



KADIR HAS ÜNİVERSİTESİ  
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ  
HUKUK ANABİLİM DALI

**MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN  
SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER  
ANTLAŞMASI (CISG) KAPSAMINDA SÖZLEŞMENİN  
ESASLI İHLALİ**

BEYHAN KAPLAN GÜLER

DOKTORA TEZİ

İSTANBUL, MAYIS, 2022

**MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN  
SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER  
ANTLAŞMASI (CISG) KAPSAMINDA SÖZLEŞMENİN  
ESASLI İHLALİ**

BEYHAN KAPLAN GÜLER

DOKTORA TEZİ

Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Programı'nda doktora derecesi için gerekli kısmi şartların yerine getirilmesi amacıyla Kadir Has Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü'ne teslim edilmiştir.

İstanbul, Mayıs, 2022

## ONAY

**BEYHAN KAPLAN GÜLER** tarafından hazırlanan **MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG) KAPSAMINDA SÖZLEŞMENİN ESASLI İHLALİ** başlıklı bu çalışma jürimiz tarafından **DOKTORA TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

(Dr. Ekin Hacıbekiroğlu) (Danışman).....  
(Kadir Has Üniversitesi)

(Prof Dr. Bahar Ceyda Süral).....  
(... Üniversitesi)

(Doç. Dr. Uğur Tütüncübaşı).....  
(Dokuz Eylül Üniversitesi)

(Doç. Dr. Başak Başoğlu).....  
(Piri Reis Üniversitesi)

(Dr. Özge Uzun Kazmacı).....  
(Kadir Has Üniversitesi)

(Unvanı, Adı ve Soyadı).....  
(... Üniversitesi)

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

\_\_\_\_\_  
(Unvanı, Adı ve Soyadı)

Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Müdürü

Onay Tarihi:

## ARAŞTIRMA ETİĞİ VE YAYIN YÖNTEMLERİ BİLDİRİMİ

Ben, BEYHAN KAPLAN GÜLER;

- Hazırladığım bu Doktora Tezi tamamen kendi çalışmam olduğunu ve başka çalışmalardan yaptığım alıntıların kaynaklarını kurallara uygun biçimde belirttiğimi;
- Bu Doktora Tezi başka bir eğitim kurumunda bir derece veya diplomaya sunulan veya kabul edilen herhangi bir materyal içermediğini;
- “Yükseköğretim Kurulu Etik Davranış İlkeleri” uyarınca hazırlanan “Kadir Has Üniversitesi Akademik Etik İlkeleri”ni takip ettiğimi onaylıyorum.

Buna ek olarak, bu çalışma ile ilgili ortaya çıkabilecek herhangi bir usulsüzlük iddiasının, üniversite mevzuatına uygun olarak disiplin işlemi ile sonuçlanacağını kabul ediyorum.

BEYHAN KAPLAN GÜLER

---

Tarih ve İmza (GG/AA/YY)



*Canım Aileme...*

## TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın konusunu belirlememde ve tüm süreç boyunca anlayışlı, yapıcı tutumu ve akademik anlamda yol göstericiliği ile karanlık korona günlerinde, yurtdışına taşındığım ve oğlumu dünyaya getirdiğim süreçlerde elimi hiç bırakmayan, çıktığımız yoldan bir an bile şüphe duymadan bana inancını kaybetmeden destekleyen sevgili tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Bahar Ceyda SÜRAL'a öncelikle teşekkür etmeyi borç bilirim. Doktora tezi yazımı aşamasının psikolojik meşakkatlerini bilerek bana tüm yol boyunca verdiği güç için çok teşekkür ediyorum. Sonrasında danışmanlığımı yapmayı kabul eden Sayın Dr. Ekin Hacıbekiroğlu'na tezi tamamlama stresini en yüksek düzeyde yaşadığım son aylarda, çözüm odaklı yapıcı yaklaşımı, akademik öngörülerini ile hiç uzakta olduğumu hissettirmeden bana destek olduğu ve kendimi şanslı hissettirdiği için çok teşekkür ederim. Ayrıca doktora yazım sürecinin en başından bu yana, konuya olan hakimiyeti ile yaptığı yönlendirmelerle, akademik anlamda tezi ileri taşımamda bana ışık tutan Sayın Doç. Dr. Başak Başoğlu'na içtenlikle minnettar olduğumu söylemek isterim. Danışman kurul üyeliğine son dönemde katılmayı kabul eden Sayın Dr. Öğretim Üyesi Özge Uzun Kazmacı'ya özellikle Borçlar Hukuku alanındaki tüm diğer tüm katkılarından ötürü kendisine ve Jüri Üyeliğini kabul ederek özellikle Milletler arası hukuk alanında koyduğu tüm katkılarından dolayı Doç. Dr. Uğur Tütüncübaşı'na çok teşekkür ediyorum. Tezin araştırma ve yazımı aşamasında bünyesinde çalışma imkânı bulduğum München Max Plank Enstitüsü'deki süreçte danışman hocalığımı yürüten Mr. Heiko Richter'e ve her türlü kaynağı edinmemde bana sınırsız destek sunan diğer tüm Max Plank Enstitüsü yetkililerine ayrıca teşekkürü borç bilirim.

Bana her zaman destek olan ve arkamda olduklarını bilmemden dolayı her zaman kendimi güvende hissettiğim aileme çok teşekkür ederim. Özellikle Sevgili annem Meral Kaplan'a ve Canım eşim Av. Tolga Güler'e vazgeçmeme hiç izin vermedikleri için minnettarım. Bu tezi yazdığım aşamada henüz 2 yaşında olan oğlum Armin Alp'e kendisinden aldığım ortak zamanlarımızı geri getiremesem de, gelişimini olumsuz etkilememek için bu süreci en az stresle geçirmeye çalıştığımı ve kendisiyle geçireceğim zamandan az çalmak için uykulardan, sosyal hayattan ve diğer her şeyden daha fazla vazgeçtiğimi geleceğe not olarak düşmek isterim.

