çare olarak düzenlendiğinden, sözleşmenin müspet ihlali halinde de kusurdan bağımsız olarak dönmeye imkân sağlamak gerektiği savunulmaktadır. **Schwenzer**, N. 68.10.

44 **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 309.

45 **Serozan, Rona**: *Borçlar Hukuku Özel Bölüm (2. Baskı)*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 136; **Bucher, Eugen**: *Obligationenrecht Besonderer Teil (3., erweiterte Auflage)*, Schulthess Verlag, Zürich 1988, s. 91; **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 324. Ancak bir taraftan da Alman hukukunda yapılan bu objektif-sübjektif kavram tartışmasının İsviçre hukukunda yeri olmadığı, zira geniş bir tekeffül anlayışının etrafında her türlü sözleşmesel nitelik sapmasının ayıp kabul edildiği de tartışılmaktadır. Bkz.: **Honsell, Heinrich**: *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (8. Aufl.)*, Stämpfli Verlag, Bern 2006, s. 77. Yine ayıbın sübjektif veya objektif olabileceği yönünde bkz.: **Eren, Fikret**: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler (4. Baskı)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s. 102.

46 **Huguenin, Claire**: *Obligationenrecht Allgemeiner Teil und Besonderer Teil (2. Auflage)*, Schulthess, Zürich Base Genf

amacı bakımından malın değerini ve faydalarını önemli ölçüde azaltan veya ortadan kaldıran ayıplardan da sorumludur.⁴⁷ Değeri, ki burada malın objektif değeri söz konusudur, 'önemli ölçüde' azaltma ölçütünün nasıl somutlaştırılacağı konusunda sözleşmenin amacı ve tarafların davranışları göz önünde bulundurulmalıdır. Özellikle de alıcı eğer bu ayıptan haberdar olsaydı sözleşmeyi hiç ya da mevcut hükümlerle akdetmeyecek durumda ise önemli ölçüde azalmadan bahsedilebilir.⁴⁸ Bir başka deyişle esaslı bir ayıp olmaksızın ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulmaz.⁴⁹ Ayıp fiziksel veya hukuki bir ayıp⁵⁰ ya da TBK md. 219 uyarınca alıcının ondan beklediği,⁵¹ normal özellik ve niteliklerine göre sağlaması gereken⁵² geliri veya verimi sağlamamasını ifade eden ekonomik bir ayıp olabilir.

İsviçre/Türk hukuklarında özel hükümlerdeki tekeffül sorumluluğunun kusurdan bağımsız bir garanti sorumluluğu olduğu söylenebilir. Genel hükümlerdeki ifa etmeme veya geç ifa etme hallerinden ayrılır. Bu bakımdan yeknesak bir ifa engelleri hukukundan bahsetmek mümkün değildir. Bu ayırım Roma hukukunda köklerinin aranabileceği; parça borcunda malın niteliklerinin satıcının ifa sorumluluğuna değil ayrı bir garanti sorumluluğuna bağlandığı teoriden kaynaklanmaktadır.⁵³

Genel hükümler ile özel hükümler arasındaki bu büyük çaplı ayırım eksik ifa ve *aliud* ifa gibi sınırdaki kalan ifa engellerinin yerleştirilmesi konusunda problemlere yol açmaktadır. Bu durumlarda yapılacak nitelendirmeye göre, kimi zaman genel hükümlere göre kimi zaman da özel hükümlere başvurulmasına karar verilmekte, kimi zaman da bir yarışma probleminden bahsedilmektedir.⁵⁴

B. Viyana Satım Antlaşması ve İfa Engellerinin Yeknesak Düzenlenmesi Yaklaşımı

I. Viyana Satım Antlaşması'nda Genel Hatlarıyla İfa Engelleri

Alıcının sahip olduğu hukuki çareleri düzenlemeye başlarken, 45. maddesinde satıcının "sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini" yerine getirmemesinden bahseden CISG, yeknesak bir sözleşmenin ihlali kavramı benimsemekte, böylece her türlü aykırılığı,

2014, N. 2599; **Tandoğan, Haluk**: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1985, s. 163, 164; **Gümüş, Alper**: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I (3. Baskı)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 82.

47 **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 327-331.

48 **Huguenin**, N. 2612, **Tandoğan**, Özel, s. 166, **Gümüş**, Borçlar, s. 83; **Eren**, Özel, s. 110; **Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan**: *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (3. Baskı)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 143 vd.

49 **Gümüş**, Borçlar, s. 83, 84.

50 **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 335, 336; **Honsell**, *Obligationenrecht*, s. 78.

51 **Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan**: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (10. Baskı)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 121.

52 **Eren**, Özel, s. 105.

53 **Müller-Chen, Markus/Huguenin, Claire**: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schnkung, Miete, Leihe (Art. 184 – 318 OR) 3. Auflage*, Schulthess Zurich Basel Genf 2016, OR 197 N. 2

54 Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. aş. II. A. 3 İsviçre/Türk Hukukunda Eksik İfa Kavramı ve II. B. 3. İsviçre/Türk Hukukunda Eksik İfanın Hükümleri.

bu arada Türk hukukundaki anlamıyla gereği gibi ifa etmeme halini⁵⁵, bu üst başlığa altlamaktadır.⁵⁶ Alıcının başvurabileceği tüm hukuki çareler bir ihlali şart koşmaktadır. Bu ihlal, CISG metninden kaynaklanan veya tarafların öngördükleri bir yükümlülüğün ihlali olabileceği gibi, teamülden çıkarılan veya yargıç tarafından tasarlanan bir yükümlülüğün ihlali de olabilir.⁵⁷ Teslim, belgelerin teslimi ve mülkiyetin devri yükümlülüklerinin dışındaki yükümlülükler, ek yükümlülükler olarak adlandırılırsalar da, ihlalleri izleyen hukuki çareler bakımından bir ayrıma gidilmemiştir.⁵⁸ Böylece sözgelimi Alman hukuk çevresindeki anlamıyla bir yan yükümlülüğün ihlali de eğer esaslı ihlal teşkil ediyorsa alıcıya sözleşmeden dönme imkânı sağlayabilir.⁵⁹

Bu genel başlık çerçevesinde; temerrüt, ayıp, sözleşmenin müspet ihlali gibi ayrımlar CISG'ye yabancıdır. Keza imkânsızlık, kötü ifa vb. gibi ayrımlara da burada rastlanmaz.⁶⁰ Burada tüm aykırılık halleri temel bir kavrama bağlanmıştır. Yine bununla bağlantılı olarak sözleşmeye aykırılık bakımından ayrımlar, hukuki olgu açısından değil, hukuki sonuçlara göre yapılır. Bir sözleşme ihlali halinin temerrüt, gereği gibi ifa etmeme vb. kategorilere göre sınıflandırılarak, hukuki sonuçların da buna göre tayin edilmesi CISG bakımından söz konusu değildir.⁶¹ Bir başka deyişle, malın ayıplı mı yoksa sipariş edilenden tamamen farklı mı olduğu, geç teslim mi edildiği yoksa hiç mi teslim edilmediği önem taşımaz. Önemli olan ihlalin ağırlığıdır.⁶²Yine bu bağlamda CISG'de ise ne Kıta Avrupası'ndaki *aluid-peius* ifa ayrımına ne de *common law*'daki *warranty-condition* ayrımına⁶³ rastlanır. İsviçre/Türk hukukundaki gibi, malın normal şartlar altında sahip olması gereken niteliklerinin bulunmaması ile satıcının özel olarak bildirdiği niteliklerinin bulunmaması biçimindeki ayırım da⁶⁴ CISG'ye yabancıdır.⁶⁵

55 **Yücer Aktürk, İpek:** "Viyanalı Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu", *Ankara Barosu Dergisi* 2015/1, 211-238, s. 212.

56 **Basedow, Jürgen:** "Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG", *25 International Review of Law and Economics* (September 2005) 487-500, s. 490; **Sert Canpolat, Selin:** *Viyanalı Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 57-60.

57 **Magnus, Ulrich:** "Remedies: Damages, Price Reduction, Avoidance, Mitigation, and Preservation" *International Sales Law a Global Challenge*, (ed. DiMatteo, Larry A.), Cambridge University Press, New York 2014, 257-285, s. 258.

58 **Schwenzer/Hachem/Kee**, N. 28.25-28.27.

59 **Atamer, Yeşim M.:** "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'nin İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", *Milletlerarası Satım Hukuku – Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (ed. Atamer, Yeşim M.), XII Levha Yayınları 2012, 221-265, s. 241, 242.

60 **Öz, Turgut:** *Milletlerarası al Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Kısa Karşılaştırması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 12.

61 **Atamer**, Satıcı, s. 226, 228; **Atamer**, İfa Engelleri, s. 232, 233.

62 **Ranieri**, s. 912, 913.

63 İngiliz hukukunda, *warranty* niteliğinde bir hüküm ihlal edilirse, ihlal eden kusurlu olsa da alacaklının karşı edimi ifa borcu devam eder. Ancak uğradığı zarar için tazminat talep etmeye hak kazanır. *Condition* niteliğindeki bir hükmün ihlali ise sözleşmenin sona erdirilmesini mümkün kılar. Her bir somut olayın şartlarına göre yapılacak bu belirlemede genel olarak ihlali sözleşmeden elde edilecek menfaatten bütünüyle mahrum kalınmasına yol açacak kadar önemli olan hükümler *condition*'dir. Bkz. **Zweigert/Kötz**, s. 505; **Beale, Hugh/Hartkamp, Arthur/Kötz, Hein/Tallon, Denis:** *Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012, s. 736.

64 **Erdem, Ercüment:** "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyanalı Satım Sözleşmesi)", *BATİDER*, C. 54, S. 3, 1992, 35-105, s. 71.

65 **Schlechtriem, Peter/Butler, Petra:** *UN Law on International Sales*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2009, s. 113; **Schwenzer/Hachem/Kee**, N. 31.39; **Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg/Schwenzer, Ingeborg:** *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyanalı Satım Sözleşmesi) Şerhi* (ed. Schwenzer,

2. Alman Hukukunda 2002 Reformu Sonrasında İfa Engelleri

2002 tarihinde yürürlüğe giren, 'Borçlar Hukukunun Modernize Edilmesi Hakkında Kanun'un,⁶⁶ büyük ölçüde CISG'nin etkisi altında kaldığı söylenebilir. Bu etki özellikle genel bir 'yüküm ihlali' (*Pflichtverletzung*) kavramının kabul edilmesinde gözlenmektedir.⁶⁷ 'Yüküm ihlali' ifadesi, borçlunun borç ilişkisindeki yüküm planından ayrılmasını anlatan yeknesak bir sözleşmeye aykırılık kavramı öngörmüştür. Hiç ifa etmeme, geç veya kötü ifa etme hallerinin hepsi tek bir şemsiye kavram altında toplanmış, eski kanunda geri planda duran sözleşmenin müspet ihlali hali, yeni BGB'de esas ifa etmeme durumu olarak merkeze alınmıştır.⁶⁸ Artık 'yüküm ihlali', sözleşmenin müspet ihlalini de kapsayan temel kavram olarak kanuna yerleştirilmiştir.⁶⁹ Böylece 2002'den bu yana sözleşmenin müspet ihlali, yeni 'yüküm ihlali' kavramı ile anlatılmakta, bir genel hüküm olan § 280 I BGB'ye göre borç ilişkisine aykırılıktan doğan zararların tazmini istenebilmektedir. Bu ihlal, edimin ifasını ilgilendiren bir yükümlü ilgili –sözgelimi kötü ifa hali – olabileceği gibi ifayı ilgilendirmeyen koruma ve özen yükümlülüklerinin ihlali şeklinde de ortaya çıkabilir.⁷⁰ Bu anlamda ihlal edilen yükümler ise § 280 vd. BGB hükümlerine göre § 241 BGB I ve II'dekilerdir. Bir başka deyişle, asıl veya yan yükümlülüklerin mi ya da ifa yükümlülüğü veya koruma yükümlülüklerinin mi ihlal edildiği araştırılmaksızın hepsi 'yüküm ihlali' çerçevesinde değerlendirilir.⁷¹

Ingeborg/ Çağlayan Aksoy, Pmar, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, Md. 35 P. 4.

66 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I Seite 3138). 2002'de yürürlüğe giren Reformun temellerinin 1978 yılında, dönemin adalet bakanı tarafından sunulan öneriye dayandığı söylenebilir. Önerinin ardından yine bakanlığın isteğiyle, 1981 ve 1983'te üç büyük cilt halinde akademisyenlerin reforma yönelik önerileri yayımlanmıştır. Bu öneriler dikkate alınarak seçilen reform alanlarına ilişkin bir taslak hazırlamakla görevlendirilen komisyon, son raporunu 1992 yılında tamamlamıştır. Raporun, borcun ifa edilmemesine ilişkin kısmının büyük ölçüde CISG ile aynı doğrultuda olduğu söylenmelidir. 1994 yılına gelinceye değin Alman Hukukçular Birliği toplantılarında (*Deutscher Juristentag*) bu rapor tartışılmış, 1994'ten sonra ise, bakanlığın reformu rafa kaldırdığına dair bir izlenim oluşmuş ve taslağa ilişkin ilk yıllardaki heyecan kaybolmuştur. 2000 yılında 'Tartışma Taslağı'nın (*Diskussionsentwurf*) aniden yayımlanması ile reform yeniden gündeme gelmiştir. Bkz: **Zimmermann, Reinhard**: *The New German Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford 2005, s. 30-33. Tartışma Taslağı'ndaki borcun ifa edilmemesi hallerinin, imkânsızlık ve temerrüt kavramlarını dogmatik olarak ortadan kaldırıp genel bir 'yüküm ihlali' kavramına dayandırılması şiddetle eleştirilmiş, hükümeti yeni bir komisyon hazırlamaya itmiştir. Birkaç ay gibi kısa bir sürede komisyon, yeni bir taslak hazırlamıştır. Bunun, öncekinden ayrılan tarafı ise, yine genel bir yüküm ihlali kavramını içermesinin yanında, eski hukuktaki imkânsızlık, temerrüt ve sözleşmenin müspet ihlali hallerini de dogmatik olarak barındırması olmuştur. Çok az değişiklikle hükümetin tasarısı olarak kabul edilen bu taslak nihayet parlamentoya sunulurak 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz: **Emmerich**, s. 10, 11.

67 **Zimmermann**, German, s. 40, 41.

68 **Serozan** Alman, s. 233, 234.

69 **Vogg, Dominic-Alexander Peter**: *Die Leistungsstörungenrechte des BGB, der CISG, der Principles und des DCFR im Vergleich*, Hamburg 2011, s. 11.

70 **Emmerich**, s. 15

71 **Fikentscher/Heinemann**, s. 183, 185, 188, 255. 'Yüküm ihlali' adıyla merkezi bir kavram seçiminin, uluslararası gelişmeleri de onayladığı söylemek mümkündür. PECL md. 9:501'de ve PICC md. 7.1.1'de de benzer şekilde merkezi bir ihlal kavramı bu defa 'ifa etmeme' (*non-performance*) adıyla uygulanmıştır. Reformun, niçin kavram isimlendirmesinde bu gelişmeleri birebir takip etmediği konusunda öne sürülen nedenlerden biri, kavramın kapsamıyla ilgilidir. 'Yüküm ihlali' kavramı ifa menfaati dışında, bütünlük menfaatini de (*Integritätsinteresse*) koruma altına almakta, diğer davranış yükümlerini de kapsamaktadır. **Palandt/Heinrichs, Helmut**: *Bürgerliches Gesetzbuch 67. Auflage*, C.H. Beck, München 2008, § 280 N. 3.

Kötü ifa, § 281 BGB’deki ifadeyle, ‘gereği gibi ifa edilmeme’ halinde ve temerrüt veya imkânsızlık hallerinin de söz konusu olmadığı durumlarda ortaya çıkar. Gereği gibi ifa etmeme konusu ve buna karşı hukuki çareler, tekeffül (*Gewährleistungsrecht*) başlığı altında, BGB’de satım hukukuna ilişkin kısımda özel olarak ele alınmaktadır. 2002 yılındaki reformda da bu konudaki özel hükümler muhafaza edilmiş, ancak genel hükümlerle aralarındaki farklar giderilmeye çalışılmıştır. Satım sözleşmesine ilişkin § 437 BGB ile genel hükümlerdeki pek çok maddeye atıf bulunulduğundan, satımdaki tekeffül ile ‘yüküm ihlali’ birbiriyle bağlantılı hale gelmiştir. Tekeffül hükümlerinin bulunduğu satım sözleşmesinde bu özel hükümler § 280 vd. BGB’deki genel ‘yüküm ihlali’ne göre özel hüküm olarak önceliklidir.⁷²

Özel hükümlerde satım sözleşmesine ilişkin tekeffül düzenlemelerinden § 434 I BGB’de tarafların üzerinde anlaşıldığı yapıda olan eşyanın ayıpsız olduğu düzenlenmiştir. Tarafların bu belirlemeyi açıkça veya örtülü biçimde yapması mümkündür. Böylece kanunda ayıp kavramı bakımından subjektif bir yaklaşım benimsediği görülür. Gerçekte eşyanın bulunduğu hal, olması gerekenden, bir başka deyişle tarafların üzerinde anlaşıldığı halden farklı ise eşyanın ayıplı olduğu kabul edilmektedir. Ayıp, eşyanın belirlenen niteliklerden sapması halinde söz konusu olabileceği gibi, niteliksel açıdan herhangi bir ayıp olarak görülemeyecek ancak bireysel olarak belirlenmiş bir özellikten sapma durumunda da söz konusu olabilir. Söz gelimi üzerinde anlaşılan ressamın değil, başka bir ressamın yaptığı tablonun teslimi, bireysel olarak belirlenen özelliklerden sapmaya örnek verilebilir. Benzer şekilde, teslim edilen malın, üzerinden anlaşılandan farklı bir cinsten olması da bir ayıp teşkil eder. Malın yapısal olarak üzerinde anlaşılan niteliklerden sapması, fiziksel bakımdan, sözcümlü büyüklük, ağırlık, renk vb. açılarından söz konusu olabilir. Öte yandan malın fiziksel yapısından kaynaklanmak şartıyla ekonomik veya hukuki bir ayıp da söz konusu olabilir.⁷³

Öte yandan tarafların kararlaştırdığı yapıya uygun bir eşyanın, tarafların sözleşmede öngördükleri kullanım şekline de uygun olması beklenmektedir. Üçüncü olarak eşyanın mutata kullanım biçimine de uygun bir biçimde ifa edilmesi şartı aranır. Söz gelimi satın alınan bir televizyonun, taraflarca kararlaştırılmasa bile çalışıyor olması beklenir. Burada beraber değerlendirilmesi gereken iki şart bulunmaktadır. Hem eşya mutata kullanım biçimine uygun olmalı, hem de alışıldık ve beklenene uygun yapıda bulunmalıdır. Bu değerlendirme yapılırken, aynı çeşit eşyalar için alışıldık yapı baz alınır. § 434 I 3 BGB’ye göre eşyanın alışıldık yapısı belirlenirken, eşyanın reklam veya tanıtımındaki ifadeler de dikkate alınır.⁷⁴

