



Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Aynen İfa Talebi ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması

Zeynep Rana Demir*

Öz

Sözleşmeler hukukunun temel mantığına göre bir sözleşme kurulur, taraflar bu sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirir ve sözleşme sona erer. Kural bu olmakla birlikte çeşitli sebeplerle borcun ifa edilmemesi durumuyla sıkça karşılaşılır. Hukuk düzeni, sözleşmeden doğan borçların ifa edilmemesi hâlinde ihlal eden tarafa karşı ileri sürülebilecek talepleri belirler. Tazminat ve aynen ifa bu taleplerden en temel olanlarıdır. Çalışmanın konusunu oluşturan aynen ifa, borçlunun borcunu ifa etmemesi üzerine ifada ısrar edilmesi anlamına gelir. Satış sözleşmesi özelindeyse satıcının sözleşmeden doğan borcunu ifa etmemesi hâlinde alıcı, satılanın zilyetliğinin ve mülkiyetinin kendisine geçirilmesini talep eder. Bu çalışmada alıcının ileri süreceği aynen ifa talebi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ışığında incelenecek ve Türk Borçlar Hukuku ile karşılaştırılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Aynen ifa, Sözleşmeye aykırılık

Buyer's Right to Require Specific Performance According to The United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods (CISG) and Comparison with Turkish Law of Obligations

Abstract

According to the basic logic of contract law, a contract is concluded when the parties perform their obligations arising from this contract and the contract ends. Although this is the rule, the situation where an obligation is not performed for various reasons is often encountered. The legal order determines the claims that can be made against the breaching party when the contractual obligations are not performed. Damages and specific performance are the main claims. Specific performance which constitutes the subject matter of this study means that the performance is insisted on as a consequence of the debtor's non-performance. In the case of the sale contract, if the seller does not perform his contractual obligations, the buyer demands the transfer of possession and ownership of the goods sold. In this study, the buyer's right to require specific performance will be examined in the light of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and compared with the Turkish Law of Obligations.

Keywords

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Specific performance, Breach of contract

* Sorumlu Yazar: Zeynep Rana Demir (Arş. Gör.), İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: zeynep.demir@istanbul.edu.tr ORCID: 0000-0003-0649-8324

Atf: Demir ZR "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Aynen İfa Talebi ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması" (2019) 39(2) PPII 553. <https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.2.0099>

Extended Summary

According to the provisions of the Turkish Code of Obligations, the performance is the natural result of a contract. Therefore, the first claim to be demanded is the realization of this natural result, in other words, the specific performance. With the coming into force of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) in 2011, certain international sale contracts became subject to its provisions. Thus, not only the general and special provisions of the Turkish Code of Obligations, but also the CISG provisions shall be applied to the sale contracts. Therefore, it is necessary to reveal the similarities and differences between these two systems. Within the framework of the general provisions, the cases of non-performance of the obligation are divided into two as the impossibility of the obligation and the improper performance. Late performance is a specific case of improper performance and called default. The three different results are linked to these situations which fall into the concept of non-performance of the obligation: specific performance (action for specific performance and enforcement), action for damages and withdrawal from the contract. The first of these sanctions is important for our subject. If the debtor has not fulfilled his obligation, the creditor shall file a lawsuit for specific performance and compel the debtor to perform. If the debtor insists on failing to obey the court order, the creditor can apply for enforcement of this order. In Turkish law, as long as the performance of the obligation is possible, the creditor can in principle only demand specific performance. If it becomes impossible, it is no longer useful to demand specific performance. Therefore, in general provisions, the performance is the primary and prior sanction. This claim is sometimes completed with other claims (e.g. compensation for damage) and sometimes replaced by other claims (e.g. withdrawal from the contract as per article 125 of Turkish Code of Obligations). This violation of the contract system remains valid basically also in the special provisions related to the sale contract. However, at some points, a separation from general rules exists. First of all, the TCO art. 212 /par. 2 brings a different rule for the seller in default in commercial sale contracts where the parties determine a period of time for the transfer of possession of the goods sold. According to this provision, it is assumed that the buyer claims compensation for the damage arising out of non-performance instead of specific performance. However, in accordance with art. 125 of the Turkish Code of Obligations, the creditor shall, as a rule, demand specific performance and other claims, he should immediately notify that he renounces specific performance. Thus, the specific performance which is the primary sanction in simple sales, is replaced by compensation in commercial sales. Also, the defect and the eviction are separately regulated. As to the other cases of improper performance (e.g. violation of some ancillary obligations), the seller shall be liable to pay indemnity under art. 112 of the Turkish Code of Obligations, since there are no specific provisions. For the sale contracts subject to the CISG; arts. 45, 46 and 28 apply. According to art.

46, there are two requirements for the specific performance. They are as follows: The seller must violate his obligations and the buyer must not have benefited from a legal opportunity which is incompatible with the claim of specific performance. Art. 45 clarify the obligations that must be violated in order for the the right of specific performance to arise. Violation of any of the obligations arising from the contract or the Convention is sufficient for the exercise of the rights provided in certain articles of Convention, pursuant to the first paragraph of the said article. However, in case of non-conforming performance to the contract, the claim for delivery of substitute goods and repair (m. 46/ f. 2 and 3) applies. The boundary is not always clear and especially *aliud*, the partial performance and the claim for superior rights of third parties are controversial. In contrast to Turkish law, the CISG considers *aliud* like defective performance. Partial performance is regulated by art. 51/ para. 1 and according to it *articles 46 to 50 apply in respect of the part which is missing or which does not conform*. Eviction is not included in the concept of delivery of goods non-conforming to the contract and interpreted within art. 46/ para. 1. As to the second requirement for specific performance, the doctrine illustrated the legal opportunities which are incompatible with this claim such as avoidance of the contract (art. 49), the reduction of the price (art. 50) and the demand for compensation based on non-performance (m. 74 ff). Apart from these two requirements, there are other cases that prevent this claim. These restrictions are sometimes included in the articles of Convention but sometimes accepted by the doctrine (e.g. impossibility of performance, hardship). There are also some rules whose effect on specific performance is very controversial. The principle of good faith (art. 7), the usage (art. 9) and the obligation to mitigate the loss (art. 77) are the main ones. But the most strongly criticized restriction is art. 28 of the CISG which regulates that *If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention*. This has provoked a lot of discussion about its application. The statements “under its own law”, “similar contracts”, “the court” and “would do so” are in need of clarification. The biggest criticism among all these discussions is that it breaks the uniformity that the CISG aims to reach. Although it is not commonly seen in practice, in order to overcome this uniformity problem, the adoption of a close interpretation in accordance with the principles of art. 7 is proposed.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Aynen İfa Talebi ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması

Giriş

Bir sözleşme kurulurken taraflar bir edim kararlaştırır ve bu edimin ifası konusunda anlaşır. İdeal olan, iki tarafın da bu anlaşmaya uygun hareket etmesidir¹. Fakat taraflar her zaman bu kurala sadık kalmaz. Bir sözleşmenin doğal sonucu olan ifa², borçlu tarafından yerine getirilmediğinde ve alacaklı bunun üzerine borcun sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmesini talep ettiğinde, aynen ifa talebinde bulunmuş olur. Türk hukukunda sözleşmenin ifası ve ifa edilmeme üzerine gündeme gelebilecek talepler esas itibariyle Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bununla beraber, 2/4/2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanunla uygun bulunan ve 1/8/2011 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'yla (CISG) belirli satış sözleşmeleri açısından yeni düzenlemeler hukukumuza girmiştir³.

Çalışmanın amacı satış sözleşmesinde alıcının Türk Borçlar Kanunu ve CISG hükümleri uyarınca sahip olduğu aynen ifa talebinin şartlarını ve sınırlarını karşılaştırmaktır. Sonraki aşama olan aynen ifa hükmünün icrası ve tanıma/tenfiz problemleri ise ayrı bir çalışma konusudur. Sırasıyla Türk hukukunda ve CISG düzenlemesinde alıcının aynen ifa talebi incelenecek, ardından CISG'in aynen ifa talebine ilişkin olarak getirdiği oldukça sıra dışı bir düzenleme olan 28. maddesi ele alınacaktır. Söz konusu hüküm "*Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahip ise, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür.*" düzenlemesini getirmiştir.

CISG m. 28'in uluslararası hukukta ulaşılmak istenilen yeknesaklığı bozucu etkisi ve genel olarak aynen ifa yaptırımının yerindeliği çalışma kapsamı dışındadır. Bu hususlara yeri geldikçe Türk Borçlar Hukuku ve CISG kapsamında aynen ifayı karşılaştırmak amaçlı değinilecektir. Genel bakış açısı alıcının, Türk Borçlar Kanunu'nun uygulandığı bir uyuşmazlık ile CISG'in uygulandığı bir uyuşmazlıkta aynen ifa talebine ilişkin karşılaşılabilecek farklılıklara ve benzerliklere yönelik olacaktır. Çalışma, alıcının CISG m. 46/f. 1'de düzenlenen aynen ifa talebiyle sınırlandırılmış olup sözleşmeye uygun olmayan mal teslimi üzerine öngörülen ikame mal ve onarım

1 Shael Herman, 'Specific Performance: a Comparative Analysis' (2003) 7(2) Edinburgh Law Review, 194, 196.

2 İlhan Helvacı, *Le droit turc du contrat* (Schulthess 2018) 166.

3 02.04.2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanunla uygun bulunan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması 07.04.2010 tarihli ve 27545 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bkz. www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407-1.htm.

taleplerine (CISG m. 46/f. 2 ve f. 3) değinilmeyecektir. Aynı şekilde satıcının aynen ifa talebi de (CISG m. 62) çalışma konusu dışında bırakılmıştır.

I. Türk Borçlar Hukukunda Aynen İfa

Türk hukukunda sözleşmeye aykırılık hâlleri için farklı yaptırımlar düzenlenmiştir⁴. Genel hükümlerde öngörülen çeşitli hâller ve sonuçların yanında satış sözleşmesi için bir de özel düzenlemeler bulunmaktadır⁵.

A. Genel Hükümler Çerçevesinde Aynen İfa

Türk hukukunda borcun ifa edilmemesi hâlleri, borcun hiç ifa edilmemesi ve gereği gibi ifa edilmemesi olarak ikiye ayrılır⁶. Borcun hiç ifa edilmemesi “imkansızlık”, gereği gibi ifa edilmemesi hâllerinden geç ifa “temerrüt”, diğer gereği gibi ifa edilmemesi hâlleri ise “kötü ifa” olarak adlandırılır⁷. Borcun ifa edilmemesi kavramına giren bu hâllere genel hükümlerde üç farklı sonuç bağlanmıştır: aynen ifa (ifa davası ve cebri icra), tazminat davası, sözleşmeden dönme⁸.

Borcun ifa edilmemesi üzerine öngörülen ilk önlem, alacaklıya aynen ifa talebinde bulunma imkanı tanınmasıdır⁹. Hatta alacaklı ifa mümkün oldukça kural olarak borçluyu yalnızca ifaya zorlayabilir¹⁰. Edimini yerine getirmeyen borçluya karşı alacaklı önce ifa davası açarak borçlunun ifaya mahkum edilmesini talep eder, borçlu hala ifa etmiyorsa cebri icra yoluna başvurarak ifayı zorla sağlar¹¹.

Borç ifa edilmemiş fakat ifası da imkansızlaşmışsa artık aynen ifayı talep etmenin bir anlamı kalmamıştır¹². O hâlde tazminat imkanı kural olarak yalnızca borçlanılan

4 Borca aykırılık hallerinin yeknesak şekilde çözüme kavuşturulmaması olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Pelin Işıntan, ‘Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı’ (2013) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı) 161, 162.

5 Pierre Tercier, *Le droit des obligations* (2nd edn, Schulthess 1999) para 868; M. Kemal Oğuzman and M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1* (16th edn, Vedat 2018) para 1212 dn 13.

6 Doktrinde Serozan ise borç ilişkisinin amacının gerçekleşmesinin önüne geçen tüm aksilikleri ifa engeli olarak tanımlamakta ve alacaklının temerrüdü (TBK m.106), imkansızlık (TBK m.136), borçlunun temerrüdü (TBK m.117), sözleşmenin müspet ihlali (TBK m.112) ve işlem temelinin çökmesi (TBK m.138) durumlarını bu kavrama dahil etmektedir. Bkz. Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler: ifa, ifa engelleri, haksız zenginleşme - ek: uygulama çalışmaları cilt no: 3* (3th edn, Filiz 2014) §11 para 1. Fakat bu kavram, Türk hukukunda görüş birliğiyle benimsenmemektedir.

7 Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15th edn, Beta 2017) para 177; Oğuzman and Öz (n 5) para 1194-1205; Selahattin Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu and Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993) 851. Türk hukukundaki bu baskın ayırım, kaynak İsviçre hukukunda benimsenen ayırma uygundur. Bkz. Tercier, *Le droit des obligations* (n 5) para 858.

8 Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22th edn, Yetkin 2017) 1054; Oğuzman and Öz (n 5) para 1212. Bahsedilen sonuçlar doktrinde farklı gruplandırmalara da tabi olmuştur. Örneğin; cebri icra, tazminat davası ve borçlu temerrüdü hükümleri ayırımı için bkz. Tercier, *Le droit des obligations* (n 5) para 865-867. Hangi ayırım ve gruplandırma benimsenirse benimsensin, İsviçre ve Türk hukukunda borca aykırılığın farklı türleri olduğu ve farklı yaptırımları doğurduğu açıktır.

9 Tercier, *Le droit des obligations* (n 5) para 865.

10 Helvacı (n 2) 140; Oğuzman and Öz (n 5) para 1219.

11 Helvacı (n 2) 140; Oğuzman and Öz (n 5) para 1219, 1228.

12 Oğuzman and Öz (n 5) para 1219,1220.

edimin ifasının artık mümkün olmaması üzerine doğar¹³. Buradaki imkansızlık, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan ve kesin hükümsüzlük sonucunu doğuran objektif imkansızlıktan farklıdır¹⁴. Borç geçerli olarak doğmuş fakat ifa aşamasında borcun yerine getirilmesi olanağı kalmamıştır¹⁵. Türk hukukundaki baskın görüş uyarınca bu imkansızlıktan borçlu sorumlu tutulamıyorsa borç sona erer ve borçlu borcundan kurtulur¹⁶. Borçluya yüklenebilen bir imkansızlık söz konusuysa borçlu TBK m. 112 uyarınca borca aykırılıktan sorumlu olur ve tazmin etme yükümlülüğü borcun yerini alır¹⁷.

