

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN (CISG) İFA ENGELLERİ SİSTEMİ VE BU SİSTEMDE ALICININ SAHİP OLDUĞU HAKLAR

The Performance Barriers Regulations of The Vienna Convention on International Sale of Goods (CISG) and The Rights of The Buyer

İlhan GÜLEL¹

Geliş Tarihi: 13.09.2018

Kabul Tarihi: 06.02.2019

ÖZET

Viyana Satım Sözleşmesi 2011 yılından itibaren Türk Hukukunun bir parçası haline gelmiştir. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Sözleşmeye taraf olmadan önce de milletlerarası özel hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının Viyana Satım Sözleşmesi'ne taraf bir devlet hukukuna gönderme yapması halinde uygulanabilmekteydi. Aynı şekilde satım sözleşmesinin taraflarının o devletin hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçmeleri halinde de Viyana Satım Sözleşmesi taşınır mallara ilişkin satım sözleşmeleri hakkında dolaylı şekilde Türk Hukukunda uygulama alanı bulabilmekteydi. Artık Türkiye Sözleşmenin bir tarafı haline geldiği için Viyana Satım Sözleşmesi doğrudan uygulama imkanına kavuşmuştur. Bu ise Sözleşmenin hükümlerinin anlaşılmasını ve yorumlanmasını Türk öğretisi ve uygulaması açısından daha önemli hale getirmiştir. Henüz bu Sözleşmeye ilişkin Türk Yargıtayının kararlarına rastlanmamaktadır. Ancak halihazırda Sözleşme yürürlükte ve pek çok satım sözleşmesi için birincil hukuk kaynağı niteliğindedir. Yakın bir gelecekte, milletlerarası karakter taşıyan satım sözleşmelerinde hâkimlerin, avukatların ve hakemlerin Türk Borçlar Kanunu veya başka ülkelerin milli kanunlarından ziyade Viyana Satım Sözleşmesinin hükümlerini araştırmaları ve yorumlamaları özel bir ilginin ötesine geçerek artan bir gereklilik olacaktır. Bu yöndeki akademik yayın sayısı da her geçen gün artmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda Viyana Satım Sözleşmesinin sistematik mantığı içerisinde ifa engellerine genel yaklaşımı ve ifa engellerinin ortaya çıkması halinde alıcının satıcıya karşı sahip olduğu çeşitli haklar ve hukuki imkanlar açıklanmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

The Vienna Convention on International Sale of Goods has become a part of Turkish Law since 2011. But was able to find even before the Republic of Turkey is party to the Convention, it could be applied in the event to submit to Convention on private international law the law of a state party to the Convention of the conflict of law rules. In the same way, in the case of the election of the parties to the law of the contract of sale, The Vienna Convention could indirectly find a place of application in the Turkish Law about the sale contracts concerning the movable commodities. From now on, Turkey is a party to the Convention, The Vienna Convention on International Sale of Goods has the opportunity to be applied directly in Turkey. This has made the interpretation of the provisions of the Convention more important in terms of Turkish teaching and practice. No decisions of the Turkish Court of Appeals are yet to be found for this Convention. However, the Convention is already in force and is the primary legal source for many sale contracts. In the foreseeable future, judges, lawyers and arbitrators in international sales contracts will have to investigate and interpret the provisions of The Vienna Convention on International Sale of Goods rather than Turkish Debt Act or the national law of other countries, as will be an increasing requirement beyond a special interest. The number of academic publications in this area is also increasing day by day. For this reason, we tried to explain the general approach to inability perform in the systematic rationale of The Vienna Convention on Contracts for The International Sale of Goods and the various rights and legal possibilities that the buyer has against the vendor in case of the occurrence of non-performance.

Anahtar Kelimeler: Alıcının Hakları, CISG, Eksik İfa, İfa Engelleri, Satıcının Sorumluluğu, Viyana Satım Sözleşmesi.

Keywords: The Rights of The Buyer, CISG, Non-Performance, Performance Barriers, The Responsibility of The Seller, The Vienna Convention on Contracts for The International Sale of Goods.

¹ Ankara Batı Hâkimi, Ankara Üniversitesi Özel (Medeni) Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Programı, e-posta: ilhangulel@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-0214-3350

GİRİŞ

Milletlerarası taşınır mal satımı hukuku kurallarının yeknesaklaştırılması yönündeki çabaların en önemli ürünü niteliğinde olan ve kısaca “Viyana Satım Sözleşmesi” veya “CISG” olarak anılması uygulama ve öğretilerde yaygın bir kullanım halini alan, tam ismiyle “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması” (*The United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods*), 11.4.1980 tarihinde Viyana’da kabul edilmiştir. Bundan otuz yıl sonra Türkiye Cumhuriyeti Devletinin de Sözleşmeye katılmasıyla birlikte 1.8.2011 tarihinden itibaren Sözleşme, Türk Hukukunun doğrudan uygulanır bir parçası haline gelmiştir.

Sözleşme, özellikle Kıta Avrupası (*Civil Law*) ve İngiliz İçtihat Hukuku (*Common Law*) ekollerine mensup farklı hukukçular tarafından birlikte hazırlanmış olup, her iki temel hukuk sistemini yalın bir ifa engelleri ve yaptırım sistemi içerisinde bağdaştırmayı amaçlamaktadır. Sözleşmenin uygulanması esnasında taraflar arasında ortaya çıkabilecek sorunlar daha ziyade *Common Law* hukuk sisteminin etkisiyle satıcının ve alıcının sözleşmeyi ihlali bağlamında düzenlenmiş olup, sözleşmeden sapma veya sözleşmeye aykırılık niteliğindeki bu ihlallerin yaptırımları da yine sözleşme kapsamında otonom bir biçimde düzenlenmiştir.

Viyana Satım Sözleşmesinin (CISG) iç hukukumuzun doğrudan uygulanır bir parçası olması, Sözleşmedeki kimi hukuki kavram ve kurumların hukuk sistemimize benzer olmasına karşın bazılarının da yabancı olması nedenleriyle Sözleşme hükümlerinin çeşitli açılardan irdelenmesi, Türk öğretisi ve uygulaması açısından giderek önem kazanmaktadır. Çalışmamızda CISG’deki düzenlemeler ışığında özellikle alıcıya karşı satıcının sorumluluğunun ele alınış şekli ve sözleşmenin ihlali durumunda alıcının satıcıya karşı sahip olduğu hukuki imkânlar ve talep edebileceği haklar incelenmiştir.

I. Viyana Satım Sözleşmesinin Kişi ve Yer Bakımından Uygulanması

A. Sözleşmenin Doğrudan Uygulanması

Milletlerarası taşınır mal satımı hukuku kurallarının yeknesaklaştırılmasını, böylelikle taşınır malların milletlerarasında serbest dolaşımını hukuki güvenlik içerisinde arttırmayı amaçlayan² Viyana Satım Sözleşmesi (aşağıda “CISG”

² Şebnem Akipek Öcal, “Türk Hukuku Açısından Viyana Satım Sözleşmesi”, Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuku Araştırma Merkezinin Katkılarıyla Gerçekleşen Türk-Alman Hukuk Sempozyumu Sempozyum Kitabı, Editör: Erhan Temel, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 93-102. “Yıllardan beri özellikle satım alanında hukukun uluslararası alanda birleştirilmesi için büyük çaba gösterilmektedir. Yeknesak satım hukuku hakkında 1 Temmuz 1964 tarihli sözleşmelerin başarılı olamadığı görülmektedir. Bunun üzerine yine UNCITRAL, 11 Nisan 1980 yılında Viyana’da yapılan genel kurul toplantısında geniş ölçüde kabul gören bir tasarı hazırlamıştır. On ülkenin imzalaması

veya “Sözleşme” olarak da anılacaktır), Türkiye Cumhuriyeti Devletinin de Sözleşmeye katılmasıyla birlikte 1.8.2011 tarihinden itibaren Türk Hukukunun doğrudan uygulanır bir normu olmuştur³. Buna göre ifa yerine veya tarafların tabiiyetlerine bakılmaksızın, CISG’in konu bakımından kapsamında olan⁴ taşınır mallara ilişkin satış sözleşmesinin taraflarından birinin Türkiye’de işyerinin bulunması, diğer tarafın da işyerinin Sözleşmenin tarafı olan bir başka devlette bulunması⁵ halinde CISG hükümleri doğrudan doğruya uygulama alanı bulur⁶.

üzerine bu tasarı, 1 Ocak 1988 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca, sözleşme taraflarından birinin ülke hukukuna atfı yapması durumunda da uygulanır. Bu nitelikleriyle, Viyana Satım Sözleşmesi’nin de *lex mercatoria*’nın bir parçası olduğu kabul edilmelidir.” Arzu Oğuz, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (*Lex Mercatoria*) -Unidroit İlkeleri’nin *Lex Mercatoria* Niteliği”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2001, C: 50, S: 3, s. 26.

³ 14.4.2009 tarihli ve 27200 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Milletlerarası Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Türkiye Cumhuriyeti’nin Katılımının Uygun Bulduğuna Dair 2.4.2009 tarihli 5870 sayılı Kanun yürürlüğe girmiştir. Bakanlar Kurulu’nun katılmaya ilişkin kararnameisinin 7.4.2010 tarihli ve 27545 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmasından sonra katılım belgesi Birleşmiş Milletler’e 7.7.2010 tarihinde teslim edilmiştir. Bunun neticesinde Sözleşmenin 99/II. maddesi uyarınca teslim belgesinin tevdi makamına tevdiinden itibaren 12 ay geçtikten sonraki ilk ay başı olan 1.8.2011 tarihi itibarıyla Sözleşme, Türk Hukuku bakımından yürürlüğe girmiştir. Kutluhan Erkan, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2012, s. 1, dn: 1; Bu tarihten itibaren taraflar açıkça aksini kararlaştırmadığı sürece Sözleşme hükümleri doğrudan uygulama alanı bulmuştur. Akipek Öcal, s. 97.

⁴ Viyana Satım Sözleşmesi Madde-2 “Bu Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz:(a) Kişisel veya ailevi ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması; meğerki satıcı, sözleşmenin akti sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmesin ve bilmesi gerekmesin; (b) Açık artırma yoluyla yapılan satımlar; (c) Cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satımlar; (d) Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para; (e) Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt (yazarın notu: hava yastıklı taşıt ile kastedilen hava yastığı içeren araç değil “hovercraft” denilen su ve kara üstünde belli bir yükseklikte gidebilen araçlardır) veya hava taşıtı satımı; (f) Elektrik satımı.”

Viyana Satım Sözleşmesi Madde-3 “(1) İmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki, bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olsun. (2) Bu Antlaşma, mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak, iş gücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere uygulanmaz.” Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Hüseyin Murat Develioğlu, “CISG’nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S: 1, İstanbul, s. 53 – 72; Zeynep Yıldırım, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, C: XVII, S: 1-2, s. 1076 vd.

⁵ İşyerlerinin farklı akit ülkelerde bulunması uygulamanın temel şartıdır. H. Ercümet Erdem, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *BATİDER*, Y:1992, C:XVI, S: 3, s. 42; Yıldırım, s. 1068 – 1074.

⁶ Yavuz Dayıoğlu, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle

Bu ihtimalde 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁷ (MÖHÜK) hükümlerine veya diğer taraf devletin kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmak gerekmez.

B. Sözleşmenin Dolaylı Uygulanması: Tarafların Anlaşması veya Kanunlar İhtilafı Kuralları Uyarınca Uygulanma

Satım sözleşmesinin diğer tarafının işyerinin bulunduğu devletin CISG'e taraf olmaması ihtimalinde dahi tarafların kararlaştırmaları, Türk Hukukunun uygulanacağı hususunda anlaşmaları, MÖHÜK ya da kanunlar ihtilafı kurallarının Türk Hukukunu yetkili kılması halinde taşınır mal satım sözleşmesine ilişkin meselelerin çözümünde Türk Hukukunun bir parçası olduğu için CISG hükümlerine başvurulur⁸.

CISG hükümleri emredici nitelikte olmayıp, tarafların irade serbestisi doğrultusunda CISG'in uygulanmayacağını açıkça kararlaştırmaları ya da bir devletin borçlar hukukunu düzenleyen kanunlarının uygulanacağına dair açık bir atıfta bulunmaları (Örneğin "Türk Borçlar Kanunu uygulanacaktır" demeleri) halinde CISG uygulama alanı bulmaz (CISG. m. 6). Diğer taraftan CISG'in 6. maddesine göre sözleşmenin tarafları CISG'e tabi olma iradesi göstermekle beraber sadece CISG'in sınırlı bir şekilde uygulanmasını veya hüküm ve sonuçlarının değiştirilmesini de serbestçe kararlaştırabilirler⁹.

CISG'in uygulanmamasına karar verilmesi durumunda taraflar arasında irade serbestisi ile oluşturulan satım sözleşmesinin taraflarca kararlaştırılan özel hükümleri geçerli olur, uygulanması kabil böyle bir özel hükmün veya genel işlem şartının mevcut olmaması halinde ise MÖHÜK ya da milletlerarası özel hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği milli hukukun hükümlerine göre ihtilaf çözüme kavuşturulur¹⁰.

Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010, s. 12, 13.

⁷ 21.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁸ Zafer Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku – CISG, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 46, 47, 50; Dayıoğlu, s. 13, 14; Bu durum her iki tarafın da işyerinin bulunduğu Devletlerin CISG'e taraf olması ihtimali için kullanılan "doğrudan uygulanma ilkesi"nden farkını ortaya koyabilmek açısından öğretide "dolaylı uygulanma" olarak nitelenmiştir. Doğrudan uygulanma ilkesi için bkz. Ergin Nomer / Cemal Şanlı, Devletler Hususi Hukuku, 16. Baskı, İstanbul, 2008, s. 40 vd.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Yeşim Müride Atamer, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005, s. 57 – 64; ayrıca bkz. Hüseyin Murat Develioğlu, "CISG'nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S: 1, İstanbul, s. 53 – 72; Yıldırım, s. 1087 - 1089.

¹⁰ Dayıoğlu, s. 15; Nomer / Şanlı, s. 308, 309.

II. Viyana Satım Sözleşmesine Egemen Olan Temel Yaklaşım: Sözleşmenin Ayakta Tutulması İlkesi

Mesafelerin uzun olduğu, gümrük işlemleri ve akreditif gibi çeşitli para transferleri şekilleri nedeniyle daha fazla prosedürü gerektiren milletlerarası mal satım hukukunda malların sınır aşar şekilde taşınmasının ve dolaşımının zorluğu dikkate alındığında, taraflar arasında kurulan satım sözleşmesinin varlığını olabildiğince koruması ve sözleşmeyle bağlılık (*pacta sunt servanda*) ilkesinin daha kuvvetli bir şekilde uygulanması büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık hallerinde dahi sözleşmeyi ayakta tutmak CISG'in en önemli amaçlarından birisidir. CISG hükümleri düzenlenirken sözleşmenin ayakta tutulmasına imkan verecek şekilde şartlar getirilmiştir. Anılan genel mantık, Sözleşmenin ifa engelleri sisteminde de kendisini açıkça göstermektedir. Satım sözleşmesini sona erdirmek ve tarafları ekonomik olarak yıpratmak diğer hukuki imkanlar olabildiğince son çare (*ultima ratio*) olarak öngörülmüştür¹¹. Zira sözleşmeyi mevcut şartları içerisinde, olabildiğince eksikliklerini tamamlayarak devam ettirmek, hem CISG'in amaçlarına hem de taraflar arasındaki menfaatler dengesine uygun düşmektedir. Bu nedenle CISG'in hazırlayıcıları, örneğin alıcının sözleşmeyi sona erdirmeye ve ikame mal teslimini isteme haklarını ancak sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmesi şartına bağlamışlardır. Bunun yerine, sözleşmenin eksik ifaya rağmen, mevcut haliyle sürdürülebilmesine imkan veren ve böylelikle satıcıyı daha az külfet altında bırakan, alıcının satıcıdan malın onarımını, semenin indirmesini talep etme veya tazminat talebinde bulunabilme gibi tamamlayıcı nitelikteki hukuki imkanları daha elverişli biçimde kullanmalarını öngörüp, bunları teşvik etmeye çalışmışlardır. Milletlerarası mal satımının kendi özel şartları ve genel mantığı çerçevesinde düşünüldüğünde bu tercih bizce de yerinde bir tercih olmuştur.