§ 434 I BGB’deki bu genel maddi ayıp düzenlemesinin ardından ikinci fıkrada bu defa özel bir maddi ayıp hali düzenlenmiştir. Satıcı veya satıcının ifa yardımcısının uygun olmayan biçimde montaj yapması veya montaj kılavuzunun hatalı olması nedeniyle montajın doğru yapılmamasına sebebiyet verilmesi hali bir maddi ayıp olarak düzenlenmiştir. Literatürde ‘IKEA klozu’ olarak adlandırılan, montaj kılavuzunun hatalı olması haline aynı zamanda montaj kılavuzunun başka bir eşyaya ilişkin

72 Fikentscher/Heinemann, s. 254.

73 Fikentscher/Heinemann, s. 408-410.

74 Fikentscher/Heinemann, s. 410-412.

olması veya hiç kılavuz bulunmaması halleri de dâhildir.⁷⁵ § 434 III BGB ise az miktarda ifa edilme halini ve *aliud* ifa halini de ayıp kapsamında ele almaktadır.⁷⁶

Bu düzenlemelerle beraber artık Alman ifa engelleri hukukunda; eksik ifa, kötü ifa, hiç ifa etmeme kavramlarının bir araya geldiği söylenebilir. Öte yandan 'yüküm ihlali' tüm yükümlülüklerin ihlalini kapsadığından, asli edim yükümlülükleri, yan edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülüklerinin hepsinin ihlalinin yine aynı temel kavrama tâbi tutulduğu tespit edilebilir. Ayrıca önceden bu tablodan bağımsız görünen satım hukukuna ilişkin özel hükümler de genel hükümlere adapte edilmiştir.⁷⁷

C. Ara Değerlendirme

Roma hukukundan miras kalan kurumları işleten İsviçre/Türk ve 2002 Reformu öncesi Alman hukukunda gereği gibi ifa etmeme kavramının, kanunlarda kendisine açık bir biçimde yer edinemediği, bunun yerine zaman zaman sözleşmenin müspet ihlali kavramı adı altında içtihat ve öğreti tarafından hukuka adapte edildiği görülmektedir. Yine Roma hukukundan edinilen mirasa bağlanabilecek bir diğer özellik, borçlar hukukunun genel hükümleri ile satım hukukuna ilişkin özel hükümler arasındaki ciddi ikiliktir. Bu çerçevede *aliud* ifa ve eksik ifa özellikle çeşit borcu teşkil eden bir edimin sözleşmenin konusunu oluşturduğu hallerde genel hükümlere göre idare edilirken, bunun dışındaki gereği gibi ifa etmeme biçimleri ise ayıp bağlamında, genel hükümlerden farklılaşan özel hükümlere göre incelenmektedir. Böylece çeşit borcu söz konusu olduğunda, gereği gibi ifa etmeme biçiminde ele alınabilecek çeşitli aykırılıkların birbirinden ayrışan hükümlere tâbi kılındığı görülmektedir. Özellikle çeşit borçları söz konusu olduğunda kendisini gösteren bu ikiliğin kaynağı, parça borçları üzerine kurulan ve satım hukukunda alıcıya haklar sağlama bakımından kendisine özgü bir gelişim çizgisi izleyen Roma hukukunda aranabilir.

CISG ise, Roma hukukunda miras kalan bu gelişim çizgisinden ayrılarak ifa etmeme konusunda yeknesak bir sözleşmeye aykırılık olgusunu benimsemiş görünmektedir. Gereği gibi ifa etmeme hali de bu sistematığın altında, Roma hukukundan etkilenen hukuk düzenlerinde olduğunun aksine kıyıda kalmış değildir. Burada gereği gibi ifa etmeme açıkça merkezde yer almaktadır. Üstelik yine Roma hukukundan etkilenen hukuk düzenlerinde olduğunun aksine gereği gibi ifa etmeme halleri, türüne göre farklı hükümlere tâbi tutulmak yerine yeknesak biçimde ele alınmaktadır. Bu bağlamda, *aliud* ifa ve eksik ifa da açıkça uygun olmama kavramına altlanmaktadır.

Nitekim 2002 yılında büyük bir reform geçiren BGB'de, Roma hukukundan kalan ikilik büyük ölçüde giderilmeye çalışılmış, kapsayıcı ve merkezde yer alan bir gereği gibi ifa etmeme olgusunun geliştirilmesine gayret edilmiştir. Bu reformun motivasyonu, kısmen CISG'de aranabilir. Reformla birlikte eksik ifa ve *aliud* ifa, diğer gereği gibi ifa etmeme halleri ile aynı kadere tâbi kılınmış, özel hükümler ile genel hükümler birbirlerine kenetlenmiştir.

75 Fikentscher/Heinemann, s. 413.

76 Markesiniz/Unberath/Johnston, s. 499-501.

77 Bu konuda ayrıca bkz. Serozan, Rona: "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)" *İÜHFİM 2000, Cilt LVIII*, 231-248, s. 233, 234.

II. Viyana Satım Antlaşması'nda ve Alman, İsviçre/Türk Hukuklarında Eksik İfa

A. Eksik İfa Kavramı

I. Viyana Satım Antlaşması'nda Eksik İfa Kavramı

Miktar bakımından sapmalar da, geleneksel hukuk sistemlerinin aksine CISG'de, kısmi ifa değil gereği gibi ifa etmeme olarak değerlendirilir.⁷⁸ Ne var ki Antlaşmada md. 51'in varlığı, eksik ifa konusunun ele alınması bakımından başka bir kapı aralamaktadır. 51. madde ilgili hukuki çareleri, eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısımla sınırlandırmaktadır.⁷⁹

CISG'nin 51. maddesi, teslimin eksik yapılması durumunda uygulanır. Hemen belirtilmesi gerekir ki, eksik miktarda teslim, sözleşmede tam olarak öngörülen miktardan daha az miktarda mal teslimi halinde söz konusu olabileceği gibi; sözleşmedeki yaklaşık olarak veya belirli bir aralık dâhilinde yapılan belirlemeye göre eksik olan teslim de eksik ifa sayılabilir. Belirli bir miktar aralığı, sözelimi 80 ila 90 kg arasında malın teslimin öngörüldüğü durumda satıcı bu aralık içinde bir miktarda mal teslim ettiğinde eksik ifade bulunmuş olmaz. 'Yaklaşık' bir değer belirlendiği durumda, sözelimi yaklaşık 100 ton kömürün teslim edilmesinin kararlaştırıldığı durumda ise ticari teamüllere ve taraflar arasındaki alışkanlıklara göre 100 tondan sapmanın ne dereceye kadar kabul edilebilir olduğu CISG md. 9 bağlamında gözetilir.⁸⁰

CISG md. 51'de sözü edilen mallar bölünebilen mallardır.⁸¹ Burada bölünebilmeden kasıt, makul bir çaba ile sözleşmeye uygun ve uygun olmayan kısımların birbirinden ayrılabilmesidir.⁸² Malların fiziksel ve ekonomik olarak birbirinden bağımsız olması⁸³ ve birden fazla müşteriye tesliminin

78 **Schwenzer/Hachem/Kee**, N. 31.63; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer**, Md. 35 P. 8; **Özdemir, Hayrunnisa**: *Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayrıptan Doğan Sorumluluğun Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 104, 105. Bu konuda ayrıca bkz. yuk. I. B. 1. Viyana Satım Antlaşması'nda Genel Hatlarıyla İfa Engelleri.

79 **Huber, Peter/Mullis, Alastair**: *The CISG A New Textbook For Students And Practitioners*, Sellier. European Law Publishers 2007, s. 198, 199.

80 **Honsell, Heinrich/Schnyder, Anton K/Straub, Ralf Michael**: *Kommentar zum UN-Kaufrecht Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG) Zweite Auflage*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010, Art. 51 N. 17, 18; **Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg/Müller-Chen, Marcus**: *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (ed. Schwenzer, Ingeborg/ Çığlayan Aksoy, Pınar), XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, Md. 51 P. 5.

81 **Huber/Mullis**, s. 293.

82 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 8. Fransa'da Paris İstinaf Mahkemesi'nin önüne gelen olayda, Portekizli satıcı ile Fransız alıcı arasında 15.000 adet düdüklü tencerenin satımına ilişkin bir sözleşme söz konusudur. Tencerelerden bir kısmının tasarımı nedeniyle tehlike arz etmesi nedeniyle alıcı bunları tekrar piyasaya süremeyecektir. Alıcının, tehlikeli olan tencerelerin ayır edilmesinin güç olduğunu öne sürdüğü davada mahkeme, CISG md. 51'i devreye sokmamış, dolayısıyla bölünebilen malların varlığına hükmetmemiştir. Bkz.: *Cour d'appel de Paris*, 04.06.2004 – 2002/18702 CISG-Online No: 872 (Kararın İngilizce çevirisi için: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040604f1.html>> Erişim tarihi: 25.08.2019).

83 **Magnus**, fiziksel ve ekonomik olarak bağımsız bir parça teşkil etme şartını ararken (bkz. **Staudinger, Julius von/Magnus, Ulrich**: *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und. Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht CISG, Neubearbeitung*, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005, Art 51 CISG N. 4), Brunner yalnızca ekonomik açıdan bir birim oluşturmaktan bahsetmektedir (bkz. **Brunner, Christoph**: *Stämpflis Handkommentar, UN-Kaufrecht – CISG, Stämpfli Verlag AG Bern 2004, Art 51 N. 3).*

kendiliğinden mümkün olması md. 51'in devreye girmesi için şarttır.⁸⁴ Sözgelimi yüzlerce çift ayakkabının konusunu oluşturduğu bir satım sözleşmesinde bunların bölünebildiği kabul edilebilir.⁸⁵ Öte yandan, bölünebilen mallardan oluşan bu bütünün aynı cins eşyalardan oluşması şart değildir.⁸⁶ Bir ses stüdyosu için gereken malların bölünebildiği kabul edilebilir.⁸⁷ Diğer yandan bu bağımsız mallar, fonksiyonel olarak birbirlerine ait olmamalı ve genel standartlara göre bir bütün de teşkil etmemelidir.⁸⁸ Birden çok bileşenden oluşan bir malın –sözgelimi bir otomobilin – bazı bileşenlerinin eksik olması hali, md. 51 kapsamında kabul edilmez.⁸⁹ Keza birden çok bağımsız parça bir bütün oluşturuyor ve tek bir mal olarak ele alınmaları gerekiyorsa, sözgelimi çeşitli renk ve bedende parçalardan oluşan bir tekstil modeli koleksiyonunun kısmen ifası söz konusu ise md. 51 devreye girmez.⁹⁰ Ancak benzer şekilde bir malı oluşturan parçalardan biri bağımsız bir öge oluşturuyorsa, bunun bölünebildiği kabul edilebilir.⁹¹

Salt miktar veya ağırlık sapması bölünebilirliğe işaret etmez. Burada, malın niteliği gereği veya paketlenme ile ayrılabilme, böylece farklı alıcılara teslim edilebilme olanağının araştırılması gerektiği savunulmaktadır. Bir gemiye yüklenmiş yağ veya bir gemiye yüklenmiş ve ayrı çuvallara konulmamış tahıl yükünün ayrılabilir olduğu söylenemez.⁹² Keza sözleşmenin kurulduğu anda fiziksel olarak ayrılmış bulunan bir yükün, sözgelimi bir gemiye yüklenmiş bulunan 30 ton kömürün sözleşmeye uygun olmayan kısmının, sözleşmesel belirlemeler veya somut olayın şartları nedeniyle satıcı tarafından ayıklanamadığı veya eksik kalan kısmının tamamlanamadığı durumda md. 51'in devreye girmesi mümkün değildir.⁹³

Konusunu, her bir ögesinin niteliklerinin öngörüldüğü eşya topluluğunun oluşturduğu bir sözleşmede, eşyalardan yalnızca bir kısmının sözleşmeye uygun olmaması veya hiç teslim edilmemesi halinde md. 51 anlamında eksik ifadan bahsedilebilir. Örneğin her biri 1 kg ağırlığında 300 adet kavun sipariş edildiğinde, bu kavunlardan bazılarının 1 kg ağırlığında olmaması eksik ifadadır. Zira sözleşmeye uygun kavunlar ile uygun olmayan kavunlar bölünebilir. Buna karşılık, satım sözleşmesinin konusunu oluşturan tek bir parçanın veya birden çok parçadan her birinin miktar veya ağırlık gibi ölçüler

84 **Staudinger/Magnus**, Art 51 CISG N. 4.

85 Almanya'daki alıcının, İtalya'daki satıcıdan sipariş ettiği 319 çift ayakkabıdan bazılarının tabanlarının ve dikişlerin gevşek olduğundan hareketle Alman alıcı 154 çift ayakkabı için satım sözleşmesinden döndüğünü beyan etmiştir. Koblenz İstinaf Mahkemesi söz konusu olaydaki ayakkabıların bölünebilir olduğuna ve CISG md. 51'in uygulama alanı bulabileceğine hükmetmiştir. Bkz.: *OLG Koblenz*, 21.11.2007 – 1 U 486/07 (Kararın İngilizce çevirisi için: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071121g1.html>> Erişim tarihi: 25.08.2019).

86 **Brunner**, Art 51 N. 3.

87 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht , Art. 51 N. 9

88 **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 2.

89 **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 2; **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht , Ar. 51 N. 10.

90 **Staudinger/Magnus**, Art 51 CISG N. 4.

91 Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin verdiği bir karara konu olan olayda, satıcı alıcıya bir yazılımı ve bunu içeren ürünü Avusturya genelinde satması için lisans vermiş ve CD-ROM'ları alıcıya göndermiştir. Alıcı, CD-ROM'un tüm programları içermediğini, bazı modüllerin eksik olduğunu fark etmiştir. Mahkeme olayda eksik olan modüllerin, bölünebilen mallar olduğuna hükmetmiştir. Bkz.: *Oberster Gerichtshof*, 21.06.2005 – 5 Ob 45/05m (Kararın İngilizce çevirisi için: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050621a3.html>> Erişim tarihi: 25.08.2019).

92 **Brunner**, Art 51 N. 3.

93 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 16.

bakımından eksik olması ise CISG md. 51'in kapsamına girmez. Bu hallerde, sözleşmeye uygun ifa edilen kısım ile uygun ifa edilmeyen kısmın birbirinden ayrılması mümkün değildir. Burada basitçe md. 35 kapsamındaki bir uygun olmamadan bahsedilir. Örneğin 45 metre yüksekliğindeki vincin yerine 38 metre yüksekliğindeki vincin teslim edilmesi halinde md. 51 uygulama alanı bulmaz.⁹⁴ Keza her biri 500 gram ağırlığındaki 1000 parça etin teslimine ilişkin sözleşme kapsamında satıcının her biri 300 gram ağırlığındaki 1000 parça et teslim etmesi, md. 51 anlamında eksik ifa oluşturmaz.⁹⁵

Sözleşmeye konu olan malların bölünebilir mallar olduğunu ispat etmek, bunu öne sürene düşer. Bu iddiada bulunan genellikle satıcı olduğundan, kural olarak ispat yükü satıcının üzerindedir.⁹⁶

2. Alman Hukukunda Eksik İfa Kavramı

2002 Reformu sonrasında Alman hukukunda eksik ifanın satım hukukuna ilişkin hükümlerde bir ayıp olarak nitelendirildiği ve böylece genel hükümlerle özel hükümler ikiliğinin giderilmeye çalışıldığı görülmektedir. § 434 III BGB az miktarda ifa edilme halini ve *aliud* ifa halini de ayıp kapsamında ele almaktadır.⁹⁷ 'Az miktarda' ifa edilme hali; ağırlık veya parça bakımından az miktarı ifade eder. Alınan çeşitli eşyaların tamamının teslim edilmemesi bu kapsamda incelenmez.⁹⁸ Bu hallerde § 434 III değil, ifa etmemeye ilişkin hükümler devreye girer.⁹⁹

Literatürde öne sürülen bir diğer görüş eksik ifanın kapsamını biraz daha genişletmektedir. Bu görüşe göre de taraflar arasında birden fazla satım sözleşmesi varsa ve satıcı bunlardan birinin konusu olan malı teslim etmezse, eksik ifadan değil, bu sözleşme bakımından ifa etmemeden bahsedilir. Ancak farklı satım konusu malların, birbirinden ayrı olmadığı, alıcı tarafından bütün olarak teslim alınması gerektiği durumda eksik ifadan bahsedilebilir. Bu duruma, malların işlevsel olarak birbirine bağlı bulunması sebep olabileceği gibi yalnızca taraf iradeleri de sebep olabilir. Böyle bir halde bu mallardan birinin teslim edilmemesi, ifa etmeme değil eksik ifa, dolayısıyla da ayıp kabul edilir. Örneğin çeşitli yapı malzemelerinin, taş, kum, çimento, kereste vs. konusunu oluşturduğu bir satım sözleşmesi böyledir.¹⁰⁰

Eksik ifadan bahsedilebilmesi için ifanın parçalara ayrılabilmesi ölçütü de zaman zaman dillendirilmektedir. Bu parçalamanın taraf iradelerine aykırı olmaması önemlidir. BGH, ifanın bölümlerinin, sözleşmenin amacına göre aynı kadere tâbi kılınıp kılınmadığı kriterini gözetmektedir.¹⁰¹ Bölünemeyen bir eşyanın bir parçasının teslim edilmesi § 434 III kapsamına

94 Honsell/Schnyder/Straub, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 12, 13, 14.

95 Huber/Mullis, s. 293.

96 Honsell/Schnyder/Straub, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 54.

97 Markesiniz/Unberath/Johnston, s. 499-501.

98 Palandt, Otto/Weidenkaff, Walter: *Bürgerliches Gesetzbuch 78. Auflage*, C.H. Beck, München 2019, § 434, N. 53.

99 Staudinger, Julius von/Matusche-Beckmann, Annemarie: *Staudinger BGB §§ 433-480 Kaufrecht*, Sellier-de Gruyter 2014, § 434, N. 157.

100 Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner/Büdenbender, Ulrich: *Nomos Kommentar BGB Schuldrecht Band 2/1 3. Auflage* §§ 241-610, § 434 N.74.