Muaccel bir borcun zamanında ifa edilmemesi, borcun ifası imkanını ortadan kaldırmıyor ve belli şartları (örneğin ihtar) yerine getiriyorsa temerrüt olarak adlandırılır¹⁸. Temerrüt yalnızca gecikme tazminatı (TBK m. 118), sorumluluğun ağırlaşması (TBK m. 119) ve para borçlarında temerrüt faizi (TBK m. 120) sonucunu doğurur; aynen ifa talebine ise bir etkisi yoktur¹⁹. Başka bir ifadeyle temerrüt, borcun talep ve ifa edilebilirliğini etkilemez²⁰. Aynı şekilde alacaklı gecikmiş ifayı kabul etmek zorundadır²¹. Temerrüt hükümleri arasında aynen ifa talebine ilişkin tek düzenleme TBK m. 125'tir. Bu hüküm, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde süre vermek ve derhal bildirimde bulunmak şartıyla alacaklıya ifadan vazgeçip olumlu zararın tazminini isteme veya sözleşmeden dönme hakkı tanır. Aynen ifa dışındaki taleplerin başkaca şartlara bağlanması ve Kanun'da ayrıca belirtilmesi, Türk hukuku açısından aynen ifanın kural, diğer taleplerin istisnai olduğunun bir göstergesidir²².

Borcun geç ifası dışındaki diğer gereği gibi ifa etmeme hâlleri kötü ifa olarak adlandırılır²³. Miktar, nitelik veya yer itibarıyla sözleşmeye uygun olmayan bir ifa söz konusudur ve alacaklı, geç ifanın aksine kötü ifayı kabul etmek zorunda

13 Tercier, *Le droit des obligations* (n 5) para 866.

14 Oğuzman and Öz (n 5) para 1802; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 7) 903.

15 Borcun doğumu ve ifası arası dönemdeki imkansızlık söz konusudur. Tercier, *Le droit des obligations* (n 5) para 1140.

16 Eren (n 8) 1069; Nomer (n 7) para 183; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 7) 998. Ancak Oğuzman ve Öz tarafından savunulan görüşe göre imkansızlaşan borç her halükarda sona erer. Borçlu imkansızlıktan sorumlu tutulabiliyorsa alacaklının zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Bkz. Oğuzman and Öz (n 5) para 1472.

17 Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 7) 904. Doktrinde kusurlu imkansızlığın borca aykırılık, kusursuz imkansızlığın ise borcun sona ermesi başlığında incelenmesi bundan kaynaklanır.

18 Oğuzman and Öz (n 5) para 1498. CISG düzenlemesinde temerrüt de diğer sözleşmenin ihlali hâlleri gibi sözleşmeye aykırılık genel rejimine tabidir ve ihtara gerek olmadan kendiliğinden gerçekleşir (Silvio Venturi and Marie-Noëlle Zen-Ruffinen, 'Article 190' in Luc Thévenoz and Franz Werro (eds), *Commentaire Romand Code des obligations I* (2nd edn, Helbing Lichtenhahn Verlag 2012) para 16-17).

19 Eren (n 8) 1126ff; Helvacı (n 2) 166, 168.

20 Eren (n 8) 1126.

21 Nomer (n 7) para 187. Mutlak kesin vadeli işlemlerde, örneğin nikahı filme çekmeyi üstlenen kimsenin nikaha yetişememesi, temerrüde değil, ifa imkansızlığına ilişkin hükümlerin uygulanacağı hakkında bkz. Nomer (n 7) para 197.13. Dolayısıyla aynen ifa istemi söz konusu olmayacağı gibi (Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (3rd edn, On İki Levha 2018) para 596), gecikmiş ifayı kabul zorunluluğundan da bahsedilemez.

22 Temerrüt halinde aynen ifa temel taleptir çünkü başka bir talepte bulunacak olan alacaklı hemen harekete geçmeli ve ifayı istemediğini açıkça bildirmelidir (İşintan (n 4) 169). Zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticari satışlara ilişkin ise TBK m. 212/f. 2 istisnai bir düzenleme getirir.

23 Nomer (n 7) para 185. Doktrinde Eren, kötü ifa ve yan yükümlülüklerin ihlalini ikiye ayırarak gereği gibi ifa etmeme başlığı altında inceler. Bkz. Eren (n 8) 1073.

değildir; fakat kabul etmesi tazminat talep etme hakkını ortadan kaldırmaz²⁴. O hâlde kötü ifa hallerini iki ihtimal üzerinden değerlendirmek gerekir. Yapılan ifayı kabul etmediği takdirde alacaklı aynen ifa talebinde bulunabilir²⁵. Çünkü bu ihtimalde ifa hiç yapılmamış sayılır²⁶. Yapılan ifayı kabul ettiği takdirde ise ifa edilen edimin sözleşmeye uygun olmamasından doğan zararını talep edebilir²⁷ ancak kötü (sözleşmeye uygun olmayan) de olsa gerçekleştirilmiş (sunulmuş ve kabul edilmiş) bir edim söz konusu olduğundan artık aynen ifa talebine yer olmayacaktır.

Sonuç olarak bir borç muaccel ve ifası mümkünse alacaklı kural olarak yalnızca aynen ifayı talep edebilir²⁸. Bu ana kural genel hükümlerde bazen başka istemlerle tamamlanmış bazen de yerini başka istemlere bırakmıştır. İlk olarak borçlu temerrüde düşmüş ve kusurluysa TBK m. 118 uyarınca alacaklı aynen ifa yanında gecikme tazminatı da talep edebilecektir²⁹. Bunun dışında TBK m. 125 karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, belirli şartlar altında alacaklıya ifadan vazgeçerek olumlu zararının tazminini talep etme ya da sözleşmeden dönme hakkı tanımaktadır³⁰. Görüldüğü gibi bu imkan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere özgü ve koşulludur³¹. Bütün bu sözleşmeye aykırılık sisteminden çıkan temel sonuç, Türk hukukunda aynen ifanın kural olduğu, diğer taleplerin karşısında asli ve öncelikli talep olarak yer aldığıdır³². Ancak asliliği vurgulanan aynen ifa ilkesi, belirtilen kanun hükümlerindeki istisnalar dışında da mutlak olarak uygulanmaz. Örneğin, maddi bakımdan ifa mümkün olmakla beraber borçlunun ifaya mahkum edilmesini istemek dürüstlük kuralına aykırı bir sonuç yaratıyorsa, alacaklı ifa yerine tazminat isteme veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanmışsa ya da sözleşmeden doğan yan borçlar söz konusuysa ifa davası açılmayacaktır³³.

B. Özel Hükümler Çerçevesinde Aynen İfa

Türk Borçlar Kanunu'nun yukarıda açıklanan sözleşmeye aykırılık sistemi, Kanun'da 207. ve 281. maddeler arasında özel olarak düzenlenen satış sözleşmesi

24 Nomer (n 7) para 185.6.

25 Işintan (n 4) 168.

26 ibid 168.

27 Nomer (n 7) para 185.

28 Oğuzman and Öz (n 5) para 1219. Eğer alacaklı, borçlanılmış edimin aynen ifasını elde edemiyorsa o zaman bu ifa etmemeden doğan zararının karşılanmasını talep edebilir (Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse* (2nd edn, Stämpfli 1997) 704).

29 Serozan, *Genel Bölüm* (n 6) §17 para 8. Para borçlarında temerrütte gecikmeden doğan zararın tazmini için borçlunun kusurunun aranmayacağı hakkında bkz. Serozan, *Genel Bölüm* (n 6) §17 para 7.

30 ibid para 14.

31 ibid para 14.

32 Işintan (n 4) 167. Bu sonuç Yargıtay kararlarında şöyle ifade edilmektedir: "Hukukumuzda sözleşmeye bağlılık (Ahde Vefa-Pacta Sund Servanda) ve sözleşme serbestliği ilkeleri kabul edilmiştir. Bu ilkelere göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalıdır." (Yargıtay 13 HD, 5334/2721, 3.2.2016, Yargıtay 3 HD, 11362/6297, 4.6.2018).

33 Oğuzman and Öz (n 5) para 1225-1227.

açısından da geçerlidir³⁴. Böylece ifanın imkansızlaşması üzerine aynen ifa talebine yer olmayacak³⁵, borcun geç ifa edilmesi TBK m. 212 uyarınca borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlere tabi olacak ve satış sözleşmesi hükümlerinde özel olarak düzenlenmemiş gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) hâlleri tazminat sorumluluğunu doğuracaktır³⁶. Bununla birlikte gerek satıcının temerrüdü gerekse kötü ifa halleri için genel kurallardan ayrılan birtakım düzenlemeler öngörülmüştür.

İlk olarak, her ne kadar satıcının temerrüdü genel hükümlere tabi olsa da belirli vadeli ticari satışlar için Türk Borçlar Kanunu'nun 212. maddesinin 2. fıkrası farklı bir düzenlemeye gitmiştir. Öncelikle alıcı, genel kuralın aksine satıcıya süre vermeden seçimlik haklarını kullanabilir³⁷. Ayrıca satıcının temerrüdü üzerine alıcının, devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilir³⁸. Söz konusu kabul, aksi ispat edilebilen bir karine niteliğindedir³⁹. Aynı maddenin 3. fıkrası ise satılanın devrinde ısrarcı olan alıcının bunu satıcıya hemen bildirmesi şartını aramaktadır. Görüldüğü gibi kural, alıcının olumlu zararının tazminini istemesidir ve o, bu hukuki sonuçtan kurtulmak istiyorsa niyetini hemen bildirmelidir⁴⁰. Oysaki Türk Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinden çıkan sonuç alacaklının aynen ifayı istediğinin kural olduğu, diğer talepler için ise aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmesi gerektiğidir. Genel hükümlere göre temerrüt halinde kural olan aynen ifa talebi, Türk Borçlar Kanunu'nun 212. maddesinin 2. fıkrası ile istisnai hale gelmiş, başka bir ifadeyle mevcut karine belirli vadeli ticari satış sözleşmeleri açısından değiştirilmiştir⁴¹. Böylece adi satımda birincil yaptırım olan aynen ifa, ticari satımda yerini tazminata bırakmıştır⁴².

Borcun ifa edilmemesi bakımından genel kuraldan ayrılan bir başka düzenleme kötü ifa hâllerine ilişkindir. Genel hükümlerde geç ifa dışındaki diğer gereği gibi ifa etmeme hâlleri arasında bir ayrıma gidilmezken satış sözleşmesi özelinde ifanın edimde aranan niteliğe uygun olmaması (ayıplı ifa) ile alıcıya teslim edilen mal üzerinde üçüncü kişinin üstün bir hak ileri sürmesi (zapt) ayrıca düzenlenmiştir⁴³.

34 Pierre Tercier, *La partie spéciale du Code des obligations* (Schulthess 1988) para 198.

35 Bu durumda, imkansızlığa kimin katlanacağı sorunu hasar problemi olarak adlandırılmakta ve TBK m. 208'de düzenlenmektedir. Bkz. Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (13th edn, Beta 2014) 34ff. Ancak hasar kimin üzerinde olursa olsun; imkansızlık, aynen ifa talebini ortadan kaldıracaktır.

36 Oğuzman and Öz (n 5) para 1547.

37 Tercier, *Partie spéciale* (n 34) para 215; Venturi and Zen-Ruffinen, 'Article 190' (n 18) para 4.

38 Tercier, *Partie spéciale* (n 34) para 215; Venturi and Zen-Ruffinen, 'Article 190' (n 18) para 4.

39 Eren (n 8) 71; Yavuz (n 35) 57; Venturi and Zen-Ruffinen, 'Article 190' (n 18) para 4.

40 Yavuz (n 35) 57. Alman ve Avusturya hukuklarında da benzer düzenlemelerin yer aldığı yönünde bkz. Ingeborg Schwenzer, 'Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts' (1999) 1(3) *European Journal of Law Reform* 289, 299.

41 Eren (n 8) 57; Tercier, *Partie spéciale* (n 34) para 216.

42 Ece Baş Sözel, 'Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu' in Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016* (On İki Levha 2016) 32, 35.

43 Oğuzman and Öz (n 5) para 1547.

Satılan malın üçüncü kişinin iddia ettiği üstün hak yüzünden alıcının elinden alınmasına veya iddia edilen bu hak yüzünden alıcının mülkiyet hakkını gereği gibi kullanamamasına zapt adı verilir⁴⁴. Tam zapt hâlinde TBK m. 217, satış sözleşmesinin kendiliğinden sona ermiş sayılacağı kuralını getirdiği için aynen ifa talebine yer olmayacak ve alıcı yalnızca zararının tazminini talep edebilecektir⁴⁵. Kısmi zapt hâlinde ise sözleşme sona ermiş sayılmaz ve alıcı yalnızca kısmi zapt sebebiyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir (TBK m. 218/f. 1). Ancak kısmî zaptı bilseydi söz konusu satış sözleşmesini kurmayacağı durum ve koşullardan anlaşılan alıcı, sözleşmeden dönebilir (TBK m. 218/f. 2)⁴⁶.

Satılan şeyin satıcının bildirdiği özellikleri taşımaması veya bu şeyde onun değerini ve sözleşme gereğince ondan beklenen yararları azaltan veya kaldıran eksiklikler bulunması ayıp olarak adlandırılır⁴⁷. Fakat ayıbın varlığı, kanunda düzenlenen ayıp hükümlerine başvurmak için yeterli değildir, alıcının belirli külfetleri yerine getirip zamanaşımı süresi içinde harekete geçmesi gerekir⁴⁸. Ayıplı ifa hâlinde alıcı; sözleşmeden dönme, bedelde indirim isteme, satılanın ücretsiz onarılmasını isteme ve satılanın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini isteme seçimlik haklarına sahiptir (TBK m. 227/f. 1). Ayrıca alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı da saklıdır (TBK m. 227/f. 2).

Ayıp ve zapt dışında kalan kötü ifa hâlleri (vasfa uygun olmayan edimin ifasının alıcıya ayrıca bir zarar vermesi ve bazı yan borçlara aykırılık) hakkında satış sözleşmesine özgü bir düzenleme bulunmadığından satıcı Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi uyarınca tazminat ödemekle yükümlü tutulacaktır⁴⁹. Böylece örneğin satılan mal gerektiği gibi paketlenmemişse alıcı bu paketlemenin düzgün yapılmasını değil; olması gerektiği gibi yapılmayan paketlemeden doğan zararın tazminini talep edebilecektir⁵⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümleri incelendiğinde, genel hükümlerden başlıca farkının m. 212/f. 2 ile tazminat yaptırımına öncelik tanınması olduğu görülür. Kanun koyucu belirli vadeli ticari satışlarda alıcının malları başka bir yerden temin edebileceğini ve aynen ifaya yönelik bir menfaati bulunmadığını kabul etmiştir⁵¹. Ancak bu hüküm alacaklının aynen ifa talep etme hakkını elinden almaz, yalnızca ayrı ve açık bir talebi gerekli kılar⁵².