III. CISG'teki Düzenlemelerde Common Law Hukuk Sistemlerinin Etkisi

Anglo - Amerikan veya İngiliz kaynaklı (*Common Law*) hukuk sistemlerinde genel olarak satıcının tüm sözleşme yükümlülükleri, bir garanti taahhüdü olan ve *warranty* olarak ifade edilen hukuki kavram ile ele alınmaktadır. İmkansızlık, ifa etmeme, geç ifa etme, ayıplı ifa veya üçüncü kişinin hak ve taleplerinden kaynaklanan zapt tehlikesi gibi ifa engelleri açısından Common Law sisteminde herhangi bir ayırım yapılmamış olup, bunların hepsi tek bir "sözleşmenin ihlali" kavramı içerisinde değerlendirilmektedir¹². Anılan sistemlerde sözleşme ile

¹¹ Rona Serozan, "CISG'A ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXX, S: 2, İstanbul, 2012, s. 208 vd.; Atamer, s. 293; Dayioğlu, s. 51; Kutluhan Erkan, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2012, s. 55, 131.

¹² Hayrunnisa Özdemir, Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayrıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Ankara, 2013, s. 76; Serozan, s. 207-209; Dayioğlu, s.

tafflara yüklenen asli veya tali yükümlülüklerin ihlal edilmesinin de bir önemi olmayıp her biri ayrı ayrı tek başına, satıcının yeknesak bir sözleşmeye aykırılık sorumluluğunu doğuran, garanti taahhütleri niteliğinde bulunmaktadır¹³. Garanti taahhüdünün ihlali durumunda ise her bir ihlal için ayrı bir hukuki sonuç belirlemek yerine yeknesak bir yaptırım sistemi öngörülmektedir. Bu bakımdan satıcının kusurlu olup olmaması da bir önem taşımayıp, satıcının aykırılık ya da ihlallerden kusursuz olarak sorumlu olduğu kabul edilmektedir¹⁴.

Viyana Satım Sözleşmesindeki düzenlemelerin de önemli ölçüde Common Law sistemi çerçevesinde kaleme alındığı açık bir biçimde görülmektedir. İngiliz Hukukunun satıcının garanti taahhüdü çerçevesinde kabul ettiği sözleşmenin ihlaline bağladığı sonuçlar ile Türk Borçlar Hukuku'nun her bir ifa engelini ayrı ayrı¹⁵ düzenleyen ifa engelleri sistemi birbirinden farklılaşmaktadır¹⁶. Çalışmamızda CISG'in bu konudaki yaklaşımı ile her iki temel hukuk sisteminden de iktibas ettiği hukuki imkanlar ayrıntıları ile incelenmiştir.

26; "sözleşmeye aykırılık halleri; objektif imkânsızlık/sübjektif imkânsızlık, önceki imkânsızlık sonraki imkânsızlık, temerrüt, ayıplı ifa (kötü ifa), *aliud* ifa veya eksik ifa gibi ayırımlara tabi tutulmamıştır. Antlaşmada bunların hepsi, sözleşmenin ihlali (*breach of contract*) çatısı altında toplanmıştır. CISG ifa engelleri sisteminin bu şekilde formüle edilmesinde *common law* hukuk sistemi etkili olmuştur. Zira *common law* hukuk sisteminde borçlunun (satıcının), sözleşme ile üstlendiği borcu, ifa unsurlarına uygun olarak yerine getireceğini garanti ettiği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, borçlunun sözleşme ile üstlenmiş olduğu bütün yükümlülükler, birer garanti taahhüdüdür.", Tuba Birinci Uzun, "CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2014, C: 16, S: 1, s. 155, 156.

¹³ Atamer, s. 314; Erhan, s. 27; Dayıoğlu, s. 26; Özdemir, s. 77. "Satıcının yükümlülükleri arasında asli/tali şeklindeki ayrımı terk etmiş olan CISG'ta malın ayıptan arı bir biçimde teslimi yükümlülüğü ile salt malın teslimi yükümlülüğü, bu yükümlülüklerin ehemmiyetine istinat eden bir hiyerarşi içinde değildir. Haliyle hukuki sonuçlar aşamasında da zamansal bir ötelemenin dışında -ki bu zamansal öteleme "sonraki" sözcüğünde ifadesini bulmaktadır- bir talilik-aslilik ilişkisi söz konusu değildir. CISG bağlamında yapılacak asli yükümlülük- tali yükümlülük şeklindeki bir ayırımda dahi, malı ayıptan arı bir biçimde teslim yükümlülüğü asli bir yükümlülük olacağı için alıcının bu borcun ifasına yönelmiş talebinin asli ifa talebi olması icap ederdi. Son olarak gerek Alman hukukunda, gerekse CISG'ta bu hakkı ifade etmek üzere kullanılan terminolojinin (Nacherfüllungsanspruch) Türkçe karşılığı "sonraki ifa talebi" şeklindedir.", Sinan Okur, "Türk Borçlar Kanunu'nda Alıcının Genel ve Sonraki İfa Talebi Üzerine CISG Işığında Eleştirel Bir Değerlendirme", e-Akademi, S: 131, Mart 2013, s. 6.

¹⁴ Selin Sert, Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul, 2013, s. 82; Serozan, s. 210; Dayıoğlu, s. 28, 29; Atamer, s. 454; Birinci Uzun, s.158.

¹⁵ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Bası, İstanbul, 1988, s. 149.

¹⁶ Pelin Baysal, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, Ed.: Şükran Şıpka, Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul, 2012, s. 222; Atamer, s. 181, 182, 281 - 283; Erkan, s. 26, 27; Birinci Uzun, s. 155 vd.

IV. CISG'in İfa Engelleri Sistemi

Sözleşmenin, taraflardan herhangi birine yüklediği bir yükümlülüğün bir sebepten dolayı yerine getirilmemesi halinde “sözleşmenin ihlali” kavramı ile karşılaşılmaktadır. Bu ihlalin, sözleşmenin taraflarından kaynaklanması mümkün olduğu gibi, üçüncü bir kişiden veya sebepten kaynaklanması da olasıdır. Ancak ister sözleşme tarafının şahsından, ister araya giren üçüncü bir kişi ya da olgudan kaynaklansın, sözleşmenin tarafının (alıcı ya da satıcı) borcu CISG'e göre bir garanti taahhüdü¹⁷ niteliğinde olduğu için kusuru olmasa dahi sözleşme onun tarafından “ihlal edilmiş” sayılmaktadır. Zira sözleşmenin ihlali durumu yüzünden karşı taraf akdedilen satım sözleşmesi ile beklediği menfaate ya hiç kavuşamamakta ya da umduğu menfaatte bir azalma meydana gelmektedir.

Sözleşmenin ihlali yüzünden beklenen menfaatten önemli ölçüde yoksun kalınması nedeniyle artık sözleşmenin varlığı önemsiz veya anlamsız bir hal alıyorsa sözleşmenin “esaslı ihlali” (*fundamental breach*) söz konusu olmaktadır¹⁸. Cins olarak belirlenen malların ise yerine aynı miktar ve evsafıta bir diğerinin verilmesi suretiyle ihlalin sonuçlarının kolaylıkla ortadan kaldırılması halinde ihlalin esaslı olmayabileceği ifade olunmaktadır¹⁹. Ancak başka mal teslim etmeye ilişkin bu hususun özellikle alıcı açısından makul olmayacak bir gecikmeye, zahmete veya masrafa yol açmaması gerekmektedir²⁰.

Özellikle Civil Law ve Common Law sistemlerini bağdaştırma çabasında olan CISG'de yer verilen kavramlar ve kurumlar olabildiğince milli hukuk sistemlerinden bağımsız bir şekilde düzenlenmeye çalışılırken, yeknesak ve kolay uygulanabilir bir yaptırım sisteminin de getirilmesi amaçlanmıştır. Tarafların aralarındaki satım sözleşmesini ifa ederken sözleşmeye aykırı davranışları halinde muhatap olabilecekleri yaptırımlar ve sözleşmenin diğer

¹⁷ “Taraflar arasında akdedilen sözleşmeyi bir tür “garanti sorumluluğu” olarak gören Anglo - Amerikan hukukunda satıcı bir edimi yerine getirmek hususunda bir vaatte bulunmuş, ifaya ilişkin ortaya çıkabilecek muhtemel engelleri de göze almıştır. Satıcının yükümlülüğünü “niçin” yerine getiremediği sorusuna bir önem atfedilmeksizin, satıcı bir garanti sorumluluğu altında olup, yükümlülüğünü yerine getir(e)mediği her halde alıcının zararını tazmine mecburdur.”; Okur, s. 3.

¹⁸ Dayıoğlu, s. 31 vd.; “İhlalin önemini ölçütü, ihlal yüzünden alacaklının (alıcının) sözleşmeye izlediği amacın, sözleşmeden beklentisinin bosa çıkmasıdır; başka bir anlatımla, onun sözleşme gereğince beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmasıdır.”; Serozan, s. 211.

¹⁹ Murat Sarıkaya, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali, İstanbul, 2017, s. 272, 273; aynı yönde; Serozan, s. 212.

²⁰ CISG. m. 48/l'de bu yönde bir düzenleme mevcut olup ayrıntılı açıklama için aşağıda “VIII. Satıcının Sorumluluğunun Ortadan Kalkması” başlığı altındaki “D. Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Gidermesi (CISG. m. 48)” bölümüne bakınız.

tarafının sahip olduğu hukuki imkanlar, daha ziyade *Common Law* sisteminin etkisiyle satıcının ve alıcının sözleşmeyi ihlali bağlamında düzenlenmiş olup²¹, sözleşmeden sapma niteliğindeki bu yükümlülük ihlallerin yaptırımları da yine sözleşme kapsamında herhangi bir milli hukuk sistemindeki hukuki kavram veya kurallara bağlı kalınmadan özgün bir biçimde öngörülmüştür²². Bu nedenle CISG’te yer verilen hukuki kavramlar, milli hukuklarda ifade ettiklerinden başka bir anlam taşıyabilmektedir.

CISG’de ayrı ayrı ifa engelleri belirlenmek yerine tek tip bir ifa engeli sistemi öngörülüp, buna çeşitli hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bu nedenle hiç ifa etmeme, eksik ifa etme, temerrüt, ayıplı mal teslimi, imkansızlık halleri, hukuki ayıp veya zapta karşı tekeffül durumlarının hukuki sonucu itibariyle birbirlerinden herhangi bir farkı bulunmamaktadır. Satıcının kusurunun bulunup bulunmaması da bir farklılık oluşturmaz. Satıcının sorumluluğu bir çeşit kusursuz sorumluluk hali olarak öngörülmüştür²³; ayrıca satıcının kusursuzluğunu veya her türlü tedbiri almış olsaydı bile yine de olumsuz sonucun kaçınılmaz olarak gerçekleşeceğini ispatlayarak (kurtuluş kanıtı getirerek) sorumluluğundan kurtulması da mümkün değildir²⁴.

²¹ Özdemir, s. 97; Atamer, s. 221; Okur, s. 2-4.

²² Aziz Erman Bayram, *Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçişi*, Ankara, 2017, s. 208 vd.

²³ Dayıoğlu, s. 67, 68; Okur, s. 2, 3; Sarıkaya, s. 12-14, 178.

²⁴ Tandoğan, s. 148; Sarıkaya, s. 12, 13; “Antlaşmada sözleşmenin geçersizlik sebeplerine ilişkin düzenleme yoktur. TBK’nda (m. 27 ve diğer) belirtilen kesin hükümsüzlük halleri ve sonuçları, ancak CISG m. 7/2 hükmüne göre, Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere dayandırılabilmesi halinde, şayet bu mümkün değilse, milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuk Türk Hukuku ise veya uygulanması gereken başka hukukta bu geçersizlik aynı şekilde düzenlenmişse, söz konusu olacaktır. Şu kadar ki, özellikle Antlaşmanın 68. Maddesinin ikinci cümlesi, “..satım sözleşmesinin kurulma anında malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya ve hasar rizikosunu satıcı taşır” hükmünü getirdiğinden; Antlaşmada TBK’dan farklı olarak, “başlangıçtaki objektif imkânsızlık” hallerinde sözleşmenin hükümsüz olmayacağı, gene de geçerli sayılıp, satıcının bu imkânsızlıktan sözleşme çerçevesinde sorumlu olacağı, kabul edilmektedir. Diğer hükümsüzlük halleri bakımından ise Antlaşmanın 7/2 hükmü çerçevesinde hemen daima TBK ile aynı sonuçlara varılacaktır.”, Turgut Öz, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y: 2013, S:1, İstanbul, s. 9, 22; aynı yönde: Atamer, s. 457; Belin Köroğlu, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XVII, Y:2013, S: 1-2, s. 785, 786; CISG’e göre önceki objektif imkansızlık durumunda bile sözleşme geçerli olarak kurulurken Türk Hukukunda CISG’tekinden farklı şekilde önceki objektif imkansızlık nedeniyle sözleşme geçerli olarak kurulmuş olmamaktadır (TBK m. 27). Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Ankara, 2018, s. 147 – 149.

V. “Münhasıran” Sözleşmenin Esaslı İhlaline Bağlanan Sonuçlar

Alicı veya satıcının kusuru bulunup bulunmadığına bakılmadan; ayrıca sözleşme yükümlülüklerini hiç yerine getirmemeleri, gereği gibi yerine getirmemeleri ya da geç yerine getirmeleri şeklinde bir ayrıma da gidilmeksizin²⁵ sözleşmeye aykırı davranışları veya sözleşmenin amacının gerçekleşmesini engelleyen durumlar sözleşmenin ihlali olarak, daha ciddi görülen aykırılıklar ise CISG. m. 25 uyarınca “esaslı ihlal” olarak kabul edilmiştir. Ancak bu ihlallerin ne olduğu tek tek sayılmış olmayıp, verilen genel ölçütlere göre sözleşme ihlalinin esaslı nitelikte kabul edilip edilmeyeceği hususunun her bir somut olayın özellikleri de dikkate alınarak belirlenmesi anlayışı benimsenmiştir²⁶. Buna göre taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa neden oluyorsa, sözleşmeyi ihlal eden tarafın böyle bir olumsuz sonucu öngörmesi ve aynı konum ve koşullardaki makul bir kimsenin de öngörebilecek olması şartıyla, esaslıdır (CISG. m. 25). Bu maddede sözleşmenin esaslı ihlali halinin sadece tanımına ve unsurlarına yer verilmiş olup, hukuki sonuçları düzenlenmemiştir. Sözleşmenin yaptırımları düzenleyen diğer maddelerinde esaslı ihlale bağlanan çeşitli hukuki sonuçlar gösterilmiştir. Bunlar iki tane olup, sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen CISG. m. 49/I ile ikame mal teslimini talep hakkını düzenleyen CISG. m. 46/II sadece sözleşmenin esaslı ihlali sonucunda ileri sürülebilecek talep haklarıdır.

Aynen ifa (CISG. m. 46/I), malların onarımı (CISG. m. 46/III) ve semenin indirilmesini talep hakları (CISG. m. 50) esaslı olsun veya olmasın sözleşmenin bütün ihlali hallerinde başvurulabilecek haklardır. Diğer taraftan sözleşmenin esaslı olsun ya da olmasın ihlali halinde başvurulabilecek bağımsız ve tamamlayıcı bir hukuki imkan olarak tazminat talep hakkı da düzenlenmiş olup (CISG. m. 74), tazminat talep edilmesi diğer hukuki imkanların kullanılmasına engel teşkil etmez (CISG. m. 45/II). CISG. m. 46 - 52’deki tazminat dışında kalan hakların birbiriyle yarışması söz konusu olup bunların birlikte talep edilmeleri mümkün değildir²⁷.

²⁵ Öz, s. 10 vd.; “CISG Anglo-Amerikan modeline uygun olarak bütün ifa engellerini tek bir şemsiye altında toplamakta ve kural olarak alıcıya kusurdan bağımsız bir tazminat hakkı öngörmekte, ihlalin nevi ile değil ağırlığı ile ilgilenmektedir” Okur, s. 4; Zeytin, s. 201; Sarıkaya, s. 9 - 14.