101 Markesiniz/Unberath/Johnston, s. 428, 429.

girmez.¹⁰² Bir başka deyişle satım konusunun, bu nesne olmaksızın işlevsiz kalacağı parçaların teslim edilmemesi de eksik ifa değil, yalnızca § 434 İ'deki gibi bir ayıptır. Bağciksız bir ayakkabı veya anahtarsız bir araba teslimi buna örnek olabilir. Aynı şey gerekenden daha küçük teslim edilen bir mal için de, sözgelimi olması gerekenden daha kısa bir masa örtüsü, geçerlidir. Fakat pratik sonuçlar bakımından bu durumlar arasında bir fark bulunmamaktadır.¹⁰³ Eksik ifa da hukuki sonuçlar bakımından tıpkı diğer ayıplar gibi ele alınmaktadır.¹⁰⁴

Eksik ifanın, bir ayıp olarak ele alınması sonucu olarak; kısmen ayıplı ifa ile eksik ifa aynı çerçevede incelenmektedir.¹⁰⁵ Kısmi ayıplı ifa halinde ayıbın tüm teslim bakımından mevcut olduğu kabul edilir.¹⁰⁶ Kısmi ayıplı ifa, kural olarak eksik ifa ile aynı sonuçlara tâbidir.¹⁰⁷

3. İsviçre/Türk Hukukunda Eksik İfa Kavramı

Miktar bakımından eksik yerine getirilen ifanın ayıp olarak mı yoksa kısmi ifa olarak mı nitelendirileceği konusu sonuçları bakımından önemlidir. Aşağıda¹⁰⁸ ayrıntılandırılacağı gibi; kısmen ifa halinde genel hükümlere göre kısmi temerrüt hükümleri uygulama alanı bulurken, eksik ifa için ayıp nitelmesi yapıldığında satım hukukuna ilişkin tekeffül sorumluluğu gündeme gelir. Kural olarak İsviçre/Türk hukukunda eksik ifanın gereği gibi ifa etmeme olarak nitelendirildiği, böylece İsviçre/Türk hukukunda nicelik bakımından ayıba ilişkin özel hükümlere değil genel hükümlere tâbi tutulduğu görülmektedir.¹⁰⁹ Satıcı miktar bakımından doğru ifade bulunmaz, sözgelimi daha az ağır veya daha az sayıda mal teslim ederse “gereği gibi ifa etmemiş” demektir. Bu durumda genel hükümler TBK md. 112/md. 97 OR uygulama alanı bulur. Tekeffül hükümleri ise uygulanmaz.¹¹⁰ Ancak hangi durumda ayıp nitelmesi yapılarak satım hukukuna ilişkin özel hükümlere, hangi durumda eksik ifa bulunduğu kanaat getirilerek genel hükümlere başvurulması gerektiği konusunda bazı tereddütler göze çarpmaktadır. Kısmen ifanın, ayıptan nasıl ayırt edileceği konusunda çeşitli görüşler dile getirilmektedir.

102 Palandt/Weidenkaff, 78. Auflage, § 434 N. 53.

103 Dauner-Lieb/Langen/Büdenbender: § 434 N.76.

104 Dauner-Lieb/Langen/Büdenbender: § 434 N.73.

105 Westermann, Harm Peter: *Münchener Kommentar BGB Schuldrecht Besonderer Teil I 8. Auflage §§ 433-534*, C.H. Beck 2019, § 434, N. 48.

106 Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB §§433-480 Kaufrecht, § 434, N. 156.

107 Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman/Faust, Florian: *BGB §§ 1-480 Kommentar 4. Auflage*, C.H. Beck 2019, § 434, N. 119; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB §§433-480 Kaufrecht, §434, N. 156.

108 Bkz. aş. II. B. 3. İsviçre/Türk Hukukunda Eksik İfanın Hükümleri

109 Honsell, *Obligationenrecht*, s. 81; Bucher, *Besonderer*, s. 90, 91; Eren, *Özel*, s. 103; Aral/Ayrancı, s. 120; Serozan, *Rona: Borçlar Özel*, s. 139; Yavuz, *Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler (13. Baskı)*, Beta İstanbul 2014, s. 72; Yavuz, *Cevdet: Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, Beta, İstanbul 1989, s. 53; Tunçomağ, *Kenan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II (3. Baskı)*, Sermet Matbaası, İstanbul 1977, s. 120.

110 Giger, Hans: *Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht 2. Abteilung Die einzelnen Vertragverhältnisse 1. Teilband Kauf und Tausch – Die Schenkung 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf Artikel 184-2015 OR (Zweite, unveränderte Auflage)*, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1980, Art. 197-210 N. 51.

Kimi görüşler burada parça borcu – çeşit borcu ayrımını işletmekten yana görünmektedir. Çeşit borcunun eksik ifası, satım sözleşmesindeki özel hükümlerde düzenlenen ayıp bağlamında değil, ifa etmeme olarak ele alınır. Bu nedenle burada TBK md. 219 vd./ md. 197 OR vd. değil, genel hükümlerdeki TBK md. 112/md. 97 OR vd. uygulama alanı bulur.¹¹¹ Kısmen ifaya ilişkin TBK md. 84/md. 69 OR'e başvurularak borçlunun temerrüdüne gidilmelidir.¹¹² Parça borcunda ise miktar, genellikle vaat edilen bir nitelik sayılır.¹¹³ Buna göre İsviçre/Türk hukukunda parça borçları için eksik ifa, bir ayıp olarak ele alınmaktadır. Bu nedenle de satım sözleşmesinde alıcının ayıp halinde başvurabileceği çareler eksik ifa edilen parça borcu halinde devreye girebilmektedir.¹¹⁴ Sözgelimi soğutucu dolabin uzunluğu veya toptan satılan bir kamyon dolusu mal böyledir. Nicelik sapsması aynı zamanda bir nitelik sapsması özelliği ortaya çıkarıyorsa tekeffül hükümleri uygulanacaktır.¹¹⁵

Bu yönde misli eşya-misli olmayan eşya ayrımını işletmekten yana görüşler de dillendirilmektedir. Satım konusunun ağırlığı, büyüklüğü, sayısı, genişliği veya hacmi konusunda doğru olmayan bilgiler eğer satım konusunun nitelikleri olarak kabul edilebilirlerse ayıp sayılırlar. Satım konusunun niteliklerine ilişkin olmayan miktar vaatleri ise kısmen ifa etmeme olarak ele alınır. Asıl nicelik ayıpları (*eigentlichen Quantitätsmängeln*); sayı, büyüklük veya ağırlık bazında satın alınan misli malların gerekli miktarda ifa edilmediği durumda söz konusudur. Bu durumda yalnızca genel hükümler uygulama alanı bulur.¹¹⁶ Böylece bölünebilir, bununla bağlantılı olarak misli eşyalar eksik teslim edilirse, alıcı genel hükümlere göre kısmen ifayı kabul ederek eksik kısmın teslimini talep edebilir.¹¹⁷

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1961 tarihli kararında ayıba karşı tekeffüle tâbi tutulması gereken miktar sapsmaları ile ifa etmemeye ilişkin genel hükümlere tâbi tutulması gereken miktar sapsmaları arasındaki ayırım şöyle yapılmaktadır:

"...Kararlaştırılan miktardan daha az miktarda teslimde bulunulması halinde, ayıplı mal tesliminden değil, kısmen ifa etmemeden bahsedilir. Bu durumda alıcı eksik kısmın ifasını talep edebilir. (BGE 62 II 162; vgl. BGE 81 II 140)

Bu, literatürde "asıl nicelik ayıbı" olarak anılan, bir başka deyişle misli eşyaların, büyüklük, ağırlık veya sayı olarak satın alındığı ve vaatte bulunulan miktarda teslim edilmediği hallerde de geçerlidir (BECKER Art. 197 N. 1; OSER/SCHÖNENBERGER Art. 197 N. 13). Burada alıcının tekeffül hükümlerine göre korumaya ihtiyacı yoktur. Alıcı eksik miktarı talep edebilir veya satıcının temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabilir (Art. 107 ff., 190 f. OR). Büyüklük, ağırlık veya sayıya ilişkin belirlemeler satın alınan miktar için kullanılmadığında, bunun yerine misli olmayan bir eşyanın, bireysel bir cins eşyanın (*einer einzelnen Gattungssache*) veya tamamen belirlenmiş bir kalem

111 **Bucher**, Besonderer, s. 90, 91, 117; **Honsell**, Obligationenrecht, s. 81; **Aral/Ayrancı**, s. 119, 120.; **Eren**, Özel, s. 104.

112 **Huguenin**, N. 2611.

113 **Huguenin**, N. 2611.

114 **Bucher**, Besonderer, s. 90, 91, 117; **Honsell**, Obligationenrecht, s. 81; **Aral/Ayrancı**, s. 119, 120.; **Eren**, Özel, s. 104.

115 **Huguenin**, N. 2611

116 **Schönle, Herbert/Higi, Peter**: *Obligationenrecht Teilband V 2a Kauf und Schenkung Zweite Lieferung Art. 192-204 OR*, Schulthess Juristische Medien AG Zürich 2005, Art 197, N. 99, 100; **Giger**, Art. 197-210 N. 52.

117 **Giger**, Art. 197-210 N. 51.

cins eşyaların (*eines ganz bestimmten Postens von Gattungssachen*) niteliklerini gösteriyorsa; örneğin satıcı alıcıya belirli bir soğutma tezgâhının uzunluğunu yanlış bildirdi ise (BGE 57 II 290), toptan satılan belirli bir kamyon dolusu malın büyüklüğünü veya sayısını olduğundan fazla bildirdiyse durum farklıdır. Bu durumlarda “asıl nicelik ayıbı” söz konusu değildir. Bunun yerine Md. 197 OR anlamında satıma konu olan, bildirilen vasıflardan yoksun olma hali söz konusudur.”¹¹⁸

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen bu örnekler çeşitlendirilebilir. Bir binanın inşaat hacminin azlığı, kat mülkiyetinde brüt alanın eksik olması, olması gerekenden uzun veya kısa kumaşlar, paketlenmiş malların gerektiğinden hafif olması, soğutma tezgâhının uzunluğu konusunda yanlış bilgi verilmesi,¹¹⁹ bir karışımda eklenen yabancı tahılların tolerans sınırını aşması, tahta kalasların boyutlarının gereken ölçüde olmaması, bir bütünün içine fazla miktarda ekleme yapılmış olması ve bunun ancak zorlukla ayrılabilir olması, bidonlarda satılan yağın miktarının gereken miktarda olmaması,¹²⁰ satılan kumaşın her bir santimetrekaresinde bulunması gereken sayıda örgü bulunmaması¹²¹ veya halının santimetrekaresinde belirli sayıda ilmek bulunmaması,¹²² bir havlunun gereğinden daha uzun ya da kısa olması,¹²³ bir aletin çapının belirlenenden eksik olması,¹²⁴ elbiselik kumaşın sözleşmeyle kararlaştırılandan eksik teslim edilmesi¹²⁵ gibi hallerde eksik ifanın malın niteliklerine ilişkin olduğu böylece malda ayıba sebep olduğundan bahsedilmektedir. Böylece niceliğin niteliği etkilediği, malın kullanımını etkileyen ağırlık, büyüklük gibi niceliksel özelliklerin eksik veya fazla olduğu gibi hallerde salt eksik ifa yerine ayıptan söz edilecektir.¹²⁶ Bir başka deyişle büyüklük sözleşmenin içeriğini oluşturduğu zaman ve alıcının kullanım amacı için önemli bir anlam taşıdığına ayıp söz konusudur. Bu hallerde eksiklik niteliğe ilişkin hale gelir.¹²⁷

Nitekim Mülga BK'da olmamasına rağmen öğretilde kabul edilen bu durum, yeni TBK'da ‘niteliği etkileyen nicelik’ ismiyle kendisine kanuni bir dayanak da bulmuştur.¹²⁸ Öğretilde nicelik eksikliği sözleşme konusunun değerini azaltıyor ya da alıcının faydalanması bakımından nihai bir önem taşıyorsa¹²⁹ veya malın niteliğini belirleyip alıcının kullanma amacı bakımından önem arz ediyorsa¹³⁰ ya da alışveriş hayatındaki görüşler nedeniyle¹³¹ TBK'daki ‘niteliği etkileyen nicelik’ten bahsedilebileceği, bu durumlarda bir ayıbın söz konusu olduğu¹³² ifade edilmektedir.

118 BGE 87 II 244.

119 **Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang/ Honsell, Heinrich:** *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 (6. Auflage)* Helbing Lichtenhahn Verlag Basel 2015, Art. 197 N. 9.

120 **Giger,** Art. 197-210 N. 52.

121 **Yavuz/Acar/Özen,** s. 72.

122 **Aydoğdu/Kahveci,** s. 142.

123 **Honsell,** Obligationenrecht, s. 81.

124 **Aral/Ayrancı,** s. 120.

125 **Serozan,** Borçlar Özel, s. 103, 104.

126 **Tandoğan,** Özel, s. 171.

127 **Honsell/Vogt/Wiegand/ Honsell,** Art. 197 N. 9.

128 **Aydoğdu/Kahveci,** 142.

129 **Gümüş,** Borçlar, s. 84.

130 **Özdemir,** s. 139.

131 **Yavuz/Acar/Özen,** s. 72.

132 **Eren,** Özel, s. 103.

Kimisi çeşit-parça borcu ayrımı, kimisi de misli-misli olmayan eşya ayrımına yoğunlaşan yukarıda özetlenen görüşlerde; bir eksik ifanın ayıp ile ilgili hükümlere tâbi tutulabilmesi için gerekli koşul, miktarın malın niteliğini teşkil etmesidir. Nicelik bakımından eksikliğin satım konusu malın niteliğini oluşturduğu durumda, bu eksiğin bir nitelik eksikliğine evrildiğinden söz edilmektedir.

Eğer yukarıdaki gibi niteliği oluşturan nicelik eksikliği değil, salt eksik ifa söz konusu ise genel hükümlere başvurmak gerekecektir. Miktar bakımından borçlanılan ifadan geride kalma durumunda devreye giren¹³³ kısmen ifaya¹³⁴ ilişkin TBK md. 84'ün gündeme gelebilmesi için bölünebilir olma koşulu aranmaktadır. Borcun kısmen ifa edilmemiş olması halinde, eğer bölünebilen bir edimden bahsedilebiliyorsa veya birden fazla edim içeren bir sözleşmede bazı edimlerin yerine getirilmemesi söz konusu ise kısmi temerrüt nitelendirilmesi yapılır. Böylece ifa edilmeyen kısım için temerrüt hükümleri uygulanır.¹³⁵ Daha açık bir ifadeyle bu ifanın kısmen ifa olarak nitelendirilip genel hükümlere tâbi tutulması edimin niteliği itibarıyla bölünebilir bir edim olup olmamasına bağlıdır. Niteliğinde ve değerinde bir değişiklik olmaksızın parçalanabilen edimin bölünmeye elverişli olduğu varsayılmaktadır.¹³⁶ Öğretide teknik anlamda bölünebilir olmanın, bir başka deyişle niteliğinde veya değerinde bir değişiklik olmaksızın parçalara ayrılabilme ölçütünün yanında; sözleşmenin amacı, tarafların menfaatleri,¹³⁷ işlem hayatındaki görüşlerin de kısmen ifanın mümkün olup olmayacağı konusunda belirleyici olduğu da öne sürülmektedir.¹³⁸ Benzer biçimde kısmi ifadan bahsedilebilmesi için ifa edilen kısmın objektif olarak ekonomik bir değer taşıması gerektiği ve ayrıca alacaklının ifadan menfaatini belirli ölçüde karşılaması gerektiği ifade edilmektedir.¹³⁹ Kısmen ifa ile ilgili yukarıda sıralanan ölçütlerden hangisi benimsenirse benimsensin, bölünebilir olmanın odaktaki ölçüt olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

B. Eksik İfanın Hükümleri

1. Viyana Satım Antlaşması'nda Eksik İfanın Hükümleri

a. Genel Olarak

CISG md. 51'in uygulama alanı bulduğu bir durumda alıcının ifayı reddetmesi mümkün değildir. Alıcı md. 51(2)'deki istisna hükmü –tüm sözleşme bakımından esaslı ihlal hali – saklı kalmak şartıyla

133 **Wullschleger, Paola:** *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen 3. Auflage Art 1-183 OR*, Art. 69, N3; **Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang/ Leu, Urs:** *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 (6. Auflage)* Helbing Lichtenhahn Verlag Basel 2015, Art. 69, N. 2

134 Her ne kadar İsviçre Borçlar Kanunu'nda 'kısmi ödeme'den bahsedilse de burada yalnızca para borçları değil her türlü ifanın kapsama alındığı kabul edilmektedir. **Wullschleger**, Art. 69, N3. Mülga BK'daki "kısmen tediye" ifadesine rağmen öğretilerde bunun her türlü edime ilişkin olarak uygulanabileceği kabul edilmekteydi. **Gümüş, Alper:** "Kısmi İfa", *Prof.Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan*, İstanbul 2003, 603-631, s. 604. Nitekim mülga BK'nın aksine TBK'da kısmi tediye değil 'kısmen ifadan bahsedilmektedir. (TBK md. 84).

135 **Oğuzman/Öz**, s. 424, 565-567.

136 **Oğuzman/Öz**, s. 293, 294.

137 **Honsell/Vogt/Wiegand/Leu**, Art. 69, N. 2

138 **Gümüş**, Kısmi İfa, s. 607.

139 **Demirbaş, Feride:** *Kısmi İfa*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 135, 137.

sözleşmeye uygun olarak teslim edilen kısmı teslim almak ve bedelini ödemekle yükümlüdür.¹⁴⁰ Böylece md. 51, sözleşmenin *de facto* biçimde ikiye – sözleşmeye uygun ve uygun olmayan kısımlar olmak üzere iki kısma – ayrılmasına yol açmaktadır. Sözleşmenin konusunu oluşturan mallar bakımından yapılan bu ayırım, CISG'nin temel politikalarından biri olan sözleşmeyi ayakta tutma amacının yansımaları sayılabilir.¹⁴¹

b. Eksik İfanın Nitelendirilmesi ve Eksik İfaya İlişkin Hukuki Çarelere Başvurma Şartları

Alıcının başvurabileceği hukuki çarelere ve bu çarelerin şartlarına gelince, CISG md. 51(1)'de düzenlenen iki hal bakımından bir ayırım yapılması ve bu haller bakımından birer vasıflandırma yapılması zorunluluğu doğmaktadır. Burada malların kısmen teslim edilmesi, bir başka deyişle kısmen ifa hâli ile malların kısmen sözleşmeye uygun olmayan biçimde teslim edilmesi, bir başka deyişle kısmen sözleşmeye uygun olmayan ifa hâli, birbirinden farklı sonuçlara yol açabilir. Kısmen ayıplı ifanın, md. 35 anlamında bir uygun olmayan ifa olduğu konusunda kuşku yoktur. Ancak kısmen ifanın, sözleşmeye uygun olmayan ifa mı –Türk hukukundaki terminoloji kullanılırsa bir ayıp mı – yoksa hiç ifa etmeme hali mi teşkil ettiği konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Bu ayrılıklar başvurulabilecek hukuki çareler ve bu çarelere başvurma koşulları bakımından tereddüt yaratabilir.¹⁴² Sözgelimi eğer sözleşmeye uygun olmayan bir teslimden bahsedilirse, bu durumda alıcının başvuracağı hukuki çareler için, hiç ifa etmemeden farklı olarak öncelikle md. 38 ve 39'daki muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekmektedir. Buna karşılık sözleşmeye uygun olmayan ifa değil de hiç ifa etmeme biçiminde bir vasıflandırma yapılırsa, ayıplı ifa bakımından tanınmayan bir hukuki çarenin –md. 49(1)(b)'ye göre satıcıya müddet tanıyıp müddetin sonunda sözleşmeden dönme hakkının – tanınması gündeme gelebilir.