44 Yavuz (n 35) 61.

45 Tazmin edilecek zarar kalemleri için bkz. Tercier, *Partie spéciale* (n 34) N 248

46 Serozan, *Özel Bölüm* (n 21) para 639; Tercier, *Partie spéciale* (n 34) N 252.

47 Eren (n 8) 69. Başka bir tanım (*Satılan şeyin satıcının bildirdiği ya da alıcının dürüstlük kuralı uyarınca bekleyebileceği özelliklerinin eksikliği*) için bkz. Tercier, *Partie spéciale* (n 34) para 278.

48 Tercier, *Partie spéciale* (n 34) para 305.

49 Oğuzman and Öz (n 5) para 1541, 1547.

50 Eren (n 8) 1076.

51 Işntan (n 4) 170.

52 Baş Süzel (n 42) 35.

II. CISG Düzenlemesinde Aynen İfa

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda, Türk hukukundakinin aksine sözleşmeye aykırılık hâlleri tek bir çatı altında toplanmış; aykırılık üzerine uygulanacak yaptırımlarda ise ayrıma gidilmiştir⁵³. Böylece borcun ifasının imkansız olması, borçlunun veya alacaklının temerrüde düşmesi, borcun gereği gibi ifa edilmemiş olması (kötü ifa) gibi durumların tümü CISG kapsamında “sözleşmenin ihlali” olarak anılır ve uygulanacak yaptırım, ifa engelini türüne göre değil de sözleşmenin ihlalinin esaslı olup olmamasına göre belirlenir⁵⁴. Bu yaptırımlar; aynen ifa (m. 46), sözleşmenin ortadan kaldırılması (m. 49) ve tazminat (m. 74 vd.) olmak üzere üç türdür. CISG'nin 45. maddesinin birinci fıkrası, satıcının yükümlülükleri arasında bir ayırım yapmadan, herhangi biri yerine getirilmezse alıcının CISG'nin devam eden maddelerinde öngörülen haklardan yararlanabileceğini düzenler. Aynen ifa talebi de bu haklardandır.

A. Aynen İfa Talebinin Şartları

CISG'nin “Sözleşmenin Satıcı Tarafından İhlâli Halinde Alıcının Sahip Olduğu Hukukî İmkânlar” başlığını taşıyan 45. maddesinin birinci fıkrası uyarınca; “*Satıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse, alıcı: (a) Madde 46 ilâ 52'de öngörülen haklarını kullanabilir. (b) Madde 74 ilâ 77'de öngörülen tazminatı talep edebilir*”. Aynen ifa talebi de bu fıkranın a bendinde öngörülen 46. maddenin birinci fıkrasında yer alır: “*Alıcı, satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir, meğerki bu talebiyle bağdaşmayan bir hukukî imkândan yararlanmış olsun*”.

46. maddenin birinci fıkrasının lafzı 45. maddeyle birlikte incelendiğinde aynen ifa talebi için iki şartın arandığı görülür: satıcının yükümlülüklerini ihlal etmesi ve alıcının aynen ifa talebiyle bağdaşmayan bir hukuki imkandan yararlanmamış olması.

1. Satıcının yükümlülüklerini ihlal etmesi

Aynen ifayı talep hakkının doğmasına yol açması için satıcının ihlal etmesi gereken yükümlülüklerin neler olduğu sorusunun cevabını CISG m. 45 vermektedir. Anılan maddenin ilk fıkrasına göre sözleşmeden veya Antlaşmadan doğan yükümlülüklerden herhangi birinin ihlali, Antlaşmadan doğan hakların kullanılması için yeterlidir.

53 Ahu Ayanoğlu Morali, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi’ (2013) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı) 289, 307; Başak Başoğlu, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Aynen İfa ve Bunun Tarihsel Arka Planı’ in Sinan Okur (ed), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)* (Adalet 2016) 338; Turgut Öz, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)’ (2013) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı) 3, 10.

54 Öz (n 53) 10.

Bununla beraber sözleşmeye uygun olmayan mal teslimi 46. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlendiği için birinci fıkranın uygulama alanı bunun dışında kalan yükümlülüklerin ihlaliyle sınırlıdır⁵⁵. Tali ifa talepleri⁵⁶ olan onarım (CISG m. 46/f. 3) ve ikame mal teslimi (m. 46/f. 2) talebinde bulunabilmek için 35. maddenin ihlal edilmesi şartı aranır⁵⁷. Öyleyse m. 46/f. 1'in uygulanabilmesi için bunun dışındaki ihlaller (örneğin malların hiç teslim edilmemiş olması, öngörülen yerde teslim edilmemiş olması, sözleşme veya adet gereği olan belgelerin temin edilmemiş olması, sözleşmede kararlaştırılan diğer yükümlülüklerin yerine getirilmemiş olması) gerçekleşmelidir⁵⁸. İhlal edilen borcun asli veya yan borç olması ise bir önem taşımaz⁵⁹. Örneğin satıcı, malı teslim etmesine rağmen yükleme faturasını veya depo makbuzunu alıcıya vermemiş olabilir⁶⁰. Aynen ifa talebi bu borçların yerine getirilmesi amacına da hizmet eder, ihlal türü arasında ayırım yapmaz⁶¹.

Hangi durumlarda aynen ifa hangi durumlarda onarım ya da ikame mal teslimi talebinin söz konusu olacağı her zaman açık değildir. Özellikle *aliud* ifa, üçüncü kişilerin üstün hak iddiası ve kısmi ifa konuları tartışmaya açıktır⁶². Aradaki sınırı çizebilmek için satıcının teslim borcu incelenmelidir. Satış sözleşmesinde satıcı, malları teslim borcunu sözleşmeye uygun şekilde yerine getirmelidir⁶³. Alıcıya sözleşmede öngörülen nitelikteki malları teslim ettiğinde teslim borcundan kurtulur⁶⁴. Sözleşmede öngörülenden farklı nitelikte ve nicelikte bir malın teslimi

- 55 Erkan Kutluhan, *CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi* (On İki Levha 2017) 33; Michael Will, 'Article 46' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987) 335; Chengwei Liu, 'Specific Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law' (2005) <www.cisg.law.pace.edu> Erişim Tarihi 27 November 2018, para 3.2; Huber, 'Article 46' in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2nd edn, Beck Hart Nomos 2018) para 2.
- 56 Tali ifa talebi kullanımı için bkz. Yeşim M. Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (Beta 2005) 363. TBK m. 227/f. 1'de de yer alan söz konusu haklarla alıcı, gereği gibi yapılmayan ifanın yinelenmesini talep etmektedir, dolayısıyla bunlar aynen ifa talebinin bir uzantısıdır (Serozan, *Özel Bölüm* (n 21) para 776, 778). Aynen ifa kapsamında değerlendiren diğer yazarlar için bkz. Yeşim M. Atamer, 'Satıcının Sözleşmeyi Aykırı Davranışım Ekseninde CISG'ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış' in Yeşim M. Atamer (ed), *Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (On İki Levha 2008) 259; John Fitzgerald, 'CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec' (1997) 16 *Journal of Law and Commerce* 291, 294; Işintan (n 4) 162.
- 57 Peter Huber, 'CISG – Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları' in Yeşim Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (On İki Levha 2008) 272; Müller-Chen, 'Article 46' in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016) para 6.
- 58 Çeşitli örnekler için bkz. Müller-Chen, 'Article 46' (n 57) para 6; Zafer Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku* (3rd edn, Seçkin 2019) 205; Huber, 'Article 46' (n 55) para 4.
- 59 Atamer, 'İfa Engelleri' (n 56) 242; Işintan (n 4) 172.
- 60 Amy H. Kastely, 'The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention' (1988) 63 *Washington Law Review* 607, 613.
- 61 Mirghasem Jafarzadeh, 'Buyer's Right to Specific Performance: A Comparative Study Under English Law, the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, Iranian and Shi'ah Law' (2001) <www.cisg.law.pace.edu> Erişim Tarihi 27 November 2018, part 2 para 2. Oysaki Kita Avrupası hukuk sistemlerinde yan borçlara aykırılık çoğu zaman aynen ifa değil tazminat yaptırımını doğurur (Schwenzer, 'Specific Performance' (n 40) 300).
- 62 Huber, 'Article 46' (n 55) para 4.
- 63 Işintan (n 4) 162.
- 64 H. Ercüment Erdem, 'Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu' in Yeşim M. Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (On İki Levha 2008) 110.

halinde satıcının teslim borcundan yine kurtulduğu kabul edilir⁶⁵. Bu durumda satıcı tali ifa talepleriyle (m. 46/f. 2 ve 3) karşı karşıya kalır⁶⁶. Bambaşka bir şeyin teslim edilmesiyle “*aliud* ifa” olarak adlandırılır ve Türk hukukunda ifa hiç yapılmamış sayılacağından alıcı aynen ifa talebinde bulunabilir⁶⁷. Fakat CISG uyarınca *aliud* ifa, ayıplı ifa ile eş tutulur⁶⁸. Dolayısıyla sözleşmede öngörülenden tamamen farklı bir şeyin teslimiyle satıcının teslim borcundan kurtulacağı ileri sürülmektedir⁶⁹. Bu durumda artık aynen ifadan bahsedilemeyecek, tali ifa taleplerinden ikame mal teslimi talebi ileri sürülecektir⁷⁰.

Edimin kısmen ifa edildiği hâller CISG m. 51/f. 1’de şöyle düzenlenmiştir: “*Satıcı malların yalnızca bir kısmını teslim etmiş ise veya teslim edilmiş malların yalnızca bir kısmı sözleşmeye uygun ise, 46 ilâ 50. maddeler eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısım için uygulanır*”. Böylece örneğin satıcı, sözleşme gereği 100 adet mal teslim etmesi gerekirken 80 adet teslim etmişse aykırılık hâlinde gündeme gelen yaptırımlar yalnızca kalan 20 adet için geçerli olacaktır⁷¹. Ayrıca doktrinde alıcının eksik kalan kısım için m. 46/f. 2’de belirtilen şartlara tabi olmadan aynen ifa talebinde bulunabilmesi, aynen ifa talebinin amacına (*ratio legis*) da daha uygun olduğu gerekçesiyle savunulmuştur⁷². Son olarak, üçüncü kişilerin üstün hak iddiası (zapt), sözleşmeye uygun olmayan mal teslimi kavramına sokulmamakta ve m. 46/f. 1 kapsamında değerlendirilmektedir⁷³. İkinci bölümün ikinci ayrımı, malların sözleşmeye uygunluğu (m. 34-40) ile üçüncü kişilerin hak veya taleplerini (m. 41-43) ayrı ayrı düzenleyerek bu farkı belirginleştirmektedir⁷⁴.

2. Alıcının aynen ifa talebiyle bağdaşmayan bir hukuki imkandan yararlanmamış olması

Alıcıya aynen ifa talebinde bulunma hakkını tanıyan 46. maddenin ilk fıkrasının ikinci kısmı “*meğerki bu talebiyle bağdaşmayan bir hukuki imkandan yararlanmış*

65 Erdem (n 64) 110.

66 Sözleşmeye uygun olmayan mal teslimi üzerine tali ifa taleplerinin gündeme geleceği hakkında için bkz. dn. 55’teki yazarlar.

67 Işntan (n 4) 175.

68 Müller-Chen, ‘Article 46’ (n 57) para 20; Will, ‘Article 46’ (n 55) 336; Huber, ‘Article 46’ (n 55) para 6. Örneğin belirli bir kullanıma özgülümlenmiş makine yerine başka bir makinenin ya da özel bir gemi yükünün yerini başka bir deniz aracının alması m. 46/f. 1 kapsamında değerlendirilecektir (Huber, ‘Article 46’ (n 55) para 6).

69 Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 56) 366; Yavuz Dayıoğlu, *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı* (On İki Levha 2011) 50; Işntan (n 4) 175. Erdem bu görüşe karşı çıkmaktadır. Yazar, sözleşmede öngörülenden farklı malları alıcı kabul ederse, artık aralarında zimnen yeni bir satım sözleşmesi kurulmuş olacağını ifade eder. Bkz. Erdem (n 64) 112.

70 Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 56) 366; Işntan (n 4) 175.

71 Huber, ‘Article 46’ (n 55) para 8. CISG m. 51/f. 2 düzenlemesi de gözden kaçırılmamalıdır: “*Eksik veya sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi halinde alıcı sözleşmenin tamamının ortadan kalktığını beyan edebilir.*”

72 Müller-Chen, ‘Article 46’ (n 57) para 21. Aksi görüşte Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 56) 341.

73 Müller-Chen, ‘Article 46’ (n 57) para 22; Huber, ‘Article 46’ (n 55) para 7.

74 Huber, ‘Article 46’ (n 55) para 7.

olsun” ifadesine yer vermektedir. Bu taleple bağdaşmayan hukuki imkanlara örnek olarak doktrinde sözleşmenin ortadan kaldırılması (m. 49), semenin tenzili (m. 50), ifanın gerçekleştirilmemesine dayalı tazminat talebi (m. 74 vd) gösterilmektedir⁷⁵. Tazminat talebinin kural olarak aynen ifayla bağdaşmadığı söylenemez⁷⁶. Bir hukuki imkanın aynen ifa talebiyle bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda göz önüne alınması gereken temel kriter, söz konusu iki yaptırımın aynı zararı telafi edip etmediğidir⁷⁷. Örneğin ifanın gerçekleştirilmemesine dayalı tazminat aynen ifayla birlikte talep edilemezken ifanın gecikmesinden kaynaklanan tazminat talebi aynen ifa talebiyle birlikte satıcıya karşı ileri sürülebilecektir⁷⁸. Çünkü gecikmeden kaynaklı tazminat, alıcının ifaya yönelik menfaatini değil yalnızca ifanın zamanında yapılmasına yönelik menfaatini korumakta ve alıcının mala kavuşamadığı süreyi telafi etmektedir.

Aynen ifa talebiyle bağdaşmayan bir hukuki imkanın aynen ifa talebini engelleyebilmesi için haklı olduğuna karar verilmiş ya da satıcı tarafından kabul edilmiş etkin bir imkan olması gerekmektedir⁷⁹.

B. Aynen İfa Talebini Sınırlayan Haller

CISG’nin 46. maddesi, aynen ifa talebinin ileri sürülebilmesi için yalnızca yukarıda açıklanan iki şartı öngörmüştür. Fakat Antlaşma kapsamında bu talebin önüne geçen başka hâller de vardır. Söz konusu sınırlandırmalara bazen Antlaşmanın maddelerinde yer verilmiştir. Örneğin CISG m. 28 aynen ifaya, m. 47 ve m. 80 ise aynen ifa dahil olmak üzere bütün taleplere ilişkin bu yönde düzenlemeler içerir. Bazen de sınırlandırma açıkça bir maddenin konusu olmamakla birlikte doktrinde öngörülmüştür. Bu son ihtimalde, sınırlandırmanın varlığı farklı gerekçelere dayandırılmıştır. Aşağıda bu hâller sırasıyla incelenecektir.