²⁶ ““Tahdidi” değil de “tadadi” olarak sıralamak gerekirse, ister bastan, ister sonradan, ister objektif ister sübjektif, her çeşit temelli imkansızlık, ciddi ve kesin ifa etmeme beyanı (anticipatory breach), kesin vadeli işlemde (Fixgeschäft’de) gecikme, özel nitelik vaadine aykırılık, ortadan kaldırılamaz hukuki ayıp, onarılamaz maddi ayıp, olmazsa olmaz belgelerin eksikliği, alıcının çıkarını sarsıcı ciddi “eksik ifa” ve “aliud ifası” hep “esaslı ihlal” sayılır.” Serozan, s.211.

²⁷ Atamer, s. 228; Zeytin, s. 203; Sarıkaya, s. 5.

VI. Sözleşme İhlalinin “Esaslı” Olup Olmamasına Göre Alıcının Sahip Olduğu Haklar

A. Aynen İfayı Talep Hakkı (CISG. m. 46/I)

Aynen ifayı talep hakkı Kıta Avrupası Hukuk Sistemleri esas alınarak CISG’ e konulmuş bir düzenlemedir. Zira farklı hukuk sistemlerini bağdaştırma çabasında olan CISG “aynen ifayı” önceleyen Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile “tazminat talebini” önceleyen Common Law sistemlerinin bir sentezi niteliğindedir. CISG. m. 46/I’de düzenlenen aynen ifayı talep hakkının kullanılabilmesi için sözleşmenin ihlalinin esaslı olması şart değildir. Edimin ifasının hiç gerçekleştirilmediği, eksik gerçekleştirildiği, gereği gibi gerçekleştirilmediği (söz gelimi malın ifa yeri haricinde bir yerde teslim edildiği²⁸) veya sözleşmede kararlaştırılandan farklı bir malın (aluid) teslim²⁹ edildiği ihtimallerde kullanılabilir bir haktır³⁰. Keza Türk Hukuku bakımından alacaklının kısmi ifayı kabul etmesi durumunda ayıplı ifa hükümlerine başvurulamamasına rağmen CISG m. 38’e göre kısmi ifa malların sözleşmeye aykırılığından (ayıptan) kaynaklanan bir sözleşme ihlali olarak kabul edilmektedir³¹.

Ferden belirlenen veya eş bulunmayan bir malın satımının kararlaştırılması halinde malın elden çıkması veya yok olması sebebiyle aynen ifa artık talep edilemeyeceği için bu hakkın kullanılması da söz konusu olamaz. Bu durumda semen indirimi (veya iadesi), sözleşmeden dönme ve/veya tazminat haklarının kullanılması gündeme gelmektedir. Malın üçüncü kişi tarafından zaptı halinde ise öğretilerdeki bir görüşe göre³² üçüncü kişinin mal üzerindeki hakkının izale edilmesi CISG. m. 46/I çerçevesinde talep edilebilmelidir³³. Bu görüşün kabulü halinde ise aynen ifayı talep hakkının kullanılması kapsamında alıcı satıcıdan zaptın kaldırılması için girişimde bulunmasını talep edecek, satıcı da bunu sağlarsa sözleşmeye aykırılığı gidermiş olacaktır. Satıcı üçüncü kişiyle anlaşarak

²⁸ Zeytin, s. 204, 205.

²⁹ Sarıkaya, s. 266; K.g. Dayıoğlu, s. 43.

³⁰ Öz, s. 6; “Alıcının genel ifa hakkına ilişkin ilk sınır “aynen ifa talebini” istisnai durumlara hasreden Anglo-Amerikan hukukunu gözetken CISG m. 28’den doğmaktadır. Buna göre mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak anlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde, kendi iç hukukuna göre (aynen) ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür. Diğer bir sınırlama ise alıcının ifa talebi ile bağdaşmayan başka bir hukuki imkânı kullanması halinde söz konusu olacaktır. Alıcının sözleşmeden dönme, bedelde indirim ve sözleşmenin ifa edilmemesinden ötürü tazminat talep ettiği hallerde alacaklı aynen ifa talebinde bulunamayacaktır.” Okur, s. 8.

³¹ Baysal, s. 224 – 226; Atamer, s. 187.

³² Zeytin, s. 205, 206.

³³ Satıcının satılan malın mülkiyetini alıcıya geçirme borcu kapsamında, alıcı satıcıdan talepte bulunabilir. Buna göre; alıcının, üçüncü kişinin mal üzerindeki hakkını izale etmesini “malın mülkiyetini alıcıya geçirme borcu” çerçevesinde satıcıdan isteyebileceği kabul edilmektedir. Fahrettin Aral / Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara, 2015, s. 105; Zeytin, s. 205, 206.

zaptı kaldırıp malı sözleşmeye uygun hale getirebileceği gibi, üçüncü kişiye karşı hukuki yollara başvurarak da bunu sağlayabilir.

B. İkame Mal Teslimini Talep Hakkı (CISG. m. 46/II)

Sözleşmenin esaslı ihlali halinde alıcının satıcıya karşı kullanabileceği bir hukuki imkan; ikame mal teslimini veya malın yenisi ile değiştirilmesini taleptir. Bu hakkın talep edilmesi, CISG. m. 46/I'de düzenlenen ve sözleşmenin esaslı ihlalini gerektirmeyen "aynen ifadan" farklı olup; ancak sözleşmenin esaslı ihlaline bağlı olarak "yerine ifa" talebi söz konusu olabilecektir. Alıcı ikame mal teslimini talep hakkını kullanarak satıcıdan sözleşmeye uygun olmayan malın yerine tıpa tıpa bir yenisini teslim etmesini ister. Satıcının sözleşmede belirlenen özelliklere uygun, maddi veya hukuki ayıbı olmayan, kısacası sorunsuz yeni bir mal teslim etmesi gerekmektedir.

Ferden belirlenen malın (örneğin bir sanat eserinin) yok olması halinde ikame edilmesi de mümkün değildir. Bu bakımdan ikame mal teslimini talep hakkının ancak cins borcunda veya ikame edilebilir nitelikteki mallar için ileri sürülebilmesi mümkündür.

İkame mal teslimini talep hakkının zapt halinde ileri sürülüp sürülemeyeceği hususuna değinecek olursak kanaatimize göre malın zaptı halinde artık CISG. m. 46/I'e göre aynen ifayı talep mümkün olmayacağından CISG. m. 46/II uyarınca yerine ifa talebinde bulunularak ikame mal teslim edilmesi istenebilmelidir.

C. Malın Onarımını Talep Hakkı (CISG. m. 46/III)

Malın onarımını talep hakkı CISG. m. 46/III'de düzenlenmiş olup esas olarak CISG. m. 35'teki maddi ayıbı bulunan mallar düşünülerek kaleme alınmış ve CISG içerisinde konulmuş bir hukuki imkandır. Onarım talebinin CISG. m. 39'a atıf yapılarak burada düzenlenen maddi ayıplı malların satıcıya ihbarla ve ihbardan itibaren makul bir süre içerisinde kullanılabilmesi öngörülmüştür. Zapt ihbarını düzenleyen CISG. m. 43'e ise herhangi bir atıf yapılmamıştır. Malın onarımını talep hakkı lafzi anlamıyla yorumlanırsa sadece ayıplı mal teslimi halinde ileri sürülebilecek bir hak olup zapt durumunda işin niteliğine uygun düşmediği için talep edilmesi de anlamlı olmayacaktır. Maldaki maddi ayıbı satıcı bizzat malı onararak ya da onartarak gidermelidir. Tarafların anlaşması halinde alıcı onarımı yapıp satıcıdan onarım bedelini alabilecektir³⁴.

D. Semeninin İndirilmesini Talep Hakkı (CISG. m. 50)

Satıcının temerrüdü nedeniyle ifanın zamanında gerçekleşmemesi, malın kısmen elden çıkması ya da yok olması veya ayıplı olması halinde alıcı satıcıya karşı semeninin indirilmesini talep hakkını kullanabilecektir. Bu hakkın

³⁴ Yücer Aktürk, s. 228, 229.

kullanılabilmesi için sözleşmenin esaslı ihlali şart değildir³⁵. Semenden indirim hakkının talep edilmesinde semenin önceden ödenip ödenmemesinin de bir önemi bulunmamaktadır³⁶.

Semenin indirilmesinde CISG. m. 50'de kabul edilmiş yöntemle göre malın teslim alındığı andaki sözleşmeye uygun özellikleri taşıması halinde sahip olacağı değer³⁷ ile fiilen teslim olunan ve sözleşmeye uygun olmadığı için daha az bir değere sahip bulunan malın değeri arasındaki orana göre semenden indirim gerçekleştirilmelidir. Bu, hem maldaki ayıptan kaynaklanan değer azalmalarını, hem de malın sözleşmede belirlenen kaliteden düşük kalitede olması durumlarını karşılayan bir hesap yöntemidir³⁸. Örneğin, taraflar arasındaki sözleşmede 1000 adet yüzde yüz yün kumaş ile yapılmış takım elbisenin tanesi 1000 TL'den satımı hususu kararlaştırılmasına rağmen, teslim edilen takım elbiselerin tanesi 800 TL değerinde olan yüzde seksen yün, yüzde yirmi polyester kumaştan yapılmış takım elbise olması halinde takım elbise başına 200 TL oranında semenden indirim yapılması gerekmektedir. Aynı takım elbise örneği üzerinden gidecek olursak, elbiselerin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde yüzde yüz yün kumaştan olmasına karşın, değerinde yüzde elli azalmaya yol açan ve sadece defolu olarak satımına imkân veren dikiş hatalarının bulunması halinde maddi ayıptan dolayı da takım elbise başına 500 TL tutarında semenin indirilmesi gerekmektedir. Nispi hesap yöntemi özellikle malın tamamen elden çıkmadığı; ancak maldaki ayıp nedeniyle değerinin azaldığı hallerde uygulanır. Malın değerinde bir azalmaya yol açan ayıplı teslim halinde malın sözleşmeye uygun teslim edilmiş olması faraziyesi ile teslim anındaki değeri esas alınmalıdır.

Semenin önceden satıcıya ödenmiş olması halinde belirlenen miktar nispetinde iadesi, henüz ödenmemiş olması halinde ise oranlama suretiyle indirilerek satıcıya ödenmesi söz konusu olur. Semen indirilmesini talep hakkı alıcının bu yolla giderilemeyen zararları için ayrıca tazminat talep etmesine engel olmaz (CISG. m. 45/II). Örneğin alıcı satıcıya karşı yoksun kaldığı kâr için tazminat davası açabilir³⁹.

³⁵ Semen indirilmesinin istenebilmesi için sözleşmenin esaslı ihlali gerekli değilse de mutlaka sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Sarıkaya, s. 10; ancak eksik mal teslimi, alud ifa veya malın kısmen yok olması ya da kullanılmaz hale gelmesi hallerinde de semen indirimi istenebileceğinden biz bu şekilde bir sınırlama yapılmasını yerinde bulmuyoruz.

³⁶ Zeytin, s. 224.

³⁷ Teslim anındaki değer esas alınacağı sözleşmede açıkça düzenlendiği halde, malların neredeki piyasaya göre değerinin tespit edileceğine dair bir açıklık yoktur. Bu durumda malın değerinin alıcının iş yerinin bulunduğu yere göre, gönderilecek mallarda ise gönderildiği yerdeki değere göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Zeytin, s. 224.

³⁸ "Antlaşmada bedel indirimi seçeneğinde uygulanacak hesaplama metodunun (m. 50) TBK uyarınca yapılacak bedel indiriminde kabul gören "nispî metot"la çakıştığı görülmektedir.", Öz, s. 7.

³⁹ Zeytin, s. 224.

E. Sözleşmeden Dönme Hakkı (CISG. m. 49/1)

1. Ek Sürenin Aşılması veya Sözleşmenin Esaslı İhlalinin Gerekmesi

Sözleşmeden dönme hakkı ya CISG. m. 47/1 uyarınca satıcıya verilen ek süre içerisinde esaslı olsun ya da olmasın sözleşme ihlalinin satıcı tarafından giderilmemesi sonucunda; ya da böyle bir ek süre verilmesi gerekmeksizin ihlalin esaslı olması durumunda doğrudan doğruya kullanılabilir⁴⁰. CISG. m. 25 çerçevesinde sözleşmenin esaslı ihlalini oluşturduğu kabul edilebilen alıcının sözleşmeden beklediği menfaatin önemli ölçüde azalmakta ve sözleşmenin varlığının artık alıcı bakımından önemsiz hale geldiği hallerde başvurulabilir. Ancak buna ilave şartlar da söz konusu olup; esaslı ihlale yol açan durumun satıcı tarafından veya aynı konumdaki makul bir kişi tarafından sözleşmenin kurulması veya malın teslimi sırasında bilinebilecek durumda olması gerekmektedir⁴¹. Buna esaslı ihlal için aranan objektif ve subjektif öngörülebilirlik unsuru da denilmektedir.

İhlalin esaslı olup olmadığı ihlalin türünden ziyade yol açtığı sonuçlara göre değerlendirilir⁴². Serozan'a göre ister baştan, ister sonradan, ister objektif ister sübjektif, her çeşit temelli imkansızlık, ciddi ve kesin ifa etmeme beyanı (*anticipatory breach*), kesin vadeli işlemde (*Fixgeschäft'de*) temerrüt, özel nitelik vaadine aykırılık, ortadan kaldırılamaz hukuki ayıp, onarılamaz maddi

⁴⁰ Erkan, s. 59 – 73; Serozan dönme hakkının kullanılabilme şartlarını hakkın doğumundan önceki ve sonraki sınırlamalar olarak şu şekilde bir kronolojik ayrıma tabi tutmuştur: Hakkın doğumundan öncekiler: “1) Borçlu satıcının alıcıya karşı sözleşmeden kaynaklanan özel savunmalarının bulunmaması. (CISG 6, 58, 71) 2) Alıcının ifa engelini kendisinin yol açmış olmaması. (CISG 80: Nemo auditor ilkesi!) 3) Sözleşme ihlalinin esaslı (fundamental) sayılması. (CISG 25; 49, 1; 51, 2) 4) Alıcının sözleşme ihlalinin kabullenmesi sayılmaması. (CISG 35, 3; 41; 42, 2a: Venire contra factum proprium ilkesi!) 5) Alıcının mali muayene ve nitelikçe amaca aykırılığını ihbar etmiş olması. (CISG 38, 39) 6) Satıcının ihlali telafi (ikinci servis) sansını kullan(a)maması. (CISG 48) 7) Satıcıya ihlali telafi için ek süre (son sans) verilmesi. (CISG 47, 1; 49, 1b)” Sonrakiler: “Dönme hakkını kullanmanın *dönme hakkı dogduktan sonraki* “kümülatif” sınırlarına (kosullarına) gelince: Bunlar da söyle sıralanabilir: 1) Dönme hakkının makul (reasonable) sürede kullanılması. (CISG 49, 2) 2) Dönme hakkının açıkça veya örtülü olarak gözden çıkarılmamış olması. *Döme hakkının varlığını bile bile dönme yerine iade edilecek nesnede tasarruf etme böyle bir feragate örnek gösterilebilir. (CISG 82, 2 c kuralından e contrario çıkarsanabilir! öğreti ve uygulama!)* 3) Dönme üzerine iade edilmesi gerekli malın iadesi olanağının varlığı. (CISG 82) 4) Dönme hakkının varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılması. (CISG 26) 5) Dönme işleminin kosula veya vadeye bağlanmaması. (*Öğreti ve uygulama!*)” Serozan, s. 209, 210; ayrıca bkz. Atamer, s. 397 – 401.

⁴¹ Tuğçe Oral, “Vişana Satım Antlaşması'nda Sözleşmenin Kurulması, Ankara, 2014, s.77 vd; Sert,s.71; Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law-The UN - Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html> (E.T.:9.8.2018), s. 58-60; Serozan, s. 211.

⁴² Franco Ferrari, “Fundamental Breach of Contract Under The UN Sales Convention-25 Years of Article 25 CISG”, Journal of Law and Commerce, Spring, 2006, s. 493-495; Atamer, s. 233-234.

ayıp, olmazsa olmaz belgelerin eksikliği, alıcının çıkarını sarsıcı ciddi “eksik ifa” ve “aliud ifa” gibi durumlar “esaslı ihlal” olarak kabul edilmelidir⁴³.