Bir görüşe göre kısmen ifa, sözleşmeye uygun olmayan ifa değil, hiç ifa etmeme hali olarak ele alınmalıdır. Böylece burada ifa edilmeyen kısım açısından, hiç ifa etmemeye ilişkin hukuki çareler uygulama alanı bulur. Bu açıdan, hukuki vasıflandırmanın değiştiğinden, miktar bakımından sözleşmeye uygun olmayan teslim teşkil eden bir ifanın md. 51'de öngörülen hüküm çerçevesinde hiç ifa etmemeye dönüştüğünden bahsedilmektedir. Malların kısmen sözleşmeye aykırı olduğu ikinci halde ise hukuki vasıflandırma değişime uğramaz.¹⁴³ Daha açık bir deyişle malların sözleşmeye uygun olmadığı yolundaki vasıflandırma ve bunu izleyen hukuki sonuçlar md. 51'e rağmen geçerli olmaya devam eder.

Bir diğer görüş ise bunun aksine, kısmen ifanın da md. 35 anlamında sözleşmeye uygun olmayan ifa olarak vasıflandırılması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre md. 51, miktar bakımından eksikliğin,

140 Huber/Mullis, s. 294; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Md. 51 P. 4; Honsell/Schnyder/Straub, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 30.

141 Kee, Christopher: "Remedies for breach of contract where only part of the contract has been performed: Comparison between provisions of the CISG (Articles 51 and 73) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law", *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (ed. Felemegas, John), Cambridge University Press, New York 2007, 415-419, s. 416.

142 Huber/Mullis, s. 294, 295.

143 Honsell/Schnyder/Straub, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 27, 36, 43.

sözleşmeye uygun olmayan teslim olarak vasıflandırmasını değiştirmemektedir. Bu maddenin fonksiyonu, aslında hiç ifa etmemeye ilişkin olarak düzenlenen md. 49(1)(b) uyarınca alıcıya ek süre tanıyıp sürenin sonunda dönme imkânı sağlamaktır.¹⁴⁴

Üçüncü bir görüş ise, başvuru hukuki çarelerle, hukuki çarelere başvurma şartları bakımından bir ayırım yapmış görünmektedir. Buna göre, 51. maddede açıkça atf yapılan 46-50. maddeler – bir başka deyişle başvurulacak hukuki çareler – söz konusu olduğunda miktarda eksiklik, hiç ifa etmeme olarak ele alınmalı, hiç ifa etmemeye ilişkin hukuki çareler uygulama alanı bulmalıdır. Buna karşılık konu, hukuki çarelere başvurma koşulları olan 38 ve 39. maddelerin, bir başka deyişle muayene ve ihbar külfetlerinin uygulanmasına geldiğinde ise, miktarda eksiklik bir çeşit sözleşmeye uygun olmayan teslim biçiminde anlaşılabilir, bu külfetlerin de alıcıdan bekleneceği kabul edilmelidir.¹⁴⁵

Bu tartışmanın teorik tarafı bir kenara bırakıldığında, her üç görüşün de kısmen ifa durumunda – hiç teslim etmeme hali için düzenlenmiş olan – md. 49(1)(b) uyarınca ek süre tanıyarak sözleşmeden dönme hakkını alıcıya sağladıkları görülmektedir. Böylece alıcı, md. 49(1)(a)'ya göre esaslı bir ihlal bulunmadığı durumda da, sözleşmeden dönme hukuki çaresine başvurma imkânına kavuşmaktadır.

Keza kısmen ifa sorununun vasıflandırması ile ilgili olarak hangi görüş benimsenirse benimsensin, CISG md. 38 ve devamında düzenlenen alıcının külfetlerinin de geçerli olmaya devam edeceği kabul edilmektedir. Böylece malların kısmen ifa edilmesi halinde bile, sözleşmeye uygun olmamaya ilişkin olarak alıcının muayene ve ihbar yükümlülükleri devam etmektedir.¹⁴⁶ İhbar külfetinin yerine getirilmediği hallerde alıcı, sözleşmeye uygun ifa etmemeye ilişkin haklarını kullanamayacaktır.¹⁴⁷ Ancak eğer md. 40'taki koşullar oluşmuşsa, bir başka deyişle satıcı eksikliği veya sözleşmeye uygun olmamayı biliyorsa veya bilmemesi mümkün değilse ve bunu alıcıya bildirmemişse alıcı haklarını

144 **Schlechtriem/Butler**, s. 146, 147. Zira sözleşmeye uygunluğu düzenleyen CISG md. 35, miktar bakımından her türlü sapmayı kapsamına almaktadır. Bkz: **Brunner**, Art 51 N. 3.

145 **Huber/Mullis**, s. 293, 294. Müller-Chen de bir taraftan eksik olan kısım için hiç teslim etmeme sayılacağını ve buna ilişkin hukuki çarelerin uygulama alanı bulacağını bildirmekte, bir taraftan da sözleşmeye uygun olmayan bir ifa söz konusu olduğunda md. 38 ve devamındaki muayene ve ihbar külfetlerinin geçerli olacağını savunmaktadır. Böylece açıkça bildirmese de başvurulacak hukuki çareler ve hukuki çarelere başvurma koşulları bakımından bir ayırım yapmış görünmektedir. Bkz.: **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 6, 8.

146 **Staudinger/Magnus**, Art 51 CISG N. 7. Bu konuda Schnyder/Straub, CISG md. 51'in yaptığı atıfta herhangi bir ayırım yapılmadığına bu nedenle de CISG 38 vd.ndaki külfetlerin ayırım yapılmaksızın geçerli olması gerektiğine dikkat çekmektedir. Bkz.: **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 28. Buna karşılık Huber/Mullis, Müller-Chen ve Brunner ise kısmi ifanın da bir çeşit sözleşmeye uygun olmayan ifa olduğundan hareket etmekte, bu nedenle md. 38 vd.ndaki maddelerin kısmi ifa halinde de uygulanmaya devam edeceğini belirtmektedir. Bkz: **Huber/Mullis**, s. 294; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 8; **Brunner**, Art 51 N. 5.

147 Almanya'da Tübingen Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda mahkeme kısmen ifa halinde de CISG md. 39 bağlamında ihbar külfetinin varlığını araştırmıştır. Bilgisayar ve elektronik veri işlemcisi eklentilerinin satımına ilişkin sözleşmede satıcı, 7 Şubat 2002'de malları alıcının müşterisine doğrudan teslim etmiştir. Müşteri daha sonra teslim edilen mallar arasında eksikler olduğunu alıcıya bildirmiştir. Alıcı ise tam belirlenememekle beraber 15 Şubat veya 19 Şubat 2002 tarihinde satıcıya bu eksikleri ihbar etmiştir. Tübingen Mahkemesi'ne göre birkaç gün içinde ihbarda bulunması gereken alıcı, CISG md. 39 kapsamındaki külfetini yerine getirmemiştir. Bkz.: *LG Tübingen*, 16.06.2003 – 21 O 11/03, CISG-online No: 784 (Kararın İngilizce çevirisi için: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030618g1.html>> Erişim tarihi: 25.08.2019).

kullanmaya devam edebilir. Aynı şey satıcının kısmen ifada bulunduğunu açıkladığı hallerde de geçerlidir.¹⁴⁸

İspat yüküne gelindiğinde, alıcı satıcının eksik ifada bulunduğunu ispatlamakla yükümlüdür. Bunun dışında ise başvurduğu hukuki çare hangisi ise, o çareye ilişkin ispat kuralları uygulama alanı bulur.¹⁴⁹

c. Alıcının Kullanabileceği Haklar

CISG md. 51(1)'de eksik ifa halinde madde 46 ile 50 arasındaki düzenlenen hukuki çarelere başvurulabileceği düzenlenmektedir. Ancak bununla beraber alıcının, md. 45(1)(b) uyarınca zararının tazminini talep etme hakkı da devam etmektedir.¹⁵⁰

Eksik ifa halinde alıcı, aynı zamanda kısmen ifa etmeme hali söz konusu olduğundan md. 46'daki aynen ifa talebini öne sürebilir.¹⁵¹ Md. 46(2) ve (3)'te düzenlenen malların ikamesinin gönderilmesini veya onarımını isteme imkânları ise söz konusu olmaz.¹⁵² Alıcının md. 46(1) bağlamındaki bu hakkının karşısında, satıcının da md. 48(1)'e göre ifaya ilişkin eksikliği, giderlerini kendisi karşılamak üzere giderebileceği kabul edilmektedir.¹⁵³

Sözleşmeden dönme konusunda ise alıcının hem md. 49(1)(a)'yı hem de 49(1)(b)'yi devreye sokma olanağı bulunmaktadır. Alıcı md. 47'ye göre aynen ifa için satıcıya süre tayin edip bu sürenin sonunda eksikliğin tamamlanmaması halinde sözleşmenin eksik kısmı bakımından md. 49(1)(b) uyarınca sözleşmeden dönebilir. Öte yandan eksik ifa, esaslı bir ihlal teşkil ediyorsa, alıcının md. 49(1)(a) uyarınca süre tayin etmeden sözleşmenin ifa edilmeyen kısmı bakımından dönme beyan etmesi de mümkündür.¹⁵⁴ Eksik ifa halinde esaslı bir ihlalden söz etmek, ifa imkânsızlığı, satıcının ifayı reddetmesi veya kesin vadeli sözleşmeler açısından söz konusu olabilir.¹⁵⁵ Örneğin alıcının tam olarak vadede yapılacak ifada özel bir menfaatinin bulunduğu ve satıcının da bunu öngörebildiği bir kesin vadeli işlem halinde eksik ifa, esaslı bir ifa oluşturabilir.¹⁵⁶ Sözleşmenin ifa edilmeyen kısmı

148 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 29; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 8.

149 **Staudinger/Magnus**, Art 51 CISG N. 21; **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 53.

150 UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, New York 2016, Art. 51 N. 5.

151 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 37; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 5.

152 **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 6.

153 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 38; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 6.

154 UNCITRAL, Art. 51 N. 4; **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 40; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 6.

155 **Schlechtriem/Butler**, s. 146.

156 İtalyan üretici/satıcının, Alman alıcıya ayakkabı satışına ilişkin sözleşmede, satıcının ayakkabıları eksik teslim etmesi sonucunda alıcı, hem sözleşmeden kısmen döndüğünü beyan etmiş hem de zararının tazminini istemiştir. Düsseldorf İstinaf Mahkemesi'nin verdiği kararda, esaslı ihlalden bahsedilebilmesi için alıcının vadede ifa için özel bir menfaatinin bulunması ve satıcının da bunu öngörebiliyor olması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Örneğin sezonluk ürünler için bunun söz konusu olabileceği belirtilmiştir. Dava konusu olayda bu söz konusu olmadığından mahkemeye göre esaslı bir ihlal de mevcut değildir. *OLG Düsseldorf*, 24.04.1997 – 6 U 87/96 (Kararın İngilizce çevirisi için: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970424g1.html>> Erişim tarihi: 25.08.2019).

için dönme hakkının kullanılması sonucu, teslim edilmesi gereken toplam mal miktarı ile teslim edilen miktar oranlanarak, bedel bu orana göre indirilir.¹⁵⁷

Bedelden indirim hakkının, kısmi ifa durumunda mevcut olup olmadığı konusunda öğretide bir görüş ayrılığı dikkati çekmektedir. Md. 50'de sözleşmeye uygun olmayan ifa haline özgü olarak düzenlenen bedelde indirim hakkına, buna rağmen md. 51'in atfı nedeniyle kısmi ifa halinde de başvurulması, çoğunlukta olduğu gözlenen bir görüşe göre mümkündür.¹⁵⁸ Ancak bu, sözleşmeden kısmen dönülmesi ile aynı sonuçlara götürdüğünden bu yolun pratik bir önemi bulunmadığı söylenebilir.¹⁵⁹ Bir diğer görüş ise, ifa etmemeyi ayıplı ifa ile bir tutmanın mümkün olmadığından hareket etmekte, bu nedenle kısmen ifa durumunda bedelden indirim imkânına başvurulmasına izin verilmemesinden yana durmaktadır.¹⁶⁰

CISG md. 51'de yalnızca 46-50. maddelere atıf yapılmakla beraber alıcının, md. 45(1)(b) uyarınca zararının tazminini talep etme hakkı da kısmi ifada devam etmektedir. Gerekli şartların oluşması halinde alıcı, malların kısmen teslim edilmesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir.¹⁶¹ Hatta sözgelimi dönme hakkı için aranan şartları –md. 49(1)(b) uyarınca satıcıya ifa için süre tayin edilmesi şartını – yerine getirmedeği için dönme hakkını kullanamayacak olan alıcı bile, md. 45(1)(b) çerçevesinde zararının tazminini isteyebilir.¹⁶² Garanti sorumluluğunun benimsendiği¹⁶³ CISG'de, tazminat sorumluluktan kurtulma konusunda borçlu md. 79(1)'deki sorumluluktan kurtulma halini öne sürebilir. Buna göre ifa etmeme hali; borçlunun hâkimiyet alanı dışında kalan bir engelden kaynaklanmalı, sözleşmenin kurulması anında bu engeli hesaba katması veya engelden ya da sonuçlarından kaçınması veya bunları aşması borçludan beklenememelidir. Tüm bu koşulların kümülatif olarak arandığı md. 79(1)'deki sorumluluktan kurtulma hali ancak istisnai hallerde gündeme gelmektedir.¹⁶⁴ Ayrıca ispat yükü de borçlunun üzerindedir.¹⁶⁵

Kısmen sözleşmeye uygun olmayan malların teslimi söz konusu olduğunda alıcı, 46 ile 50. maddeler arasındaki haklarını kullanabilir. CISG md. 46(2)'ye göre esaslı bir ihlal halinde ikame malların gönderilmesini talep edebileceği gibi,¹⁶⁶ madde 46(3)'e göre onarım da talep edebilir. Bu

157 **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 6.

158 **Brunner**, Art 51 N. 5; **Staudinger/Magnus**, Art 51 CISG N. 14; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 6.

159 **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 6. Ne var ki, dönme ile bedelden indirim imkânlarının şartları birbirinden farklı olduğundan, tartışmanın bu bakımdan bir pratik anlamı olduğu kanımca öne sürülebilir.

160 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 39.

161 UNCITRAL, Art. 51 N. 5; **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 42.

162 İtalyan tekstil üreticisi ile Alman alıcı arasındaki sözleşmede, satıcı tekstil ürünlerinin bir kısmını farklı bir renkte teslim etmiştir. Düsseldorf İstinaf Mahkemesi'ne göre farklı renkte ürün tesliminin *aliud* ifa olarak kabul edilmesi, dolayısıyla da ayıplı değil kısmi ifadan söz edilmesi gerekir. Alıcı bu bağlamda satıcıya aynen ifa için süre tanımadığından md. 49(1)(b)'ye göre sözleşmeden kısmen dönemez. Ancak buna rağmen zararının tazminini talep edebilir. *OLG Düsseldorf*, 10.02.1994 – 6 U 119/93 (Kararın İngilizce çevirisi için: <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/940210g2.html>> Erişim tarihi: 25.08.2019).

163 **Honsell, Heinrich/Magnus, Ulrich: Kommentar zum UN-Kaufrecht Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG) Zweite Auflage**, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010, UN-Kaufrecht, Art. 79 N. 1.

164 **Honsell/Magnus**, UN-Kaufrecht, Art. 79 N. 9.

165 **Honsell/Magnus**, UN-Kaufrecht, Art. 79 N. 29.

166 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 44; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 7.

hakkın karşısında, satıcının da md. 48(1)'deki makullük şartlarının varlığı halinde teslimden sonra uygun olmamayı giderme imkânı devam etmektedir.¹⁶⁷ Keza md. 50 bağlamında alıcının bedelden indirim imkânı da bulunmaktadır.¹⁶⁸ Sözleşmenin sona erdirilmesi imkânına gelindiğinde ise alıcının, md. 49(1)(b)'ye göre değil yalnızca md. 49(1)(a)'yı devreye sokarak, bir başka deyişle ancak esaslı bir ihlal halinde sözleşmeye uygun olmayan biçimde ifa edilen kısım bakımından sözleşmeden dönmesi mümkündür.¹⁶⁹ Bu durumda sözgelimi 100 pamuk balyasının konusunu oluşturduğu bir sözleşmede, 10 adet ayıplı balya için dönme beyan edildiğinde, alıcının ödeyeceği bedel onda bir oranında indirilecektir.¹⁷⁰ Kısmi ifadaki açıklamalara paralel olarak kısmen sözleşmeye uygun olmayan malların tesliminde de alıcının, 45(1)(b) uyarınca zararının tazminini talep etmesi mümkündür.

Alıcının yukarıda ifade edilen dönme hakkı, yalnızca ifa edilmeyen veya sözleşmeye uygun olmayan biçimde ifa edilen kısım ile sınırlıdır. Bir başka deyişle 46-50. maddeler, sözleşmeye uygun olarak teslim edilen kısım açısından uygulanabilir değildir. Md. 51(1) ile ifade edilen bu kuralın peşi sıra md. 51(2)'de ise bu defa bir istisna düzenlemesi öngörülerek, sözleşmenin tamamından dönme düzenlenmiştir. Böylece aynı zamanda sözleşmeden kısmen dönme ile sözleşmenin tamamından dönme arasındaki ayrım çizilmiştir.¹⁷¹ Sözleşmenin tamamı bakımından dönmek ise, CISG md. 51(2) uyarınca ancak sözleşmenin tamamı bakımından esaslı bir ihlal söz konusu ise gündeme gelir. Burada alıcının aynen ifa için süre tayin etmesi ve sürenin sonunda ifanın gerçekleşmemesi, bir başka deyişle md. 49(1)(b)'nin şartlarının oluşması, sözleşmenin tamamından dönme imkânının kullanılması için yeterli değildir.¹⁷²

Burada şart koşulan, ifanın eksik yerine getirilmesinin çok ağır olması ve alıcıdan sözleşmeyle bağlı tutulmasının beklenememesidir.¹⁷³ Bu hükme bir istisna olarak sınırlı hallerde başvurulacağı savunulmaktadır.¹⁷⁴ Özellikle farklı malların beraber satılmasını konu alan sözleşmelerin eksik ifasında bundan bahsedilebilir. Sözleşmenin kısmen ifa edilen veya sözleşmeye uygun ifa edilen kısmını oluşturan mallar, bağımsız kullanabilecek nitelikte değilse md. 51(2)'nin şartları doğabilir. Örneğin birbiriyle ilişkili bir mobilya grubunun bir kısmı sözleşmeye uygun ifa edilmezse, alıcının mobilyaların kalanına ihtiyaç duymadığı durumda sözleşmenin bütününe yayılan bir esaslı ifadan bahsedilebilir. Hatta birbiriyle aynı parçaların konusunu oluşturduğu bir sözleşmede bile eksik ifa, sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ifaya dönüşebilir.¹⁷⁵ Sözgelimi alıcının kısmen sözleşmeye uygun olmayan malların, ayıpsız olanlarını bu ayıbın yaydığı ün nedeniyle tekrar satışa çıkarmaktan

167 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 44, 45.