75 Nayiri Boghossian, ‘A Comparative Study of Specific Performance Provisions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods’ [1999-2000] Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 3, 19-20; Huber (n 57) 272; Kutluhan (n 55) 34; Müller-Chen, ‘Article 46’ (n 57) para 7; Zeytin (n 58) 205; Rolf Herber, ‘The Rules of the Convention Relating to the Buyer’s Remedies in Cases of Breach of Contract’ (1980) Problems of Unification of International Sales Law (Working papers submitted to the Colloquium of the International Association of Legal Science, Potsdam, August 1979) 104, 116. Belirtmek gerekir ki, semenin tenzili ile onarım masrafları için tazminat gibi taleplerin ileri sürülebildiği hâllerde, asli ifa talebine yer olmadığından bunlar aynen ifa talebiyle bağdaşmayan haklar olarak nitelendirilemez (Huber (n 57) 272). Bunlar yalnızca tali ifa talebiyle bağdaşmayan haklar olarak nitelendirilebilir. Doktrinde tüm bu taleplerin aynen ifayla bağdaşmayan hukuki imkanlar olarak görülmesinin sebebi, 46. maddenin birinci fıkrasında yer verilen düzenlemenin, tali ifa talepleri (ikame mal teslimi ve onarım) için de geçerli olduğunun kabul edilmesidir (Huber (n 57) 272; Müller-Chen, ‘Article 46’ (n 57) para 7).

76 Jussi Koskinen, ‘CISG, Specific Performance and Finnish Law’ (1999) Private Law publication series B:47, para 2.2.2.1. Yazara göre bu sonuç 45. maddenin 2. fıkrasının “Alıcı diğer hukuki imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez.” hükmünden de anlaşılabilir. Zürih Milletlerarası Tahkim Divanı da önüne gelen bir olayda aynı sonuca ulaşmıştır (ICC Arbitration Case 12173, 2004 Yearbook Comm. Arb’n XXXIV, Albert Jan van den Berg ed. (Kluwer 2009) 111-129).

77 Boghossian (n 75) 20.

78 ibid 20.

79 Huber, ‘Article 46’ (n 46) para 15,17.

1. Aynen ifanın mümkün olmaması (imkansız olması)

Türk hukuku açısından kanunda yer verilen ifanın imkansızlaştığı hâllerde aynen ifanın talep edilememesi kuralı (TBK m. 136), CISG açısından da geçerli kabul edilmektedir⁸⁰. Sorun, kuralın neye dayandırılacağına ilişkindir. Çözümü CISG m. 28 üzerinden ulusal hukuklarda arayan görüşlere karşılık baskın eğilim kaynağın CISG dışına çıkılmadan bulunması yönündedir⁸¹. Çünkü ulusal hukuklara başvurmak, birbirinden farklı çözümler meydana gelmesi riskini taşır⁸² ve bu çözüm, hukuk uyumlaştırması amacına ters düşer⁸³. Fakat kaynağın CISG kapsamında bulunmasını savunan yazarlar da kendi aralarında ikiye ayrılmış durumdadır. Bunlardan bir kısmı sorumluluktan kurtulmayı düzenleyen 79. maddeye, diğer kısmı ise CISG'in genel ilkelerine dayanmaktadır⁸⁴.

CISG m. 79, “*Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz.*” düzenlemesini getirmektedir. Madde doğrudan ifa imkansızlığını düzenlememekle birlikte konu edilen aşılamayacak engel, imkansızlık da doğurabilir⁸⁵. Bununla birlikte 79. madde aynen ifa talebini doğrudan engellemez, hatta aksini çağrıştıracak bir hüküm de barındırır: “*Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez*” (CISG m. 79/f. 5). Öyleyse imkansızlık hâlinde 79. madde doğrudan uygulanarak aynen ifa talebinin önüne geçilemez⁸⁶. Çünkü madde açıkça

80 Yeşim M. Atamer, ‘Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?’ (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Özel Sayı: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan) 487, 499; Başoğlu, ‘CISG Uyarınca Aynen İfa’ (n 53) 356; Dionysios P. Flambouras, ‘The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis’ (2001) 13 Pace International Law Review 261, 275; Huber (n 57) 273; Kutluhan (n 55) 35; Müller-Chen, ‘Article 46’ (n 57) para 12; Huber, ‘Article 46’ (n 55) para 18.

81 Kaynağın CISG m. 28’e dayandığını savunan yazarlar için bkz. John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3rd edn, Kluwer Law International 1999) para 435.5; Ole Lando, ‘Article 28’ in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987) 237. Kaynağın CISG kapsamında bulunması gerektiğini ifade eden yazarlar için bkz. Atamer, ‘Diğer Talepler’ (n 80) 500; Başoğlu, ‘CISG Uyarınca Aynen İfa’ (n 53) 356; Huber (n 57) 274; Müller-Chen, ‘Article 28’ in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016) para 14.

82 Schwenzer, ‘Article 79’ in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016) para 54.

83 Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 56) 371.

84 CISG m. 79’a dayandıran yazarlar için bkz. Müller-Chen, ‘Article 28’ (n 81) para 14. Yazar, çözüme 79. maddenin 5. fıkrasının düzeltici yorumuyla ulaşmaktadır. CISG’in genel ilkelerine dayandıran yazarlar için bkz. Atamer, ‘Diğer Talepler’ (n 80) 500; Başoğlu, ‘CISG Uyarınca Aynen İfa’ (n 53) 356; Huber (n 57) 274; Schwenzer, ‘Article 79’ (n 82) para 54.

85 Atamer, ‘Diğer Talepler’ (n 80) 489.

86 Sekreteryaya Şerhi’nin lafızı da açıkça bu yöndedir (Secretariat Commentary, Article 65 para 8). Bu hüküm tazminat talebi dışındaki tüm taleplerin koşulsuz olarak ileri sürülebileceği anlamına da gelmeli; CISG kapsamına giren bir satış sözleşmesinde 79. maddenin diğer talepleri - kendi koşulları olduğu müddetçe- ortadan kaldıran bir rolünün olmadığı şeklinde yorumlanmalıdır (Atamer, ‘Diğer Talepler’ (n 80) 501).

yalnızca tazminat talebinin sona erdiğini düzenlemektedir, düzeltici yorum⁸⁷ da aynen ifa talebini ortadan kaldırmaya kanaatimizce yetmeyecektir.

Son olarak çözüm, CISG’ın temelinde yatan genel ilkelere dayanmaktadır. Özellikle, sorumluluktan kurtulma veya hasarın geçişi gibi kuralların ‘ratio’su, imkansızlık hâlinde aynen ifanın talep edilemeyeceği sonucunu destekler⁸⁸. Doktrinde imkansızlık hâlinde aynen ifa talebinin sınırlanması için dürüstlük kuralı ilkesinden de yararlanılmıştır⁸⁹. Aynı sonuca 46. maddede aynen ifa talebi için şart öngörülmediği, dolayısıyla bir boşluk bulunduğu görüşüyle de ulaşılabilir⁹⁰. Böylece, 7. maddenin 2. fıkrasının yönlendirmesiyle CISG’ın temelinde yatan ilkelere – burada özellikle makullük kriterine - başvurulacak ve imkansızın talep edilmesi makul olmadığından aynen ifa talebi engellenecektir⁹¹. Tüm bu görüşlerin ortak ve isabetli özelliği CISG hükümlerini yeknesaklık penceresinden yorumlayarak CISG kapsamı dışına çıkmamalarıdır.

2. Aşırı İfa Güçlüğü

İfanın objektif olarak mümkün olduğu ancak satıcının ifa etmek için ciddi engeller aşması gerektiği durumlarda (*hardship*) objektif ifa imkansızlığına göre daha sık karşılaşılr⁹². Türk hukukunda objektif olarak ifa mümkün olmakla beraber borçlunun ifaya mahkum edilmesini istemek dürüstlük kuralına aykırı bir sonuç yaratıyorsa aynen ifanın talep edilemeyeceğini belirtmiştik. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinde “Aşırı İfa Güçlüğü” (TBK m. 138) düzenlemiştir. Buna göre taraflarca öngörülemeyen olağanüstü bir durum sözleşmedeki dengeleri kendisinden ifa beklenemeyecek ölçüde borçlu aleyhine değiştirirse sözleşmenin uyarlanması veya sözleşmeden dönme gündeme gelecektir⁹³. O hâlde Türk hukukunda aşırı ifa güçlüğü, maddedeki unsurları taşıması şartıyla aynen ifa talebini engelleyeceği sonucuna varılır.

CISG ise aşırı ifa güçlüğü açıkça düzenlenmemekte, fakat 79. maddesinde benzer bir düzenlemeye yer vermektedir (CISG m. 79/f. 1). Doktrinde büyük çoğunluk, maddede geçen “engel” kavramının maddi veya hukuki engellerle sınırlı tutulmaması

87 Bkz. dn. 84.

88 Schwenzler, ‘Article 79’ (n 82) para 54.

89 Kastely (n 60) 619-620.

90 Atamer, ‘Diğer Talepler’ (n 80) 501. Yazar aynen ifa talebi değerlendirmesinin sorumluluktan, dolayısıyla 79. maddeden bağımsız yapılması gerektiğini savunur.

91 N. Tuğçe Bilgetekin and Yasemin Yalçın, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Madde 28’in Özel Hukukun Yeknesaklaştırılmasına Etkisi’ in Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016* (On İki Levha 2016) 115.

92 Huber, ‘Article 46’ (n 55) para 18.

93 Oğuzman and Öz (n 5) para 1831. Sözleşmenin uyarlanması konusunda bkz. Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (On İki Levha 2009).

ve değişen şartları da kapsamı gerektiğini savunmaktadır⁹⁴. Ancak söz konusu maddenin aşırı ifa güçlüğünü kapsadığı kabul edilse bile imkansızlık hâllerinde olduğu gibi, alıcının aynen ifa isteme hakkını ortadan kaldırdığı yukarıdaki gerekçeler nedeniyle söylenemez. Fakat satıcıdan beklenemeyecek bir ifanın talep edilmesi yerinde bir sonuç değildir ve 79. maddenin kapsamına girmese de talebin engellenmesi gerekir. Sorun, CISG kapsamında nasıl engelleneceğidir. Aşırı ifa güçlüğü için de imkansızlık konusunda belirttiğimiz görüşler ortaya atılmıştır. Üstün tuttuğumuz görüş, aynen ifa talebinin 79. madde yoluyla engellenemeyeceği, çözümün yine CISG’ın temelinde yatan genel ilkelerde aranması gerektiğidir⁹⁵. Çünkü aynen ifa talebini engelleyici bir yoruma yol açmadığı belirtilen 79. maddenin son fıkrasının, tam aksine meseleyi tazminat açısından düzenleyip kalan talepler açısından CISG’ın ruhuna kapı araladığı kabul edilmelidir. Fakat kriterin ifa imkansızlığına göre daha sert olması gerektiği de ifade edilmiştir⁹⁶. Örneğin çeşit borcunu ifa etmek beklenenden daha zor olursa aynen ifa talebi çok istisnai durumlar hariç engellenemez; bu, borçlunun katlanması gereken bir risktir⁹⁷.

3. Alıcıdan kaynaklanan sebeplerle ifa etmeme

CISG m. 80 uyarınca “*Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz*”. Söz konusu madde, aşırı ifa güçlüğü ve imkansızlık konularında incelediğimiz 79. maddenin aksine yalnızca tazminat sorumluluğuna değil, tüm hakların kullanımına ilişkindir⁹⁸. Madde, ifa engelinin hem alıcı hem satıcı kaynaklı olmasını düzenlese de çalışmamızı ilgilendiren kısım, satıcının yükümlülüklerini ifa etmemesine alıcının sebep olmasıdır. Satıcı, borcunu alıcıdan kaynaklanan bir sebeple ifa edemiyorsa alıcı CISG m. 80’e göre aynen ifa talebinde bulunamayacaktır⁹⁹. Sözleşme uyarınca malların niteliklerini (örneğin şeklini) belirlemesi gereken alıcının yetersiz bir belirleme yapması kendi eylemiyle sözleşmeye aykırılığa yol açmasına örnek verilebilir¹⁰⁰. Bu gibi hâllerde alıcının aynen ifayı talep etmesi kabul edilmemiştir. Aksi kabul, kimsenin kendi sorumlu olduğu duruma dayanarak bir hak

94 Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 56) 464; Baysal, *Sözleşmenin Uyarlaması* (n 93) 72; Joern Rimke, ‘Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts’ [1999-2000] *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* 197, 223. Maddede “değişen şartlar”dan değil de “engel”den bahsettiği için aşırı ifa güçlüğünden daha dar bir uygulama alanına sahip olduğu yönünde bkz. Denis Tallon, ‘Article 79’ in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987) 579.

95 Atamer, ‘Diğer Talepler’ (n 80) 505.

96 Huber, ‘Article 46’ (n 55) para 23.

97 ibid para 23.

98 Atamer, ‘Article 80’ in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2nd edn, Beck Hart Nomos 2018) para 2.

99 Başoğlu, ‘CISG Uyarınca Aynen İfa’ (n 53) 355; Huber (n 57) 273; Schwenger, ‘Article 80’ in Ingeborg Schwenger (ed), *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016) para 9.

100 Dennis Tallon, ‘Article 80’ in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987) 597.

elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine ters düşer¹⁰¹.

Türk hukukunda ise alıcı kaynaklı sebeplerle satıcının borcunu ifa edememesini düzenleyen özel bir hüküm yoktur, bu nedenle Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Alacaklı yüzünden borcun ifa edilememesi; alacaklının ifayı kabulden veya hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınmasından, alacaklıya ait diğer sebeplerden (alacaklının kimliğinin bilinmemesi gibi) ve ifanın alacaklı yüzünden imkansızlaşmasından kaynaklanabilir¹⁰². İlk hâl TBK m. 106-110'da düzenlenen alacaklı temerrüdüdür¹⁰³. İkinci hâl TBK m. 111'de düzenlenmiş ve temerrüt hükümlerine tabi tutulmuştur¹⁰⁴. Üçüncü hâl hakkında ise kanunda bir düzenleme bulunmaz ve doktrinde bu boşluk Alman hukukundaki çözümden esinlenerek borçlunun borcundan kurtulacağı kabulüyle doldurulur¹⁰⁵. Dolayısıyla alacaklı aynen ifayı talep edemeyecektir. Bu nedenle, CISG ve Türk hukukunun, alıcıdan kaynaklı sebeplerle borcun ifa edilmediği durumlarda aynen ifaya ilişkin yaklaşımının benzer olduğu sonucuna varılır.