FUNDAMENTAL BREACH of CONTRACT UNDER THE UNITED NATIONS  
CONVENTION on CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE of GOODS  
(CISG)

**ABSTRACT**

In this doctoral thesis, the concept of “fundamental breach” is examined pursuant to Article 25 of the United Nations Convention for the International Sale of Goods (CISG). This study introduces the doctrine of “fundamental breach” which plays a key role in the CISG remedial system. As a matter of fact, the distinction between a "fundamental" and a “non-fundamental” breach becomes crucially important since certain remedies such as avoidance of contract and the claim for substitute goods are only available in cases of a "fundamental" breach. Therefore, the main aim of this study is to introduce the notion of the fundamental breach as it is already a new concept for the Turkish Law of Obligations. For this purpose, the study not only examines the key role of the term in CISG remedial system, historical background, the doctrine and the criteria of CISG Art 25 but it also investigates the existence of the fundamental breach in case of typical breaches according to criterias proposed by both scholarly writings and case law have been studied by examination of judicial precedents. Futhermore, in each chapter, the reflection of the term of fundamental breach into Turkish law has been interrogated, with a general comparison of the remedial systems of the CISG and Turkish law of Obligations. In conclusion, there is no single abstract rule that governs the fundamentality of the breach under the CISG as fundamental breach has a flexible concept to determine the legal remedies. For this reason, it is important to determine the existence of fundamental breach on a case by case basis.

**Keywords:** CISG, Article 25, Fundamental Breach of Contract, Remedial System, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Avoidance, Substitute Delivery, Breach of Contract

# MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG) KAPSAMINDA SÖZLEŞMENİN ESASLI İHLALİ

## ÖZET

Bu doktora tezinde, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) 25. maddesi uyarınca “Esaslı İhlal” kavramını inceleme konusu yapılmıştır. Bu çalışmada, esaslı ihlal doktrini ve örnek yargı kararları doğrultusunda, esaslı ihlalin CISG ifa engelleri sistemindeki merkezi rolü ortaya konulmuştur. Nitekim esaslı ihlalin varlığı halinde sözleşmeden dönme ve malın yenisi ile değişimi gibi ağır hukuki sonuçlar doğuran hukuki yaptırımlara başvurunun önü açıldığından, esaslı ve esaslı olmayan ihlal ayrımının ortaya konulması kritik bir öneme sahiptir. Bu nedenle çalışmamızla asıl amaçlanan; Türk Borçlar Hukuku'na yeni olan esaslı ihlal kavramını anlaşılır kılmaktır. Bu kapsamda, öncelikle CISG ifa engelleri sisteminin temel prensipleri ve esaslı ihlalin bu sistem içerisindeki konumu, esaslı ihlal kavramının tarihsel gelişimi ve esaslı ihlalin şartları incelenmiş ardından tipik sözleşme ihlallerinde esaslı ihlalin görünüm biçimlerine yer verilerek doktrinde ve yargı kararlarında kullanılan kriterlere göre yapılan değerlendirmelere yer verilmiştir. Ayrıca her ilgili bölümde esaslı ihlalin Türk Hukukundaki yansımalarına yer verilerek her iki sistem genel olarak karşılaştırılmıştır. Sonuç olarak, esaslı ihlal kavramı esnek bir yapıda düzenlendiğinden, esaslı ihlalin varlığını ve buna göre uygulanacak hukuki yaptırımları belirleyen tek bir soyut kural bulunmamaktadır. Bu nedenle esaslı ihlal değerlendirmesinin her somut olay bazında yapılması önem taşımaktadır.

**Anahtar Sözcükler:** CISG, Madde 25, Sözleşmenin Esaslı ihlali, İfa Engelleri Sistemi, Milletlerarası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Viyana Konvansiyonu, Sözleşmeden dönme, İkame mal teslimi, Sözleşme ihlali.



## İÇİNDEKİLER

ONAY.....	ii
TEŞEKKÜR .....	v
ABSTRACT.....	vi
ÖZET.....	vii
İÇİNDEKİLER .....	viii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xv
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE İFA ENGELLERİ SİSTEMİ, ESASLI İHLAL KAVRAMININ GELİŞİM SÜRECİ VE İFA ENGELLERİ SİSTEMİNDEKİ KONUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN DÜZENLEME VE UYGULAMA ALANI.....	6
A. Viyana Satım Sözleşmesinde İfa Engelleri Sistemi.....	13
1. Genel Olarak .....	13
2. CISG'de Düzenlenen Hukuki Yaptırımlara Genel Bakış.....	14
3. İfa Engelleri Sistemini Etkileyen Hukuk Düzenleri .....	17
a. CISG ve “Common Law” İfa Engelleri Sistemi .....	17
b. CISG ve “Civil Law” İfa Engelleri Sistemi .....	19
4. İfa Engelleri Sisteminin Temel Prensipleri .....	23
a. Daimî Tazminat ve Tam Tazmin İlkesi.....	24
b. Kusur Kavramı ve Kusursuz Sorumluluk Esası.....	27
c. Yeknesak Sözleşmeye Aykırılık Anlayışı .....	29
d. Aynen İfa Talebinin Nitelikli Konumu .....	31
i. Aynen İfanın Görünüm Biçimi Olarak Yenisi ile Değişim Hakkı ..	34
ii. Aynen İfanın Görünüm Biçimi Olarak Onarım Hakkı .....	36
e. Sözleşmeden Dönme Hakkının Sınırlandırılması .....	37
B. Esaslı İhlal Kavramının İfa Engelleri Sistemindeki Konumu.....	43
1. Genel Olarak Esaslı İhlal Kavramı.....	43
2. Esaslı İhlal Hükümünün Düzenlenme Biçimine Genel Bakış.....	44
3. Esaslı İhlalin İfa Engelleri Sistemindeki İşlevi .....	46