168 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 46; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 7.

169 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 47.

170 **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 7.

171 **Honsell, Heinrich/Schnyder, Anton K/Straub, Ralf Michael**: *Kommentar zum UN-Kaufrecht Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG) Zweite Auflage*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010, Art. 51 N. 3, 4.

172 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 49; **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 9.

173 **Honsell/Schnyder/Straub**, UN-Kaufrecht, Art. 51 N. 50.

174 UNCITRAL, Art. 51 N. 7.

175 **Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen**, Md. 51 P. 10, 11.

çekinmesi, md. 51(2)'nin uygulanması için yeterli kabul edilebilir.¹⁷⁶ Literatürde verilen bu örnekler ve mahkeme kararlarına bakıldığında, teslim edilen malların alıcı açısından yararsız kaldığı hallerde sözleşmenin bütünü açısından dönme izin verildiği söylenebilir.

Artarda teslimli sözleşmelerde sözleşmenin bir kısmı bakımından ifa edilmeme veya gereği gibi ifa edilmeme halinde CISG md. 73'de özel bir düzenleme öngörülmüştür.¹⁷⁷ Artarda teslimli sözleşme, zaman bakımından en az iki birbirinden ayrı teslimin öngörüldüğü sözleşmelerdir. Md. 73, tıpkı md. 51 gibi, alıcının dönme hakkını artarda teslimli sözleşmenin ihlale neden olan münferit teslimatı ile sınırlamaktadır.¹⁷⁸ Md. 73'deki özel düzenlemeye tâbi bu sözleşmeler bakımından, eksik ifaya ilişkin 51. maddenin devreye girmesi ancak münferit teslimatın eksik veya kısmen sözleşmeye uygun olmayan biçimde yapılması halinde mümkündür.¹⁷⁹

Alıcının, satıcının eksik ifası veya kısmen sözleşmeye uygun olmayan ifası nedeniyle kullanacağı haklar, yine artarda teslimli sözleşmeler bakımından da CISG md. 38 ve devamındaki ihbar külfetine tâbidir.¹⁸⁰ CISG md. 73'ün lafzına bakıldığında, yalnızca dönme hakkına atıfta bulunduğu görülse de alıcının diğer hukuki çarelere başvurması, bedelden indirim ve zararının tazminini talep etmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.¹⁸¹

2. Alman Hukukunda Eksik İfanın Hükümleri

Satım sözleşmesinde satıcı, 'ifa teorisi'ne (*Erfüllungstheorie*) göre eşyayı maddi ve hukuki ayıplardan arı biçimde teslim etmekle yükümlüdür. Bu yüküm ihlal edildiyse, alıcı alacaklı temerrüdü söz konusu olmaksızın § 320 BGB uyarınca malı almayı reddedip kendi edimini ifa etmeyi reddedebilir. Ya da malı kabul ettiyse, sonradan ifa, dönme, bedelden indirim, zararın tazmini veya boşa çıkan masrafların tazminini talep edebilir. Tazminat talebi ve dönme hakkı için § 437 BGB'de genel hükümlere atıf yapıldığından, bu hükümler satım için de geçerli olmaya devam edecektir. Ancak satım hukukundaki tekeffül hükümlerinde de bu haklar için birtakım özel düzenlemeler öngörülmüştür.¹⁸²

Alıcı ilk olarak satım hukukuna ilişkin özel hükümlerdeki § 439 BGB uyarınca sonradan ifa (*Nacherfüllung*) talep edebilir. Bu konuda teslim edilen maldaki ayıbın giderilmesini veya ayıpsız

176 Almanyadaki alıcının, İtalyadaki satıcıdan sipariş ettiği 319 çift ayakkabıdan bazılarının tabanlarının ve dikişlerin gevşek olduğundan hareketle, ayakkabıları sattığı müşterilerinden gelen şikâyetler üzerine Alman alıcı elinde kalan –ve bazıları ayıpsız olan – 154 çift ayakkabının tamamı için satım sözleşmesinden döndüğünü beyan etmiştir. Koblenz İstinaf Mahkemesi'ne göre, Alman alıcının gibi küçük bir işletmenin, daha önce ayıplı olduğu anlaşılan ayıplı malları tekrar vitrinine koyması ticari itibar kaybına neden olabilir. Bu nedenle alıcının md. 51(2)'ye göre sözleşmenin tamamından dönmesi mümkündür. Bkz.: *OLG Koblenz*, 21.11.2007 – 1 U 486/07 (Kararın İngilizce çevirisi için: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071121g1.html>> Erişim tarihi: 25.08.2019).

177 *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Md. 51 P. 3.

178 *Schlechtriem/Butler*, s. 145, 146.

179 *Honsell/Schnyder/Straub*, Art. 51 N. 20; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Md. 51 P. 3.

180 *Kee*, s. 417.

181 *Schlechtriem/Butler*, s. 147.

182 *Fikentscher/Heinemann*, s. 406, 407, 419.

bir malın teslimini isteme konusunda seçim kendisine aittir.¹⁸³ Eksik ifa bakımından da bu haktan bahsedilebilir. § 434 III BGB'de satım sözleşmesine ilişkin özel hükümlerde eksik ifanın da bir çeşit ayıp olarak değerlendirilmesi sonucu olarak, alıcı ifa edilmeyen kısım için sonradan ifa talebini (*Nacherfüllungsanspruch*) talebini yöneltebilir. Birincil aynen ifa talebi ise burada söz konusu olmaz. Böylece bu talep için de özel hükümlerde § 438 BGB'de öngörülen kısa zamanaşımı uygulama alan bulur. Aynı açıklama, *aliud* ifa bakımından da geçerlidir. Eski hukuktakinin aksine gerek parça gerekse çeşit borcunun *aliud* ifası halinde genel hükümler yerine satım hukukundaki özel tekeffül hükümleri uygulanmaktadır.¹⁸⁴ Bu hakkın dönme, bedelden indirim ve ifa yerine tazminat haklarına göre öncelikli olarak kullanılması gerekmektedir. Öte yandan bu imkânın varlığı için satıcının kusurunun şart olmadığı kabul edilmektedir.¹⁸⁵

Genel hükümlerdeki § 323 I BGB'de borçluya aynen ifa için müddet tanındıktan sonra sonuç alamayan alacaklının sözleşmeden dönebileceği hükme bağlanmıştır. Burada § 281 BGB'de düzenlenen tazminat taleplerinin aksine borçlunun gereği gibi yerine getirmediği ifasında kusurlu olması şartı da öngörülmemiştir. Ancak gereği gibi ifa etmeme halinde dönmek için 'yüküm ihlali'nin ciddi (*erheblich*) olması gerektiği düzenlenmiştir (§ 323 V BGB). Bir başka deyişle önemsiz hususlar gerekçe gösterilerek dönmek mümkün değildir.¹⁸⁶ Eksik ifa özelinde değerlendirildiğinde, miktar bakımından önemsiz bir sapma halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkının bulunmadığı söylenebilir.¹⁸⁷ Sapmanın önemli olup olmadığı ise, sözleşmeye, alıcının menfaatine bağlıdır. Hangi sapmanın önemli olduğunun yüzdesel olarak ifade edilemeyeceği belirtilmektedir.¹⁸⁸

Dönme hakkının, ayrıca ifa yerine tazminat talebinin, kullanılması ile ilgili olarak bir görüş ayrılığı dikkati çekmektedir. Bir görüşe göre § 434 III'te eksik ifanın bir ayıp olarak ele alınması, yalnızca satım sözleşmesine ilişkin özel hükümlerle sınırlandırılmalı, genel hükümlere genişletilmemelidir. Böylece eksik ifa halinde, genel hükümlerdeki gereği gibi ifa etmemeye ilişkin hükümler değil, kısmi ifayı düzenleyen hükümler uygulama alanı bulmalıdır. Buna göre alıcı, tüm sözleşmeden dönmek için kısmi ifa için getirilmiş olan § 323 V ve § 281 I uyarınca, kısmi ifada menfaati bulunmadığını ispatlamalıdır. Aynı şey ifa yerine tazminat talebi açısından geçerlidir.¹⁸⁹ Fakat böyle bir durum söz konusu değilse yalnızca kısmen dönme mümkündür. Bu halde miktar bakımından sapmanın ciddi

183 Ancak yaygın kabul edilen görüş, parça borcu için ayıpsız bir malın tesliminin tercih edilemeyeceği yönündedir. Bir başka deyişle parça borcunda yalnızca ayıbın giderilmesi talep edilebilir. Ne var ki bu görüşe karşıt diğer görüş ise 2002 Reformu'nun parça ve çeşit borcu ayırımı yok ettiğinden hareketle parça borcundaki ayıbın da, eğer misli bir eşya söz konusu ise ayıpsız mal teslimi ile giderilebileceğini öne sürmektedir. Öte yandan *aliud* ifa da ayıplı ifa olarak ele alındığından, parça borcu söz konusu olsa bile burada da ayıpsız bir malın teslimi ile sonradan ifanın mümkün olduğu açıktır. Bkz. **Fikentscher/Heinemann**, s. 419, 421, 422.

184 **Fikentscher/Heinemann**, s. 194, 413-415. *Aliud* ifanın da ayıp kapsamına sokulması *aliud* ve *peius* ifa arasına sınır çizme zorluğunu da ortadan kaldırmış olmaktadır. Bkz.: **Staudinger, Julius von/Kaiser: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts**, Sellier de Gruyter, Berlin 2008, s. 316.

185 **Fikentscher/Heinemann**, s. 419.

186 **Fikentscher/Heinemann**, s. 258, 424.

187 **Westermann** in: MünchKomm, § 434, N. 47.

188 **Grunewald, Barbara: Erman BGB 15. Auflage Band I**, Ottoschmidt 2017, § 435 N. 63.

189 **Westermann** in: MünchKomm, § 434, N. 48; **Lorenz, Stephan**: "Die Rechte des Käufers bei Teillieferungen, teilweiser Mangelhaftigkeit und „unerheblichen“ Sachmängeln", *DAR 9/2007* 506-509, s. 507.

olduğu sonucuna varılıyorsa satım konusu malın teslim edilmeyen kısmı bakımından alıcı, § 323 I göre satıcıya teslim için süre verdikten sonra dönme hakkını kullanabilir.¹⁹⁰

Alacaklının kısmi ifada menfaati bulunmadığı belirlenirken, alacaklının maruz kaldığı zararın, ifa edilmiş kısımdan daha fazla olup olmadığı araştırılır. Ancak eksik ifadan bahsedilebilmesi için ifanın parçalara ayrılabilmesi ve bu parçalamanın taraf iradelerine aykırı olmaması önemlidir. BGH, ifanın bölümlerinin, sözleşmenin amacına göre aynı kadere tâbi kılınıp kılınmadığı ölçütünü kullanmaktadır. Eğer bu koşul gerçekleşmezse zaten kısmi ifa söz konusu olmayacak ve alacaklı § 323 V 1 BGB çerçevesinde kısmi ifada menfaati olmadığını göstermek zorunda kalmayacaktır.¹⁹¹

Dönme hakkının kullanılması ile ilgili öne sürülen diğer görüş, § 434 III BGB'de satım sözleşmesine ilişkin özel hükümlerde eksik ifanın da bir çeşit ayıp olarak düzenlenmesi hükmünün genel hükümlere de genişletmektedir.¹⁹² Bu görüşe göre; eksik ifa bir ayıp olarak nitelendirildiğinden eksik ifa halinde sözleşmeden dönme için alıcının kısmi ifa için getirilmiş olan § 281 I ve § 323 V S. 1'de düzenlendiği gibi, kısmi ifada menfaati olmadığını göstermesine gerek yoktur. Alıcının yalnızca § 323 V S. 2'deki esaslı bir ihlal şartını ispatlaması yeterlidir. Bu görüşe göre, aksi savunulduğunda alıcının başvuracağı imkânlar konusunda ikilik ortaya çıkmaktadır. Alıcının hem eksik ifa halinde genel hükümlere (§ 323 V S. 1) göre sözleşmeden kısmen dönmesine izin verilmekte, bir taraftan da özel hükümler uyarınca bedelden indirim talebi ortaya çıkmaktadır.¹⁹³ Oysa eğer eksik ifanın ayıp olarak ele alınışı genel hükümlere de genişletilirse; alıcının yalnızca ayıba karşı tekeffüle ilişkin imkânları kullanabileceği söylenebilir. Burada bir ayıp bulunduğu kabul edildiğinden ayıba kaşı tekeffülden doğan hukuki çareler tüm sözleşme bakımından kullanılacaktır. Diğer görüşte ise alıcı sözgelimi genel hükümlere göre yalnızca teslim edilmeyen kısımdan da dönebilir.

Dönmeye ilişkin bu görüş ayrılığı bir tarafa bırakılıp alıcının diğer haklarına gelindiğinde, bedelden indirim hakkını da kullanabileceği görülmektedir. Özel hükümlerde satım sözleşmesine ilişkin § 437 2 BGB'de bedelde indirimden bahsedilirken § 441 BGB'ye atıf yapılmıştır. § 441 I BGB açıkça alıcının, dönme yerine bedelden indirim talep edebileceğini düzenlemektedir.¹⁹⁴ Ancak gereği gibi ifa etmeme halinde sözleşmeden dönülmesi için yüküm ihlalinin 'ciddi' (*erheblich*) olmasını şart koşan § 323 V 2 BGB'nin bedelde indirim için uygulanmayacağı da açıkça düzenlenmiştir.¹⁹⁵

Alıcının tazminat taleplerine gelindiğinde ise için genel hükümlerde iki tazminat talebi öngörüldüğü gözlenir. Alacaklı genel hükümlerdeki § 280 III ve § 281 I BGB'ye göre, aynen ifa için borçluya tanyacağı müddetin dolmasıyla ifa yerine tazminat (*Schadenersatz statt der Leistung*) talep edebileceği gibi, § 280 I BGB'nin tek başına uygulanması yoluyla basit tazminat da talep edebilir. Bunlardan ilki ifa menfaatini (*Äquivalenzinteresse*) korurken, ikincisi ise bütünlük menfaatine

190 Lorenz, s. 506, 507.

191 Markesiniz/Unberath/Johnston, s. 428, 429.

192 Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust, § 434, N. 118; Dauner-Lieb/Langen/Büdenbender: § 434 N.82.

193 Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Faust, § 434 N. 118.

194 Fikentscher/Heinemann, s. 426.

195 Markesiniz/Unberath/Johnston, s. 509, 510.

(*Integritätsinteresse*) yönelmektedir. Bir başka deyişle ilk talep, ayıp zararlarını (*Mangelschäden*), ikincisi ise ayıbı takip eden zararları (*Mangelfolgeschäden*) tazmin etmektedir.¹⁹⁶

BGB'de kural, 'yüküm ihlali' halinde hâlihazırda ifa edilen edimi elde tutarak ayıptan kaynaklanan değer düşüklüğünü ve diğer zararların tazmininin sağlanmasıdır. Küçük tazminat (*kleiner Schadenersatz*) olarak anılan bu sonucun yanı sıra belli şartların gerçekleşmesi ile ifanın tümü yerine tazminat bir başka deyişle büyük tazminat (*großer Schadenersatz*) talep etmek de mümkündür.¹⁹⁷ İfanın tümü yerine tazminat talebinin şartları, sözleşmeden dönmeye benzer bir silsile içinde düzenlenmiştir. Eğer ifanın yerine getirilmesi mümkünse, genel hükümlerde § 281 I BGB uyarınca alıcı satıcıya bir müddet tanıyarak müddetin sonunda ifa yerine tazminat talep edebilir.¹⁹⁸ Tıpkı dönmeyi düzenleyen § 323 V BGB'de olduğu gibi eksik ifa ve gereği gibi yapılmayan ifa için burada da özel şartlar öngörülmüştür. Eksik ifa halinde ifanın tümünden vazgeçip tazminat talep etmesi için alıcının kısmi ifada menfaatinin bulunmaması gerekir (§ 281 I 2 BGB).¹⁹⁹ Gereği gibi yapılmayan ifada ise yüküm ihlalinin 'ciddi' olması şartı aranır (§ 281 I 3 BGB). Ancak sözleşmeden dönmekten farklı olarak tazminat talebinde satıcının yüküm ihlalinde kusurlu olması koşulu bir genel hüküm olarak § 280 I BGB'de getirilmiştir. Borçlunun kasıt ve ihmalinden sorumlu olacağı ise yine genel hükümlerde § 276 I BGB'de düzenlenmiştir. § 280 I 2 BGB'den borçlunun kusurunun karine olarak getirildiği anlaşılmaktadır. Bu karinenin çürütülmesi ise ancak istisnai hallerde mümkündür.²⁰⁰

3. İsviçre/Türk Hukukunda Eksik İfanın Hükümleri

İsviçre/Türk hukukunda, eksik ifa halinde öncelikle özel hükümlere mi yoksa genel hükümlere mi başvurulacağı problemi yanıtlanmalıdır. Eğer kısmen ifa olarak nitelenecek bir eksik ifa söz konusu ise kısmi temerrüde ilişki hükümleri; ayıp olarak nitelenecek bir eksik ifa söz konusu ise özel hükümlerdeki tekeffül sorumluluğu gündeme gelecektir. Eğer bir ayıp olarak nitelendirilemeyecek bir eksik ifa söz konusu ise kısmen ifaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bir başka deyişle alacaklı satım hukukuna ilişkin tekeffül sorumluluğuna başvuramaz.²⁰¹

Bu durumda alacaklı temerrüde düşen borçluya, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde uygun bir süre verebilir. Bu borçluya yükümlülüğünü yerine getirmesi için verilen son bir şanstır.²⁰² Karşılıklı

196 Fikentscher/Heinemann, s. 255.

197 Staudinger/Kaiser, Eckpfeiler, s. 366.

198 Alacaklının ifa yerine tazminat talebinden önce aynen ifa için müddet tanıma zorunluluğu, aynen ifanın önceliğinin korunduğunu göstermektedir. 437 BGB'de yapılan atıf ile bu zorunluluk satım sözleşmesine de adapte edilmiştir. Bkz.: Fikentscher/Heinemann, s. 255.