4. Satıcıya ek süre tanınması

CISG m. 46, alıcının aynen ifa talep edebilmesi için satıcıya süre tanınması şartını öngörmemiştir. Bu nedenle satıcı yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde herhangi bir süreye tabi olmadan aynen ifa talebiyle karşılaşabilecektir. Bununla beraber, 47. madde uyarınca "*Alıcı satıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre tanıyabilir*". Bu ek sürenin aynen ifa talebine etkisi ise 2. fıkrada düzenlenmiştir: "*...alıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz*". Aynen ifa talebi de satıcının sözleşmeye aykırılığı halinde alıcıya tanınmış haklardan biri olduğuna göre, verilen süre boyunca ileri sürülemez¹⁰⁶.

Türk hukukunda da süre tanınması TBK m. 123 ile alacaklının takdirine bırakılmıştır: "*...borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir*". Aynen ifa talebinde bulunmak için süre vermek

101 Atamer, 'Article 80' (n 98) para 1. Hükümün dürüstlük kuralına dayandığı hakkında bkz. Başak Başoğlu, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi* (On İki Levha 2012) 228.

102 Oğuzman and Öz (n 5) para 1131.

103 Nomer (n 7) para 175.

104 Helvacı (n 2) 133.

105 Helvacı (n 2) 134; Nomer (n 7) para 176a.

106 Akıllara alıcının neden süre verme yolunu tercih edeceği sorusu gelebilir. Atamer bu sorunun cevabını, 49. maddenin 1. fıkrasının b bendine dayandırır çünkü söz konusu hüküm uyarınca alıcı, verilen süre içinde malları teslim etmeyen satıcıya karşı sözleşmenin ihlalinin esaslı olduğu tartışmasına girmeden dönme hakkını kullanabilir (Atamer, 'Diğer Talepler' (n 80) 336). Sözleşmenin sona erdirilmesi hakkının Türk hukukundaki sözleşmeden dönme hakkına benzediği hakkında bkz. Öz (n 53) 8. Görüldüğü gibi ek süre, satıcı açısından hem alıcının diğer hakları kendisine karşı kullanmasını geçici de olsa engellediğinden bir avantaj hem de süre içinde malı teslim edemese alıcının sözleşmeden dönmelerini kolaylaştırdığı için bir risktir.

zorunlu değildir¹⁰⁷. Eğer alacaklı süre vermişse aynen ifa talebinde bulunması, borçlunun bu süre içinde borcunu ifa etmemiş olmasına bağlıdır¹⁰⁸.

Zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş ticari satışlarda TBK m. 212/f. 2 gereği aynen ifa talebi için bildirim gerekse de bunlar karine olarak kesin vadeli sayıldığından alıcı süre vermeden seçimlik haklarını kullanabilir¹⁰⁹. Süre verilmesinin etkisi alıcının vade bitiminde bildirim yapmadığı durumlarda söz konusu olabilir. Bu gibi hâllerde alıcı, satıcı ile anlaşarak ifa için yeni bir süre verebilir ve sonunda TBK m. 125'teki seçimlik haklarını aynen ifa da dahil olmak üzere kullanabilir¹¹⁰.

5. Hakimin kendi hukukuna göre aynen ifaya hükmedecek olmaması

CISG maddeleri arasında Türk Borçlar Kanunu'nda veya diğer ulusal kanunlarda rastlanmayan bir düzenlemeye (CISG m. 28) yer verilmiştir. Aynen ifa talebine getirilen bu sınırlama, önemine binaen aşağıdaki bölümde ayrıca ele alınacaktır.

6. Aynen ifa talebine etkisi tartışmalı durumlar

CISG'nin 7. maddesi “*Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.*” düzenlemesiyle Antlaşmanın yorumunda başvurulacak ilkeleri ortaya koyar. Bu ilkelerden dürüstlük kuralının ise ne anlama geleceği ve nasıl bir rol oynayacağı tartışma konusu olmuştur. Hükme ilişkin Sekretarya Şerhi'nde dürüstlük kuralı ilkesinin; Antlaşma hükümlerinin sadece yorumunda değil uygulanmasında da geçerli olacağı belirtilir¹¹¹. Bu kabule göre aynen ifa hakkının uygulamasında dürüstlük kuralı kısıtlayıcı bir rol oynayabilecektir¹¹². Örneğin alıcı, piyasadaki fiyatların keskin yükselişinin hemen ardından tazminat yerine aynen ifa talebinde bulunuyorsa aynen ifa hakkı sınırlanacaktır¹¹³.

Zararın azaltılması yükümlülüğünün (m. 77) de aynen ifayı sınırlayıcı bir rolünün olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrindeki baskın fikir, maddenin lafzı, sistematik

107 Nomer (n 7) para 195.7 Ancak alacaklı, aynen ifadan vazgeçip olumlu zararını tazmin ettirmek veya sözleşmeden dönmek istiyorsa süre vermek zorundadır (Nomer (n 7) para 197; Oğuzman and Öz (n 5) para 1652). Bununla birlikte süre verilmesini gerektirmeyen durumlar da mevcuttur. TBK m. 124 uyarınca borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre vermenin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa, borcun ifasının alacaklı için bir yararı kalmamışsa ve ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa süre verilmesine gerek yoktur.

108 Eren (n 8) 1143.

109 Yavuz (n 35) 57.

110 ibid 57.

111 Secretariat Commentary, Article 6 para 1.

112 Honnold (n 81) para 285; Kastely (n 60) 619-620. *Kastely* sonuca dürüstlük kuralını genel ve ayrı bir borç kabul ederek varmaktadır. Fakat bu sonuç tereddütle karşılanmış ve dürüstlük kuralının aynen ifa hakkının sınırlamasının ancak apaçık ve gerektiği gibi kanıtlandığı hallerde mümkün olması gerektiği savunulmuştur (Koskinen (n 76) para 2.3.2).

113 Honnold (n 81) para 285.

yeri ve tasarı süreci¹¹⁴ ışığında 77. maddenin yalnızca tazminat talebine yönelik uygulanacağıdır¹¹⁵. Ancak bu fikirde olanlar bile ikame mal alımının zararı azaltmak için alınması gereken makul önlemlerden biri olduğunu kabul eder¹¹⁶. Böylece zararı azaltma yükümlülüğünün aynen ifa talebi üzerinde bir etkisi olacaktır¹¹⁷. CISG m. 77'nin aynen ifayı sınırlayacağını kabul eden yazarların bir kısmı ikame mal alımı zorunluluğundan bir kısmı da dürüstlük kuralından yola çıkmaktadır. Bir görüşe göre alıcı yaptırım seçimi yoluyla da zararın azaltılmasını sağlamalıdır çünkü satıcının temerrüdünün sebep olduğu zararı azaltmak için makul önlemler alma yükümlülüğü ikame mal alımını da içeriyor olabilir¹¹⁸. Başka bir görüşe göreyse zararın azaltılması yükümlülüğünün aynen ifa talebini sınırlaması dürüstlük kuralı (m. 7) yoluyla mümkün olur¹¹⁹. Böylece tazminat dışı taleplerde ısrar dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği ölçüde sınırlanabilir¹²⁰. Çünkü bu kurala aykırı davranarak yalnızca pazarda spekülasyon yapmak için aynen ifa talebinde ısrarcı olan taraftan zararı azaltması beklenebilir¹²¹.

Aynen ifayı kısıtlayabileceği düşünülen bir başka durum da ticari teamüllerdir¹²². “Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır.” düzenlemesini getiren CISG m. 9 yoluyla alıcının ikame mal alma zorunluluğundan bahsedilebileceği, dolayısıyla aynen ifa talebinin önüne geçileceği savunulmuştur¹²³. Fakat ticari teamüller her zaman aynen ifayı kısıtlayıcı rol oynamaz. Hatta taraflar arasında uygulanması kabul edilmiş ticari teamüllere göre aynen ifa birincil yaptırımsa 28. maddenin bu yaptırımın önüne geçip geçemeyeceği

114 Honnold tarafından söz konusu yükümlülüğün diğer taleplere özellikle aynen ifaya uygulanması teklif edilmişse de kabul edilmemiştir. Bkz. Honnold (n 81) para 419.3.

115 Böyle bir kısıtlamanın bulunmadığını savunan yazarlar için bkz. Djordjević, ‘Article 77’ in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2nd edn, Beck Hart Nomos 2018) para 2; Victor Knapp, ‘Article 77’ in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987) para 3.1; Peter Riznik, ‘Article 77 CISG: Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss’ (2009) <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html> Erişim Tarihi 10 July 2018, § 3.2; Kastely (n 60) 622-623. Aksi fikir için bkz. Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (On İki Levha 2012) 370; Jafarzadeh (n 61) para 4.6. Sınırlı olarak engelleyebileceği yönünde bkz. Koskinen (n 76) para 2.3.3. Zararı azaltma yükümlülüğüyle aynen ifa hakkının suiistimal edilmesinin önüne geçebileceği görüşü için bkz. Honnold (n 81) para 193.

116 Djordjević (n 115) para 9; Riznik (n 115) § 4.2.1.

117 Djordjević (n 115) para 9; Riznik (n 115) § 4.2.1.

118 Jafarzadeh (n 61) para 4.6.

119 Koskinen (n 76) para 2.3.3 (sınırlı olarak); Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 115) 370.

120 Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 115) 370.

121 Koskinen (n 76) para 2.3.3.

122 Bu tartışmanın, ULİS m. 25’e denk gelen bir hükmün CISG’da bulunmamasından kaynaklandığı yönünde bkz. Jacob S. Ziegel, ‘The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives’ in Galston & Smit (ed), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Matthew Bender Ch. 9 Juris 1984) 11-12. Söz konusu madde alıcı için ikame mal almak makul ve teamüle uygunsuz satıcıdan aynen ifa talebinde bulunulamayacağını düzenlemektedir: “The buyer shall not be entitled to require performance of the contract by the seller, if it is in conformity with usage and reasonably possible for the buyer to purchase goods to replace those to which the contract relates.” www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html.

123 Herber (n 75) 116. Yazar bunun yanında zararı azaltma yükümlülüğüyle de aynı sonuca varılabileceğini belirtir. Böylece ULİS’te yer alan kural CISG’a alınmasa da taraflar arasındaki ticari teamüllerin aynen ifayı engellemesi sağlanmıştır. Ancak Ziegel bu yorumla satıcının çok daha güçlü bir konumda olacağını çünkü alıcının ikame mal almasının makul olduğunu kanıtlaması gerektiğini belirtir (Ziegel (n 122) 11-12).

sorunu ortaya çıkar¹²⁴. Her ne kadar mahkeme kendi hukukuna göre aynen ifaya karar vermeyecek olsa da 9. maddenin genel hükümlerde yer alması ve 6. maddeyle tanınan sözleşme özgürlüğü; önceliğin 9. maddeye verilmesini ve hakim kendi hukukunu değil ticari teamülleri uygulamasını gerektirir¹²⁵.

III. CISG'in Farklı Hukuk Sistemlerini Uzlaştırıcı Hükümü

Antlaşmanın 46. maddesinin lafzı az sayıda sınırlama getirerek açık ve net bir aynen ifa hakkı tanırken¹²⁶ 28. maddesi bu hakkın talep edilebilirliği açısından önemli bir düzenleme içermektedir.

A. Hükümün Amacı

CISG birbirinden oldukça farklı iki hukuk ailesi olan *common law*'a ve Kıta Avrupası hukukuna tabi devletlerin katılımıyla meydana gelmiş uluslararası bir antlaşmadır¹²⁷. Bu iki hukuk sistemi arasındaki en büyük farklardan biri aynen ifa talebine ilişkin yaklaşımlarıdır¹²⁸. 28. maddeyle CISG'a taraf olan farklı hukuk sistemlerine tabi devletlerin aynen ifa hakkında uzlaştırılması amaçlanmıştır¹²⁹. Ancak hüküm, aynen ifaya yönelik iki farklı yaklaşım arasında orta bir yol bulmak yerine son sözü ulusal mahkemelere bırakmıştır. Bunun sebebi de iki sistemin sözleşmeye aykırılık yaklaşımları arasındaki farkın yeknesak bir kuralda birleşmeyi zorlayıcı nitelikte olmasıdır¹³⁰.

Kıta Avrupası hukuku sisteminde ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi büyük önem taşımakta¹³¹ ve bir kere kendi iradeleriyle borç altına giren tarafların,

124 Koskinen (n 76) para 2.3.6.

125 İbid para 2.3.6.

126 Admire Takawira, 'Departing from mere compromise: Reformulating the remedy of specific performance under the Convention on the International Sale of Goods (CISG) in line with the Convention's underlying goals' (2007) <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/takawira.html> Erişim Tarihi 27 September 2018, para 2.2; Koskinen (n 76) para 2.2.2.

127 ABD, *common law*'a tabi bu devletlere önemli bir örnektir. CISG'a taraf devletler için bkz. <http://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-list-contracting-states>. Ancak *common law* ülkelerinin başında gelen İngiltere anlaşmaya taraf olmadığı hâlde doktrinindeki incelemelerde Anglo-sakson hukuku ifadesinin kullanılmasının eleştirisi için bkz. Herman (n 1) 9.

128 Koskinen (n 76) para 1.3. İki hukuk sistemi arasındaki tek fark bu değildir. Her şeyden önce, *common law* ifa engellerinin arasında bir ayırım yapmadan hepsini sözleşmeye aykırılık kavramı altında düzenlerken, Kıta Avrupası hukuku sözleşmeye aykırılık hallerini ayırmakta ve aykırılık türlerine göre farklı sonuçlar bağlamaktadır (Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 337). CISG'ın bu açıdan *common law* sistemini benimsediğini söylemek çok zor olmayacaktır (Başoğlu, *Aynen İfa* (n 101) 219).

129 Atamer, 'İfa Engelleri' (n 56) 262; Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 343; Boghossian (n 75) 26; Lando (n 81) 232; Müller-Chen, 'Article 28' (n 81) para 1; Dayıoğlu (n 69) 50; Takawira (n 126) para 1.5; Björklund 'Article 28' in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2nd edn, Beck Hart Nomos 2018) para 1. ULİS m. 16'da da benzer çözümün benimsendiği hakkında bkz. Björklund 'Article 28' (n 129) para 1.

130 Işıntan (n 4) 164; Camilla Baasch Andersen, *Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium an Examination and notification Provisions of the CISG* (Kluwer Law International 2007) 100.