Malın üçüncü kişilerin talepleri yüzünden elden çıkması veya tasarruf imkanının önemli ölçüde ortadan kalkması durumunda artık alıcıdan sözleşmeye katlanması genellikle beklenemez. Özellikle ihlale yol açan olay veya durum nedeniyle alıcının malı hemen teslim etmesi veya maldan yararlanmaktan derhal kaçınması gerekiyorsa esaslı ihlal söz konusudur⁴⁴. Örneğin alıcı malı teslim aldıktan sonra kamu makamları tarafından mala el konulduysa, malın tesliminden önceye dayalı bir talep veya sebepten ötürü mal üzerinde tasarruf yetkisini sınırlayan bir şerh, sınırlı aynı hak veya haciz işlemi ihdas edildiyse, yahut alıcıya belli süre içerisinde malın bir yere veya bir kişiye teslimi zorunluluğu getirildiyse durum böyledir. Diğer taraftan ihlal böyle bir duruma yol açmıyorsa veya ihlalin kolay bir şekilde ve makul olmayan bir gecikmeye yol açmadan izalesi mümkün olacaksa var olan sözleşmenin ihlali artık esaslı sayılmayacağından alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz⁴⁵. Örneğin elden çıkan veya maddi ayıbı olan malın yerine hemen yenisi verilebilecekse ve bu alıcı için bir zarar tehlikesine yol açmayacaksa sözleşme ihlali esaslı sayılmaz. Ancak izaleye ilişkin bu hususun özellikle alıcı açısından makul olmayacak bir gecikmeye, zahmete veya masrafa yol açmaması, satıcıya tazminat veya semenin indirilmesi yoluyla rücu edilmesinin mümkün veya kendisinden beklenebilecek nitelikte olması, bunun gerçekleşmeyeceği yönünde bir tereddüdün bulunmaması gereklidir (CISG. m. 48/1). Alıcının maddi ayıbı bulunan mal nedeniyle varsa uğradığı zarar ile bu mala ilişkin sarf ettiği muayene, muhafaza ve ulaştırma giderleri ve üçüncü kişilerin satım konusu mal üzerindeki haklarının kaldırılması veya taleplerinin izale edilmesi için alıcı tarafından yapılacak masraflar ile makul düzeydeki yargılama giderleri de bu kapsamdadır⁴⁶. Sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığı hususunda yorum yapılırken alıcı ve satıcının konumları ve içinde buldukları şartlar, hukuki ilişkinin niteliği ve sürekliliği, aralarında veya aynı konuda ticari hayatta var olan ticari alışkanlıklar ve teamüller de belirleyici olmaktadır⁴⁷.

⁴³ Serozan, s. 211.

⁴⁴ Zeytin, s. 189; Erkan, s. 96; Serozan, s. 211.

⁴⁵ Erkan, s. 96; Zeytin, s. 190; Aynı yön. Sarıkaya, s. 272, 273; Serozan, s. 212.

⁴⁶ Cüneyt Pekmez, “Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları”, TAAD, Y: 6, S: 20, Ankara, Ocak 2015, s. 546; Zeytin, s. 190.

⁴⁷ Süleyman Yılmaz, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara, 2013, s. 82 vd; Ferrari, s. 493-494.

2. Sözleşmeden Dönme Hakkının Niteliği ve Kullanılması

Sözleşme ihlalinin esaslı olması halinde⁴⁸ alıcının kullanabileceği sözleşmeden dönmeye ilişkin hak, etkileri ve sonuçları itibarıyla en önemli hukuki imkan olarak kabul edilebilir. Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin sona ermesine yol açtığı için bozucu yenilik doğurucu bir niteliğe sahiptir. Bu bakımdan herhangi bir şarta bağlanması mümkün değildir⁴⁹. Bu hak alıcı tarafından muhataba (satıcıya) yöneltilen tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır. İrade beyanının satıcıya ulaşması gerekli ve yeterlidir⁵⁰. Ancak dönme beyanının satıcıya ulaşmaması ihtimalinde de sözleşme sona ermiş olur⁵¹ (CISG. m. 27). Sözleşmenin sona erme anı beyanın satıcıya ulaştığı an değil, alıcının beyanda bulunduğu andır⁵².

Sözleşmeden açık veya zımnî olarak dönülebilir. Ancak sözleşmenin ortadan kaldırılması iradesinin ortaya konulması şarttır. Bu konuda yeterli açıklığı içermeyen beyan veya davranışlar sözleşmeden dönme beyanı olarak nitelenemez⁵³. Örneğin malın hiç bir açıklama yapılmadan sadece geri gönderilmesi halinde sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığından

⁴⁸ Sözleşme ihlali esaslı olmasa bile CISG'in 47/1 ve 49/1-b maddeleri uyarınca alıcı tarafından verilen ek süre içerisinde satıcı tarafından ihlalin ortadan kaldırılmaması halinde de sözleşmeden dönme mümkündür. Dolayısıyla süre aşımının esaslı olmayan ihlali bile bir bakıma esaslı ihlal düzeyine yükselttiği söylenebilir. Aynı yönde: Serozan, s. 212, 213. Ayrıca bkz. Atamer, s. 401; Bununla beraber ek süre tanıma imkanı vadesi geldiği halde yerine getirilmeyen tüm yükümlülükler bakımından mevcut olmakla birlikte ayıplı mal teslimi halinde mümkün değildir. Bkz. Sarıkaya, s. 183; "Antlaşmaya göre satıcının borcunu ihlalinde alıcın makul uzunlukta ek bir süre tanınması, "tanıyabilir" ifadesiyle takdirine bırakılmıştır (m. 47). Bunun sebebi, CISG'da "ifa imkânsızlığı - borçlu temerrüdü" ayırımı yapılmaksızın, yaptırımların düzenlenmesidir. İfa imkânsızlığında ek süre vermek elbette anlamsız olacağından, hemen daima esaslı ihlal sayılacak bu durumda alıcı -işin niteliği gereği bedel indirimini, onarım, ikame mal isteyemeyip- sözleşmeyi sona erdirerek tazminat isteyebilecektir (m. 49/1,a)", Öz, s. 12, 13.

⁴⁹ Serozan, s. 210, 219; Zeytin, s. 220.

⁵⁰ Serozan, s. 210; Atamer, s. 402, 403; Dönme beyanı bir hukuki sonuç doğurmaya yöneliktir. Tek taraflı irade açıklamasıdır. Hüküm ve sonuç doğurabilmesi için sözleşmenin diğer tarafı olan satıcıya yöneltilmesi gerekir. İrade açıklamalarının hüküm ve sonuçlarını doğurma anı için iradenin açıklanma anı, gönderilme anı, ulaşma anı ve öğrenilme anı şeklinde dörtlü bir ayırım mevcuttu. Bkz. Kılıçoğlu, s. 70, 71. CISG'de (m.27) dönme beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurması için ulaşması değil açıklanması yeterli görülmüştür. Öz, s. 11; Dayıoğlu, s. 53.

⁵¹ Dayıoğlu, s. 53.

⁵² Sözleşmede en geniş yer tutan ve CISG. m. 25 - 88 arasında düzenlenen "malların satımı" kenar başlıklı III. Kısımına ilişkin her türlü beyanların, uygun şekilde yapılması şartıyla, iletimdeki gecikme, hata veya ulaşamamaya rağmen, hukuki sonuç doğuracakları düzenlenmiştir (m. 27). Öz, s. 11; Ancak gönderme teorisine sıkı sıkıya bağlı kalınmaması gerektiği, alıcının satıcıya sonradan satıcıya ulaşmadan önce bu beyanından dönebilme imkanının olması gerektiğine dair görüş için bkz. Erkan, s. 125, 126.

⁵³ Dayıoğlu, s. 53.

bahsedilemez⁵⁴. Zira malın sözleşmeden dönüldüğü için mi; yoksa onarım veya yenisi ile değiştirilmesi için mi geri gönderildiği açıkça belli değildir.

Sözleşmeden dönme beyanı geriye etkili olarak sonuç doğurur⁵⁵. Sözleşme kurulduğu andan itibaren ortadan kalkmış sayılacağı için taraflar sözleşme kapsamında birbirlerinden elde ettikleri menfaatleri karşılıklı olarak geri verme yükümlülüğü altına girerler.

Dönme beyanı bir şekle tabi değildir. Yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Ayrıca bir merasime veya dava açma zorunluluğuna tabi kılınmamıştır. Ancak dava açılması yoluyla beyan edilmesinin de önünde bir engel yoktur. Özellikle sözleşmenin ihlali nedeniyle açılacak tazminat davalarında, dava dilekçesinde sözleşmenin sona erdiği veya sözleşmeden dönme hakkının kullanıldığı yönündeki beyan ile birlikte tazminat talep edilmesi halinde, dava dilekçesinin mahkemeye sunulduğu anda sözleşme sona ermiş olur. Çünkü dönme beyanının muhataba ulaşması anında değil irade açıklamasının yapılması anında sözleşme sona ermektedir. Bu itibarla sözleşmenin sona ermesi için dönme beyanını içeren dava dilekçesinin davalı olan satıcıya tebliğ edilmesi gerekli değildir. Taraflarca aksi önceden kararlaştırılmadığı sürece mahkemenin sözleşmenin sona ermesine dair bir karar vermesi, diğer bir ifade ile sözleşmenin mahkeme hükmü ile sona erdirilmesi de gerekli değildir.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, şartları ve sonuçları itibariyle emredici nitelikte olmayıp, taraflar aralarındaki sözleşmede, sözleşmeden dönme hakkını CISG'de yer alan kurallar hilafına serbestçe tayin edebilirler (CISG. m. 6, m. 8 ve m. 29). Bu halde sözleşmeden dönmeye ilişkin taraflarca belirlenen merasim ve kurallar geçerli olur. Zira CISG. m. 49/1 emredici değil tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Örneğin taraflar sözleşmeden dönme beyanının sadece yazılı olarak veya noter kanalıyla yapılabileceğini kararlaştırabilirler; veya sözleşmeden dönme yerine fesih konusunda anlaşabilirler. Böylelikle geriye etkili sözleşmeden dönme değil ileriye etkili bir fesih durumundan söz edilmesi gerekecektir.

CISG satım sözleşmesinin (*ipso iure bir biçimde*) kendiliğinden sona ermesi sistemini kabul etmemiş, bu konudaki seçimlik hakkın kullanılması yönündeki tercihi alıcının takdirine bırakmıştır⁵⁶. Bu durumda sözleşmenin esaslı ihlali halinde alıcı dönme hakkını kullanıp kullanmama konusunda serbesttir. Ancak tarafların aralarında yapacakları sözleşme ile bunun aksini kararlaştırmaları, sözleşmenin ihlali kabul edilen durum ortaya çıktığında sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğini veya tam aksine sona ermenin hakem veya mahkeme hükmüne bağlanacağı noktasında anlaşmaları da mümkün ve geçerlidir.

⁵⁴ Zeytin, s. 220.

⁵⁵ Kılıçoğlu, s. 138.

⁵⁶ Serozan, s. 219; Zeytin, s. 217; Erkan, s. 58.

3. Sözleşmeden Dönme Beyanında Bulunma Süresi

Sözleşmeden dönme beyanının yapılabilmesi CISG. m. 49/II'de makul süre ile sınırlandırılmıştır. Alıcının gecikmiş teslim halinde, teslimin yapıldığı öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmesi gerekir⁵⁷. Gecikmiş teslimden farklı bir sözleşmeye aykırılık halinde, alıcı, bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren; alıcı tarafından CISG. m. 47/I uyarınca verilmiş herhangi bir ek süre mevcutsa bu sürenin geçmesinden sonra veya satıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklaması halinde bu açıklama anından itibaren makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmelidir. Öte yandan satıcı tarafından, CISG. m. 48/II uyarınca belirlenmiş sürenin tamamlanmasından veya alıcının ifayı kabul etmeyeceğini açıklamasından sonra; alıcının makul bir süre içinde sözleşmeden dönme beyanında bulunması şarttır. Makul sürenin ne kadar olacağına yönelik kesin bir belirleme yoktur. Taraflarca önceden kararlaştırılmış bir süre yoksa, süre somut olayın özelliklerine, tarafların konumuna ve içinde buldukları şartlara göre belirlenir.

Kanaatimizce günümüzün iletişim teknolojisi göz önüne alındığında yedi gün veya iki haftalık sürelerin makul süre olarak kabul edilmesi gerekir. Somut olayın özelliklerine, durumun şartlarına göre dört hafta veya iki ay gibi daha uzun bir sürenin de makul süre olarak kabul edilebilmesi mümkündür. Sürenin belirlenmesinde işin niteliği ve olayın bütün hal ve şartları göz önünde bulundurulmalıdır. Makul süre, alıcının sözleşmeyi sona erdirmek için yeterli düşünme süresi ile sözleşmeyi sona erdirmeye iradesini ortaya koymadan önce sözleşmeyi ayakta tutabilmek için başvurabileceği diğer yollara veya girişimlere imkan verecek ölçüde uzun, Sözleşme ile taraflara verilen hakların ve sağlanan hukuki imkanların suistimaline yol açmayacak ölçüde kısa olmalıdır. Hak düşürücü süre mahiyetinde olan makul sürenin geçmesinden sonra alıcının sözleşmeden dönebilmesi mümkün değildir⁵⁸.

4. Sözleşmeden Dönülmesinin Hukuki Sonuçları ve Kalan Mal ile Semenın Karşılıklı Olarak Geri Verilmesi Yükümlülüğü

CISG'in düzenlemesine göre alıcı, satım konusu malın elinde kalan kısmını, maldan elde ettiği yarar karşılığı ile birlikte teslim aldığı andaki duruma esaslı surette yakın bir şekilde iade yükümlülüğü altındadır (CISG. m. 81/II delaletiyle m. 82/I; 84/II). Buna karşın satıcı da semeni kendisine ödendiği tarihten itibaren işleyecek faizi ile birlikte iade eder (CISG. m. 81/II, m. 84/I). Bu yükümlülükler aynı anda yerine getirilmelidir (CISG. m. 81/II-son).

⁵⁷ Schlechtriem, s. 78.

⁵⁸ Atamer, s. 404; Zeytin, s. 222; Yılmaz, s. 90; Serozan, s. 215.

Semen henüz satıcıya ödenmediyse semeni ödeme borcu kendiliğinden sona ermiş olur⁵⁹.

Tarafların her birinin karşılıklı olarak sözleşme kapsamında elde ettikleri menfaatleri geri vermeleri sözleşmeden dönmenin geriye etkili olmasının bir sonucudur. Ancak bu kurala alıcı lehine bir istisna getirilmiştir. CISG. m. 82/ II-(a) uyarınca malların iade edilmesinin veya teslim alındığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade edilmesinin imkansızlaşması alıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa alıcının iade yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır⁶⁰. Bu halde dahi satıcının faizi ile birlikte semeni alıcıya iade borcu devam eder. Bu şekilde CISG, sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal ederek alıcının sözleşmeden dönmesine neden olan satıcıyı korumak yerine; haksız satıcıya karşı haklı konumdaki alıcıyı koruma yönünde bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir. Bunun nedeni gayet açıktır. Gerçekten de menfaatler dengesi gözetildiğinde CISG'in satıcının esaslı ihlali karşısında haklı olarak sözleşmeden dönen alıcıyı korumaya dönük bu düzenlemesi son derece isabetlidir⁶¹.

F. Tazminat Talep Hakkı (CISG. m. 74)

1. Tazminat Talep Hakkının Niteliği

CISG'e göre satıcının hukuki sorumluluğuna giden alıcının kullanabileceği bir diğer imkan satıcıdan tazminat talep edebilmesidir. Sözleşme ihlaline yol açan durum nedeniyle satıcının bir kusurunun bulunup bulunmaması önemli değildir. Zira satıcının kusursuz sorumluluğuna dayanan bir çeşit garanti sorumluluğu söz konusudur⁶². Hukukumuzda kusursuz sorumluluk halleri için

⁵⁹ Pekmez, s. 534.

⁶⁰ Sert, s. 63.