199 Fakat satım sözleşmesi bakımından eksik ifayı ayıp ile bir tutan özel hükümlerdeki düzenlemenin genel hükümlere genişletilmesini savunan görüş benimsenirse, sözleşmenin tamamı bakımından ifa yerine tazminat talep edilmesi için, alıcının kısmi ifada menfaatinin bulunmaması koşulu aranmayacaktır. Bkz. yuk.: dn. 188'a ilişkin metin vd.

200 Markesiniz/Unberath/Johnston, s. 511-513.

201 Ayıp olarak nitelendirilebilen eksik ifa ile salt eksik ifa ayrımı için bkz. yuk. II. A. 3. İsviçre/Türk Hukukunda Eksik İfa Kavramı.

202 Huguenin, N. 952-954.

edim yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşen borçluya karşı alacaklı ifa ve gecikme tazmini talebini, olumlu tazminat talebini veya sözleşmeden dönerek olumsuz tazminat talebini yöneltebilir.²⁰³

Kısmi temerrütte ise bazı özellikli durumlar gündeme gelebilir. Dürüstlük kuralı veya sözleşme hükümleri uyarınca kısmen ifayı kabul etmekle yükümlü değil ise alacaklı, genel hükümlere göre kısmen ifayı kabul etmekle yükümlü değildir. Türk/İsviçre hukuklarında kabul edilen ilke, edimin bütünlüğü ilkesidir. Buna göre edimin, nicelik bakımından gerekli ölçüde ifa edilmesi gerekir. Bu çerçevede alacaklı kural olarak kısmen ifayı reddetme hakkına sahiptir.²⁰⁴ Böyle bir durumda borçlu, borcun tamamı için ifa etmemenin sonuçlarına tâbi olur.²⁰⁵ Ancak alacaklının kısmen ifayı kabul etmesi halinde, ifa edilmeyen kısım için gündeme gelecek olan kısmi temerrüt uyarınca alacaklı, kullanabileceği haklarını yalnızca ifa edilmeyen kısım için kullanabilir. Eğer karşı edim bölünebilen bir edimse, borçlunun ifa etmediği kısım oranında ifa yerine tazminat veya dönme hakkını kullanabilir. Bir başka deyişle ifa yerine tazminat halinde tazminat miktarı ve dönme halinde de alacaklının ifa etmekten kurtulduğu miktar, temerrüde düşülen kısmın tüm borca oranına göre hesaplanır.²⁰⁶

Böylece kural olarak kısmen ifa halinde kullanılan dönme hakkı tüm sözleşmeyi kapsamaz. Yalnızca henüz ifa edilmemiş kısma ilişkindir. Alacaklı bu durumda borçlunun ifa ettiği kısma karşılık gelen karşı edimi ifa etmekle yükümlüdür.²⁰⁷ Tüm sözleşmeden dönmek ise ancak alacaklının hâlihazırda ifa edilmiş kısımda bir menfaati bulunmaması halinde gündeme gelebilir.²⁰⁸ Bu halde ifa edilen kısım objektif olarak alacaklı için bir menfaat içermemektedir. Alacaklının ifa edilmeyen kısım olmasaydı sözleşmeyi akdedip akdetmeyeceği araştırılır. Böylece alacaklının varsayımsal iradesine gidilir.²⁰⁹ Esaslı olmayan bir kısmın ifa edilmemiş olması halinde ise tüm sözleşmeden dönmek mümkün değildir.²¹⁰ Sözleşmenin tamamından dönmeyi mümkün kılan bir diğer istisna ise karşı edimin bölünmeye elverişli olmadığı durumdur. Bu durumda da alacaklı borçlunun ifa ettiği kısmı iade ederek veya tazmin ederek sözleşmenin tamamından dönebilir.²¹¹

Temerrüde düşülmesi için kusur şart olmamakla beraber, gecikme tazminatı, olumlu tazminat ve olumsuz tazminat talepleri için borçlunun kusuru rol oynar.²¹² Borçlunun kusurlu olduğu varsayımından hareket edilir. Ancak borçlu kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulabilir.²¹³ Borçlu eğer kusurlu olmadığını ispat ederse bu durumda gerek gecikme tazminatı, gerekse olumlu veya olumsuz tazminat talepleri imkânları ortadan kalkacaktır.²¹⁴

203 Huguenin, N. 955-958.

204 Demirbaş, Feride: *Kısmi İfa*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 136; Gümüş, Kısmi İfa, s. 613.

205 Oğuzman/Öz, s. 293, 294.

206 Oğuzman/Öz, s. 565-567.

207 Weber, Rolf H.: *Berner Kommentar Band VI 1. Abteilung 5. Teilband Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109 OR*, Stämpfli Verlag AG Bern 2000, Art. 107 N. 212

208 Schwenger, N. 66.35; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2813.

209 Weber, Art. 107 N. 214.

210 Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2813.

211 Oğuzman/Öz, s. 565-567.

212 Oğuzman/Öz, s. 404, 405; Huguenin, N. 938.

213 Huguenin, N. 893.

214 Oğuzman/Öz, s. 539.

Kural olarak kusurun derecesine bakılmaksızın borcu ifa etmemenin sonuçlarından sorumludur.²¹⁵ Borçlu, ifa yardımcıları da dâhil olmak üzere her türlü kusurdan sorumludur.²¹⁶ Sorumluluktan kurtulmak için gereken kurtuluş kanıtı için ölçüt yüksek tutulmakta,²¹⁷ buna ancak istisnai durumlarda başvurulabileceği bildirilmektedir. Bu kabul, olağandışı dışsal etkenlerin temerrüde sebep olduğu gösterilemediği müddetçe borçlunun, kusuru araştırılmaksızın sorumlu tutulması yönünde bir yaklaşımı beraberinde getirmektedir. Mücbir sebep ve fevkalade hal gibi haller, kurtuluş kanıtına ilişkin akla gelen örneklerdir.²¹⁸

Mücbir sebep veya fevkalade halden başka borçlu sözgelimi ayırt etme gücü bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.²¹⁹ Borcu kişisel olarak ifa edecek olan borçlunun ağır hastalığı bir başka kurtuluş sebebi olabilir.²²⁰ Keza borçlu borcun varlığını bilmediğini ve bilmeme konusunda mazur görülebileceği ispatlayarak borçtan kurtulabilir.²²¹ Örneğin borçlunun muacceliyet veya ifa yükümlülüğü konusunda bilgi sahibi olmaması –ki bilgisizliğinin de kusurundan kaynaklanmaması gerekir – (sözgelimi mirasçı, miras kaldığını bilmiyor veya terekenin büyüklüğü karşısında borcu bilmesi mümkün değilse) bir kurtuluş kanıtı söz konusu olabilir. Borçlu ifa için yetersiz çaba gösterdiğinde, teslim zamanını yanlış tayin ettiğinde, yeterli ifa kabiliyeti olup olmadığı konusunda tereddüt bulunduğu halde ifa yükümlülüğü altına girdiyse kurtuluş kanıtından yararlanamaz.²²²

İsviçre/Türk hukukunda genel hükümlere göre söz konusu olan bu talepler bakımından zamanaşımı için 10 yıllık bir süre öngörülmüştür. (Md. 127 OR/TBK md. 146)

Yukarıdaki açıklamalar salt eksik ifa durumundaki hukuki çarelere ilişkindir. Eğer ayıp olarak nitelendirilebilecek bir eksik ifa söz konusu ise alacaklı bu defa satım hukukuna ilişkin özel hükümlere başvurabilir.

Alıcının ayıp halinde başvurabileceği hukuki çarelere gelindiğinde ise, İsviçre hukukunda ve mülga BK'ya göre alıcı, yine Roma hukukundan mirasla²²³, bedelden indirim ve dönme (*actio quanti minoris* ve *actio redhibitoria*) haklarını kullanabilir (Md. 205 OR/BK md. 202). Çeşit borcuna ilişkin sözleşmelere özgü olmak üzere yine OR ve mülga BK'da bir de bunlara ek olarak malın değiştirilmesini isteme hakkı öngörülmüştür. Aynen ifa, bir başka deyişle onarım isteme hakkı ise kanunda öngörülmemiştir.²²⁴ Ancak md. 2 ZGB/TMK md. 2'deki dürüstlük kuralından hareketle veya

215 **Weber**, Art. 99 N. 130.

216 **Furrer, Andreas/Wey, Rainer**: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen* 3. Auflage Art. 1-183 OR, Schulthess Zurich Basel Genf 2016, OR 103, N.19; **Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang/Wiegand, Wolfgang**: *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 (6. Auflage)* Helbing Lichtenhahn Verlag Basel 2015, Art. 103, N. 2.

217 **Weber**, Art. 99 N. 130.

218 **Bucher**, Allgemeiner, s. 347, 348.

219 **Oğuzman/Öz**, s. 474.

220 **Furrer/Wey**, OR 103, N.19; **Honsell/Vogt/Wiegand/Wiegand**, Art. 103, N. 3.

221 **Oğuzman/Öz**, s. 539.

222 **Furrer/Wey**, OR 103, N.19; **Honsell/Vogt/Wiegand/Wiegand**, Art. 103, N. 3.

223 Bkz. yuk. I. A. 1. Roma Hukukunda Gereği Gibi İfa Etmeme.

224 **Honsell**, Obligationenrecht, s. 95, 120; **Bucher**, Besonderer, s. 97. Mülga BK döneminde de Türk hukuku bakımından

eser sözleşmesine ilişkin md. 368 OR/BK md. 360'in kıyasen uygulanması yoluyla satım sözleşmesi bakımından da onarım hakkının öngörülmesini savunan görüşler bulunmaktadır. Öte yandan böyle bir hakkın taraflarca kararlaştırılmasının önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır.²²⁵ Diğer yandan TBK'da ise alıcının seçimlik hakları düzenlenirken bu defa çeşit-parça borcu ayırımına hiç değinilmeksizin dönme, onarım, bedelden indirim ve malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi hakları düzenlenmiştir (TBK md. 227).²²⁶

Ayıba karşı tekeffüle dayanan alıcının ayıp nedeniyle dönme hakkını kullanmasının bazı sınırları bulunur. Öncelikle kanuni bir sınırlama olarak Md. 207 OR/TBK md. 228'e göre "Satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse" artık dönme talebinde bulunmak mümkün değildir. Bu durumda alıcı bedel indirimi talep edebilir. Öte yandan eğer durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim de müdahale ederek dönme hakkının kullanılmasını engelleyebilir. Md. 205 OR'e göre hâkim böyle bir durumda bedelden indirimde hükmedebilir. Satım konusu mal ayıba rağmen kullanılabilir durumda ise ve ayıp nedeniyle değer düşüklüğü azsa hâkim böyle bir sınırlamaya gidebilir. Özellikle de alıcının dönme sayesinde elde edeceği menfaat, satıcının bu nedenle maruz kalacağı olumsuzluğa oranla çok daha azsa bu müdahale gündeme gelebilir. Hâkim her iki tarafın menfaatlerini değerlendirerek bir yargıya varır. Örneğin satım konusunun geri gönderilme masrafları çok fazla ise böyle bir müdahale yapılabilir.²²⁷ Literatürde CISG ışığında yapılan bir yoruma göre, alıcının sözleşmeden haklı beklentisini önemli ölçüde sekteye uğratan bir ayıp durumunda dönmenin mümkün olabileceği ifade edilmektedir.²²⁸ Diğer yandan TBK'da ise bedelde indirimin yanında, yargıcın aynı zamanda dönme yerine ayıbın giderilmesi hakkının kullanılmasına hükmedebileceği de düzenlenmiştir.²²⁹

Alıcının ayıba karşı tekeffül kapsamında kullanacağı haklarına ek olarak, zararının tazminini talep etmesi gündeme gelebilir. Burada kastedilen 'ayıbı izleyen zararlar'dır. Bu kavram ise ayıp nedeniyle uğranan zarar, bir başka deyişle malın ayıp nedeniyle değerindeki azalmadan kaynaklanan zararı aşan zararlardır. Alıcının, satım sözleşmesinin konusunu oluşturan mal dışındaki varlıklarının zararını şart koşar. Bu anlamda kişisel zararlar, mala verilen zararlar veya malvarlığı zararları bu kapsama girer. Ayıp nedeniyle maldaki değer düşüklüğü ise İsviçre/Türk hukukunda zararın tazmini değil, bedelden indirim ve dönme talepleri ile giderilir.²³⁰

Md. 208 OR/TBK md. 229'da alıcının dönme halinde tazminat talepleri özel olarak düzenlenmiştir. Her iki düzenlemede de doğrudan zararlıardan satıcının sorumlu olduğu düzenlenirken, diğer zararlıardan ise ancak satıcının kusuru olmadığını ispat edemediği durumda sorumlu olacağı

bkz.: **Aral, Fahrettin**: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (7. Baskı)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 129; **Serozan**, s. Borçlar Özel, s. 153.

225 **Honsell**, Obligationenrecht, s. 95; **Serozan**, Borçlar Özel, s. 153, 154; **Huguenin**, N. 2689, 2691.

226 **Aral/Ayrancı**, s. 138.

227 **Giger**, Art. 205 N. 49, 50.

228 **Huguenin**, N. 2657

229 **Gümüş**, Borçlar, s. 132.

230 **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 404-407.

öngörülmektedir. Doğrudan zararlar bakımından böylece kusurdan bağımsız bir sorumluluk biçimi tasarlanmıştır.²³¹

Burada yapılan doğrudan ve diğer zararlar ayrımının anlamı bakımından öğretilerde birlik olduğu söylenemez. Bir görüş bu ayrımı menfi – müspet zarar ayrımına yakınlaştırırken²³², bir diğer görüş nedensellik bağının yoğunluğuna göre bir sınıflandırma yapılmasından yanadır. Buna göre yakın nedensellik bağı kurulabilen zararlar doğrudan zararlar ile denk düşmektedir.²³³ Bir başka deyişle, illiyet zincirinde ilk ve en yakın sebep sonucu oluşan zararın doğrudan zarar olduğu söylenebilir.²³⁴ Geçmişte müspet – menfi zarar ayrımını buraya adapte etmeyi seçen İsviçre Federal Mahkemesi 2006'dan beri nedensellik bağının derecesine göre sınıflandırma yapılmasını esas almaktadır.²³⁵ Md. 208 OR/TBK md. 229 anlamında 'doğrudan zararlar' alıcının ayıplı mal nedeniyle doğrudan maruz kaldığı her türlü zararı kapsamına almaktadır. Buna alıcının diğer varlıklarında oluşan 'ayıbı izleyen zararlar' dâhil edilebileceği gibi istisnai hallerde yoksun kalınan kazanç da katılabilir.²³⁶ Ancak yoksun kalınan kazanç hâkim görüşe göre, esas olarak müspet zarar olarak dolaylı zararlar içinde yer alır.²³⁷

Md. 208 OR/TBK md. 229'de yalnızca dönme haline özgü olarak düzenlenen tazminat imkânı, İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihadına göre alıcının başvurabileceği diğer hukuki çarelere genişletilemez. Böylece bedelde indirime başvuran alıcı, bu hükmün kıyasen uygulanmasını isteyemeyecektir. Öğretilerde sıkça eleştirilen bu içtihadı göre alıcı, genel hükümlerdeki –kusur esasına dayanan – tazminat imkânına başvurmalıdır.²³⁸ Nitekim TBK'da alıcının başvurabileceği düzenlenen seçimlik haklar arasında alıcının zararının tazminini genel hükümlere göre isteyebileceği düzenlenmiştir (TBK md. 227(2)). Bu, TBK md. 227'de alıcının bedelden indirim, ayıpsız benzeriyle değiştirme veya onarma haklarının kullanıldığı durumda alıcının ayrıca zararını tazmin etmesine olanak tanımaktadır. Öte yandan bunun, TBK md. 229'da dönme için özel olarak düzenlenmiş olan tazminat hakkıyla da yarışan bir hak olduğu ifade edilmektedir.²³⁹

Satıcının malın ayıplı olması konusunda kusurlu olması şart değildir.²⁴⁰ Doğrudan zararlar konusunda satıcının sorumluluğu sebep sorumluluğudur. Ancak bu avantaj, muayene-ihbar külfetleri ve kısa zamanaşımı ile dengelenmiştir.²⁴¹

231 **Bucher**, Besonderer, s. 103.

232 **Bucher**, Besonderer, s. 104, 105.

233 **Huguenin**, N. 2670; **Honsell**, Obligationenrecht, s. 106; **Aral/Ayrancı**, s. 150.

234 **Eren**, Özel, s. 145.

235 **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 412.

236 **Huguenin**, N. 2677. Nitekim 'ayıbı izleyen zararlar' ilişkin olarak Federal Mahkeme'nin verdiği bir kararda (BGE 133 III 257), papağan satımına ilişkin bir sözleşmede, papağanların taşıdığı virüsün alıcının diğer kuşlarına da bulaşarak onların ölümüne neden olduğu olayda, doğrudan bir zararın varlığına hükmedilmiştir. Bkz.: **Aral/Ayrancı**, s. 150. Buna karşılık çoğunlukta olduğu gözlenen diğer bir görüş 'ayıbı izleyen zararların' doğrudan zararlar kapsamına alınmaması taraftarıdır. Bkz.: **Honsell**, Obligationenrecht, s. 108; **Serozan**, Borçlar Özel, s. 150.

237 **Eren**, Özel, s. 146.

238 BGE 82 II 136 S. 139; **Huguenin**, N. 2688; **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 417, 419.

239 **Eren**, Özel, s. 128.

240 **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 340; **Gümüç**, Borçlar, s. 75.

241 **Giger**, Art. 197-210 N. 7.