131 Müller-Chen, 'Article 28' (n 81) para 1; Baş Süzel (n 42) 32; Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 340; Koskinen (n 76) para 3.1.1

sözleşmeyle bağlı kalmak istedikleri varsayılmaktadır¹³². Bu nedenle sözleşmeye aykırılık hâlinde gündeme gelecek asli talep, aynen ifa talebidir¹³³. Çünkü Kıta Avrupası hukuku için ifa talebi borç ilişkisinin doğal ve en önde gelen sonucudur¹³⁴. Türk hukuku da Kıta Avrupası hukuku sisteminin bu karakteristik özelliğini yansıtmakta, dolayısıyla mahkemelerin de kural olarak aynen ifaya hükmetmeme şansı bulunmamaktadır¹³⁵. Bu durum satış sözleşmesinde, alıcının öncelikli çıkarının zararının tazmin edilmesi değil satıcının gerçek borcunu ifa etmesi olduğuyla açıklanır¹³⁶. Aynen ifanın birincilliği bakımından CISG’ın Kıta Avrupası sistemiyle uyduğu kabul edilir¹³⁷.

Buna karşılık, *common law* ülkelerinde sözleşmeye aykırılık hâlinde asli ve öncelikli yaptırım tazminattır¹³⁸. Aynen ifa ise hem istisnai¹³⁹ hem takdiridir¹⁴⁰. Alıcının malvarlığının satıcı borcunu ifa etseydi geleceği duruma getirilmesi, alıcının sözleşme konusu mala kavuşmasına tercih edilmiştir¹⁴¹. Görüldüğü gibi, Türk hukukunun da dahil olduğu Kıta Avrupası hukukunun aksine *common law*, aynen ifa talebine karşı şüpheli ve mesafeli yaklaşmıştır¹⁴².

B. Hükümün Uygulanması

Maddenin ne şekilde uygulanacağını belirlemek için öncelikle lafzında yer alan bazı sorunların açığa kavuşturulması gerekmektedir. Hükümde geçen “mahkeme”, “aynen ifaya hükmetme”, “benzer satım sözleşmeleri”, “kendi hukuku” ve “mümkündür” ifadelerinin ne anlama geldiği doktrinde tartışma konusu olmuştur. “Hükmedecek olma” kısmı ise özel bir öneme sahiptir. Ciddi bir değişiklik geçirecek

132 Başoğlu, ‘CISG Uyarınca Aynen İfa’ (n 53) 340; Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (n 93) 5. Temelde ahlaki bir ilke olan sözleşmeye bağlılık ilkesi, Roma hukukundan çok Hristiyan inancının söze bağlılığa verdiği önem üzerine gelişmiştir (Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (n 93) 6).

133 Boghossian (n 75) 26; Lando (n 81) 232; Takawira (n 126) para 3.1. İfa talebinin borç ilişkisinin belkemiği olduğu ve tazminata yalnızca ikincil yaptırım olarak yer verildiği hakkında bkz. Schwenger, ‘Specific Performance’ (n 40) 290.

134 Huber, ‘Article 46’ (n 55) para 1.

135 Başoğlu, ‘CISG Uyarınca Aynen İfa’ (n 53) 341. Bu durumun istisnaları için bkz. dn. 33’e ait metin.

136 Koskinen (n 76) para 2.2.1. Yazar satılan şeyin eşsiz ya da bir şekilde belirlenmiş olduğu hâller dışında da bu çıkarımın, aynen ifanın daha kolay ve ikame mal alımından ya da zararın tazmininden daha ucuz olabileceği gerekçesiyle yerinde olduğunu savunmaktadır. Teorik olarak aynen ifa hakkı, tarafın elde etmesi gerekeni elde etmesini sağlayan tek yol olduğu için en tatmin edici yaptırımdır (Koskinen (n 76) 3.3.1).

137 Dayıoğlu (n 69) 50; Işıntan (n 4) 172. Fakat belirtmek gerekir ki İsviçre-Türk hukuk sisteminde aynen ifa sözleşmesel borcun doğal sonucu olarak görülürken CISG kapsamında bir yaptırım olarak görülmektedir (ICC Arbitration Case 12173, 2004 Yearbook Comm. Arb’n XXXIV, Albert Jan van den Berg ed. (Kluwer 2009) 111-129).

138 Baş Süzöl (n 42) 37; Müller-Chen, ‘Article 28’ (n 81) para 2; Huber, ‘Article 46’ (n 55) para 1. Bu tercihin temelleri ise tarihidir: Bir kere *common law* tipki Roma hukuku gibi kaynağını çarşı-pazar hukukundan almış, satış konusu mal yerine benzerinin alınması oldukça kolay olduğundan edimin kendisi değil değeri ön plana çıkmıştır (Başoğlu, ‘CISG Uyarınca Aynen İfa’ (n 53) 341). Ayrıca, İngiliz hukuk düzeninde yalnızca belirli taleplere ilişkin dava hakkı tanınmakta olup sözleşmeye aykırılık için önceleri ayrı bir dava hakkı bulunmadığından haksız fiil nedeniyle tazminat davası (action of trespass), sözleşmeye aykırılıklara da uygulanmış ve bu eğilim günümüzde istisnalarla esnese de tam olarak ortadan kalkmamıştır (Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 56) 261, 262).

139 Huber, ‘Article 46’ (n 55) para 1.

140 Takawira (n 126) para 3.2; Baş Süzöl (n 42) 37.

141 Başoğlu, *Aynen İfa* (n 101) 19.

142 Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 56) 259.

günümüzdeki hâlini alan bu kısım, hükmün yorumunda önemli rol oynayacaktır. Aşağıda bu sorunlara tek tek değinilecektir.

Tartışılan ifadelerin başında “kendi hukuku” ifadesi gelmektedir. Davaya bakan hakimin hukukuna mı (lex fori) yoksa kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uyumsuzluk konusu sözleşmeye uygulanacak hukuka mı (lex causae) yollama yapıldığı metinden açıkça anlaşılammamaktadır¹⁴³. Doktrinde, kast edilenin lex fori olduğu baskın olarak savunulmaktadır¹⁴⁴. Gerekçe olarak “kendi hukuku” ifadesini kanunlar ihtilafı kurallarını da içerecek şekilde yorumlamanın 28. maddenin amacıyla bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür¹⁴⁵. Örneğin uyumsuzluğun görüldüğü ülke hukukunda aynen ifa yaptırımı mevcut değilken kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukukta aynen ifa olağan yaptırım olabilir ve hakim aynen ifaya hükmetmeye mecbur kalır¹⁴⁶. Oysaki 28. madde böyle hukuk sistemlerindeki temel hukuk ilkelerinin değiştirilmemesini amaçlar¹⁴⁷. İkinci bir gerekçe olarak birçok uluslararası uyumsuzlukta, uygulanacak hukukun belirlenmesinde sorun yaşanacağı ve aynen ifanın uygulanmasının daha da belirsiz hale geleceği öne sürülmüştür¹⁴⁸. *Magellan International Corporation v. Salzgitter Handel GmbH* kararında Amerikan mahkemesi 28. maddeye göre incelemesini Amerikan Ticaret Kanunu’nu esas alarak yapmıştır¹⁴⁹.

Kanunlar ihtilafı kuralları dışlandıktan sonra, forum ülkesi hukukunun hangi boyutuyla dikkate alınacağı sorunuyla karşılaşılır. Doktrinde forum ülkesinin maddi hukukunun dikkate alınması reddedilmiştir¹⁵⁰. Eğer ki hakim hükmedecek olma kriterini, kendi maddi hukuk kurallarını dikkate alarak uygularsa buna ilişkin itirazları da göz önüne alacak ve aynen ifa talebi CISG bünyesinde mevcut olmayan bir şekilde engellenecektir¹⁵¹. Böylece bir bakıma hakim, uyumsuzluk konusu sözleşmeye CISG’i değil de kendi hukukunu uygulamış olacaktır. Örneğin aynen ifa talebi için süre verilmesi gereken bir hukuk sisteminde süre verilmeden yapılan bir aynen ifa talebi reddedilecektir. Yeknesak bir uygulama amaçlayan CISG’in böyle bir sonuca ulaşmak istediği kabul edilemez. O hâlde, bu ifadenin olabildiğince dar yorumlanması ve ulusal hukuktan kaynaklı itirazların CISG uyarınca doğmuş bir hakkı engellemesine

143 Kavramların açıklaması için bkz. Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku* (22th edn, Beta 2017) 100 ff.

144 Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 56) 264; Başoğlu, ‘CISG Uyarınca Aynen İfa’ (n 53) 359; Boghossian (n 75) 27; Kastely (n 60) 637; Honnold (n 81) para 224; Koskinen (n 76) para 3.1.3; Steven Walt, ‘For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention’ (1991) 26 Tex. Int’l L. J. 211, 219; Björklund ‘Article 28’ (n 129) para 16.

145 Walt (n 144) 219; Boghossian (n 75) 27.

146 Walt (n 144) 219. Tam tersi örnekler de yaşanabilir. Uyumsuzluğa bakan hakimin hukuku aynen ifaya sıcak bakarken kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukukun aynen ifa yaptırımına şüpheyile yaklaşması mümkündür (Kastely (n 60) 638). Böylece kendi hukukuna göre aynen ifaya hükmedecek olan hakime aynen ifaya hükmetmeye şansı tanınmış olur ve bu sonucu Antlaşmanın arzulamadığı ortadadır. Bu durumla sık karşılaşılmayacağı ise açıktır çünkü hakim kendi hukukî refleksini yansıtmak isteyecektir.

147 Secretariat Commentary, Article 26 para 3.

148 Kastely (n 60) 637.

149 Björklund ‘Article 28’ (n 129) para 16. Karar için bkz. U.S. District Court 7 December 1999 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991207u1.html#note11> Erişim Tarihi 15 September 2018.

150 Boghossian (n 75) 27-28.

151 Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 56) 265.

izin verilmemesi gerektiği görüşü öne çıkmıştır¹⁵². Bu çözüm benimsenirse bir Kıta Avrupası hukuku ülkesinde 28. maddeye dayanarak aynen ifa talebini reddetmek mümkün olmamalı¹⁵³, hatta belirli durumlarda aynen ifa imkanına yer veren bir *common law* ülkesinde de aynen ifa talebi 28. maddeyle engellenememelidir. *Soinco v. NKAP* kararında aynen ifa talebinin oldukça sınırlı durumlarda engellenmesi anlayışına uygun şekilde alıcıların aynen ifa talebi reddedilmiştir¹⁵⁴. Bunun sebebi de aynen ifa hükmünün Rusya’da yıllar boyunca (sözleşmede ifanın 8-10 yıla yayılacağı kararlaştırılmış) icrasının sağlanamayacağıdır. Bu karar, aynen ifa talebini hükme bağlarken icra zorluklarının göz önüne alınması gerektiğini göstermektedir¹⁵⁵.

Bununla birlikte 28. maddenin lafzında yapılan bir değişiklik, aksi yoruma açıktır: “*kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedebilecek olması*” (*could do so*), “*kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması*” (*would do so*) ifadesine çevrilmiştir¹⁵⁶. Bu değişiklikten önce yerel mahkeme aynen ifaya hükmetme üzerine takdir hakkına sahipse CISG uyarınca aynen ifaya hükmetmeme şansı bulunmuyordu¹⁵⁷. Fakat yapılan değişiklikle artık mahkeme iç hukukunda olduğu takdir hakkını CISG’a tabi sözleşmelerde de korur¹⁵⁸. Sekretarya Şerhi’nde 28. maddenin kaynağı olan Tasarı’nın 26. maddesinin, bu esaslı değişiklikten dolayı 28. maddenin yorumunda ancak sınırlı olarak kullanılabileceği belirtilmektedir¹⁵⁹. Yukarıda belirtilen *Magellan International Corporation v. Salzgitter Handel GmbH* kararına konu olayda ileri sürülen ikame mal alımının zorluğu, Amerikan Ticaret Kanunu uyarınca da aynen ifa talep edilebilen durumlardan biri olarak kabul edilmiştir¹⁶⁰. Dolayısıyla *common law* hakiminin kendi hukukuna göre aynen ifayı reddedeceği bir durumda nasıl bir karar vereceği hakkında ipucu vermemektedir.

152 Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 56) 265; İşıntan (n 4) 178. *Schulz* tarafından ileri sürülmüş ve *Atamer* tarafından benimsenen görüşe göre maddi hukuk- usul hukuku ayırımına bile gitmeden, 28. maddenin yalnızca ulusal hukuklarda aynen ifanın tazminata kıyasla daha uygun bir hukuki imkan olduğuna dair belirgin şüpheler olması halinde devreye girmesi gerekmektedir. Bu da aynen ifanın iç hukukta icra edilebilirliği anlamına gelmektedir. Görüş için bkz. Schulz, *Ders Ersatzlieferungs- und Nachbesserungsanspruch des Käufers im internen deutschen Recht, im UCC und im CISG* (2002) 246 (Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 56) 265’ten naklen).

153 Bern Ticaret Mahkemesi öntüne gelen bir olayda İsviçre Borçlar Kanunu’nun satıcıya satış bedelini talep etme hakkı tanıyan 148. maddesi nedeniyle CISG m. 28’in ihmal edilebileceğini belirtir (Commercial Court Bern 22 December 2004). Olay satıcının aynen ifa hakkıyla ilgili olmasına karşın İsviçre-Türk borçlar hukukunda alıcının aynen ifa hakkına yaklaşımı da böyledir.

154 Zürich Chamber of Commerce Arbitration Award ZHK 273/95, 31 Mai 1996.

155 Boghossian (n 75) 72.

156 Guide to the use of the Secretariat Commentary, Article 26 of the 1978 Draft. Bahsedilen değişiklik Amerikan heyeti tarafından önerilmiş ve metindeki “*could*” yerini “*would*”a bırakmıştır (Jacob S. Ziegel, ‘Analyses from a Provincial Common Law Perspective’ in Jacob S. Ziegel, Claude Samson, *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1981) Art 28). Değişiklikle hakim takdir yetkisinin arttığı yönünde Jafarzadeh (n 61) para 4.2.