a.	Esaslı İhlalin Kullanılacak Hakları Belirleme Gücü .....	46
b.	Esaslı İhlalin Ön Koşul Olarak Aranması .....	47
c.	Esaslı İhlalin Hakları Sınırlandırıcı İşlevi .....	48
i.	Sözleşmenin Sona Erdirilmesinde (Dönme) .....	48
ii.	Malın Yenisi ile Değiştirilmesi Talebinde .....	51
C.	İfa Engelleri Sistemi Bakımından CISG ve Türk Hukukunun Genel Olarak Karşılaştırılması .....	53
D.	Esaslı İhlal Kavramının Gelişim Süreci .....	59
1.	Genel Olarak .....	59
2.	Esaslı İhlal Kavramının Gelişim Süreci .....	61
3.	Esaslı İhlal Hükümünün Gelişim Süreci .....	65
a.	ULIS'e Hazırlık ve ULIS Dönemi .....	65
b.	UNCITRAL Bünyesinde Hazırlık Çalışmaları .....	68
c.	Viyana Konferansları Süreci ve Nihai Durum .....	73
II.	VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE "ESASLI İHLAL" KAVRAMININ ANALİZİ VE YORUMLANMASI İLE CISG'DEN ESİNLENEN HUKUK UYUMLAŞTIRMA METİNLERİ VE ELEŞTİRİLER .....	74
A.	Viyana Satım Sözleşmesi'nde "Esaslı İhlal" Kavramının Analizi .....	74
1.	Genel Olarak .....	74
2.	"Esaslı İhlal" Kavramının Yorumlanması .....	76
a.	Taraf İradeleri Üzerinden Yorum .....	78
b.	Sözleşme Üzerinden Yorum .....	83
c.	Teamüller Üzerinden Yorum .....	86
d.	INCOTERMS Ticari Terimleri Üzerinden Yorum .....	90
e.	CISG'deki Özel Yorum İlkeleri Çerçevesinde Yorum .....	95
f.	CISG'de Kullanılan Yorum Yöntemleri .....	98
B.	Viyana Satım Sözleşmesi'nden Esinlenen Hukuk Uyumlaştırma Metinleri.. .....	100
1.	Genel Olarak .....	100
2.	Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkının Sınırlandırılması .....	102
3.	"Esaslı İhlal" Kavramına Getirilen Farklı Yaklaşımlar .....	105
C.	Esaslı İhlal Kavramına Getirilen Eleştiriler .....	108

**İKİNCİ BÖLÜM**  
**ESASLI İHLALİN GENEL DOKTRİNİ VE ESASLILIĞI ETKİLEYEN**  
**FAKTÖRLER**

<b>I. VIYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE “ESASLI İHLAL”İN ŞARTLARI....</b>	<b>112</b>
<b>A. Sözleşme İhlali .....</b>	<b>114</b>
<b>B. Sözleşmesel Menfaati Engelleyen Önemli Derecede Olumsuzluk.....</b>	<b>126</b>
<b>1. Olumsuzluk Kavramının Kapsamı .....</b>	<b>127</b>
<b>a. Genel Olarak .....</b>	<b>127</b>
<b>b. Zarar ve Olumsuzluk Kavramlarının Ayrımı Üzerinden Kapsamın Belirlenmesi.....</b>	<b>129</b>
<b>i. Mali veya Mali Olmayan Zararların Kapsama Alınması.....</b>	<b>129</b>
<b>ii. Soyut ve Beklenen Dolaylı Zararların Kapsama Alınması .....</b>	<b>130</b>
<b>iii. Zararın Hiç Oluşmaması Halinde Olumsuzluk Değerlendirmesi</b>	<b>133</b>
<b>2. Haklı Sözleşmesel Menfaatin Kapsamı.....</b>	<b>135</b>
<b>3. Menfaatten “Önemli Derecede” Yoksunluk.....</b>	<b>141</b>
<b>a. Önemli Derecede Menfaat Yoksunluğunun Kapsamı .....</b>	<b>141</b>
<b>b. “Önemli Ölçü” Seviyesinin Belirlenmesinde Kullanılan Yöntemler.....</b>	<b>146</b>
<b>i. Daha Hafif Yaptırımlarla Telafi İmkanının Değerlendirilmesi....</b>	<b>146</b>
<b>ii. Sözleşmenin Kurulma Amacının Değerlendirilmesi .....</b>	<b>149</b>
<b>iii. Özel Önem Atfedilen Yükümlülüğün Varlığının Değerlendirilmesi.....</b>	<b>154</b>
<b>iv. Aykırılığı Giderme Hakkının Kullanılmasının Değerlendirilmesi</b>	<b>156</b>
<b>v. Olumsuzluk Seviyesindeki Değişikliklerin Değerlendirilmesi .....</b>	<b>157</b>
<b>C. Menfaat Kaybının Öngörülebilir Olması.....</b>	<b>159</b>
<b>1. Öngörülebilirlik Kavramına İlişkin Genel Açıklamalar .....</b>	<b>159</b>
<b>2. Öngörülebilirlik Değerlendirmesinin Kapsamı .....</b>	<b>160</b>
<b>a. Öngörmesi Beklenen Kişi .....</b>	<b>160</b>
<b>i. İhlal Eden Tarafça Öngörülebilirlik (Subjektif Test).....</b>	<b>161</b>
<b>ii. Makul Bir Kişi Tarafından Öngörülebilirlik (Objektif Test) .....</b>	<b>162</b>
<b>b. Öngörülmesi Beklenen Zaman Aralığı .....</b>	<b>165</b>

i. Sözleşmenin Kurulduğu An'da Öngörülebilirliği Arayan Görüşün Gerekçesi.....	167
a. Menfaat Dengesinin Bozulmaması Gereği .....	167
b. Sözleşmenin Sistemik Yorumu Gereği .....	168
ii. İhlal An'ını da Öngörülebilirlikte Esas Alan Görüşün Gerekçesi	171
c. Öngörülmesi Beklenen Konu .....	179
3. Öngörülebilirliğin Niteliği ve İşlevi .....	182
a. Subjektif Kurtuluş Kanıtı Olarak Nitelendiren Görüş .....	183
b. Esaslı İhlalin Olumsuz Şartı Olarak Nitelendiren Görüş .....	184
c. Olumsuzluk Kistasının Bir Unsuru ve Tamamlayıcısı Olarak Nitelendiren Görüş .....	185
D. Esaslı İhlalin Şartlarında İspat Külfeti .....	187
1. Genel Olarak .....	187
2. Sözleşme İhlalinde İspat Yükü .....	188
3. Sözleşmesel Menfaati Engelleyen Önemli Ölçüde Olumsuzluğun İspatı.....	188
4. Öngörülebilirlikte İspat Külfeti.....	189
II. ESASLI İHLAL DEĞERLENDİRMESİNE ETKİ EDEN FAKTÖRLER	197
A. Esaslı İhlale Sonuç Bağlayan CISG Hükümlerinin Varlığı.....	197
B. Sözleşmenin Esaslı İhlal Değerlendirmesine Etkisi ve Bu Etkinin Sınırı	200
C. Ek Süre Tanıma İmkanının Esaslı İhlal Üzerindeki Etkisi.....	205
D. Borçlunun Kusurunun ve Sözleşmeye Duyulan Güvenin Esaslılığa Etkisi....	210
E. Esaslı İhlal Şartlarının Yorumlanmasına İlişkin Önerilerin Değerlendirilmesi .....	213

### ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

#### CISG KAPSAMINDA SÖZLEŞMEYE AYKRILIĞIN FARKLI GÖRÜNÜM BİÇİMLERİNDE ESASLI İHLAL VE TÜRK BORÇLAR KANUNUNDAKİ BENZER DÜZENLEMELERİN KARŞILAŞTIRILMASI

I. SATICININ TİPİK SÖZLEŞMEYE AYKRILIKLARININ ESASLI İHLAL SAYILDIĞI DURUMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ .....	217
A. Genel Olarak.....	217

B. Satıcının Malları Teslim Etme Yükümlülüğü.....	218
C. Satıcının Malları Teslim Etme Yükümlülüğünü İhlali .....	220
1. Satıcının Malları Hiç Teslim Etmemesi Halinde Esaslı İhlal .....	221
a. CISG’de Edimin Temelli İfa Edilmemesi .....	221
b. TBK’da İmkânsızlık ve Borçlunun Beyanı.....	228
2. Satıcının Malları Geç Teslim Etmesi Halinde Esaslı İhlal.....	234
a. CISG’de Edimin İfasında Gecikme .....	234
b. INCOTERMS Klozunun Etkisi .....	240
c. TBK’da Temerrüt .....	242
3. Satıcının Malları Erken Teslimi Halinde Esaslı İhlal .....	247
a. CISG’de Edimin Erken İfası.....	247
b. TBK’da Malların Erken Teslimi .....	249
4. Satıcının Malları Yanlış Yerde Teslimi Halinde Esaslı İhlal.....	249
a. CISG’de Yanlış Yerde Teslim.....	249
b. TBK’ya göre Yanlış Yerde Teslimi .....	251
D. Satıcının Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Etme Yükümlülüğü .....	252
1. Genel Olarak .....	252
2. Satıcının Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Esaslı İhlal .....	255
a. Genel olarak.....	255
b. Sözleşmede Esaslı İhlalin Düzenlenmiş Olması.....	259
c. Mallardaki Sözleşmeye Aykırılığın Ciddiyeti.....	262
i. Kalite Eksikliğinde Esaslı İhlal .....	264
ii. Miktar eksikliğinde Esaslı İhlal .....	266
iii. Tür Eksikliğinde Esaslı İhlal .....	267
iv. Paketleme ve Muhafaza Eksikliğinde Esaslı İhlal.....	267
v. Objektif Standartların Eksikliğinde Esaslı İhlal.....	268
d. Malların Başka Şekilde Değerlendirilmesi İmkânının Varlığı .....	269
i. Genel Olarak.....	269
ii. Alıcının Malları Kendi Kullanımı İçin Alması .....	275
iii. Malların Üretiminde Kullanılmak Üzere Alınması .....	277
iv. Malların Yeniden Satılmak Üzere Alınması .....	279

e. Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkının Esaslılık Üzerindeki Etkisi .....	283
i. Genel Olarak.....	283
ii. Alıcının Onayına Bağlı Olmadan Aykırılığın Giderilmesi .....	284
iii. Alıcının Onayına Bağlı Olarak Aykırılığın Giderilmesi .....	286
iv. Hiç Teslim Etmeme ve Geç Teslim Halinde Aykırılığın Giderilmesi....	287
v. Sözleşmeye Aykırı Mal Teslimi Halinde Aykırılığın Giderilmesi.	288
vi. Malın Yenisi ile Değiştirilmesi Talebi Halinde Aykırılığın Giderilmesi .....	299
f. TBK’da Sözleşmeye Aykırı Mal Teslimi.....	302
3. Satıcının Başka Şeyi İfasında Esaslı İhlal.....	310
a. CISG’de Aluid İfa .....	310
b. TBK’da Aluid İfa .....	314
4. Satıcının Yanlış Miktarda Mal Teslimi .....	316
a. CISG’de Eksik veya Fazla İfa.....	316
b. TBK’da Kısmi İfa.....	322
5. Teslim Edilen Mallardaki Hukuki Ayıp Halinde Esaslı İhlal .....	325
a. CISG’de Hukuki Ayıp .....	325
b. TBK’da Hukuki Ayıp ve Zapt .....	327
6. Mallara İlişkin Belgelerde Eksiklik veya Yanlışlık Halinde Esaslı İhlal.....	330
a. CISG’de Belgelerin Eksik veya Yanlış Teslimi .....	330
b. TBK’da Belgelerin Eksik veya Yanlış Teslimi .....	337
E. Satıcının Diğer Yükümlülüklerini Esaslı İhlali .....	337
1. CISG’de Diğer Yükümlülüklerin Esaslı İhlali.....	338
2. TBK’da Yan Edim ve Koruma Yükümlülüklerinin İhlali .....	343
<b>II. ALICININ TİPİK SÖZLEŞMEYE AYKRILIKLARININ ESASLI İHLAL SAYILDIĞI DURUMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ .....</b>	<b>345</b>
A. Alıcının Yükümlülüklerini İhlali .....	345
B. Alıcının Bedel Ödeme Yükümlülüğünü Esaslı İhlali .....	347
1. Alıcının Bedeli Hiç Ödememesi .....	347