⁶¹ Ancak bize göre yerinde olan bu tercihe öğretilerde ciddi eleştiriler de getirilmiştir. Serozan, CISG'in karşılıklı iade yükümlülüğüne ilişkin alıcı yönünden istisna getiren ve kendi ifadesi ile "alıcıyı kayıran" bu düzenlemesine şiddetli bir biçimde karşı çıkmaktadır. "...iade imkansızlığının satıcının sözleşmeye aykırılığı (örneğin ayıp yüzünden) ortaya çıkması halinde dönme hakkının etkisizleşmeyip alıcı tarafından kullanılabilmesine diyecek yoktur. Ama satıcının yol açmadığı bir iade imkansızlığının riskini de satıcıya yüklemek doğrusu kolay anlaşılacak gibi değildir. Alıcı yanlısı, satıcı düşmanı bir hasar düzenidir bu; yergiyi hak eder. Gerçekten de aslında malı teslim aldıktan sonra alıcıya ait olması gereken "kaza riskini" ve alışveriş yaşamına uygun "tasarruf riskini" gerisin geriye satıcıya sıçratmak (Zurückspringen der Gefahr auf den Verkäufer) satıcıyı sözleşmeye aykırılığından ötürü ölçüsü kaçmış bir ceza ile cezalandırmaktan başka bir anlam taşımaz. Kinayeli (ironik) bir saptama: CISG 82'nin satıcı aleyhtarı haksız hasar düzeni ile CISG 48'in satıcının ikinci servis şansını adeta kağıt üstünde bırakan düzenlemesi ve CISG 49'un alıcının dönme hakkına kural olarak bir zamansal sınır çekmeyen ucu açık düzenlemesi yan yana getirildiğinde, ister istemez, CISG düzenleyicilerinin alıcıyla satıcı arasındaki menfaat çatışmasında alıcıyı kayırmış oldukları izlenimi uyanır..." Serozan, s. 216.

⁶² Dayıoğlu, s. 112; CISG'de tam tazminat ilkesi kabul edilmiş olup kusur azlığı veya hakkaniyet ilkesi gereği tazminattan indirim yapılması benimsenmemiştir. Bu konuda her hangi bir hüküm bulunmaması Sözleşmede düzenleme boşluğu olduğu anlamına gelmez. "...hâkim Antlaşmanın boşluğunu dolduruyorum diye, TBK uyarınca (m. 114/2 yollamasıyla m. 52/2)

öngörülen kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma CISG'in sözleşme sorumluluğu bakımından söz konusu değildir. Ayrıca zarar ile uygun illiyet bağının kurulması da gerekli olmayıp illiyetin şart teorisi uyarınca varlığı yeterlidir⁶³. Çünkü CISG'in sorumluluk esasında zarara yol açan olayın, satıcının bir fiilinden kaynaklanması şart olmayıp, satıcının ifa yardımcısı olmayan bir üçüncü kişinin fiilinden ya da bir mücbir sebepten kaynaklanması halinde de sözleşme satıcı tarafından ihlal edilmiş sayılmaktadır. Dolayısıyla mücbir sebepler veya üçüncü kişinin ağır kusuru satıcının sorumluluğuna kural olarak etki etmemektedir⁶⁴. Halbuki Türk Hukukunda kusursuz sorumluluk halinde dahi, mücbir sebep veya üçüncü kişinin kastı ya da ağır kusurunun varlığı uygun illiyet bağını kestiği takdirde zarardan sorumluluk doğmamaktadır⁶⁵.

hafif kusurlu olanın ekonomik durumunu dikkate alarak tazminatı indirememelidir. Zira tazminatın çerçevesini belirleyen CISG hükümlerinin (m. 74 - 77) bu indirimde yer vermemesi, böyle bir indirimi kabul etmediği anlamına gelir.", Öz, s. 16.

⁶³ Zeytin, s. 300; Dayıoğlu, s. 75, 76; "CISG kapsamında satıcının tazminat sorumluluğunun varlığı için satıcının sözleşmeye aykırı davranışının alıcının uğradığı zararın şartı olması yani *conditio sine qua non* niteliğinde olması gerekmektedir..Dolayısıyla CISG tazminat sistemi uyarınca tazminat sorumluluğu için şart kuramı uyarınca nedensellik bağının varlığı bir ön koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Antlaşma kapsamında tazminat sorumluluğunu sınırlandıran uygun nedensellik bağı kuramı gibi kuramlara yer verilmemiştir. Satıcının tazminat sorumluluğu öngörülebilirlik kriteri ile sınırlandırılmıştır." Dayıoğlu, s. 75, 76; aynı yönde: Öz, s. 14.

⁶⁴ Örneğin çalışanın kusurlu davranışı, hastalık ya da iflas gibi durumların satıcının sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı ifade edilmektedir. Dayıoğlu, s. 141, 142; Sarıkaya, s. 12. Ancak ayıp ve zapt gibi satıcıdan kaynaklanan ifa engelleri dışında sel, deprem, fırtına gibi doğal felaketler, salgın hastalık, savaş, terörist saldırılar, darbe, öngörülemeyen genel grev gibi insan kaynaklı felaketler veya ambargo, müsadere, yabancı sermaye girişinin yasaklanması, ithalat ihracat rejimindeki engelleyici düzenlemeler, kamu makamlarının yasaklamaları gibi satıcının etki ve hakimiyet alanı dışında kalan, kaçınılmayan ve öngörülemeyen engellerden kaynaklı olarak borcu yerine getirememenin bazı istisnai durumlarda CISG m. 79 bağlamında satıcıyı sorumluluktan kurtarabileceği kabul edilmektedir. Bkz. Ahu Ayanoğlu Morali, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S: 1, s. 297. Ayrıca bkz. Belin Köroğlu, "Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XVII, Y: 2013, S: 1-2, s. 775 – 804.

⁶⁵ Bu kuralın, tüm riski ve zararı satıcının üstünde bırakıyor olmasını Serozan eleştirmekte ve haksız görmektedir: "...Gerçekten de satıcının borca aykırılık etti diye (hatta kusursuz bile olsa) dönme yaptırımına hedef olması hangi ölçüde adaletli gözüktüyorsa, satıcının sırf borca aykırılık etti diye ayrıca kazadan da sorumlu tutulması (kazanın riskini taşıması) satıcıya verilmiş o ölçüde haksız ve ilgisiz bir ceza görünümündedir. Nitekim kusursuz sorumluluğa yol açan borçlu temerrüdünde de borçlu edimin başına gelen kazanın alacaklıda da gerçekleşeceğini, yani nedensellik kesildiğini kanıtlayarak kazadan ötürü sorumluluktan sıyrılabilmektedir. (Bkz. örneğin TBK 119 II) Hele CISG 82'ye göre, alıcının satılan malı kendi iradesiyle başkalarına devretmesine ve kullanmasına bağlı iade imkansızlığında bile onun dönme hakkını kullanabilmesi ve dolayısıyla satıcının malına gerisin geriye kavuşmadığı halde malın parasını alıcıda bırakmak zorunda kalması hiç mi hiç anlaşılabilir." Serozan, s. 217, 218.

Böyle bir düzenlemeye CISG’de yer verilmemiştir.

CISG. m. 74’te istenebilecek tazminat miktarına ilişkin iki ölçüte yer verilmiştir:

Birincisi; CISG’de maddi zararın ötesinde cezalandırıcı tazminatın kural olarak kabul edilmemesidir⁶⁶. Dolayısıyla alıcı sadece sözleşmenin ihlalinden doğan mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere toplam zararı tazminat olarak talep edebilir (CISG m. 74/1. cümle). Bu nedenle alıcı tarafından sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan toplam zararı aşan bir miktarın tazminat olarak istenilmesi mümkün olmadığı⁶⁷ gibi ceza mahiyetinde olmak üzere zararı aşan bir meblağın ödenmesi de istenemez; meğer ki taraflar aralarında aksi yönde bir anlaşma yapmış olsun.

İkinci husus ise CISG’de aynen şu şekilde ifade edilmiştir: “...Söz konusu tazminat, ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.” (CISG m. 74/2.cümle). Bu durumda CISG’e göre istenebilecek tazminatın üst sınırı, sözleşmenin kurulması sırasında satıcının sözleşme ihlali olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği ya da bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği muhtemel zarar miktarıdır⁶⁸. Anglo - Amerikan hukukunda var olan ve kusursuz sorumluluğun ağır neticelerini borçlu açısından sınırlandırmayı amaçlayan *foreseeability* (öngörülebilirlik) ilkesine ilişkin bu düzenleme ile satıcı, objektif olarak öngörülemez önemli derecedeki risklere ve fahiş zarar tehlikelerine karşı korunmak istenilmiştir. Bu öngörme ve zarar miktarı, satıcının somut olarak bildiği verilere göre subjektif olarak değil, satıcı ile aynı konum ve şartlardaki makul bir kişinin bilmesi şeklinde düşünülerek objektif olarak belirlenmelidir⁶⁹.

⁶⁶ Atamer, s. 424, Dayıoğlu, s. 63, 65.

⁶⁷ Dayıoğlu, s. 67, 68.

⁶⁸ Serozan, s. 208, 211, 219; Tazminat talep etme hakkının sınırını common law sisteminden esinlenilerek benimsenen öngörülebilirlik (*foreseeability*) ilkesi oluşturmaktadır. Bkz. Dayıoğlu, s. 112-116, 169; Birinci Uzun, s. 163-170; CISG’egöre satım sözleşmesinin kurulması ve kurulma anına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Tuğçe Oral, Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmenin Kurulması, Ankara, 2014; ayrıca bkz. Mehtap İpek İşleten, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S:1, İstanbul, s. 111- 136; Türk hukukunda sözleşmenin kurulma anı hazırlar arasında kabulcünün kabul iradesini açıkladığı anda, hazır olmayanlar arasında ise kabul beyanının ulaştığı anda kurulmuş olmaktadır. Kılıçoğlu, s. 108 – 111. Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurma anı ise hazır olanlar bakımından sözleşmenin kurulma anı iken; hazır olmayanlar arasında açık bir kabule ihtiyaç olan durumlarda kabul beyanını gönderme anında, açık kabule ihtiyaç bulunmayan durumlarda önerinin ulaşma anından itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur. Kılıçoğlu, s. 112, 113.

⁶⁹ Dayıoğlu, s. 33.

2. Tazminat Talep Hakkının Diğer Haklarla İlişkisi

Tazminat talep hakkı diğer haklarla seçimlik değil ayrı ve bağımsız bir hak niteliğindedir. Diğer haklarla birlikte veya onlardan ayrı, bağımsız olarak ileri sürülebilir. Ancak diğer hakların kullanılması suretiyle zarar tamamen giderildiyse, zararın tam giderimi ilkesi çerçevesinde, artık ayrıca tazminat istenmesi alıcı açısından sebepsiz zenginleşmeye yol açacağından bu yola başvurulamaz. Diğer bir ifade ile tazminat istemeye hakkı olan alıcı bunun yerine önce diğer (ikame mal teslimi, onarım isteme veya semenin indirilmesi gibi) hukuki yollardan birine başvurmayı tercih eder ve bu yollar sayesinde zararı ortadan kaldırılarak tamamen tatmin edilmesi mümkün olursa artık satıcıya karşı ayrıca tazminat isteminde bulunamaz⁷⁰. Sözleşme ihlalinin dolaylı zararlara veya takip eden zararlara yol açması halinde bu zararlar için ayrıca tazminat istenebilir. Bu itibarla tazminat hakkı bağımsız ve tek başına da ileri sürülebilmekle birlikte birincil değil tamamlayıcı bir nitelik de göstermektedir.

3. Giderilmesi Talep Edilebilecek Zararlar

Tazminat talep hakkı kapsamında giderilmesi istenebilecek zararlar sadece mal varlığına ilişkin olan maddi zararlardır⁷¹. Manevi zarar CISG’de düzenlenmemiştir. Keza ölüm ve yaralanma nedeniyle ortaya çıkan cismani zararlar da CISG kapsamı dışında bırakılmıştır⁷². Hem doğrudan zararlar hem de dolaylı zararlar⁷³ istenebilir. Ancak doğrudan zarar – dolaylı zarar ayrımı yerine ifa etmeme zararları ve bunu takip eden zararlar şeklinde bir ayrım CISG bakımından daha uygun kabul edilmektedir⁷⁴. Ayrıca CISG’de menfi zarar ve müspet zarar ayrımı yapılmadığı için her iki zarar kalemi de birlikte talep edilebilir⁷⁵. Sözleşme ihlal edilmeseydi alıcının mal varlığının içinde

⁷⁰ Zeytin, s. 297.

⁷¹ Schlechtriem, s. 98 - 100.

⁷² “Bu Antlaşma satıcının, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanmaz (CISG m. 5).”

⁷³ TBK. m. 217/I-(b)-4 uyarınca kısmi zapt halinde de dolaylı zararların bazı şartların gerçekleşmesi halinde istenmesi mümkün olup “dolaylı zarar” kavramına müspet zararın mı, kaçırılan fırsatlara bağlı yoksun kalınan kârın mı, illiyet bağına bağlı olarak daha uzak olan refakat veya sonuç zararlarının mı olduğu öğretilmektedir ve tartışılmalı olup bu tartışmalar ve Yargıtay’ın kabulü hakkında detaylı bilgi için bkz. Pekmez, s. 547, 549. CISG’e göre ise böyle bir ayrıma gidilmeksizin duruma göre bunların hepsinin istenilmesi mümkündür.

⁷⁴ Birinci Uzun, s. 171, 172; Doğrudan zarar, sözleşmenin ihlali halinde araya başka bir sebep girmeksizin meydana gelen zarardır. Doğrudan zarar, sözleşmenin ihlali ile meydana gelen zarar arasındaki yakın ve yoğun bir illiyet bağına işaret eder. Dolaylı zarar ise sözleşmenin ihlali halinde doğrudan zarara bağlı olarak ilave bir sebeple meydana gelen zarardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Serkan Ergüne, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, s. 66-67

⁷⁵ K.g.: Birinci Uzun, s. 170, 171; menfi zararın ancak sözleşmeden dönme halinde talep edilebileceği yönünde görüşler de mevcuttur. Bu görüşlere göre menfi zararın, güven menfaatinin (*Negatives Interesse*) tazmin edilebilmesi için sözleşmenin ortadan kaldırılması şartının aranması gerekmektedir. Zeytin, s. 298; her iki zararın da birlikte talep edilebileceğine

bulunacağı durum ile ihlal sonucu mal varlığının durumu arasındaki fark tazminat olarak istenebilir. Bu açıdan alıcının mal varlığındaki eksilme olarak malın uğradığı değer kaybı, ihlal nedeniyle alıcının yaptığı masraflar, ihlal edilen sözleşme yerine yapılan yeni sözleşme sonucu ortaya çıkan fiyat farkı⁷⁶, zararın azaltılmasını amaçlayan masraflar, takip ve yargılama giderleri, malın satın alınması, taşınması veya muhafazası için yapılan ve boşa giden nakliye masrafı, depo tutmak, kira vermek, kredi çekmek, faiz ödemek gibi masraflar hep bu kapsamdadır⁷⁷.

Malın zaptı nedeniyle üçüncü kişilere karşı doğan tazmin yükümlülükleri öngörülebilir miktarda olması şartıyla istenebilir. Satılan bir aracın çalıntı çıkması halinde aracın malikine teslim edilmesi için alıcının yaptığı bakım, onarım, trafiğe tescil gibi masrafların istenmesi mümkündür⁷⁸.

Sözleşmenin ihlali ve malın gerektiği gibi teslim edilememesi alıcının işletmesinin itibar ve müşteri kaybına (*good will*) uğramasına yol açıyorsa bundan kaynaklanan zararlar da talep edilebilecek tazminat kalemleri arasındadır⁷⁹. CISG m. 74/1 (1. cümle) uyarınca sözleşmenin ihlali nedeniyle yoksun kalınan kârın talep edilmesi de mümkündür.