157 Secretariat Commentary, Article 26 para 3.

158 Jafarzadeh (n 61) para 4.2.

159 Guide to the use of the Secretariat Commentary, Article 26 of the 1978 Draft.

160 “*Under UCC § 2-716(1) a court may decree specific performance “where the goods are unique or in other proper circumstances.” That provision’s Official Commentary instructs that inability to cover should be considered “strong evidence” of “other proper circumstances.” UCC § 2-716 was designed to liberalize the common law, which rarely allowed specific performance... Given the centrality of the replaceability issue in determining the availability of specific relief under the UCC, a pleader need allege only the difficulty of cover to state a claim under that section. Magellan has done that (Complaint P42)”.*

Aynen ifaya hükmetmeme yetkisinin mahkemenin yanı sıra hakem heyetine de tanınıp tanınmayacağı konusunda doktrin ikiye ayrılmıştır¹⁶¹. Bir görüşe göre, CISG’in m. 7/f. 1 uyarınca yorumlanması sonucunda 28. madde kıyasen tahkimde de uygulanmalıdır¹⁶². Diğer görüşe göre ise CISG “hakemin aynen ifaya hükmetmesi”nden bahsetmediği için aynı kuralı tahkime uygulamak mümkün olmayacaktır¹⁶³. Kanaatimizce, uyuşmazlıklarını tahkime taşıyan taraflar, mahkemelerin egemenlik alanlarından ayrılmakta ve CISG’in uygulandığı bir sözleşmede aynen ifa talebinin ulusal mahkemelere yönelik bir düzenleme gereği engellenmesini beklememektedir. Tahkimin doğası gereği, bu ifade yalnızca mahkemelerle sınırlı şekilde anlaşılmalıdır¹⁶⁴.

Mahkemenin kendi hukukunun aynen ifaya bakışını, uyuşmazlık konusu sözleşmeyle karşılaştırabilmesi için CISG’in uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukunun nasıl bir yaklaşıma sahip olduğunu irdelemesi gerekir. 28. maddede bahsedilen sözleşme kapsamına girmesi için uyuşmazlık konusu sözleşmenin CISG’a tabi olmaması gerektiği maddenin lafzından anlaşılır. Bunun dışında bir sözleşmenin benzer satış sözleşmesi olarak değerlendirilebilmesi için aranan özellik; ifa konusu, ifa yeri ve ifa zamanı gibi yönlerden satış sözleşmesiyle örtüşmesidir¹⁶⁵. Fakat bu tabi olmama, CISG m. 2 ile Antlaşma kapsamı dışında bırakılan sözleşmelerden biri olma anlamına gelmemelidir¹⁶⁶. Bu sözleşmeler CISG kapsamı dışına çıkarılarak CISG’in ve yerel hukukun uygulanma alanının sınırları çizilmiştir¹⁶⁷. Bu maddede yer alan satışlar; malın doğası, tarafların kişiliği ya da satışın türü gibi farklı gerekçelerle CISG kapsamı dışında bırakılmışlardır¹⁶⁸. Dolayısıyla benzer satım sözleşmelerini uluslararası bir antlaşmanın mantığına uymayan ve bilinçli olarak dışlanan bu tarz satışlara hasretmemek gerekir. Doktrinde

161 Uluslararası ticarete taraflar genellikle çıkacak uyuşmazlıkların tahkimde görüleceği klozu koyarak uygulanacak kuralları belirler ve böylece mahkemeyle yalnızca icra kısmında karşılaşılır (Takawira (n 126) para 4.5). Uluslararası ticari sözleşmeleri düzenleyen ve aynen ifaya hükmetme konusunda *common law* mahkemelerinin takdir yetkisini sınırlayan UNIDROIT ilkelerinde benzer sorun, bu kısıtlamayla hakem heyetinin bağlı olup olmayacağı şeklinde belirlenmiştir. Hakem heyetinin aynen ifaya hükmettiği kararların yerel mahkemeler tarafından *lex fori*ye göre aynen ifa uygun olmadığı hâlde icra edildiği ortaya konarak bu sınırlamanın hakem heyetlerini bağlamadığı sonucuna varılmıştır (Schwenzer, ‘Specific Performance’ (n 40) 292).

162 Müller-Chen, ‘Article 28’ (n 81) para 8; Koskinen (n 76) para 3.1.3.

163 Johan Erauw and Harry M. Flechtner, ‘Remedies Under the CISG and Limits to their Uniform Character’ in Petar Sarcevic, Paul Volken (ed), *The International Sale of Goods Revisited* (Kluwer Law International 2001) 62.

164 Bu durumda tahkimde verilen aynen ifa kararının, uygulanma aşamasında mahkemelerce nasıl karşılanacağı problemi ortaya çıkar. Hakem kararının uygulanması gereken ülke tesadüfi olabileceği için (örneğin yalnızca malvarlığı o ülkede olduğu için) mahkemenin tahkimde uygulanan hukuka saygı göstermesi ve kendi hukukuyla bağdaşmazlığı bir kenara bırakarak mümkün olduğunca hakem kararını uygulamaya çalışması gerektiği savunulmuştur (Takawira (n 126) para 4.5). Uygulamada 28. maddeye gönderme yapan kararlar çoğunlukla tahkim kararlarıdır.

165 Müller-Chen, ‘Article 28’ (n 81) para 19.

166 Boghossian (n 75) 28; Walt (n 144) 220.

167 Warren Khoo, ‘Article 2’ in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987) para 3.1.

168 Ziegel, ‘Provincial Common Law’ (n 156) Art 2.

çoğunlukla verilen örnek; yerel satış sözleşmeleri¹⁶⁹ ile CISG'a taraf olmayan devletlerden kişilerin taraf olduğu satış sözleşmeleridir¹⁷⁰.

Maddenin Türkçe lafzı itibarıyla, eğer benzer satış sözleşmelerinde aynen ifaya hükmetmeyecekse mahkemenin söz konusu uyuşmazlıkta aynen ifaya hükmedemeyeceği sonucu çıkmaktadır. Fakat orijinal metin, “mümkündür” ifadesini değil de mahkemenin benzer satış sözleşmelerinde aynen ifaya hükmetmedikçe söz konusu uyuşmazlıkta da hükmetmeye “mecbur olmadığı” ifadesine yer vermektedir. Dolayısıyla doktrinde mahkemenin, talep CISG'ta öngörülen diğer şartları sağlıyorsa aynen ifaya hükmetmesi her zaman mümkün kabul edilmektedir¹⁷¹. Bu defa ise mahkemenin bu konudaki takdir yetkisi problemi ortaya çıkmaktadır¹⁷².

Tarafların, CISG m.6'dan yararlanma yoluyla aralarında anlaşarak 28. maddenin uygulanmasını engelleyebilecek olmaları da problemlili konulardan biridir. Çünkü 6. madde, taraflara açıkça 12. madde dışındaki hükümlerin uygulanmasını engelleme veya değiştirme hakkı tanımaktadır. Buna rağmen, doktrinde bu lafzi sonuç kabul görmemiş; 28. maddenin tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri hak ve yükümlülükler değil doğrudan mahkemelere yönelik bir hüküm olduğu savunulmuştur¹⁷³. Böylece, taraflar aralarında mahkemenin aynen ifaya hükmetmeme yetkisinin kendi uyuşmazlıkları açısından bulunmayacağı üzerinde anlaşsalar bile bir *common law* hakimini aynen ifaya hükmetmeye zorlayamayacaklardır. Bu hükmün mahkemelere yönelik olup da istisna getirilememesi, yukarıda benimsediğimiz *lex fori*ye göre değerlendirme yapılması ve hakem heyetini kapsamaması görüşleri ile de uyumludur.

Ayrıca alıcı eğer aynen ifayla bağdaşmayan bir talepte bulunmuşsa veya ifa imkansızsa başka bir anlatımla alıcı CISG uyarınca ifayı talep etme hakkına sahip değilse zaten aynen ifa talebinden bahsedilemez¹⁷⁴. Dolayısıyla hakim aynen ifa talebini, 28. maddenin araladığı kapıdan iç hukuka gitmeden reddedecektir¹⁷⁵.

169 Boghossian (n 75) 28; Walt (n 144) 220; Secretariat Commentary, Article 26 para 3. Yazarlardan *Walt* benzer satış sözleşmesinin şartlarını biraz daha ağırlaştırarak standart hale gelmemiş ya da alıcının piyasasında az bulunan malların konu edildiği satış sözleşmeleriyle sınırlar. 28. madde uyarınca gerekli olan uygun karşılaştırmanın ancak bu sözleşmeler temel alınarak yapılabileceğini savunur. Dolayısıyla bir iç hukuk sisteminde az bulunan mallar için aynen ifaya hükmediliyorsa önüne gelen uyuşmazlık az bulunan bir mala ilişkin olmasa da hakim aynen ifaya hükmedecektir. Yazarın görüşü için bkz. Walt (n 144) 223. Doktrinde bu yorum, aynen ifanın yeknesak uygulanmasını destekleyen bir yorum olarak yer almıştır (Takawira (n 126) para 2.5.2).

170 Boghossian (n 75) 28; Walt (n 144) 220; Takawira (n 126) para 2.5.2.

171 Takawira (n 126) para 4.2. 28. maddenin mahkeme için bağlayıcı olmadığı yönünde bkz. Koskinen (n 76) para 3.1.2.

172 Takawira (n 126) para 2.5.4

173 Başoğlu, 'CISG Uyarınca Aynen İfa' (n 53) 361; Müller-Chen, 'Article 28' (n 81) para 24. Gereğe katılmayarak 28. maddenin emredici olduğu fakat 6. maddeyle çeliştiği görüşü için bkz. Lando (n 81) 239. Hükmün emredici olmasına katılmakla beraber sorunun pratikten çok teorik olduğu ve mahkemenin iç hukukunu dikkate almama yönündeki takdir hakkıyla sorunun çözüleceği üzerine bkz. Koskinen (n 76) para 3.1.4.

174 Jafarzadeh (n 61) para 4.2.

175 Bilgetekin and Yalçın (n 91) 112.

C. Hükümün Yorumlanması ve Aynen İfa Talebine Etkisi

28. maddenin aynen ifa talebine etkisi konusunda doktrindeki fikirler çeşitlidir. Öncelikle yukarıda görüldüğü üzere yazarların çoğu maddeyi oldukça dar yorumlamakta ve maddeye geniş bir uygulama alanı tanımamaktadır¹⁷⁶. Kanaatimizce hükümde yapılan değişiklik maddenin böyle dar yorumunu engelleyici niteliktedir. Sekretarya Şerhi'nde hükümün eski hâlinin mevcut hâli açısından sınırlı şekilde dikkate alınabileceğinin belirtilmesi bunun göstergesidir. Fakat yine de uygulamada 28. maddeyle nadiren karşılaşılması bu maddenin, pratik öneminin doktrinde tartışıldığı kadar büyük olmadığını göstermektedir¹⁷⁷. Bunun sebebi ise *common law* ve Kıta Avrupası hukuku sistemleri arasındaki farklılıkların uygulamada oldukça küçük olmasıdır¹⁷⁸. İki sistem aynen ifa açısından çoğunlukla aynı sonuca farklı yollardan varmaktadır¹⁷⁹.

Her ne kadar *common law*'da asli yaptırım tazminatı da tazminatın yeterli olmaması veya aynen ifanın daha uygun ve adil görülmesi hâllerinde, hakim aynen ifaya hükmedebilecektir¹⁸⁰. Alıcının malı başka yerden temin etme imkanı bulunmuyorsa ve edim kendine özgüyse tazminatın yeterli olmayacağı kabul edilir¹⁸¹. Örneğin aynen ifanın hakimin takdirinde olduğu hukuk sistemlerinden akla ilk gelen Amerikan hukukunda Amerikan Ticaret Kanunu'na göre satılan mal eşsiz olduğunda ya da başka uygun şartlar altında aynen ifaya hükmedilebilir¹⁸². Benzer şekilde her ne kadar asli yaptırım aynen ifaysa da tazminatın alacaklıyı tatmin ettiği düşüncesi Kıta Avrupası hukuk sistemlerine uzak sayılmaz¹⁸³. Birçok Kıta Avrupası hukuk sisteminde aynen ifa talebinin istisnaları kabul edilmektedir¹⁸⁴. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu ticaret hayatında malın sürekli bulunabildiği bir pazarın mevcut olduğu

176 Atamer, 'İfa Engelleri' (n 56) 265; Işınan (n 4) 178. Bununla beraber, doktrinde hükümün yalnızca *common law* mahkemelerinde uygulanabilmiş gibi yansıtılması eleştirilmiştir. Bu eleştiriler için bkz. Honnold (n 81) para 199.1; John Felemegas, 'Comparison Between Provisions of the CISG Regarding the Right to Require Specific Performance (Arts. 28, 46 and 62) and the Counter Part Provisions of the UNIDROIT Principles (Arts. 7.2.1-7.2.5)' in John Felemegas (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (Cambridge University Press 2007) para 13; Eric E. Bergsten, Subsequent Commentary on CISG Art. 28, *Les Ventes Internationales de Marchandises (Problèmes juridiques d'actualité)* (Economica 1981) 11. Eleştiriler aynen ifaya zorlama kuralını hafifleten yerel düzenlemelerin her ülkede bulunabileceği ve mahkemelerin bu hakkı uygulamalarındaki takdir haklarını kullanabilecekleri noktasında bulunmaktadır.

177 Felemegas (n 176) 148; Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Manz 1986) 62.

178 Schwenger, 'Specific Performance' (n 40) 291; Henrik Lando, 'The Myth of Specific Performance in Civil Law Countries' (2004) American Law&Economics Association Annual Meetings Paper 15, www.law.bepress.com Erişim Tarihi 2 January 2019, 20.

179 Başoğlu, *Aynen İfa* (n 101) 265-266.

180 Başoğlu, *Aynen İfa* (n 101) 28; Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 115) 331.

181 Başoğlu, *Aynen İfa* (n 101) 28.

182 § 2.716. *Buyer's Right to Specific Performance or Replevin*

(a) *Specific performance may be decreed where the goods are unique or in other proper circumstances.*

183 Bilgetekin adn Yalçın (n 91) 104.

184 Takawira (n 126) para 3.1. Yazara göre bu istisnalar CISG'in sözleşmeye aykırılık çerçevesiyle uyum sağlamaktadır, dolayısıyla Kıta Avrupası ülkelerinde 28. maddenin etkisi önemsiz kalmaktadır.

varsayımından yola çıkarak TBK m. 212/f. 2 düzenlemesini getirmiştir¹⁸⁵. Bu hükümle birlikte alıcının, aynen ifa talebinden vazgeçtiği, borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi her iki sistemde de asli yaptırım farklı olmasına karşın ihtiyaçlar doğrultusunda yer yer yumuşatılmıştır.

Bununla birlikte uygulamada sık rastlanmaması hükmün, CISG'taki aynen ifa sistemine bir etkisi olmadığı anlamına gelmemelidir. Aksine yeknesaklığı bozduğu yönündeki eleştiri doktrinde birçok yazar tarafından benimsenmiştir¹⁸⁶. Bunu aşmak için de uygun bir yorum metodu benimsemek çözümü ileri sürülmüştür¹⁸⁷. CISG m. 7/f. 1, Antlaşmanın yorumunda uyulması gereken temel ilkeleri ortaya koyar ve yerel mahkemeler 28. maddeyi yorumlarken söz konusu hükmü (“*Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.*”) dikkate almak zorundadır¹⁸⁸. Böylece uluslararası niteliği dikkate alan mahkeme CISG'a tabi bir uyumsuzlukta kendi hukukunu uygulama eğilimine karşı koymalıdır¹⁸⁹. Görüldüğü gibi bir görüş hükmü baştan dar yorumlayarak ulusal mahkemenin takdir hakkını kısıtlamakta diğer görüş ise hükmün yeknesaklığı bozucu niteliğini aşmak amacıyla ulusal mahkemelerin takdir yetkisini CISG m. 7/f. 1'e uygun kullanmaları gerektiği sonucuna varmaktadır.