2. Alıcının Bedeli Geç Ödemesi.....	351
a. CISG’de Bedelin Geç Ödenmesi.....	351
b. TBK’da Bedel Ödeme Borcuna Aykırılık.....	355
C. Alıcının Malları Teslim Alma Borcunun Esaslı İhlali .....	359
1. CISG’de Alıcının Malları Teslim Almaması.....	359
2. TBK’da Malları Teslim Alma Borcuna Aykırılık .....	363
D. Alıcının Diğer Yükümlülüklerinin Esaslı İhlali.....	366
1. CISG’de Diğer Yükümlülüklerin İhlali.....	366
2. TBK’da Alıcının Yan Edim ve Koruma Yükümlülüklerinin İhlali.....	371
III. ESASLI İHLAL DEĞERLENDİRMESİNİN ÖNEM KAZANDIĞI DİĞER HALLER VE TBK’DAKİ BENZER DÜZENLEMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI.....	372
A. Genel Olarak.....	372
B. Esaslı İhlalin Hasar Riski Geçişine Etkisi.....	373
1. CISG’de Hasar Riskinin Geçışı .....	373
2. TBK’da Hasar Riskinin Geçışı .....	378
C. Esaslı İhlalin Öncelenmiş Borca Aykırılıkta Etkisi.....	379
1. CISG’de Öncelenmiş Borca Aykırılık .....	379
2. TBK’da İfa Güçsüzlüğü .....	384
D. Esaslı İhlalin Ardı Ardına Teslimli Sözleşmelere Etkisi.....	390
1. CISG’de Ardı Ardına Teslimli Sözleşmeler .....	390
2. TBK’da Ardı Ardına Teslimli Sözleşmeler .....	394
SONUÇ.....	398
KAYNAKLAR .....	410
ÖZGEÇMİŞ.....	441

## KISALTMALAR LİSTESİ

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Art.	: Article
BATIDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
CIETAC	: China International Economic and Trade Arbitration Commission
CISG	: United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods
Çev.	: Çeviren
DCFR	: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference
Dn	: Dipnot
Edn	: Edition
Eds	: Editör
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
ICC	: International Chamber Of Commerce
INCOTERMS	: International Commercial Terms
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Karş.	: Karşı Görüş
MÜHFD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
md.	: madde
No.	: Numara
PECL	: Principles Of European Contract Law
PICC	: Principles Of International Commercial Contracts
R.G.	: Resmi Gazete
S	: Sayı



s	: Sayfa
SGA	: Sale of Goods Act 1979
T	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UCC	: Uniform Commercial Code
ULIS	: Uniform Law On The International Sale Of Goods
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
vd	: ve devamı
v.s.	: vesaire
Y	: Yıl

## GİRİŞ

Uluslararası satım gelişen ve büyüyen ekonomilerle ulusal sınırları aşınca, bu uluslararası satımlara uygulanan ulusal hukuklardaki düzenlemeler yetersiz kalmış ve böylece yeknesak bir düzenleme yapılması ihtiyacı doğmuştur. Uluslararası ticaretin hızlı kararlar alınmasını gerektiren yapısı, sözleşme taraflarından hangisinin hukukunun uygulanacağıın bilinmemesinin yarattığı hukuki güvensizlik ortamı, satım sözleşmeleri alanında hukuk sistemlerinin tek bir çatı altında toplanmasının ateşleyicisi olmuştur. Şüphesiz Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (Viyana Satım Antlaşması-CISG)<sup>1</sup> yürürlüğe girmesine kadar onun son haline de şekil veren birçok uluslararası satım hukuku çalışmasına imza atılmıştır.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup>Sözleşme metninin İngilizce/Türkçe için Bkz: Turgut Öz, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümleri'nin Kısa Karşılaştırması, CISG Metni*, (1st edn, Vedat 2016).

<sup>2</sup>Bu çalışmalardan ilki, 1926 yılında Rabel tarafından Kaiser-Wilhelm Yabancı ve Uluslararası Özel Hukuk Enstitüsü'nde başlatılmış ve 1929 yılında satım hukuku üzerine yayımlanan iki ciltlik kitap, uyumlaştırma çalışmalarının öncüsü sayılmıştır. O sırada merkezi Roma'da kurulan Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması Uluslararası Enstitüsü (International Institute for the Unification of Private Law-UNIDROIT) Rabel'in aralarında olduğu üyeleri ile Uluslararası Hukukun Uyumlaştırılması projesi kapsamında hazırladığı taslağı öncelikle 1935 ve 1939 yıllarında kamuoyuna sunmuş olsa da ikinci dünya savaşı nedeniyle verilen ara sonrasında yeniden başlanan çalışmalar 1964 yılında nihayete erdirilerek, iki Antlaşma kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, Maddi Taşınır Malların Milletlerarası Satımına İlişkin Yeknesak Hukuk (Uniform Law on the International Sale of Goods- ULIS) ve ikincisi; Maddi Taşınır Malların Milletlerarası Satımına İlişkin Sözleşmelerin Kurulması Hakkında Yeknesak Hukuk (Uniform Law on the Formation of Contracts for International Sale Of Goods- ULFC) olup literatürde Lahey Sözleşmeleri olarak anılmaktadır. Atakan Adem Selanik, Orkun Bayram and Işılal Talay Değirmenci, 'Viyana Satım Antlaşması'nın (CISG) Tarihsel Gelişimi ve Uygulama Alanı' (2018) Gaziantep University Journal of Social Sciences 17 (4) 1353-1367. Ancak bu Antlaşmalara taraf ülke sayısı oldukça yetersiz kalmıştır. Buna sebep olarak; Sözleşmelerin hazırlık safhasında *Civil Law* hukukçularının baskılarının yoğunluğu, az sayıda endüstriyel ülkenin katılımının olması ve en önemlisi de satıcının haklarının alıcıdan daha çok korunmuş olması gösterilmiştir. Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Piler Perales Viscasillas, *UN Convention on Contracts for the International Sale Of Goods* (2nd edn, C.H Beck, Hart, Nomos 2011) Introduction to CISG, N 6; Yeşim Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (1st edn, Beta 2005) 23; Zafer Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku*, (2nd edn, Seçkin 2015) 30; Ali Gümrah Toker, *11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, (1st edn, Seçkin 2005) 20. ULIS ve ULFC'nin beklenen satım hukukunu yeknesaklaştırma amacını gerçekleştirememesi nedeniyle bu kez Birleşmiş Milletlerin Uluslararası Ticaret Hukukuna İlişkin Komisyonu (UNCITRAL) gündeme yeni bir çalışma getirmiş Lahey konferansı sözleşmeleri esas alınmak suretiyle, farklı yasal, sosyal ve ekonomik sistemlere sahip ülkeler tarafından daha geniş kitlelerin katılımı ile yeni bir milletlerarası satım hukuku düzenlemek üzere çalışmalara başlanılmıştır. UNCITRAL: 1966 yılında Birleşmiş Milletlerin alt komisyonu olarak, ticari tahkim, milletlerarası satım, iflas, milletlerarası

CISG,<sup>3</sup> 11 Nisan 1980 tarihinde, bu çalışmaların bir ürünü olarak, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından Viyana’da imzalanmış, 1 Ocak 1988 tarihinde on ülkenin onayı ile yürürlüğe girmiştir<sup>4</sup>.