4. Tarafların Sözleşme Şartlarında Değişiklik Yapmaları

CISG. m. 74 emredici nitelikte bir düzenleme olmadığı için taraflar tazminata ilişkin şartları CISG. m. 6 uyarınca kısmen veya tamamen değiştirebilir ve yeni şartlar öngörebilirler. Dolayısıyla taraflar tazminata ilişkin kusur sorumluluğu, sebep sorumluluğu, objektif özen sorumluluğu, tehlike sorumluluğu, kusursuz sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma kuralı gibi değişik sorumluluk türleri ve kuralları kabul edebilirler. Tazminatın zarar

dair görüşler için bkz.: Öz, s. 13; Sözleşmeden dönen alıcı, satıcısından yalnız malın parasını kurtarmakla kalmaz, ondan ayrıca *restitution* ve *reparation* olarak adlandırılan kalemleri birlikte içeren eksiksiz bir sözleşmeye aykırılık tazminatını da isteyebilir. Serozan, s. 219; Olumsuz zarar geniş anlamı itibarıyla herhangi bir zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaattir; dar anlamı bakımından ise sözleşme öncesi bir yükümlülüğün ihlalden doğan zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaattir. Olumsuz zararın tazmini ile alacaklının önceki içinde bulunacağı durumunun tekrar sağlanması, böylelikle malvarlığındaki azalmaların giderilmesi amaçlanmaktadır. Ergüne, s. 38.

⁷⁶ Akipek Öcal, s. 97.

⁷⁷ Serozan, s. 219; Fark teorisinden hareketle müspet zarar alacaklının malvarlığının, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi yüzünden içinde bulunduğu fiili durum ile borcun gereği gibi ifası halinde içinde bulunacağı farazi durum arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır. Zarar kavramını açıklayan diğer bir teori olan somut (tabii) zarar teorisine göre ise borcun ifa edilmemesi nedeniyle bundan etkilenen münferit malvarlığı değerinin içinde bulunduğu fiili durum ile borç gereği gibi ifa edilmiş olsaydı o malvarlığı değerinin içinde bulunacağı farazi durum arasındaki farkı olumlu zarar olarak tanımlamaktadır. Ergüne, s. 56.

⁷⁸ Zeytin, s. 304.

⁷⁹ Zeytin, s. 305, 306.

miktarını aşamayacağına ilişkin kuralı değiştirebilirler, yahut cezai şartlar öngörebilirler.

5. Tazminatın Ödenmesi

CISG m. 74'teki *"a sum equal to the loss"* ibaresi ile sadece para ile tazmin ilkesi benimsenmiş, aynen tazmin ise kabul edilmemiştir⁸⁰. Tazminatın hangi para cinsi ile ödeneceğine dair CISG'de bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak alacaklının zararı giderileceği için onun iş yerinin bulunduğu devlet parası ile ödeneceği hususu öğretide ileri sürülmüştür⁸¹. Kanaatimizce semeninin hangi para ile ödenmesi kararlaştırılmış ise tazminatın da o para birimi üzerinden ödenmesi gerekmektedir⁸². Zira taraflar tazminat hususunda ayrı bir para birimi belirlemediyse ve bu konuda bir boşluk söz konusuysa, semen için sözleşmede tarafların ortak iradesi ile belirlenmiş olan bir para biriminin tazminata da esas alınması uyumsuzluğu ortadan kaldırmaktadır.

6. Zamanaşımı

CISG'de tazminat hakkının talep edilebilmesi bakımından bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Ancak Sözleşmenin uygulandığı hallerde kural olarak Birleşmiş Milletler'in Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Zamanaşımına Dair 14.6.1974 tarihli Sözleşmesi hükümlerine göre zamanaşımı süresi belirlenir⁸³. Türkiye Cumhuriyeti bu Sözleşmeye henüz taraf olmamıştır. Dolayısıyla taraflar satım sözleşmesinde ayrı bir zamanaşımı kuralı belirlemediyse Milletlerarası Özel Hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının atf yaptığı milli hukuka göre karar verilir. Bu hukukun Türk Hukuku olarak belirlenmesi halinde zamanaşımı, tazminatın niteliğine göre TBK 146 - 161 ile 231 maddeleri uyarınca⁸⁴; sözleşmenin diğer tarafının ülke hukukunu işaret etmesi halinde ise o ülkenin kanunlarına göre belirlenir.

VII. Alıcının Talep Haklarını Kullanabilmesinin Koşulu

A. İhbar Külfetinin Yerine Getirilmesi

1. İhbar Külfetinin Doğması

Alıcının, maldaki maddi ve hukuki ayıplar ile malın üçüncü kişilerce zaptı nedeniyle satıcının sorumluluğuna gidebilmesinin ön koşulu, CISG. m. 39 ve m.

⁸⁰ Dayıoğlu, s. 69.

⁸¹ Dayıoğlu, s. 88; Zeytin, s. 307, 308.

⁸² Tazminatın her zaman semen ile aynı para birimi üzerinden ödenmesi gerektiğine ilişkin yargı kararları da mevcuttur. Dayıoğlu, s. 88; Örneğin Berlin Federal Mahkemesi de bir kararında semenin ödenmesi gereken para birimi ile tazminatın ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. LG Berlin, 30.9.1992, CISG – Online N. 70.

⁸³ İpek Yücer Aktürk, "Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayrıptan Doğan Sorumluluğu", Ankara Barosu Dergisi, Y: 2015, S: 1, Ankara, s. 236; Atamer, s. 234.

⁸⁴ Öz, s. 16.

43 uyarınca gerekli ihbarda bulunmasıdır. Bu ihbar öğrenmeden itibaren makul bir süre içinde satıcıya usulüne uygun olarak yapılmalıdır. İhbar, alıcı açısından bir yükümlülük değil bir külfettir. O nedenle ihbar külfetine uymamak alıcı açısından bir sorumluluk doğurmaz; yalnızca satıcıya karşı ileri sürebileceği talep haklarını kaybetmesi sonucuna yol açar⁸⁵. Henüz mal teslim edilmeden önce satıcının ifa yükümlülüğü görünüşte bile olsa sona ermiş olmayacağından, alıcının ihbar yükümlülüğü en erken malın teslim edildiği anda doğabilir⁸⁶. Alıcı malı teslim aldığı anda veya sonrasında, maldaki maddi veya hukuki ayıbı ya da üçüncü kişinin mal üzerindeki talebinin veya hakkının varlığını öğrendiği ilk anda zaman geçirmeksizin durumu satıcıya bildirmelidir. Alıcının, ayıp muayenesini geciktirmesi, tespit ettiği ayıbı bildirmemesi ya da zapt halinde üçüncü kişinin talebinin haklı olup olmadığını anlamaya çalışması veya dava sürecinin sonucunu beklemesi, makul sürenin aşılması nedeniyle satıcının sorumluluğuna gidememesine yol açabilir. Bu nedenle alıcı, ayıp muayenesini şartların izin verdiği kısa bir süre içerisinde yaparak ya da yaptırarak tespit ettiği ayıbı, ayıbın türünü ve gerekli bilgileri ihtiva edecek şekilde bildirmelidir (CISG. m. 38-39). Keza zapt halinde üçüncü kişi tarafından kendisine mal üzerinde bir hakkının veya talebinin olduğu bildirildiğinde veya alıcıya bu hususta bir resmi makam tarafından tebligat yapıldığında (örneğin icra ya da mahkeme celbi geldiğinde); resmi bir makamca mala el konulduğunda ya da başka bir şekilde üçüncü kişinin hak ya da talebinin varlığına muttali olduğunda (örneğin araç üzerine trafik sicilinde üçüncü kişilerin haklarına dayanan bir şerh konulduğunu haber aldığı anda) durumu satıcıya bildirmelidir (CISG. m. 43).

2. İhbarın Şekli

İhbarın ne şekilde yapılacağına dair bir şekil şartı CISG’de öngörülmemiştir (CISG. m.26, m.27). Bu nedenle taraflardan birinin işyerinin bulunduğu Sözleşme tarafı devlet CISG. m. 97 uyarınca Sözleşmeye bir çekince koymadıysa, kural olarak şekil serbestisi ilkesi geçerli olup ihbar yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Ancak taraflar ihbar için başka bir yöntemi de aralarında yaptıkları sözleşme ile kararlaştırabilirler (örneğin ihbarın çabuk ulaşması açısından faksla, elektronik postayla yazılı olarak yapılacağı; ayrıca telefonla da derhal haber verileceği şartı koyabilirler). Bu durumda ihbarın geçerliliği tarafların bu husustaki anlaşmasına göre belirlenir. İhbar sadece sözlü olarak yapılabilecekse de, uyuşmazlık halinde ihbarın yapıldığını ispat yükü alıcıya ait olduğundan⁸⁷ yazılı yapılması alıcı açısından daha yerinde olur.

⁸⁵ Tandoğan, s. 155; Özdemir, s. 260; Satıcıyı sorumlu kılan alacaklının iradesini içeren ihbarın hukuki işlem benzeri bir irade beyanı olduğunun kabul edildiği ifade edilmektedir. Özdemir, s. 260.

⁸⁶ Zeytin, s. 196.

⁸⁷ Zeytin, s. 197.

Tarafların herhangi bir ön kabulü veya anlaşması yoksa kural ihbar konusunda şekil serbestisinin bulunduğudır. Ancak alıcı tarafından ihbarın yapılacağı yöntem seçilirken, bunun makul süre içerisinde satıcıya ulaşması hususu öngörülmelidir. Örneğin ihbarın hal ve zamanın iletişim imkanlarına göre ve mevcut imkânlar çerçevesinde fazla bir külfete yol açmayacak daha seri bir yöntem varken (telefon, elektronik posta, faks, mesaj vs.), ancak iki - üç hafta sonra yerine ulaşabilecek adi posta ile gönderilmesi, duruma göre makul sürenin aşılmasına sebep olabilir. Bu nedenle alıcının ihbar külfetini yerine getirirken dürüstlük kuralına ve ticari teamüllere uygun davranması kendisinden beklenmelidir. Alıcının ihbarı satıcıya ulaşmakla sonuç doğurur. Bu bakımdan alıcı sadece ihbarı göndermekle külfetinden kurtulmuş sayılamaz. Alıcının gönderdiği ihbarın satıcıya ulaşıp ulaşmadığını da teyit etme hususunda makul bir davranış içerisinde bulunması gerekir⁸⁸.

3. İhbarın Süresi

İhbar süresi, alıcı açısından bir hak düşürücü süredir⁸⁹. CISG. m. 39 ve m. 43'de "makul süre" olarak öngörülmüştür. Makul süreden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin kesin bir belirleme mevcut olmayıp, bu süre somut olayın özel şartlarına göre tayin edilir. Ancak ihbar ile amaçlanan, satıcıyı durumdan bir an önce haberdar ederek zararı azaltmak veya ortadan kaldırmak, diğer bir ifade ile satıcının sözleşmeye aykırılığı gidermesine imkân tanımak olduğu için bu süre, hal ve şartlara göre mümkün olan en kısa süre değildir. Bu bakımdan CISG. m. 41 ve m. 42'den kaynaklanan zapt nedeniyle ihbar için gereken makul sürenin, CISG. m. 34 - 38 uyarınca muayene şartlarına ve malın miktar ve özelliklerine göre genellikle daha uzun olması muhtemel "ayıp" ihbar süresinden ve "sözleşmeden dönme" beyanının yapılması için öngörülen makul süreden daha kısa olması gerektiği söylenebilir. İhbar için makul süre, alıcının hukuki durumunu anlayabilmek için araştırma yapmak ve gerekiyorsa bu konuda profesyonel bir yardım almak (örneğin: hukuki mütalaa almak veya avukata müracaat etmek) için geçebilecek süre de dikkate alınarak belirlenmelidir⁹⁰. Maldaki maddi ayıplarda ise ayrı ve daha uzun bir garanti süresi belirlenmedikçe ihbar için gereken makul sürenin üst sınırı iki yıldır (CISG. m. 39/II).

⁸⁸ Bu konuda varma teorisi ve gönderme teorisi şeklinde iki teori mevcut olup, ihbarın geçerli olması için göndermeyi yeterli gören teori alıcıyı korurken, göndermenin yanında varmayı da arayan teori satıcıyı korumaktadır. Özdemir'e göre korunmayı daha çok hak eden alıcı olduğu için gönderme teorisini kabul etmek daha adildir. Özdemir, s. 312, 313.

⁸⁹ Zeytin, s. 196.

⁹⁰ Zeytin, s. 196.

4. İhbarın İçeriği

İhbarın içermesi gereken hususlar CISG. m. 39/I'de "sözleşmeye aykırılığın türü"; CISG. m. 43/I'de "üçüncü kişinin hakkı ya da talebi" ile "bu hak veya talebin mahiyeti" olarak belirlenmiştir. Buna göre ihbar ile amaçlanan, satıcıyı durumdan haberdar ederek maldaki ayıbı ya da üçüncü kişinin hak veya talebinin izalesini sağlaması suretiyle zararı azaltmak, mümkünse ortadan kaldırmak ve bu şekilde satıcının sözleşmeye aykırılığı gidermesine imkân tanımak olduğu için ihbar buna hizmet edecek bilgileri içermelidir. Satım konusu maldaki maddi veya hukuki ayıbın türü ve mahiyeti ile mal üzerinde hak veya talebi bulunan üçüncü kişinin ismi veya ticaret unvanı, adresi, ileri sürülen hakkın ne olduğu ile varsa üçüncü kişi ve alıcı arasındaki talep yazışmaları veya resmi makamlarca alıcıya verilen ya da tebliğ edilen, yahut elde edilen belgeler satıcıya bildirilmelidir. Bunun haricinde alıcının özel bir araştırma yapma ve kendisinin üçüncü kişiye karşı başvurmayı düşündüğü hukuki yolları satıcıya bildirme gibi bir mecburiyeti bulunmamaktadır⁹¹.

5. İhbar Külfetinin İstisnası: Satıcının Ayıbı veya Zaptı Bilmesi (CISG. m. 43/II)

Ayıbı veya zaptı ihbar külfetine uygun davranmayan alıcı kural olarak satıcının sorumluluğuna gidemez (CISG. m. 39/I ve m. 43/I). Ancak bu hükümlerin istisnalarını düzenleyen CISG. m. 40 ile m. 43/II'ye göre, maldaki ayıp nedeniyle ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa; ya da zapt durumunda satıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini ve bunun mahiyetini biliyor idiyse, ihbar yapmayan alıcı, satıcıya karşı talep haklarını yine de kullanabilir. Satıcının üçüncü kişiye ait hak ve talebi biliyor olmasının yanı sıra "hakkın ve talebin mahiyetini" de biliyor oluşu birlikte aranması gereken bir zorunlu unsurdur⁹². Satıcının bilmesi gereken hususlar sadece kendisinin değil ifa yardımcılarının bildiği hususları da kapsamaktadır⁹³. Satıcının bilme anı CISG. m. 40'ta "bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı" şeklinde olduğundan maddi ayıplarda malın teslim anıdır. Zapt durumunda ise CISG. m. 43/II'de "biliyor idiyse" (*if he knew*) şeklinde geçmiş zaman kipiyle ifade edilmiş olup bu konuda açık bir zaman belirlemesi yapılmamıştır. Satıcının bilmesinin; sözleşmenin kuruluşu anında mı, malların teslim edildiği anda mı, yoksa alıcının zaptı öğrendiği anda mı mevcut olacağına dair bir açık hüküm bulunmadığı için, alıcının en lehine olan, zaptı satıcıya bildirmesi için öngörülen makul sürenin sona ermesinden önce olması, diğer bir ifade ile en geç ihbar için gerekli makul sürenin sona ermesine kadar satıcının üçüncü kişinin hak veya talebi ile bunun mahiyetini bilmesi gerektiği kabul edilebilir⁹⁴.

⁹¹ Zeytin, s. 195; Magnus, Art. 43, pnr. 13; Zeytin, s. 195'den naklen.

⁹² Zeytin, s. 196.

⁹³ Magnus, Art. 43, pnr. 32, Zeytin, s. 197'den naklen.

⁹⁴ Aynı yön.; Zeytin, s. 197; Magnus, Art. 43, pnr. 32, Zeytin, s. 197'den naklen.

B. İhbarda Bulunmama Halinde Alıcının Makul Özrünün Varlığı ve Sonuçları (CISG. m. 44)

CISG. m. 39/I-II ile m. 43/II'ye göre satıcının biliyor olması hali dışında, ihbar külfetini yerine getirmeyen alıcı, hukuki imkanlarını kaybeder (CISG. m. 39/I ile m. 43/I). Ancak ihbarda bulunmayan alıcının makul bir özrünün varlığı halinde bazı hukuki imkanları kullanabilmesi CISG. m. 44'e göre mümkündür.