Alıcı, açık ayıplar için imkân bulunur bulunmaz malı muayene etmek ve ayıp görürse TBK md. 223'e göre uygun bir süre içinde ve md. 201 OR'e göre derhal ayıp ihbarında bulunmalıdır. Gizli ayıp durumunda ise, bu ayıbın keşfedildiği anda²⁴², hemen ihbar edilmesi gerekmektedir. Bu külfetleri yerine getirmeyen alıcı ayıba karşı tekeffüle ilişkin özel hükümlerin kendisine tanıdığı imkânları kaybedecektir.²⁴³

Tekeffüle dayalı talepler için genel zamanaşımı teslimden itibaren 2 yıldır.²⁴⁴

Ayıp olarak nitelendirilen eksiklikler konusunda özel hükümlerdeki düzenlemeler bu yönde olmakla beraber, yüksek mahkeme kararlarında genel hükümlere başvurmaya da ayıp halinde kapı aralanması bir başka tartışmayı beraberinde getirmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi ve mülga BK döneminde Yargıtay genel hükümler ile özel hükümlerdeki ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yarıştığını, bu nedenle genel hükümlerdeki tazminat sorumluluğuna başvurmanın mümkün olduğunu kabul etmektedir. Ne var ki, gerek Yargıtay gerekse İsviçre Federal Mahkemesi, özel hükümlerdeki muayene ve ihbar külfetlerini hem de genel hükümlerdeki zamanaşımından daha kısa olan özel zamanaşımı süresini, genel hükümlere dayalı taleplere de uyguladığı için²⁴⁵ bu yarışma probleminin ciddi pratik sonuçlarının bulunmadığı söylenebilir. Ancak TBK md. 227'de artık açıkça 'genel hükümlere göre' tazminat imkânına atıf yapıldığından, buna göre özel hükümlerdeki muayene-ihbar ve zamanaşımı hükümlerini uygulama imkânının artık Türk hukukunda bulunmadığı da, en azından bir görüşe göre ifade edilmektedir.²⁴⁶

Md. 209 OR/TBK md. 230'da birden çok mal satışında bu mallardan bazılarının ayıplı çıkması halinde dönme hakkının kullanılması düzenlenmektedir. Birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir malın satın alınmış olması bunlardan bazılarının ayıplı çıkması, alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayıplı parçanın diğerinden ayrılmasına imkân bulunması hallerinde alıcı dönme hakkını ayıplı kısım bakımından kullanacaktır. Böylece alıcı sözleşmede kararlaştırılan miktardan daha az bir miktarda mal satın almış ve kararlaştırılardan daha düşük bir bedel ödemiş olacaktır. Bunun pratikte bedelde indirim hakkı ile aynı sonuçlara götürdüğü tespiti yapılmaktadır.²⁴⁷ Ayırmanın taraflardan birinin zararına oluşu nesnel ölçütlerle belirlenmelidir. Ayrıca sözleşme kurulduğu anda sözleşmenin konusunu oluşturan farklı malların aynı hukuki kadere tâbi olduğu tarafların iradelerine göre sabit olmalıdır.²⁴⁸

Alıcı veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayrılmanın mümkün olup olmadığı konusunda bazı ölçütler yardımcı olabilir. Mallar fiziksel ve ekonomik olarak bağımsız olduğu için farklı alıcılara farklı kısımların teslimi mümkünse ayrılmanın mümkün olduğu söylenebilir. Ancak örneğin

242 Gümüş'e göre gizli ayıplar için getirilen hemen ihbarda bulunma külfeti de uygun süreye yakın bir süre olarak anlaşılmalıdır. **Gümüş**, Borçlar, s. 103.

243 **Schmid/Stöckli/Krauskopf**, N. 355 vd. ; **Gümüş**, Borçlar, s. 99-103.

244 **Huguenin**, N. 2631a; **Gümüş**, s. 136.

245 **Gümüş**, Borçlar, s. 77.

246 **Gümüş**, Borçlar, s. 78.

247 **Müller-Chen/Huguenin**, OR 209, N. 2.

248 **Giger**, Art.209, N. 10.

malların toplamının değeri, ayrı ayrı değerlerinin toplamından fazla ise ayrılmanın mümkün olduğundan bahsedilemez. Örneğin yemek takımı satışında veya birkaç ciltten oluşan eserlerin satışında bu malların ayrılabilir olmadığı söylenebilir.²⁴⁹ Keza eğitim verilerle birbiriyle eşleştirilmiş iki attan veya köpekten birinin ayıplı olması halinde tüm sözleşmeden dönmek mümkündür.²⁵⁰ Bir çift koşum atı, bir giysinin çeşitli kısımları da böyledir.²⁵¹ Alıcıdan, ayıplı kısımdan ayrılması beklenemiyorsa yine yalnızca tüm satıştan dönme mümkündür.²⁵² Örneğin ucuz seri üretim mallar bakımından bu söylenebilir.²⁵³

Bu düzenleme ile birden çok mal satışında bazı malların ayıplı olması hali, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kapsamına alınmış olmakla, eksik ifadan ayrılmaktadır.²⁵⁴

Art arda teslimli satışlara gelindiğinde, bu durumda teslim borçlarından biri hakkında satıcının temerrüde düşmüş olması henüz muaccel olmamış diğer teslim borçları açısından temerrüde düşülmesi sonucunu doğurmaz.²⁵⁵ Alıcı temerrüt halinde kullanacağı haklarını bu teslim borcuna etki edecek şekilde kullanır. Böylece alıcı ancak kısmi dönme hakkına sahiptir.²⁵⁶ Federal Mahkeme'nin içtihadına göre bir teslimdeki temerrüdün gelecek teslimlerin zamanında veya hiç yapılmayacağı yönünde ciddi bir kanaat oluşturması halinde alıcı haklarını tüm sözleşmeye ilişkin olarak da kullanabilir.²⁵⁷ Bu kabul teslim borçlarından birinin ayıplı olması halinde de geçerlidir. Bir teslim borcunda ayıp bulunması halinde dönme hakkı yalnızca bu kısım için kullanılabilir. Ancak durumdan, takip eden teslimlerin ayıplı yapılacağı veya sonraki teslimlerin gereği gibi yerine getirilmesinin imkânsız olduğu sonucu çıkarılıyorsa tüm sözleşmeden dönmek mümkündür.²⁵⁸ Böyle bir durumun bulunmaması halinde alıcı seçimlik haklarını ancak ayıplı teslim edilen kısım bakımından kullanabilir.²⁵⁹

SONUÇ

Roma hukuku, *ius commune* ve *Pandekt* öğretisinin mirasını devralan 20. yüzyılın büyük kodifikasyonları – bu çalışma açısından İsviçre/Türk hukukları ve 2002 Reformu öncesi Alman hukuku – dogmatik olarak birbirinden ayrılmış ifa engellerini içermenin yanı sıra genel hükümler ile satım hukukuna ilişkin özel sorumluluk rejimi arasında kalın bir çizgi çizmişlerdir. Bunun karşısında CISG ve onu takip eden Alman hukukundaki 2002 Reformu, dogmatik olarak ayrılan ifa

249 Müller-Chen/Huguenin, OR 209, N. 2.

250 Eren, Özel, s. 134.

251 Giger, Art. 209, N. 10.

252 Müller-Chen/Huguenin, OR 209, N. 2.

253 Giger, Art.209, N. 11.

254 Müller-Chen/Huguenin, OR 209, N. 7.

255 Kuntalp, Erden: *Ard Arda Teslimli Satım Akdi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968 s. 77.

256 Kuntalp, s. 79, 80.

257 Kuntalp'e göre, bunun yanında bir teslim borcunun yerine getirilmemesi halinde gelecekteki teslimlerin de alıcı için faydasız kalacağı durumda da, alıcıya tüm sözleşme bakımından haklarının tanınması yerinde olacaktır. Kuntalp, s. 99.

258 Giger, Art. 209, N. 14.

259 Kuntalp, s. 141.

engelleri yerine yeknesak bir ihlal olgusu üzerine sözleşmesel sorumluluk sistemlerini inşa etmeyi seçmişlerdir. Bu çerçevede, dogmatik ayrımlara bağlı kalan yaklaşım ile yeknesak ihlal olgusu benimseyen yaklaşım olmak üzere iki büyük blok arasında ayırım yapılabilir.

CISG ve BGB'nin aralarında olduğu blok eksik ifayı sözleşmeye uygun olmayan ifa/ayıplı ifa ile eş tutmakta; bu yolla kusur, zamanaşımı, alıcının külfetleri başta olmak üzere bir dizi sorunla ilgili ikiliği gidermiş olmaktadır. Gerçekten de CISG'de eksik ifanın da, sözleşmeye uygun olmayan ifa biçimi olarak kabul edilmesiyle birlikte geleneksel hukukların aksine gereği gibi ifa etmeme ile kısmen ifa arasındaki ikilik büyük ölçüde giderilmiş olmaktadır. Böylece satıcı ister malları gerekli niteliklileri haiz olmayan biçimde teslim etmiş olsun, ister yalnızca miktar bakımından eksik teslim etmiş olsun; alıcı her durumda muayene ve ihbar külfetini yerine getirmek zorundadır. Keza Alman hukukunda, 2002 Reformu'ndan bu yana eksik ifa ayıp olarak ele alındığından, satım hukukuna özgü tekeffül hükümleri eksik ifa halinde de uygulama alanı bulmaktadır. Ayıp ve eksik ifa aynı çerçevede incelendiğinden kusurun rolü ve zamanaşımı konularında ikilik tamamen ortadan kalkmış görünmektedir.

Diğer blokta yer alan İsviçre/Türk hukuklarında ise Roma hukukundan gelen genel hükümler – özel hükümler ikiliğini eksik ifa bakımından da geçerlidir. Bu hukuklarda miktar bakımından sapmalardan bazıları kısmen ifa olarak değerlendirilip salt genel hükümlerdeki temerrüde ilişkin hükümlerle yaptırıma bağlanırken; kimi miktar bakımından sapmalar da ayıp olarak ele alınarak tekeffül düzenlemelerinin uygulanması sağlanmaktadır. Bu ikilik; kusurun tazminattaki rolü, zamanaşımı, alıcının külfetleri başta olmak üzere bir dizi alanda ayrışan sonuçlara yol açmaktadır.

Eksik ifa konusunda iki blok arasında karşılaşılan bu ayırım, bir taraftan da ifa engelleri bakımından dogmatik ayrımları takip eden hukuk düzenleri ile yeknesak bir ihlal olgusunu benimseyen modern düzenlemeler arasındaki ikiliğin uzantısı sayılabilir.

Fakat bu iki blok arasındaki teorik bakımdan çizilen çizginin yeterince keskin olup olmadığı da incelenmesi gereken bir problemdir. Bu açıdan iki bloğun götürdüğü somut sonuçların birbirinden ne denli ayrıştığı sorunu gündeme gelmektedir.

Her ne kadar CISG ve Alman hukukunda geniş bir sözleşmeye uygun olmayan ifa/ayıp kavramı çerçevesinde tüm eksik ifa halleri aynı şekilde nitelense de bazı eksik ifa hallerine bağlanan hukuki çareler ve hukuki çarelere başvurma koşulları, diğer eksik ifa hallerinden ayrılmaktadır. Örneğin CISG bakımından kimi miktar bakımından sapmalar Antlaşmanın 51. maddesi çerçevesinde değerlendirilip teslim etmemeye has bir dönme olanağına vücut verirken, kimi miktar bakımından sapmalar sözleşmeye uygun olmayan teslim gibi değerlendirilerek bu hukuki çareden mahrum bırakılmaktadır. İlk durumda satıcının malları tayin edilen süre içinde teslim etmemesi halinde dönme hakkının da alıcıya tanındığı gözlenirken, ikinci halde bu imkân mevcut değildir. Keza örneğin Alman hukukunda, ayıp olarak değerlendirilen bir eksiklik halinde sözleşmenin tamamından dönmek için ihlalin ciddi olması yeterliyken, salt eksik ifa halinde sözleşmenin tamamından dönmek için bir de alıcının ifa edilen kısımda menfaatinin bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır.

Yeknesak aykırılık olgusunu benimseyen bu düzenlemelerde yapılan ayırım, İsviçre/Türk hukukunda eksik ifanın özel hükümlere mi yoksa genel hükümlere mi yerleştirileceği konusunda kullanılan ölçütlerle de somut olarak benzerlikler göstermektedir. CISG'de bölünebilirlik, eksik ifadan bahsedilebilmesi için konulan ölçüttür. Bu ölçütün uygulanmasında makul bir çaba ile ayrılabilme, fiziksel ve ekonomik olarak birbirinden bağımsız olma, birden fazla müşteriye tesliminin kendiliğinden mümkün olması, fonksiyonel olarak birbirlerine ait olmama ve genel standartlara göre bir bütün teşkil etmeme gibi alt ölçütler gündeme gelmektedir. Keza Alman hukukunda eksik ifa için, ifanın parçalara ayrılabilmesi ölçütünün taraf iradeleri, sözleşmenin amacı ve işlevsel olarak birbirine bağlı bulunmama, bölümlerin aynı kadere tâbi kılınıp kılınmaması gibi mülhazalarla desteklendiği görülür. Bu bakımdan gerek CISG gerekse BGB bakımından bir bütün teşkil eden bir malın, sözgelimi otomobilin, eksik ifası mümkün kabul edilmez.

İsviçre/Türk hukukunda da eksik ifa – ayıp ayırımında kimi zaman açıkça bölünebilirlikten bahsedilirken, kimi zaman da çeşit-parça borcu ayırımı ya da misli-misli olmayan eşya ayırımının devreye sokulduğu görülmektedir. Ne var ki somut olarak bahsedilen düzenlemeler birçok örnekte benzer sonuçlara götürmektedir. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi satıcının alıcıya bir soğutma tezgâhının uzunluğunu yanlış bildirdiği durumda ayıptan bahsedilip özel hükümlerin uygulanacağına hükmederken; CISG açısından da benzer şekilde 45 metre yüksekliğindeki vincin yerine 38 metre yüksekliğindeki vincin teslim edilmesi halinde bölünebilirlik ölçütünün bulunmadığından hareketle 51. maddenin uygulanma şartlarının oluşmadığı belirtilmektedir. Keza CISG'de bir gemiye yüklenmiş yağ yükünün veya bir gemiye yüklenmiş ve ayrı çuvallara konulmamış tahıl yükünün bölünebilir olmadığı ifade edilirken; İsviçre öğretisinde de benzer biçimde toptan satılan bir kamyon dolusu malın gereken sayı veya büyüklükte olmadığı durumda salt eksik ifanın değil bir ayıbın söz konusu olduğu belirtilmektedir. Yine CISG'de satım sözleşmesinin konusunu oluşturan tek bir parçanın veya birden çok parçadan her birinin miktar veya ağırlık gibi ölçüler bakımından eksik olması halinde bölünebilirlik ölçütünün sağlanmadığından bahsedilirken; İsviçre öğretisinde de paketlenmiş malların gerektiğinden hafif olması halinde niteliği etkileyen nicelikten bahsedilerek özel hükümlere yollama yapılmaktadır. Açıkça belirtilmese de bu ayırım her iki blokta da edimin bölünebilirliği koşuluna bağlanmış görünmektedir. Böylece, salt eksik ifa ile sözleşmeye uygun olmayan ifa/ayıplı ifa arasında ayırım yapılırken her iki blokta da işletilen ölçüt bölünebilirliktir.

Eksik ifanın sonuçlarına gelindiğinde ise, sözleşmeye uygun olmayan ifa/ayıplı ifa olarak nitelendirilemeyen salt eksiklik halinde CISG'de md. 51'in varlığı alıcının kullanacağı imkânları, sözgelimi dönme hakkının kullanımını, kural olarak yalnızca teslim edilmeyen kısım sınırlamaktadır. Şayet CISG anlamında bir eksik ifadan bahsedilebilirse, bu durumda alıcı, diğer sözleşmeye uygun olmayan ifa etmeme hallerinden farklı olarak dönme hakkını yalnızca teslim edilmeyen kısım bakımından kullanacaktır. Benzer şekilde Alman hukukunda, en azından savunulan bir görüşe göre, özel hükümlerin yollama yaptığı genel hükümlerdeki kısmen ifaya ilişkin hükümler gereği kural olarak sözleşmeden yalnızca kısmen dönebilecektir. Aynı biçimde İsviçre/Türk hukukuna bakıldığında ayıp olarak nitelendirilmeyen bir eksik ifa halinin, genel hükümlerdeki kısmi temerrüt hükümlerine tâbi tutulduğu, böylece alıcıya, ifa için süre verdikten sonra kısmen

sözleşmeden dönme imkânı sağlandığı görülmektedir. Böylece salt eksik ifa durumunda, her iki blokta da kural olarak sözleşmeden yalnızca kısmen dönülebilir.

Teslim edilen malların kısmen ayıplı çıkması konusuna gelindiğinde; CISG'de alıcının ancak esaslı bir ihlal halinde sözleşmeye uygun olmayan biçimde teslim edilen kısım bakımından dönebileceği kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, eksik ifada olduğunun aksine satıcıya teslim için süre verdikten sonra dönme imkânı bu halde tanınmış değildir. Böylece CISG kısmen sözleşmeye uygun olmayan ifa ile eksik ifa hallerini, başvurulacak hukuki çare şartları bakımından ayırmış olmaktadır. İsviçre/Türk hukukunda da kısmen ayıplı ifa, tekeffül hükümleri çerçevesinde ele alınarak, genel hükümlerde ele alınan salt eksik ifadan ayrılmakta, burada alıcıya kural olarak ayıplı kısım bakımından dönme olanağı verilmektedir. Sözleşmenin tümünden dönmek ise yine CISG'de olduğu gibi İsviçre/Türk hukukunda da istisnaidir. Bu bakımdan gerek CISG gerekse İsviçre/Türk hukuku salt eksik ifa ile kısmen ayıplı/sözleşmeye uygun olmayan ifayı iki farklı rejime bağlamış olmaktadır. Ayrıca her iki düzenlemeye göre de, kısmen ayıplı ifa halinde, eksik ifada olduğu gibi kural sözleşmeden kısmen dönmektir.

Art arda teslimli satışlar bakımından CISG'de alıcının dönme hakkı kural olarak ihlale neden olan teslimat ile sınırlandırılmaktadır. İsviçre/Türk hukukunda da alıcı benzer şekilde bir teslimde temerrüde düşülmesi veya teslim borçlarından birinin ayıplı olması halinde temerrüt hükümlerine veya tekeffül hükümlerine göre kural olarak kısmen dönme hakkına sahiptir.

Ayıp/sözleşmeye uygun olmayan ifa olarak nitelendirilmeyen salt eksik ifa durumunda sözleşmenin tamamından dönme ise istisnai hallerde mümkündür. CISG bakımından bu doğrultuda verilen örneklere bakıldığında, ifa edilen kısmın alıcının menfaatleri bakımından yararsız olduğu hallerde tamamen dönmeye izin verildiği göze çarpmaktadır. Alman hukukunda da, en azından savunulan görüşlerden birine göre eksik ifa halinde alıcının tüm sözleşmeden dönmesi için § 323 V ve § 281 I uyarınca, kısmi ifada menfaati bulunmadığını ispatlaması gerekir. Keza İsviçre/Türk hukukunda alıcının tüm sözleşmeden dönebilmesi, ifa edilmiş kısımda bir objektif olarak menfaati bulunmaması halinde mümkündür. Bu doğrultuda, her iki blokta da salt eksik ifa halinde sözleşmenin tamamından dönmenin, ifa edilen kısımda alıcının menfaatinin bulunmaması şartına bağlandığı gözlenebilir.