Viyana Satım Sözleşmesi, uluslararası satış sözleşmeleri için yeknesak bir uluslararası satım sözleşmesinin ticarete kesinliğe ve netliğe katkıda bulunacağı, sözleşme tarafları açısından işlem maliyetlerini azaltacağı ve hukuki güvenlik sağlayacağı niyetiyle hazırlanarak kabul edilmiştir. Sözleşme, uluslararası ticaret için yeknesak bir çerçeve oluşturmaktadır ve 2022 itibarıyla, dünya ticaretinin üçte ikisini temsil eden 94 ülke tarafından onaylanmıştır<sup>5</sup>. CISG, Birleşik Krallık hariç, ABD ve Almanya gibi tüm öncü sanayileşmiş ülkeler tarafından kabul edilmiştir<sup>6</sup>.

---

ödemeler, e- ticaret gibi alanlarda model kanunlar hazırlamak ve uluslararası yeknesak kuralların oluşturularak ticaret hayatındaki ulusal hukuk güvensizliği engellerini ortadan kaldırmak için çalışmaktadır. [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org). Ebru A Bozkurt Yüksel, ‘UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanununa Genel Bakış’ (2011) 2 (4) TAAD 135, 140. Bu çalışmalar neticesine sırasıyla 1976 yılında Cenevre Taslağı, 1977 yılında Viyana Taslağı, 1978 yılında ise son olarak New York Taslağı hazırlamıştır.

<sup>3</sup>Bu sözleşmenin İngilizce orijinal adı şu şekildedir: “*The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*” (CISG). İngilizce, Fransızca, İspanyolca, Rusça, Çince ve Arapça olarak 6 resmi dilde kabul edilmiştir. 1980 yılında Viyana’da yapılan Birleşmiş Milletler 97. Diplomatik Konferansına katılan 62 ülkeden 42 si CISG’i kabul etmiştir. Ancak sonraki 6 yıl Sözleşmeye taraf olan ülke sayısının sınırlı kalması sebebiyle Sözleşmenin La Haye Sözleşmeleri ile aynı kaderi paylaşacağı düşünülmüş sonrasında Zambiya, Çin, ABD ve İtalya’nın taraf olması ile birlikte Sözleşmenin yürürlüğe girmesi için gereken 10 ülke onayı sağlanmıştır.

<sup>4</sup> Viyana Satım Sözleşmesi, dört ana bölümden ve toplamda 101 maddeden oluşmaktadır. İlk bölüm içeren md. 1- md. 13 arasında; sözleşmenin uygulama alanı ve genel hükümler düzenlenmiş, md. 14- md. 24 arasındaki ikinci bölümde; satım sözleşmesinin kuruluşu, md. 25 ile md. 88 arasındaki üçüncü bölümde; satım sözleşmesinin hükümlerine ilişkin genel kurallar, satıcı ve alıcının hak ve yükümlülükleri ile hasarın geçişi ve ifa edilememe düzenlenmiştir. Dördüncü ve son bölüm ise, md. 89 ile md. 101 arasında, sözleşmenin zamansal olarak uygulama alanı ile üye devletlerin çekince koyma hakları yer almaktadır. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Viyana, 11 Nisan 1980, S. Anlaşma Belge Numarası: 98-9 (1984), BM Belge Numarası: A/CONF 97/19, 1489 UNTS 3, Micheal G. Bridge, *The International Sale of Goods*, (3rd edn, Oxford 2013) 467. Viyana Satım Sözleşmesi, dört ana bölümden ve toplamda 101 maddeden oluşmaktadır.

<sup>5</sup>Taraf devletlerin listesi: Arnavutluk, Arjantin, Ermenistan, Avustralya, Avusturya, Azerbaycan, Bahreyn, Belarus, Belçika, Benin, Bosna Hersek, Brezilya, Bulgaristan, Burundi, Kamerun, Kanada, Şili, Çin, Kolombiya, Kongo, Kosta Rika, Hırvatistan, Küba, Kıbrıs, Çekya, Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Ekvador, Mısır, El Salvador, Estonya, Fiji, Finlandiya, Fransa, Gabon, Gürcistan, Almanya, Gana, Yunanistan, Guatemala, Gine, Guyana, Honduras, Macaristan, İzlanda, Irak, İsrail, İtalya, Japonya, Kırgızistan, Letonya, Lao Demokratik Halk Cumhuriyeti, Lübnan, Lesoto, Liberya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Madagaskar, Moritanya, Meksika, Moğolistan, Karadağ, Hollanda, Yeni Zelanda, Kuzey Makedonya, Norveç, Paraguay, Peru, Polonya, Portekiz, Kore Cumhuriyeti, Moldova Cumhuriyeti, Romanya, Rusya Federasyonu, Saint Vincent ve Grenadinler, San Marino, Sırbistan, Singapur, Slovakya, Slovenya, İspanya, Filistin Devleti, İsveç, İsviçre, Suriye Arap Cumhuriyeti, Türkiye, Türkmenistan, Uganda, Ukrayna, Amerika Birleşik Devletleri, Uruguay, Özbekistan, Venezuela, Vietnam, Zambiya.

CISG, uluslararası satış sözleşmeleri için yeknesak bir yasal rejim sağlayarak uluslararası ticaretin gelişmesini teşvik etmek ve yasal engellerin kaldırılmasına katkıda bulunmak amacıyla geliştirilmiştir.<sup>7</sup> CISG birçok kişi tarafından bir başarı olarak tanımlanmakta ve bazı yazarlarca “şimdiye kadarki en başarılı uluslararası belge” olduğu iddia edilmektedir.<sup>8</sup> Sözleşme hem uluslararası hem de yerel düzeyde ticaret kanunları üzerinde büyük bir etkiye sahip olur hale gelmiş ve ulusal satım kanunlarında değişiklikler ve diğer uluslararası satım rejimlerinin geliştirilmesi için bir ilham kaynağı olarak hizmet etmiştir.<sup>9</sup>

Türkiye, CISG’i çekince koymadan 07.04.2010 tarihinde kabul etmiş ve Sözleşme 01.08.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.<sup>10</sup> İfa engelleri sistematığı CISG’in en karakteristik düzenlemelerinden biri olup; yeknesak sözleşmeye aykırılık sistemi, ihlale