Alıcının gerekli ihbarı yapmama konusunda makul bir özü varsa talep haklarından kısmen yararlanılabileceğini düzenleyen CISG. m. 44, CISG. m. 39/I ile m. 43/I'deki ihbar külfetine istisna getiren bir madde olmayıp, sadece ihbarda bulunmama makul özü varlığı halinde sonuçları itibariyle satıcının sorumluluktan kurtulmasını sınırlandıran bir mahiyet taşımaktadır. CISG. m. 44. hem CISG'in 43. maddesindeki zapta ilişkin ihbarı, hem de ayıplı mal teslimindeki ihbar külfetine ilişkin CISG. m. 39'u içine alacak şekilde gerekli ihbarı süresinde yapmayan alıcının, makul bir özrünün bulunması halinde satıcıya karşı sahip olduğu talep haklarını düzenlemektedir⁹⁵. Buna göre alıcının zapt veya ayıp hallerinde CISG. m. 39 ve m. 44'deki ihbar külfetine uygun olarak satıcıya durumu bildirmedeği takdirde, ihbarda bulunmama makul bir özrünün olduğunu ispatlamak kaydıyla hukuki imkanlarından sadece semenin indirilmesini ve sınırlı olarak da (yoksun kalınan kâr hariç) tazminat talep hakkını ileri sürebilir. Buna karşın makul özü nedeniyle satıcıya ayıp veya zapt ihbarında bulunmayan alıcının sözleşmeden dönme, ikame mal teslimini talep etme, malın onarılmasını talep etme ve yoksun kalınan kârı içeren tazminat talep etme imkanı bulunmamaktadır.

Makul özü düzenlemesi ile CISG'de amaçlanan, ihbar külfetini yerine getirmemenin sonuçlarını alıcı açısından hafifletmektir. Bu düzenlemenin (özellikle gelişmekte olan ülkelerdeki) alıcıların uluslararası ticaretteki tecrübesizliği nedeniyle ihbar külfetine uymamaktan dolayı karşılaşılabilecekleri ağır sonuçların önüne geçmek için getirildiği ifade edilmektedir⁹⁶.

Makul özü kavramına hangi olay veya durumların girdiğini belirlerken hükmün konuluş amacına uygun bir yaklaşım sergilenmesi gerekir. Bu nedenle özellikle ayıp ve zapt gibi alıcıdan kaynaklanmayan bir konuda sınırlayıcı yönde değil, genişletici yönde bir yorum yapılmalıdır. Makul şekilde hareket eden ortalama bir alıcının dürüst ticaret hayatında karşılaşılabileceği her türlü sebebin makul özü sayılması mümkündür⁹⁷. Bu durumda ilk akla gelen ihbar yapmanın önünde fiili bir engelin bulunmasıdır. Örneğin mücbir sebepler

⁹⁵ Schlechtriem, s. 70, 71.

⁹⁶ Schlechtriem, s. 70, 71; Magnus, Art.44, pnr. 3, Zeytin, s. 199'dan naklen; Aynı yön. Özdemir, s. 257, 302; Bir kararında Münih Yüksek Mahkemesi de alıcının büyük bir şirket olması nedeniyle CISG m. 44 hükmünden yararlanamayacağını kabul etmiştir. 8.02.1995, 7 U 3758/94 (*Plastic granulate case*), II 3 (b) (cc), (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g2.html>)

⁹⁷ Magnus, Art 44, pnr. 10, Zeytin, s.199'dan naklen.

ve doğal afetlerin yanı sıra, terör, savaş, yaygın hastalık, şiddetli toplumsal olaylar ya da genel grev gibi ihbarda bulunma olanağını önemli ölçüde azaltan durumlar kolaylıkla “makul özür” olarak nitelenebilir. Hatta bu durumların ihbar imkanını tamamen ortadan kaldırdığı durumlarda makul ihbar süresinin henüz işlemeye başlamadığı veya kesildiği de duruma göre savunulabilir. Bunun gibi genel nitelikteki olaylardan başka alıcının özel durumları da makul özür kavramı içerisinde görülebilir. Alıcının hastalığı, iş ortaklarından birinin ölümü, şirketin iflası, alıcının işletmesinde ya da iş organizasyonunda gerçekleşen beklenmedik aksaklıklar (ihbarı yapmakla görevli personelin istifası nedeniyle ihbarın yapılmaması gibi) makul özür olarak kabul edilebilir. Alıcının tacir olmadığı ya da şahıs veya aile işletmesi olduğu durumlarda makul özür, uluslararası ticaretteki veya hukuki konulardaki bilgisizliği de içine alacak şekilde daha geniş yorumlanır. Özellikle alıcının, ülkesindeki milli hukukta ihbar külfeti uygulamasının hiç olmaması nedeniyle yetersiz hukuki bilgiye sahip olması yüzünden ihbarda bulunmamasının makul özür olarak kabul edilebileceği ifade olunmaktadır⁹⁸.

VIII. Satıcının Sorumluluğunun Ortadan Kalkması

A. Alıcının Ayıba veya Zapta Konu Malı Bilerek Almayı Kabul Etmesi

Alıcının maldaki maddi ayıbı bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hallerde satıcı ayıptan sorumlu değildir. Bu durum CISG. m. 35/III’te “*Alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, fıkra 2’nin (a) ilâ (d) bentleri çerçevesinde sorumlu değildir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Benzer yönde düzenleme zapta karşı tekeffül sorumluluğu açısından da söz konusudur. CISG. m. 41 satıcının zapttan sorumluluğunu belirlerken “*meğer ki, alıcı bu hak ve taleplere konu malları almayı kabul etmiş olsun*” şeklinde istisnai bir hüküm öngörerek satıcının zapttan sorumluluğunu alıcının durumu bilmesi halinde ortadan kaldırmıştır⁹⁹. Üçüncü kişilerin mal üzerindeki fikri veya sinai hak ve taleplerine ilişkin satıcının zapt sorumluluğunu özel olarak düzenleyen CISG. m. 42/II-(a) da “*sözleşmenin kurulduğu anda alıcının hakkı ya da talebi bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı haller*” istisna tutularak bu durumda alıcının, zapttan sorumluluğa dayanamayacağı kuralına yer verilmiştir. CISG. m. 41’e göre satıcının sorumluluğunu daha da sınırlayan CISG. m. 42/II-(a), alıcı yönünden bilme unsurunun yanında ayrıca “*veya bilmemesinin mümkün olmadığı haller*” şeklinde subjektif bir unsur da getirerek istisna kapsamını daha da genişletmiştir. Alıcının maldaki ayıbı ya da üçüncü kişinin hak ve taleplerinin varlığını bilerek malı alması halinde bunun sonuçlarına katlanması isabetlidir. Zira maldaki ayıbı bilen ya da bilmesi gereken alıcı ile üçüncü kişinin

⁹⁸ Magnus, Art. 44, pnr. 14; Zeytin, s. 199’dan naklen.

⁹⁹ Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2014, s. 117.

hak ve taleplerinden haberdar olan alıcı, satıcı ile akdettiği sözleşmede şartları da ona göre belirleyecektir. Söz gelimi aynı nitelikteki malların rayiç değerine göre daha düşük bir semenin belirlenmesi veya başka şartlar getirilmesi olasıdır. Benzer yönde düzenlemeler Türk Hukukunda da mevcuttur¹⁰⁰. Şu farkla ki; TBK'daki düzenlemelerde sadece alıcının "bilmesi" şartı getirilmiş "bilmesinin gerekmesi" unsuruna yer verilmemiştir¹⁰¹. Örneğin TBK m. 222'ye göre satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir. Bunun gibi; alıcı, sözleşmenin kurulması anında zapt tehlikesini biliyorsa, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, satıcının zapttan sorumlu tutulması mümkün olmaz (TBK. m. 214/II). Bu durum TBK. m. 214/II'de "*Alıcı, elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada biliyor idiyse satıcı, ayrıca üstlenmiş olmadıkça bundan dolayı sorumlu olmaz.*" şeklindeki düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Anılan hükümlerle kanunkoyucu tarafından, alıcının sözleşmenin kurulma anında üçüncü kişinin hakkını biliyor olması halinde zaptın sonuçlarına, satıcı tarafından sorumluluğun üstlenilmesine dair açık bir sorumluluk anlaşması yapılmaması halinde, alıcının katlanması yönünde bir tercih ortaya konulmuştur. CISG. m. 41 - 42 hükümleri de emredici nitelikte olmadığından, tıpkı TBK. m. 214/II'deki gibi alıcının üçüncü kişinin hak ve talebini bilmesine rağmen zapt gerçekleşirse satıcının sorumluluğunun devam edeceği hususunda tarafların anlaşmaları mümkündür.

B. Alıcının İhbarda Bulunmaması

Satıcının maldaki ayıbı veya zaptı bilmesi, diğer bir ifade ile üçüncü kişinin hak ve talebi ile bunun mahiyetini en geç ihbar için öngörülen makul sürenin sona ermesinden önce biliyor olması hali dışında CISG. m. 39/I ve CISG. m. 43/I uyarınca ihbar külfetine uygun davranmayan alıcı artık CISG. m. 35 – 38 ile m. 41 ve m. 42 hükümlerine dayanamayacağı için satıcının sorumluluğuna

¹⁰⁰ Tandoğan, s. 149; Yavuz, s. 117; Öz, s. 15.

¹⁰¹ "Buradaki "bilmemesinin mümkün olmaması" (..could not have been unaware) ifadesi, bizim mevzuatımızın benzer bazı durumlarda kullandığı "bilmesi gerekme" kavramından farklıdır. Bilmesi gerekme, dürüstlük kuralına göre içinde bulunduğu durum bakımından kendisinden beklenebilen dikkat ve özeni gösterse fark edebileceği bir hususu fark etmeyen kişinin durumudur. Bu kişinin gerçeği bilmemesi pekâlâ mümkündür. Fakat yasa koyucu onu bu özen eksikliğinin yaptırımı olarak "gerçeği bilen" biri gibi kabul etmektedir. Oysa ki Antlaşmanın "bilmemesi mümkün olamayan" kişinin durumu böyle değildir. İfadenin kesinliğine göre, o her türlü özensizlik ve dikkatsizlikle davranmış olsa bile Antlaşmanın sonuç bağladığı olguyu bilecek durumda (bilmemesi imkânsız) demektir. Bize yabancı bu ifadenin tek anlamı, karşı taraf, bu kişinin gerçeği o zamandan bildiğini doğrudan onun kendi beyanları ve filleri ile ispatlayamasa da, onun içinde bulunduğu durum ve şartlarda gerçeği fark etmemesinin düşünülemediğini ispatlamasının da yeterli olduğudur.", Öz, s. 15.

gidemez¹⁰². Alıcının ihbarını hak düşürücü süre olan “makul süre” içerisinde gerçekleştirmesi gerekir. Ancak alıcının ihbar yapma imkanını tamamen ortadan kaldıran bir mücbir sebebin gerçekleşmesi halinde ihbar için aranan makul sürenin durduğu veya kesildiği kabul edilebilir. İhbar yapma imkanını tamamen ortadan kaldıran bir fiili engelin; örneğin alıcının ülkesinde yaşanan deprem, kasırga, sel, nükleer kaza gibi felaketlerin veya savaş, isyan, büyük terör olayları, ülkede sıkıyönetim ilan edilmesi, sokağa çıkma yasağı konulması, iletişimin tamamen kesilmesi gibi siyasal veya toplumsal olayların gerçekleşmesi halinde bu durum alıcının elinde olmayan bir sebepten ihbar yapamamasına yol açtığı için hak düşürücü süre olan makul sürenin işlemeye hiç başlamaması, başladıysa da durması veya kesilmesi söz konusu olmalıdır. Benzer nitelikteki doğal, siyasal veya toplumsal olaylar gerçekleşmekle beraber bunların ihbar imkanını tamamen ortadan kaldıracak nitelikte ve ağırlıkta olmaması, sadece ihbar imkanını güçleştirmesi halinde ise ihbarda bulunmamanın CISG. m. 44’e göre makul özür kabul edilerek satıcının sorumluluğunun tamamen ortadan kaldırılması yerine sınırlandırılması da mümkündür.

C. Mal Üzerindeki Ayıp veya Zaptın Malın Tesliminde Mevcut Olmayan Bir Sebebe Dayanması

Satıcının sorumluluğu malı teslim etmeden öncesine dayanan olaylar ve hukuki durumlar sebebiyledir. Malın alıcıya tesliminden önce var olması koşuluyla maldaki ayıbın ya da üçüncü kişilerin hak ve taleplerinin teslimden sonra ortaya çıkması veya talep edilmesi satıcının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz¹⁰³. Ancak başlangıçta malda mevcut olan ayıp ve üçüncü kişinin hak veya talebi mal alıcıya teslim edilmeden önce (ve hatta aşağıda açıklanacağı üzere teslim edildikten sonra CISG. m. 48 uyarınca) izale edilmiş olursa satıcının sorumluluğu söz konusu olmaz. Satım konusu mal alıcıya teslim edildikten sonra öncesinde var olmayan üçüncü kişilere ait yeni haklar veya talepler ortaya çıkarsa satıcı kendisi ile ilgili olmayan bu durumdan sorumlu değildir. Örneğin alıcının, ülkesindeki gümrük veya vergi mevzuatına göre ithal ettiği bir maldan dolayı vergi vermesi gerekiyorsa ve bu vergiyi ödemediği için o ülkenin gümrük veya vergi idaresi satım konusu mala haciz veya ihtiyaten el koyarsa artık burada üçüncü kişinin hak ve talebi olduğundan bahisle satıcının zapt sorumluluğundan bahsedilemez. Bunun gibi alıcının üçüncü kişiye olan mevcut bir borcu nedeniyle, satın aldığı mala ihtiyati tedbir konulur veya haciz işlemi gerçekleştirilirse satıcının zapttan sorumluluğu gündeme gelmez. Keza mal teslim edildikten sonra muhafaza şartlarındaki eksiklik veya kullanım hatasından kaynaklanan bozulma, çürüme, yıpranmadan da satıcı sorumlu değildir.

¹⁰² Yavuz, s. 116.

¹⁰³ Tandoğan, s. 148, 149; Yavuz, s. 116, 117.

D. Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Gidermesi (CISG. m. 48)

1. CISG. m. 48 Hükümünün Niteliği ve Şartları

CISG. m. 48 sözleşmenin ayakta tutulması ilkesini gerçekleştirmeyi amaçlayan düzenlemelerden birisidir. CISG. m. 48/1 aynen şu şekildedir: *“49. madde saklı kalmak üzere satıcı, yükümlülüklerinin ifasına ilişkin her türlü eksikliği, masrafları kendisine ait olmak üzere teslim tarihinden sonra da giderebilir; yeter ki bu, makul olmayan bir gecikmeye yol açmasın ve alıcı için, makul olmayan zahmete veya onun tarafından yapılan masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı konusunda bir tereddüde sebep olmasın. Ancak, alıcının bu Antlaşma uyarınca tazminat talep etmeye ilişkin her türlü hakkı saklıdır.”* Görüldüğü üzere mal teslim edildikten sonra bile satıcıya, bazı şartlar dahilinde sözleşmeye aykırılığı giderme imkânı tanınmıştır. Bu çerçevede sözleşmeye aykırılık giderildiğinde, alıcı halen varlığını sürdürebilecek olan zararları nedeniyle tazminat talep hakkı dışındaki diğer hukuki imkanlarını artık kullanamaz¹⁰⁴. Ancak sözleşmenin esaslı ihlali halinde alıcı CISG. m. 49/1 çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkını kullanmayı tercih ettiyse artık satıcı sonradan aykırılığı giderme imkanını kaybeder¹⁰⁵. Satıcının mal teslim ettikten sonra sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldıracılabilecek imkanını ne şekilde kullanılabileceği ve satıcının bu hususta yapacağı ihbar aynı maddenin 2. ve 3. maddelerinde açıklanmış olup, satıcının bu hususta yapacağı talep ve ihbarların alıcıya ulaşmış olmadıkça hüküm doğurmayacağı da 4. fıkrada düzenlenmiştir.