185 Baysal, *Zarar Görenin Kusuru* (n 115) 333.

186 Takawira (n 126) 2.3; Boghossian (n 75) 73; Peter A. Piliounis, ‘The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?’ (2000) 12 Pace International Law Review 1, para 5/c; Schwenzer, *Specific Performance* (n 40) 303; Koskinen (n 76) para 5. Çünkü bu “uzlaşma hükmü” tarafların Antlaşma uğruna kendi hukuki pozisyonlarından fedakarlık etmelerinden çok Antlaşma çerçevesinde iç hukuklarının sürdürülmesini meşrulaştırmalarını ifade eder (Takawira (n 126) para 1.5). İç hukuklara dönüş her şeyden önce CISG'ın çözmeyi amaçladığı birbiriyle uyumsuz iç hukuk ilkelerinin varlığı problemi çözmekten uzaktır (Takawira (n 126) para 2.3). Yeknesaklığı bozacak olmasından başka bir risk de tarafları aynen ifaya izin veren ve vermeyen mahkemeler arasında pazarlık yapmak konusunda cesaretlendirmesi, dolayısıyla maddenin amaçlanandan başka yönlere sapma potansiyelidir (Kastely (n 60) 640). Oysaki hukukun yeknesaklaştırması çalışmalarında, aynı sorun her zaman CISG m. 28 ile benzer şekilde çözümlenmemiştir. Unidroit ilkeleri (Art. 7.2.1 ve 7.2.2.) bir yandan *common law* yaklaşımını esas alarak para borçları ve diğerleri şeklinde bir ayrıma gitmiş, diğer yandan her iki türlü borç için *pacta sunt servanda* ilkesini ve Kıta Avrupası geleneğindeki yorumunu benimseyerek aynen ifayı güçlendirmiş, ayrıca para borcu dışındakiler için birçok istisna öngörmüştür (Koskinen (n 76) 4.2). CISG'ın bu sistemden daha başarısız olduğu yönünde bkz. Schwenzer, ‘Specific Performance’ (n 40) 303; Piliounis (n 186) para 5/c. Ancak bu detaylı düzenlemesine rağmen Unidroit ilkeleri de yeknesaklığı sağlayamadığı eleştirisinden kurtulamamıştır. Özellikle para borcunun karşı edimi olan malların teslim edilmediği ya da işgörmenin tamamlanmadığı durumlarda para borcunun aynen ifasının sınırlanması gerektiği fakat nasıl yapılacağı belirsizliği ifade edilmiştir (Schwenzer, ‘Specific Performance’ (n 40) 295). Çözüm olarak dürüstlük kuralının ön plana çıkması da yerel mahkemelerin farklı yorumlarının yeknesaklığı bozacağı anlamına gelir (Schwenzer, ‘Specific Performance’ (n 40) 295). Asıl sorunun yeknesaklığı bozmasından çok belirsizlik taşıması olduğu yönünde bkz. Boghossian (n 75) 76.

187 Takawira (n 126) para 3.3

188 ibid para 4.1.

189 ibid para 4.2. Yazara göre Antlaşmanın amacı yeknesaklık sağlamaktır, uyum değil; bu nedenle bir mahkeme kendi iç hukukuna uygun bir yorum benimsemekten kaçınılmazdır (Takawira (n 126) para 4.3). Uyum ve yeknesaklık arasındaki fark için bkz. John Goldring, ‘Unification and Harmonisation of the Rules of Law’ (1978) 9 Federal Law Review 284. Dolayısıyla *common law* mahkemesi CISG'da öngörülen emredici yorum ölçütlerine uymalı ve 28. maddenin kendine tanıdığı takdir yetkisini en geniş şekilde kullanabileceği bir yorumdan kaçınılmazdır. Yorum ilkelerinden biri kabul edilen dürüstlük kuralı ilkesine göre de mahkemelerin tarafların yükümlülüklerini yerine getirmelerini sağlamak ve karşı tarafın beklentisini garantiye almak için aynen ifaya hükmetmesi beklenir (Takawira (n 126) 4.4). Yazar bunu, makul davranan ve borcunu yerine getiren dürüst tarafın karşı taraftan da bunu beklemekte haklı olmasına dayandırmaktadır. *Common law* mahkemeleri dürüstlük kuralına aykırı böyle davranışların önüne geçmek için aynen ifaya kolayca hükmetmeli ve böylece Kıta Avrupası mahkemelerine yaklaşarak arzu edilen yeknesaklık sağlanmalıdır (Takawira (n 126) 4.4).

Sonuç

Türk hukukunun da içinde olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde aynen ifa sözleşmenin doğal ve olması gereken sonucudur. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına göre ise bu anlayışa paralel şekilde aynen ifa sözleşmeye aykırılık hâlinde gündeme gelen birincil yaptırımdır. Bu sonuca gerek 46. maddenin lafzından gerekse sözleşmeye aykırılığın diğer yaptırımı olan sözleşmeyi ortadan kaldırma yoluna ancak belli şartlar altında (aykırılığın esaslı olması gibi) başvurulabilmesinden yola çıkarak ulaşılmaktadır. Bu da aynen ifa talebi açısından CISG’ın Kıta Avrupası hukukuna yaklaştığının göstergesidir.

CISG kapsamında aynen ifayı Türk hukukundaki aynen ifa yaklaşımından ayıracak en önemli düzenleme 28. maddedir. Bu madde, kendi hukukuna göre aynen ifaya hükmetmeyecek hakime CISG uyarınca da hükmetme şansı tanımaktadır. Hükmün tarihçesinden tazminat yaptırımına öncelik veren ve aynen ifayı yalnızca istisnai hallerde mümkün gören *common law* sistemini Antlaşmayla uzlaştırmak için getirildiği anlaşılmaktadır. Yeknesaklığı sağlamak amacıyla doktrinde hükmün dar yorumunun benimsenmesi ve aynen ifa talebinin ulusal hukuk kurallarıyla engellenmemesi gerektiği kabul edilir.

28. maddenin, etkisini amacına uygun şekilde *common law* sisteminde göstermesi beklenir. Fakat *common law* ve Kıta Avrupası hukukunun aynen ifa konusunda birbirine yaklaşması ve dolayısıyla maddenin uygulamadaki öneminin azalması doktrinde bu etkinin de sorgulanmasına yol açmıştır. Bununla birlikte söz konusu hükmün varlığı, CISG’ın uygulandığı uyuşmazlıklarda belirsizliğe yol açar. Türk hukukundaki aynen ifa yaklaşımından en büyük farkı da bu belirsizliktir. Doktrinde bu belirsizlik yorum yöntemleriyle aşılmaya çalışılmıştır. CISG’ın aynen ifaya genel bakışı böyle olmakla birlikte Türk hakimi tarafından incelenen bir uyuşmazlıkta 28. madde, aynen ifaya hükmetme konusunda bir değişiklik yaratmayacaktır. 46. maddede tanınan açık ve net aynen ifa hakkı belirleyici olacaktır.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- Andersen CB, *Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium an Examination and notification Provisions of the CISG* (Kluwer Law International 2007).
- Atamer YM, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (Beta 2005).
- — ‘Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış’ in Yeşim M. Atamer (ed.), *Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (On İki Levha 2008).

- — ‘Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?’ (2013) 8 Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi (Özel Sayı: Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan) 487-510.
- — ‘Article 80’ in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2nd edn, Beck Hart Nomos 2018).
- Ayanoğlu Moralı A, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi’ (2013) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı) 289-313.
- Baş Süzel E, ‘Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu’ in Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016* (On İki Levha, 2016).
- Başoğlu B, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi* (On İki Levha 2012). (Aynen İfa)
- — ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Aynen İfa ve Bunun Tarihsel Arka Planı’ in Sinan Okur (ed), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)* (Adalet 2016).
- Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması* (On İki Levha 2009).
- — *Zarar Görenin Kusuru* (On İki Levha 2012).
- Bergsten E E, Subsequent Commentary on CISG Art. 28, *Les Ventes Internationales de Marchandises (Problèmes Juridiques d’Actualité)* (Economica 1981) 11-14.
- Björklund, ‘Article 28’ in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2nd edn, Beck Hart Nomos 2018).
- Boghossian N, ‘A Comparative Study of Specific Performance Provisions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods’ [1999-2000] Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 3-78.
- Bilgetekin NT and Yalçın Y, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Madde 28’in Özel Hukukun Yeknesaklaştırılmasına Etkisi’ in Başak Baysal (ed), *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016* (On İki Levha 2016).
- Dayıoğlu Y, *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etmesi* (On İki Levha 2011).
- Djordjević, ‘Article 77’ in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2nd edn, Beck Hart Nomos 2018).
- Engel P, *Traité des obligations en droit suisse* (2nd edn, Stämpfli 1997).
- Erauw J and Flechtner HM, ‘Remedies Under the CISG and Limits to their Uniform Character’ in Petar Sarcevic, Paul Volken (ed), *The International Sale of Goods Revisited* (Kluwer Law International 2001).
- Erdem HE, ‘Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu’ in Yeşim M. Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (On İki Levha 2008).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22th edn, Yetkin 2017).

- Felemegas J, 'Comparison Between Provisions of the CISG Regarding the Right to Require Specific Performance (Arts. 28, 46 and 62) and the Counter Part Provisions of the UNIDROIT Principles (Arts. 7.2.1-7.2.5)' in John Felemegas (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (Cambridge University Press 2007).
- Fitzgerald J, 'CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec' (1997) 16 *Journal of Law and Commerce* 291-313.
- Flambouras DP, 'The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis' (2001) 13 *Pace International Law Review* 261-293.
- Goldring J, 'Unification and Harmonisation of the Rules of Law' (1978) 9 *Federal Law Review* 284-325.
- Helvacı İ, *Le droit turc du contrat* (Schulthess 2018).
- Herber R, 'The Rules of the Convention Relating to the Buyer's Remedies in Cases of Breach of Contract' (1980) *Problems of Unification of International Sales Law* (Working papers submitted to the Colloquium of the International Association of Legal Science, Potsdam, August 1979) 104-129.
- Herman S, 'Specific Performance: a Comparative Analysis' (2003) 7(2) *Edinburgh Law Review*, 194-217.
- Honnold JO, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3rd edn, Kluwer Law International 1999).
- Huber P, 'CISG – Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları' in Yeşim Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)* (On İki Levha 2008).
- — 'Article 46' in Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)* (2nd edn, Beck Hart Nomos 2018).
- Işıntan P, 'Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı' (2013) (1) *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı) 161-183.
- Jafarzadeh M, 'Buyer's Right to Specific Performance: A Comparative Study Under English Law, the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, Iranian and *Shi'ah* Law' (2001) <www.cisg.law.pace.edu> Erişim Tarihi 27 November 2018.
- Kastely AH, 'The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention' (1988) 63 *Washington Law Review* 607-651.
- Khoo W, 'Article 2' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987).
- Knapp V, 'Article 77' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987).
- Koskinen J, 'CISG, Specific Performance and Finnish Law' (1999) *Private Law publication series* B:47.
- Kutluhan E, *CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi* (On İki Levha 2017).

- Lando H, 'The Myth of Specific Performance in Civil Law Countries' (2004) 15 American Law & Economics Association Annual Meetings www.law.bepress.com Erişim Tarihi 2 January 2019, 1-24.
- Lando O, 'Article 28' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987).
- Liu C, 'Specific Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law' (2005) <www.cisg.law.pace.edu> Erişim Tarihi 27 November 2018.
- Müller-Chen, 'Article 28' in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016).
- — 'Article 46' in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016).
- Nomer E, *Devletler Hususî Hukuku* (22th edn, Beta 2017).
- Nomer HN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15th edn, Beta 2017).
- Oğuzman MK and Öz MT, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1*, (16th edn, Vedat 2018).
- Öz T, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)' (2013) (1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı) 3-19.
- Pilionis PA, 'The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?' (2000) 12 Pace International Law Review 1-46.
- Rimke J, 'Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts' [1999-2000] Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 197-243.
- Riznik P, 'Article 77 CISG: Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss' (2009) <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html> Erişim Tarihi 10 July 2018.
- Schlechtriem P, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Manz 1986).
- Schwenzer, 'Article 79' in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016).
- — 'Article 80' in Ingeborg Schwenzer (ed), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)* (4th edn, Oxford 2016).
- — 'Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts' (1999) 1(3) European Journal of Law Reform 289-303.
- Serozan R, *Borçlar Hukuku Genel Hüküm: ifa, ifa engelleri, haksız zenginleşme - ek: uygulama çalışmaları cilt no:3* (3rd edn, Filiz 2014).
- — *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (3rd edn, On İki Levha 2018).
- Tallon D, 'Article 79' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987).
- — 'Article 80' in Bianca-Bonell (eds) *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987).

- Takawira A, 'Departing from mere compromise: Reformulating the remedy of specific performance under the Convention on the International Sale of Goods (CISG) in line with the Convention's underlying goals' (2007) <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/takawira.html> Erişim Tarihi 27 September 2018.
- Tekinay S, Akman S, Burcuoğlu H and Altop A, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993).
- Tercier P, *Le droit des obligations* (2nd edn, Schulthess 1999)
- — *La partie spécial du Code des obligations* (Schulthess 1988).
- Venturi S and Zen-Ruffinen MN, 'Article 190' in Luc Thévenoz, Franz Werro (eds) *Commentaire Romand Code des obligations I* (2nd edn, Helbing Lichtenhahn Verlag 2012).
- Walt S, 'For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention' (1991) 26 Tex. Int'l L. J. 211-251.
- Will M, 'Article 46' in Bianco-Bonell (eds), *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè 1987).
- Yavuz C, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)* (13th edn, Beta 2014).
- Zeytin Z, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku* (3th edn, Seçkin 2019)
- Ziegel JS, 'The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives' in Galston & Smit (ed), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Matthew Bender Ch. 9 Juris 1984).
- — 'Analyses from a Provincial Common Law Perspective' in Jacob S. Ziegel, Claude Samson, *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1981).

Elektronik Kaynaklar/Electronic Resources

www.cisg.law.pace.edu

www.resmigazete.gov.tr

www.law.bepress.com