---

bkz: [https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status), 11.07.2022. G-20 ülkelerinin çoğu imzalamış olmakla birlikte Küba, Çin gibi eski komünist sisteme sahip ülkeler ve Mısır, Suriye, Irak gibi İslam hukukuna ait unsurlar içeren ülkeler tarafından da onaylanmıştır. Uğur Tütüncübaşı, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Sözleşmesi- CISG’ in Işıl Özkan, Ceyda Süral Efeçinar, Bengü Kavlak (eds) *Yeni Mercatoria ve Kaynakları* (OnikiLevha 2021) 123, 125 vd. (Civil Law Hukuk sisteminin önemli bir ülkesi olan Almanya, Medeni Kanunu’nda yaptığı reformla Antlaşma’yı iç hukuk sistemine dâhil etmiştir. Brezilya ve Japonya’nın dâhil olması ile taraf devlet katılımı daha da genişlemiştir. Ticaret yapan tarafların iş yerlerinin bulunduğu devletlerin Antlaşma ‘ya taraf olması, CISG’in “doğrudan” uygulanmasını sağlamaktadır. Taraf olan ülkelerin fazla olması ve Türkiye’nin hali hazırda bu ülkeler ile olan ticari ilişkileri düşünüldüğünde, Türk dış ticaretinin büyük kısmı CISG’e tabi olmuştur. Bu durum CISG’in Türkiye açısından önemini daha da ortaya çıkarmıştır. Selanik, Bayram and Değirmenci, (n 2) 1354.

<sup>6</sup>The Pace Üniversitesi, Uluslararası Ticaret Hukuku Enstitüsü, CISG: Table of Contracting States, Erişim: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>, Erişim Tarihi: 22.11.2021.

<sup>7</sup>Önsöz, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Viyana, 11 Nisan 1980, S. Anlaşma Belge Numarası: 98-9 (1984), BM Belge Numarası: A/CONF 97/19, 1489 UNTS 3.

<sup>8</sup>Bruno Zeller, *CISG and the Unification of International Trade Law* (1st edn, Routledge-Cavendish 2007) 94; Ingeborg Schwenzer and Pascal Hachem, ‘The CISG – Successes and Pitfalls’ (2009) *American Journal of Comparative Law* 57 (2) 457, 477; Peter Schlechtriem, ‘Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG’ (2005) 36 (4) *Victoria University of Wellington Law Review* 781, 781. Zeynep Derya Tarman, *Viyana Satım Anlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak* (1st edn, Beta 2015) 20,45.

<sup>9</sup>Stefano Troiano, ‘The CISG’s Impact on EU Legislation’ in Ferrari Franco (eds) *The CISG and its Impact on National Legal Systems* (Sellier 2008) 223; Proposal for a European Parliament And Council Directive on the sale of consumer goods and associated guarantees /\* COM/95/0520 final- COD 96/0161 \*/ OJ C 307, 16.10.1996, 11, Ingeborg Schwenzer, Cristiana Fountoulakis and Mariel Dimsey, *International Sales Law, A Guide To CISG* (3rd edn, Hart 2019) 21. Nitekim Viyana Satım Sözleşmesine paralel olarak 2002 yılında Alman Borçlar Kanununda değişiklikler yapılmıştır. Ayrıca Avrupa Birliği Tüketici Satım Yönergesinin hazırlanmasında esas alınan metin olmuştur. Selin Sert Canbolat, *Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları* (1st edn, Vedat 2103) 5.

<sup>10</sup>02.04.2009 tarihli ve 5870 sayılı kanun 14.04.2009 tarihili Resmi Gazete’de, Bakanlar Kurulu kararnamesi 07.04.2010 tarihindeki Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

maruz kalan tarafın başvurabileceği yaptırımlar, vadeden sonra aykırılığı giderme yoluyla sözleşme ilişkisinin devamının sağlanması ve eş zamanlı istenebilen yaptırımlar ile sözleşmenin tek taraflı irade ile sona erdirilmesi hususlarını, farklı hukuk sistemlerindeki uygulamaların bir araya getirilmesiyle, geniş katılımı sağlayacak şekilde esnek bir yapıda düzenlenmiş olması dikkat çekicidir. Uluslararası satımlarda yaşanacak tasfiye gücü göz önüne alındığında, sözleşmeden dönme ve malın yenisi ile değişimi hakkının sınırlandırılması için farklı hukuk sistemlerinden esinlenerek “esaslı ihlal” kavramının oluşturulduğu görülmektedir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan; “Esaslı İhlal” kavramının kökeni *common law* ve Fransız hukukunun etkilerini barındırdığından, Türk hukukçusuna yabancı bir kavramdır. Oysa Antlaşma’nın kabulü ile maddi hukukumuzun bir parçası haline gelen CISG kavramlarının, Türk hukukçuları tarafından anlaşılması önem taşımaktadır. TBK<sup>11</sup> ifa engelleri sistemi ile CISG ifa engelleri arasındaki farklar oldukça ilgi çekicidir. Bu tezle de amaçlanan bu farklılaşmanın merkezinde bulunan “esaslı ihlal” kavramını irdelemek ve onun CISG’de öngörülen ifa engelleri sisteminde nasıl değerlendirildiğini ortaya koymak, uygulamadan örneklerle esaslı ihlal yaratan konular hakkında açıklamalarda bulunmak ve böylece TBK’da yer alan sözleşmeye aykırılık türleri ile farklılıklarına değinerek, esaslı ihlal kavramının Türk ifa engellerinde uygulanabilirliğini tartışmaktır.