2. CISG. m. 48’in Satıcının Sorumluluğunu Sınırlaması

Ayıplı ya da üçüncü kişilerin hak ve taleplerine konu bir malı satıcı alıcıya satmışsa yukarıda da belirtildiği üzere kural olarak malı alıcıya teslim edene kadar ayıbı tamir veya yeni bir mal teslimi yoluyla giderdiği veya üçüncü kişinin hak veya talebini anlaşma, dava veya başka bir yolla izale ettiği takdirde ayıptan veya zapttan sorumluluğu doğmaz. Nitekim ayıba ilişkin olarak CISG. m. 37 *“Malların teslim tarihinden önce teslim edilmesi halinde satıcı, teslim tarihine kadar, eksik bölümleri veya eksik kalan miktarı teslim edebilir veya sözleşmeye uygun olmayan malları ikame eden yeni mallar teslim edebilir*

¹⁰⁴ Atamer, s. 354 vd.; Sarıkaya, s. 242 vd.

¹⁰⁵ Satıcının sözleşmeye aykırılığını giderme yönündeki makul teklifine rağmen önemli ölçüde zararına yol açabilecek sözleşmeden dönme hakkını kullanabilme imkanını mutlak şekilde alıcıya veren bu istisna hükmü Serozan tarafından eleştirilmektedir. “Satıcının alıcısının dönme hakkını bloke etme olanaklarını “süre”, “icra” ve “masraf” yönlerinden sınırlayan üç boyutlu “yüklenebilirlik (Zumutbarkeit) kosulu” dışında zayıflatılan bir olgu da bu olanağı öngören 48, 1 kuralının başında 49. maddenin esaslı ihlalinde alıcıya sağladığı dönme hakkının her halde saklı tutulmasıdır; açıkçası, bir elle satıcıya sunulan ikinci servis şansının adeta öteki elle geri alınmasıdır. CISG’in alıcının dönme hakkına satıcının ihlali telafi şansı karşısında böylesine öncelik vermesi çok eleştirilen ve bitmez tükenmez çekismelere yol açan alıcı yanlısı bir hukuk politikası tercihidir.” Serozan, s. 212.

veya malların diğer sözleşmeye aykırılıklarını giderebilir; yeter ki, bu hakkın kullanımı alıcı için makul olmayan zahmet veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır.” şeklindeki düzenleme ile bunu özel olarak kurala bağlamıştır. Ancak malı teslim edene kadar bunu başaramayan satıcı, masrafları kendisine ait olmak üzere teslim tarihinden sonra da bu hususu CISG. m. 48 ile verilen imkan sayesinde gerçekleştirerek sorumluluktan kurtulabilir¹⁰⁶. Ancak bunun makul olmayan bir gecikmeye yol açmaması; alıcı için makul olmayan zahmete sebep olmaması veya alıcı tarafından yapılan masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı konusunda bir tereddüde mahal vermemesi gerekmektedir. Bu üç olumsuz şartın bulunmaması halinde malı teslim eden satıcı, maldaki ayıbı giderdiğinde; üçüncü kişinin hak ve taleplerini izale ederek zaptı ortadan kaldırdığında alıcının bu durumdan kaynaklanan herhangi bir zararı da meydana gelmemişse sorumluluktan da tamamen kurtulmuş olacaktır. Ancak teslimden sonra ayıbı ya da zaptı kaldırmasına rağmen alıcının bir miktar zararı ortaya çıktıysa (örneğin gecikme nedeniyle yaşanan maliyet artışı veya kâr kaybı gibi) satıcı sorumluluğundan bütünüyle kurtulmuş olmayıp alıcıya karşı sadece tazminat sorumluluğu devam eder. Alıcının tazminat talep hakkı dışında diğer hukuki imkanlarını kullanması ise artık mümkün olmaz.

E. Satıcı Lehine Sorumsuzluk Anlaşması Yapılması

CISG’in satım konusu mal üzerinde ayıp ya da zapttan kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin maddeleri emredici nitelikte hukuki düzenlemeler olmadığından, bu hükümlerin CISG. m. 6 uyarınca¹⁰⁷ uygulanmasına istisna getirilmesi veya hüküm ve sonuçlarının değiştirilmesi tarafların açık veya zımni şekilde anlaşması ile mümkündür. Ayıp ve zapttan satıcının sorumsuzluğuna ilişkin bu anlaşma, başlangıçta satım sözleşmesine bu yönde konulacak bir şart ile yapılabileceği gibi sonradan yapılacak ayrı bir sözleşme ile veya sözleşmenin eki niteliğindeki bir belge ile de kurulabilir. Bu sorumsuzluk anlaşması yazılı veya sözlü olabilir. Alıcının davranışları ile satıcıyı zımnen sorumluluktan kurtarması da mümkündür.

¹⁰⁶ Schlechtriem, s. 77, 78.

¹⁰⁷ CISG. m. 6 şu şekildedir: “Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.” CISG’in 12. maddesinde belirtilen istisna ise 96. madde uyarınca mevzuatı satım sözleşmelerinin yazılı olarak kurulmasını veya ispat edilmesini şart kılan bir taraf Devletin CISG’in satım sözleşmesinin kurulması, değiştirilmesi veya bir ihbarın yapılmasında şekil serbestisine ilişkin hükümlerine çekince koyabileceğine ilişkin olup, mevzuatında bu yönde bir düzenleme olmayan ve herhangi bir çekince koymayan Türkiye Cumhuriyeti bakımından 12. maddede düzenlenen bu istisnanın bir önemi bulunmamaktadır.

Satıcı lehine sorumsuzluk anlaşması yapılabilmesi Türk Hukukunda da kabul edilmiştir. Ayıptan ya da zapttan satıcının sorumluluğuna ilişkin hükümler Türk Borçlar Hukukunda emredici nitelikte olmayıp sorumsuzluğa ilişkin yapılacak bir sözleşme veya satım sözleşmesine bu yönde konulacak bir şart ile kısmen veya tamamen ortadan kaldırılabilir¹⁰⁸. Ancak satıcı, maldaki ayıbı veya üçüncü kişinin hakkını alıcıdan gizlemişse, satıcının sorumluluğunu kaldırma veya sınırlama konusunda yapılmış olan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (TBK. m. 214/III). Buna benzer açık bir düzenleme CISG’te yer almamakla birlikte Sözleşmenin yorumunda milletlerarası ticarete dürüstlüğün korunması ilkesinin gözetileceğini kurala bağlayan CISG. m. 7/1 ve tarafların iradeleri hususunda tıpkı TBK. m. 19’da tanımlandığı gibi¹⁰⁹ “güven teorisini” esas alan¹¹⁰ CISG. m. 8 uyarınca, satıcının aldatması veya gizlemesi sonucunda alıcı, ayıbı veya zaptı öğrenme imkanından yoksun kalmış ve böyle bir durumun olmadığı inancıyla satıcı lehine sorumsuzluk anlaşmasını kabul etmişse, bu sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılarak alıcının sorumluluk hükümlerine dayanmasına imkan tanınması kanaatimizce isabetli olur.

SONUÇ

Viyana Satım Sözleşmesi’nde (CISG’de) ifa engelleri daha ziyade Common Law Sisteminin etkisi ile genel olarak tek çatı altında düzenlenmiş; imkansızlık, ayıp, zapt, temerrüt, aluid, eksik ifa veya hiç ifa etmeme gibi tüm durumlar bir garanti taahhüdü çerçevesinde sözleşmenin ihlali kavramı içerisinde kabul edilmiştir. Tarafların sözleşmeyi sona erdirmesi, aynen ifayı, ikame mal teslimini, malın onarılmasını, semenin indirilmesini talep etmesi, tazminat talep edebilmesi ile beraber sözleşmeyi ihlal sebebine dayanan hukuki sonuçlar olarak öngörülmüştür. Bunlardan, sözleşmeden dönme ve ikame mal teslimini talep edebilme yalnızca sözleşmenin esaslı ihlali hallerinde kullanılacak haklar iken, diğerleri esaslı sayılsın ya da sayılmasın tüm sözleşmenin ihlali hallerinde başvurulabilecek hukuki imkanlardır.

Viyana Satım Sözleşmesinde malların ve onları temsil eden belgelerin alıcıya teslim edilmesi ile malların mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi satıcının borçları olarak belirlenmiştir¹¹¹. Malların sözleşmeye uygunluğu ve üçüncü kişilerin hak ve talepleri başlığı altında satıcının ayıptan ve üçüncü kişilerin hak ve taleplerinden ari mal teslim etme yükümlülüğü, satıcının genel “sözleşmeye uygun mal teslim etme borcunun” içerisinde akdi bir borcu olarak düzenlenmiştir. CISG’in satıcının yükümlülüklerini düzenleyen II. Bölüm’ü

¹⁰⁸ Tandoğan, s. 149.

¹⁰⁹ TBK. m. 19’a göre; “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.”

¹¹⁰ Akipek Öcal, s. 95, 96; Öz, s. 6.

¹¹¹ Schlechtriem, s. 63 - 66; Akipek Öcal, s. 96.

içerisindeki “Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Kişilerin Hak veya Talepleri” başlığını taşıyan II. Ayrımında düzenlenen satıcının ayıptan veya zapttan sorumluluğu, asli veya tali edim yükümlülüğü ayrımı yapılmaksızın¹¹² sözleşmenin ihlali sistemi içerisinde yer almaktadır. Satıcının sorumluluğu, bir sözleşmeye aykırılık hali olarak, kusur veya uygun illiyet bağından bağımsız bir çeşit garanti sorumluluğu niteliğindedir.

Malın sözleşmeye uygun özellikleri barındırmaması, ayıplı olması, üçüncü kişinin satım konusu mal üzerinde hak iddia etmesi veya talepte bulunması halinde sözleşmeye aykırılık durumu ortaya çıkmaktadır. Zira maldaki ayıp ve üçüncü kişinin mal üzerindeki hak veya talebi yüzünden alıcı maldan gereği gibi istifade edemeyeceği için satıcı mal teslimine ilişkin önemli bir borcuna aykırı davranmış olmaktadır. Bu aykırılığın “sözleşmenin esaslı ihlali” sayılması halinde alıcının sözleşmeyi sona erdirebilme ve ikame mal talep edebilme dahil tüm talep haklarını kullanması mümkün olduğu gibi, sadece sözleşme ihlali sayılması halinde de bazı talep haklarını kullanması mümkün olmaktadır. Bu kapsamda aynen ifayı talep etme, malın onarımını isteme ve tazminat talebinde bulunabilme alıcının sahip olduğu diğer haklar olarak ortaya çıkmaktadır. Bu hakların kullanılabilmesi için alıcı açısından muayene ve ihbar külfetinin de makul süre içerisinde usulüne uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir.

Viyana Satım Sözleşmesi tarafların irade serbestisine büyük ölçüde önem vermiş olup, pek çok konuda olduğu gibi satıcının sorumluluğuna ilişkin CISG'deki hükümler de emredici değil tamamlayıcı niteliktedir. Bu nedenle tarafların ayıp ya da zapttan sorumsuzluk anlaşması yapmaları mümkün olduğu gibi, satıcıyı tamamen sorumsuz kılmak yerine bunların hükümlerini ve sonuçlarını da aralarında kararlaştırarak serbestçe değiştirebilmeleri imkan dahilindedir.

Dünyada kabul edilişi ve uygulanışı 40. yılına yaklaşan ve Dünya ekonomik ticaret hacminin yüzde sekseninden fazlasını üreten Devletlerle birlikte Ülkemizin de tarafı olması nedeniyle Viyana Satım Sözleşmenin önemi Türkiye açısından her geçen gün artmaktadır. Milletlerarası karakter taşıyan taşınır mal satım sözleşmelerini düzenlerken uygulayıcıların CISG'in hükümlerini bilmesi ve göz önünde bulundurması bu nedenle büyük önem arz etmektedir. Zira CISG'e tabi bir yabancı devlette iş yeri bulunan bir gerçek veya tüzel kişi ile akdedilen milletlerarası mal satım sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda, taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, mahkemeler ve hakemlerce Türk Borçlar Kanunu hükümleri veya diğer devletin milli borçlar hukuku değil Viyana Satım Sözleşmesi'nin hükümleri doğrudan uygulama alanı bulmaktadır. Bu nedenle bu konudaki akademik çalışmaların çeşitlenmesi ve derinleşmesi uygulama ve öğretiyeye büyük katkı sağlamaktadır.

¹¹² Atamer, s. 314; Erhan, s. 27; Dayıoğlu, s. 26; Özdemir, s. 77; Okur, s. 6; Sarıkaya, s. 9 vd.

KISALTMALAR LİSTESİ

Art.	: Article (madde)
Aynı yön.	: Aynı yönde
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
C.	: Cilt
CISG	: Convention on International Sale of Goods – Viyana Satım Sözleşmesi
dn.	: dipnot
e-	: elektronik
Ed.	: Editör
E.T.	: Erişim Tarihi
K.g.	: Karşı görüş
m.	: madde
MÖHÜK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
UN	: United Nations (Birleşmiş Milletler)
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law – Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

KAYNAKÇA

Akipek Öcal, Şebnem, “Türk Hukuku Açısından Viyana Satım Sözleşmesi”, Viyana Satım Sözleşmesi Hukuku ve Tüketici Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türk Hukuku Araştırma Merkezinin Katkılarıyla Gerçekleşen Türk - Alman Hukuk Sempozyumu Kitabı, Ed.:Erhan Temel, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 93 - 102.

Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11.Baskı, Ankara, 2015.

Atamer, Yeşim Müride, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005.

Ayanoğlu Morali, Ahu, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S:1, s. 289 - 310.

Bayram, Aziz Erman, Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Satış Sözleşmesinde Hasarın Geçışı, Ankara, 2017.

Baysal, Pelin, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, Ed.: Şükran Şıpka, Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul, 2012, s. 221 – 268.

Birinci Uzun, Tuba, “CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2014, C: 16, S: 1, s. 151-192.

Dayıoğlu, Yavuz, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2010.

Develioğlu, H. Murat, “CISG’nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S:1, İstanbul, s. 53– 72.

Erdem, H. Ercümet, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *BATİDER*, Y: 1992, C: XVI, S: 3, s. 35 - 105.

Ergüne, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008.

Erkan, Kutluhan, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2012.

Ferrari, Franco, “Fundamental Breach of Contract Under The UN Sales Convention-25 Years of Article 25 CISG”, *Journal of Law and Commerce*, Spring, 2006, s. 489 - 508.

İşleten, Mehtap İpek, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, S: 1, İstanbul, s. 111 - 136.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara, 2018.

Köroğlu, Belin, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 Ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: XVII, Y: 2013, S: 1-2, s. 775 – 804.

Magnus, Ulrich, in J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Wiener UN- Kaufrecht, Neubearbeitung, 2013.

Nomer, E. / Şanlı, C., Devletler Hususi Hukuku, 16.Baskı, İstanbul, 2008.

Oğuz, Arzu, “Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (*Lex Mercatoria*) -Unidroit İlkeleri’nin *Lex Mercatoria* Niteliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y: 2001, C: 50, S: 3, s. 11 - 54.

Okur, Sinan, “Türk Borçlar Kanunu’nda Alıcının Genel ve Sonraki İfa Talebi Üzerine CISG Işığında Eleştirel Bir Değerlendirme”, e- Akademi, S: 131, Mart 2013, s. 1 - 22.

Oral, Tuğçe, Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmenin Kurulması, Ankara, 2014.

Öz, Turgut, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y: 2013, S: 1, İstanbul, s. 3 – 18.

Özdemir, Hayrunnisa, Türk Borçlar Kanununa ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayıptan Doğan Sorumluluğun Şartları, Ankara, 2013.

Pekmez, Cüneyt, “Satış Sözleşmesinde Zaptın Hukuki Sonuçları”, *TAAD*, Y: 6, S: 20, Ankara, Ocak 2015, s. 523 - 565.

Sarıkaya, Murat, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali, İstanbul, 2017.

Schlechtriem, Peter, Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, (E.T.: 9.8.2018), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>

Serozan, Rona, “CISG’a ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C: LXX, S:2, İstanbul, 2012, s. 207 - 220.

Sert, Selin, Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul, 2013.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 5. Baskı, İstanbul, 1988.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2014.

Yıldırım, Zeynep, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Satım Sözleşmesi) Uygulama Alanı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y: 2013, C: XVII, S: 1-2, s. 1061 – 1094.

Yılmaz, Süleyman, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara, 2013.

Yücer Aktürk, İpek, “Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, Y: 2015, S: 1, Ankara, s. 209 - 238.

Zeytin, Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku – CISG, 2. Baskı, Ankara, 2015.