Tazminat talebi konusuna gelindiğinde, yeknesak ihlal olgusunu benimseyen ilk blokta, bir başka deyişle gerek CISG'de gerekse BGB'de, salt eksik ifa ile diğer ayıplar arasında kusurluluk bakımından bir fark gözetilmediği görülmektedir. Her iki durumda da tazminat talebi, aynı kusurluluk ölçütlerine bağlanmıştır. Her iki halde de Alman hukuku açısından § 280 BGB uyarınca satıcının kusurlu olması tazminat talebinin önkoşuludur. Fakat yine aynı maddeye göre satıcının kusurlu olduğu karinesi getirilerek ispat yükü tersine çevrilmiştir. Karinenin çürütülmesinin ise zor olduğu belirtilmektedir. İsviçre/Türk hukukunda ise salt eksik ifa ile ayıp olarak ele alınan miktar bakımından sapma halleri arasında bir ayırım mevcuttur. Salt eksik ifa halleri bakımından uygulanan temerrüt hükümleri ile BGB'ye benzer şekilde bir kusur karinesi getirilmişken, ayıp olarak nitelendirilebilen eksik ifa hallerinde dönme sonucu talep edilen doğrudan zararlar için kusurdan bağımsız bir sorumluluk öngörülmüştür. Ancak temerrüt hükümlerindeki kusur karinesinin çürütülmesi için gereken kurtuluş

kanıtı bakımından ölçütün oldukça yüksek tutulması karşısında, buradaki kusur ölçütü de satıcı aleyhine katılmaktadır. Öyle ki kurtuluş kanıtı için akla ilk gelen etmenler fevkalade hal, mücbir sebep gibi hallerdir. Böylece buradaki kusur sorumluluğunun, sıradan bir kusur sorumluluğundan daha sıkı tutulduğu gözden kaçırılmamalıdır. Yalnızca istisnai hallerde çürütülebilen genel hükümlerdeki bu kusur karinesi, tekeffül hükümlerindeki kusurdan bağımsız sorumluluk rejimine yaklaşmaktadır. Garanti sorumluluğunun benimsendiği CISG'de de sorumluluktan kurtulma konusunda md. 79'da borçlunun hâkimiyet alanı dışında bir etkenin varlığı şart koşulmaktadır. Üstelik ispat yükü, tıpkı İsviçre/Türk hukukları ve Alman hukukunda olduğu gibi borçlunun üzerindedir. Bir başka deyişle CISG bakımından da sıkı bir sorumluluk rejiminin bulunduğu söylenebilir. Böylece her iki bloğun da, kimi zaman kusurdan bağımsız bir sorumluluk rejimi ile kimi zaman da çürütmenin zor olduğu bir kusur karinesi ile sıkı birer sorumluluk rejimi benimsediği gözlenmektedir.

Muayene ve ihbar külfeti konusunda CISG ve BGB'de eksik ifanın da bir ayıp olarak ele alınması sonucu bu külfetlerin devam ettiği düzenlenmektedir. İsviçre/Türk hukukunda ise yine salt eksik ifa ile ayıp olarak nitelendirilen eksik ifa arasında bir ayırım mevcuttur. Ayıp halinde bu külfetler geçerliken, ayıp olarak nitelendirilemeyen bir eksik ifa halinde yalnızca genel hükümlere başvurulacağından özel hükümlerdeki bu külfetlerin uygulama alanı bulması mümkün değildir. Bu bakımdan iki yaklaşım belirgin biçimde ayrılmaktadır. Benzer ayrışma zamanaşımı konusunda da gözlenir. İsviçre/Türk hukukunda ayıp olarak nitelendirilen bir eksik ifa halinde özel hükümler gereğince tekeffül sorumluluğundaki kısa zamanaşımı devreye girer. Oysa ayıbın söz konusu olmadığı durumda genel hükümlerdeki uzun zamanaşımı uygulanacaktır. CISG ve Alman hukuklarında ise ayıp ve eksik ifanın eşitlenmesi sonucu yeknesak bir zamanaşımı süresi tüm taleplere yayılmaktadır. Bu bakımdan bir blokta zamanaşımı bakımından ikilik göze çarparken, diğer blokta yeknesaklık söz konusudur. Ne var ki TBK md. 227 ile getirilen hükme göre açıkça tazminat talebi için genel hükümlere gönderme yapıldığından, en azından bir görüşe göre burada muayene-ihbar külfetleri ve kısa zamanaşımından bahsetme olanağı ortadan kalkmaktadır. Böylece ayıp olarak nitelendirilen eksik ifa ile salt eksik ifa arasında en azından tazminat talebi bakımından mevcut ayrışmanın bir nebze silikleştiği de gözden kaçırılmamalıdır.

Teorik altyapıları bakımından CISG ve ondan etkilenen Alman hukuku ile İsviçre/Türk hukukları yeknesak ihlal olgusu benimseme konusunda iki karşıt kutbu temsil etmektedir. Bir tarafta İsviçre/Türk hukuku dogmatik ifa engelleri ayırımına bağlı kalıp genel hükümler-özel hükümler ayırımını keskin biçimde uygularken; öteki kutupta CISG ve Alman hukukunun yeknesak bir ihlal olgusundan yana olduğu ve dogmatik ayırımları tamamen ya da kısmen terk ettiği, üstelik Alman hukukunda genel hükümler – özel hükümler ikiliğinin büyük ölçüde kaldırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu iki kutuptan ilki eksik ifayı kimi zaman genel hükümler kimi zaman da özel hükümler çerçevesinde incelemektedir. Diğer kutupta ise geniş bir sözleşmeye uygun olmayan ifa/ayıp kavramı bünyesinde tüm eksik ifa halleri aynı şekilde nitelenmektedir. Fakat somut sonuçlar dikkate alındığında, eksik ifaya bağlanan sonuçlar konusunda CISG ve Alman hukuku da, İsviçre/Türk hukukundakine benzer ayırımları işletir görünmektedir. Üstelik bu ayırimda kullanılan ölçütler de somut olarak büyük benzerlikler göstermektedir. Bu doğrultuda, teorik altyapıları bakımından iki zıt kutbu temsil eden bu blokların somut sonuçlar bağlamında, ilk bakışta görünenen daha az farklılık içerdiği söylenebilir.

Kısaltmalar

Art.	: <i>Artikel</i>
aş.	: <i>aşağıda</i>
BGB	: <i>Das Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGE	: <i>Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes</i>
BGH	: <i>Bundesgerichtshof</i>
BK	: 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu
bkz.	: <i>bakınız</i>
C.	: <i>Cilt</i>
CC	: <i>Code civil des Français</i>
CISG	: <i>United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods</i>
Çev.	: <i>Çeviren</i>
dn.	: <i>dipnot</i>
ed.	: <i>editör</i>
İÜHFİM	: <i>İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası</i>
md.	: <i>madde</i>
N.	: <i>Kenar Numarası</i>
OR	: <i>Das Schweizerische Obligationenrecht</i>
p.	: <i>paragraf</i>
PECL	: <i>Principles of European Contract Law</i>
PICC	: <i>Principles of International Commercial Contracts</i>
Rn	: <i>Randnummer</i>
s.	: <i>sayfa</i>
S.	: <i>Sayı</i>
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: <i>ve devamı</i>
yuk.	: <i>yukarıda</i>
ZGB	: <i>Das Schweizerische Zivilgesetzbuch</i>

KAYNAKÇA

- Aksoy, Hüseyin Can:** *Impossibility in Modern Private Law – A Comparative Study of German, Swiss and Turkish Laws and the Unification Instruments of Private Law*, Springer Verlag, Cham/Heidelberg/New York/Dordrecht/London 2014.
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan:** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (10. Baskı)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Aral, Fahrettin:** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (7. Baskı)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Atamer, Yeşim M.:** “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik” *Rona Serozan’a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 217-260. (Kısaltma: Atamer, İfa Engelleri)

- Atamer, Yeşim M.:** “Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'nin İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış”, *Milletlerarası Satım Hukuku – Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (ed. Atamer, Yeşim M.), XII Levha Yayınları 2012, s. 221-265.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan:** *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (3. Baskı)*, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman:** *BGB §§ 1-480 Kommentar 4. Auflage*, C.H. Beck 2019. (Kısaltma: Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Katkıda Bulunan)
- Basedow, Jürgen:** “Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG”, 25 *International Review of Law and Economics* (September 2005) s. 487-500.
- Beale, Hugh/Hartkamp, Arthur/Kötz, Hein/Tallon, Denis:** *Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2012.
- Berger, Bernhard:** *Allgemeines Schuldrecht*, Stämpfli, Bern 2008.
- Brunner, Christoph:** *Stämpflis Handkommentar, UN-Kaufrecht – CISG*, Stämpfli Verlag AG Bern 2004.
- Bucher, Eugen:** *Obligationenrecht Allgemeiner Teil (2. Auflage)*, Schulthess Verlag, Zürich 1988. (Kısaltma: Bucher, Allgemeiner)
- Bucher, Eugen:** *Obligationenrecht Besonderer Teil (3., erweiterte Auflage)*, Schulthess Verlag, Zürich 1988. (Kısaltma: Bucher, Besonderer)
- Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner:** *Nomos Kommentar BGB Schuldrecht Band 2/1 3. Auflage §§ 241-610*. (Kısaltma: Dauner-Lieb/Langen/Katkıda Bulunan)
- Demirbaş, Feride:** *Kısmi İfa*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Doğan, Gülmelahat:** “Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması”, *TBB Dergisi* 2014 (111), s. 9-36.
- Emiroğlu, Haluk:** “Roma Hukukunda Alım-Satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt:2 Sayı:2 Yıl 2011 s. 99-119.
- Emmerich, Volker:** *Das Recht der Leistungsstörungen*, C.H. Beck, München 2005.
- Erdem, Ercüment:** “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, *BATİDER*, C. 54, S. 3, 1992, s. 35-105.
- Eren, Fikret:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2015. (Kısaltma: Eren, Genel)
- Eren, Fikret:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler (4. Baskı)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2017. (Kısaltma: Eren, Özel)
- Fikentscher, Wolfgang/ Heinemann, Andreas:** *Schuldrecht (Zehnte Auflage)*, De Gruyter Recht, Berlin 2006.
- Furrer, Andreas/Wey, Rainer:** *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen 3. Auflage Art. 1-183 OR*, Schulthess Zurich Basel Genf 2016.
- Gauch Peter/Schlupe Walter R./Emmenegger. Susan:** *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil Band II (9. Auflage)*. Schulthess, Zürich Basel Genf 2008.
- Giger, Hans:** *Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht 2. Abteilung Die einzelnen Vertragverhältnisse 1. Teilband Kauf und Tausch – Die Schenkung 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen – Der Fahrniskauf Artikel 184-2015 OR (Zweite, unveränderte Auflage)*, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern 1980.
- Grunewald, Barbara:** *Erman BGB 15. Auflage Band I*, Ottoschmidt 2017.
- Gümüş, Alper:** “Kısmi İfa”, *Prof.Dr. Fahiman TEKİL'in Anısına Armağan*, İstanbul 2003. (Kısaltma: Gümüş, Kısmi İfa)
- Gümüş, Alper:** *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt I (3. Baskı)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012. (Kısaltma: Gümüş, Borçlar)

- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang:** *Basler Kommentar Obligationenrecht I Art. 1-529 (6. Auflage)* Helbing Lichtenhahn Verlag Basel 2015. (Kısaltma: Honsell/Vogt/Wiegand/Katkıda Bulunan)
- Honsell, Heinrich:** *Kommentar zum UN-Kaufrecht Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG) Zweite Auflage*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2010. (Kısaltma: Honsell/Katkıda Bulunan, UN-Kaufrecht)
- Honsell, Heinrich:** *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (8. Aufl.)*, Stämpfli Verlag, Bern 2006. (Kısaltma: Honsell, Obligationenrecht)
- Huber, Peter/Mullis, Alastair:** *The CISG A New Textbook For Students And Practitioners*, Sellier. European Law Publishers 2007.
- Huber, Peter:** “Comparative Sales Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Law* Ed. Reimann, Mathias/Zimmermann, Reinhard, Oxford University Press, 2006, s. 938-966.
- Huber, Ulrich:** *Leistungsstörungen (Band I)*, Mohr Siebeck, Tübingen 1999.
- Huguenin, Claire:** *Obligationenrecht Allgemeiner Teil und Besonderer Teil (2. Auflage)*, Schulhess, Zürich Base Genf 2014,
- Kee, Christopher:** “Remedies for breach of contract where only part of the contract has been performed: Comparison between provisions of the CISG (Articles 51 and 73) and counterpart provisions of the Principles of European Contract Law”, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (ed. Felemegas, John), Cambridge University Press, New York 2007, s. 415-419.
- Köroğlu, Belin:** “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C: XVII Yıl: 2013 S: 1 – 2*, s. 775-804.
- Kuntalp, Erden:** *Ard Arda Teslimli Satım Akdi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1968.
- Lorenz, Stephan:** “Die Rechte des Käufers bei Teillieferungen, teilweiser Mangelhaftigkeit und „unerheblichen“ Sachmängeln”, *DAR 9/2007* s. 506-509.
- Magnus, Ulrich:** “Remedies: Damages, Price Reduction, Avoidance, Mitigation, and Preservation” *International Sales Law a Global Challenge*, (ed. DiMatteo, Larry A.), Cambridge University Press, New York 2014, s. 257-285.
- Markesin, Basil S./ Unberath, Hannes/ Johnston, Angus:** *The German Law of Contract – A Comparative Treatise Second Edition*, Hart Publishing, Oregon 2006,
- Müller-Chen, Markus/Huguenin, Claire:** *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schnkung, Miete, Leihe (Art. 184 – 318 OR) 3. Auflage*, Schulhess Zurich Basel Genf 2016.
- Oğuzman, Kemal /Öz, Turgut:** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, İstanbul 2011.
- Öz, Turgut:** *Milletlerarası al Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Kısa Karşılaştırması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Özdemir, Hayrunnisa:** *Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Palandt, Otto:** *Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage*, C.H. Beck, München 2008. (Kısaltma: Palandt/Katkıda Bulunan, 67. Auflage).
- Palandt, Otto:** *Bürgerliches Gesetzbuch 78. Auflage*, C.H. Beck, München 2019. (Kısaltma: Palandt/Katkıda Bulunan, 78. Auflage)
- Rado, Türkan:** *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.

- Ranieri, Filippo:** *Europäisches Obligationenrecht: Ein Handbuch mit Texten und Materialien* (3. Aufl.), Springer Vienna 2009.
- Reisoğlu, Safa:** *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Schlechtriem, Peter/Butler, Petra:** *UN Law on International Sales*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2009.
- Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg/Schwenzer, Ingeborg:** *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (ed. Schwenzer, Ingeborg/Çağlayan Aksoy, Pınar), XII Levha Yayınları, İstanbul 2015. (Kısaltma: Schlechtriem/Schwenzer/Katkıda Bulunan)
- Schmid, Jörg/Stöckli, Hubert/Krauskopf, Frédéric:** *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil* (2. Auflage), Schulthess Zürich Base Genf 2016.
- Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard:** *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband §§ 241-304* Mohr Siebeck, Tübingen 2007. (Kısaltma: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann/Katkıda Bulunan, Band II)
- Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard:** *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band III Schuldrecht. Besonderer Teil. 1. Teilband §§ 433-656*, Mohr Siebeck Tübingen 2013. (Kısaltma: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann/Katkıda Bulunan, Band III)
- Schönle, Herbert/Higi, Peter:** *Obligationenrecht Teilband V 2a Kauf und Schenkung Zweite Lieferung Art. 192-204 OR*, Schulthess Juristische Medien AG Zürich 2005.
- Schwenzer, Ingeborg/Hachem, Pascal/Kee, Christopher:** *Global Sales and Contract Law*, Oxford University Press 2012.
- Schwenzer, Ingeborg:** *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil* (5. Auflage), Stämpfli Verlag, Bern 2009.
- Serozan, Rona:** *Borçlar Hukuku Genel Bölüm* (3. Cilt), Filiz Kitabevi İstanbul 2009. (Kısaltma: Serozan, Borçlar Genel)
- Serozan, Rona:** “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler)” *İÜHFİM 2000, Cilt LVIII*, s. 231-248. (Serozan, Alman)
- Serozan, Rona:** *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (2. Baskı), Filiz Kitabevi, İstanbul 2006. (Kısaltma: Serozan, Borçlar Özel)
- Sert Canpolat, Selin:** *Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Staudinger, Julius von:** *Staudinger BGB §§ 433-480 Kaufrecht*, Sellier-de Gruyter 2014. (Kısaltma: Staudinger/ Katkıda Bulunan, BGB §§433-480 Kaufrecht)
- Staudinger, Julius von/Magnus, Ulrich:** *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN-Kaufrecht CISG, Neubearbeitung*, Sellier – de Gruyter, Berlin 2005. (Kısaltma: Staudinger/Magnus)
- Staudinger, Julius von:** *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Eckpfeiler des Zivilrechts*, Sellier de Gruyter, Berlin 2008. (Kısaltma: Staudinger/Katkıda Bulunan, Eckpfeiler)
- Tandoğan, Haluk:** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt I/1*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1985. (Kısaltma: Tandoğan, Özel)
- Tandoğan, Haluk:** *Türk Mesuliyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010. (Kısaltma: Tandoğan, Mesuliyet)
- Tunçomağ, Kenan:** *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II* (3. Baskı), Sermet Matbaası, İstanbul 1977.
- UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, New York 2016.

- Vogg, Dominic-Alexander Peter:** *Die Leistungsstörungenrechte des BGB, der CISG, der Principles und des DCFR im Vergleich*, Hamburg 2011.
- Weber, Rolf H.:** *Berner Kommentar Band VI 1. Abteilung 5. Teilband Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109 OR*, Stämpfli Verlag AG Bern 2000.
- Westermann, Harm Peter:** *Münchener Kommentar BGB Schuldrecht Besonderer Teil I 8. Auflage §§ 433-534*, C.H. Beck 2019. (Kisaltma: Westermann in: MünchKomm)
- Wullschleger, Paola:** *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen 3. Auflage Art 1-183 OR*, Schulthess Zurich Basel Genf 2016.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak:** *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler (13. Baskı)*, Beta İstanbul 2014.
- Yavuz, Cevdet:** *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, Beta, İstanbul 1989.
- Yücer Aktürk, İpek:** “Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi* 2015/1, 211-238.
- Zimmermann, Reinhard:** *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996. (Kisaltma: Zimmermann, Roman)
- Zimmermann, Reinhard:** *The New German Law of Obligations*, Oxford University Press, Oxford 2005. (Kisaltma: Zimmermann, German)
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein:** *Introduction to Comparative Law. (3. ed)*, Çev: Tony Weir, Clarendon Press, Oxford 1998.