Bu kapsamda tezimiz genel anlamda CISG md. 25 hükmünde düzenlenen “esaslı ihlal” kavramının etrafında şekillendirilmiştir. Esaslı ihlal kavramının ifa engelleri sistemindeki merkezi konumu aynı zamanda esaslı ihlalin ilgili olduğu birçok düzenlemenin de incelemesini gerektirmektedir. Tezimiz bir karşılaştırmalı hukuk tezi olmamakla birlikte konunun daha iyi anlaşılması açısından TBK’daki ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

Bu bağlamda, üç bölümden oluşan çalışmamızda öncelikle ilk bölümde; CISG ifa engelleri sisteminin genel özellikleri, “Esaslı İhlal” kavramı ve tarihsel gelişim süreci ile bu kavramın ifa engelleri sistemindeki yeri ve önemi değerlendirilmiş ayrıca esaslı ihlal

---

<sup>11</sup> Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul tarihi: 11.01.2011, RG 04.02.2011/27836.

kavramına getirilen eleştirilere yer verilmiştir. Akabinde, Viyana Satım Sözleşmesi'nde "Esaslı İhlal" kavramının analizi ve yorumlama yöntemleri ile CISG'den esinlenen hukuk uyumlaştırma metinlerine yer verilerek, ifa engelleri sistemi açısından CISG ve Türk Hukuku karşılaştırılmaya çalışılmıştır.

İkinci bölümde, CISG md. 25 çerçevesinde esaslı ihlalin genel doktrini ve ihlalin esaslılığını tespit için kullanılması önerilen, esaslılığa etki eden faktörler incelenmiştir. Bu kapsamda; md. 25'e göre esaslı ihlalin gerçekleşme şartları, bu değerlendirmenin çerçevesi ve esaslılığı etkileyen özel durumlara yer verilmiştir. Bu anlamda çalışmamızda; "sözleşme ihlali", "sözleşmesel menfaati engelleyen olumsuzluk", "menfaat kaybının öngörülebilir olması" kavramlarına detaylı açıklamalar getirilerek, bu soyut kavramlara yargı kararları yardımıyla ışık tutmak amaçlanmıştır.

Çalışmamızın son bölümde ise, sözleşmeye aykırılığın farklı görünüm biçimlerinde "esaslı ihlal" in nasıl oluşabileceği değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu amaçla özellikle içtihatla paralel bir ilerleme halinde, öncelikle CISG kapsamında satıcının tipik sözleşmeye aykırılık hallerinin esaslı ihlal sayıldığı durumların değerlendirilmesi ve yan edim yükümlülüklerinin (diğer ihlallerinin) esaslı ihlal sayılabileceği durumlar ortaya konulmuş ve TBK'daki sözleşmeye aykırılık düzenlemelerine yer verilerek farklılık taşıyan noktalara dikkat çekilmiştir. Devamında bu kez de CISG kapsamında alıcının tipik sözleşmeye aykırılık hallerinin esaslı ihlal sayıldığı durumların değerlendirilmesinin yanı sıra, yan edim yükümlülüklerin (diğer ihlallerin) esaslı sayılabileceği durumlar ortaya konulmuştur. Aynı şekilde çalışmamızda alıcının yükümlülüklerinin ihlalinin TBK'daki yansımalarına yer verilerek farklılık taşıyan hususlara dikkat çekilmiştir. Esaslı ihlal kavramının işlevsel olarak Türk hukukundaki benzer hükümlerine her bir aykırılığın altında yer verilmiş, özellikle sözleşmeden dönme yaptırımının, TBK kapsamında satım hukuku açısından karşılaştırması yapılmıştır. Sonrasında, esaslı ihlal değerlendirmesinin önem kazandığı bazı özel düzenlemelere değinilerek, esaslı ihlal kavramının Türk hukukundaki varlığı ve Türk ifa engellerinde uygulanabilirliği tartışılmış ayrıca CISG'i uygulayacak Türk Hukukçusuna 'esaslı ihlal'i anlamlandırmasında TBK terimleri ile yol gösterici olmaya çalışılmıştır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

# VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE İFA ENGELLERİ SİSTEMİ, ESASLI İHLAL KAVRAMININ GELİŞİM SÜRECİ VE İFA ENGELLERİ SİSTEMİNDEKİ KONUMUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

## I. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN DÜZENLEME VE UYGULAMA ALANI

CISG'in uygulama alanı uluslararası mal<sup>12</sup> satım sözleşmeleri ile sınırlandırılmış olup<sup>13</sup> tarafların işyerlerinin sözleşmenin kurulduğu sırada farklı devletlerde bulunması CISG'in uygulanabilirliği için gerekli ve yeterli görülmektedir.<sup>14</sup>

Sözleşmenin konusu açısından uygulanabilirliğin tespitinde öncelikle “mal satım sözleşmesi” den ne anlaşılması gerektiği ortaya konulması gerekmektedir. Her ne kadar

---

<sup>12</sup>CISG'de mal kavramı tanımı bulunmamaktadır. Bununla beraber, CISG'de kullanılan mal kavramı, maddi taşınırları ifade eder. Bu nedenle sadece maddi taşınır malların satımına ilişkin sözleşmelere uygulanır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 44; Ceyda Süral, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri* (1st edn, Güncel 2008) 28. Bununla beraber İtihat; katı, şekli, yeni veya kullanılmış, canlı-cansız olan taşınabilir ve ölçülebilir nesne veya nesnelere mal olarak tanımlanmıştır. Bettina Heiderhoff, 'CISG'in Uygulama Alanı: Konu Bakımından' in Yeşim Atamer (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (CISG) (1st edn, Oniki Levha 2008) 25, 27. Yanı sıra, yazılım ve benzeri sanal ürünler somutlaştıkları nispette mal sayılacakları kabul edilmektedir. Toker, *Uygulama Alanı* (n 2) 89; Heiderhoff (n 12) 32. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz: Ercüment Erdem, 'Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı' in Şükran Şıpka (eds) *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri* (1st edn, Oniki Levha 2012) 117, 137. Satım sözleşmesinin tanımına (CISG md. 30, 31,35/2, 53,73) hükümleri birlikte değerlendirilerek bir tanıma ulaşılabilir. Mal kavramı tanımı için bkz Tütüncübaşı (n 5) 134,136,137.

<sup>13</sup>CISG md. 1/1: “*Bu Antlaşma, işyeri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satım sözleşmelerine , (a) bu devletlerin akit devletlerden olması veya (b) milletlerarası özel hukuk kurallarının akit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanır.*”

<sup>14</sup> Kröll, Mistelis and Viscasillas (n 2) Introduction to CISG, Para 2; Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 20; Tütüncübaşı (n 5) 127.

CISG’de satım sözleşmesi tanımlanmamış olsa da<sup>15</sup>, CISG md. 2 ile satım sözleşmesinin konusu olan malların kullanım amacına dayanan, belirli tip işlemlere dayanan ve malların niteliğine dayanan istisnalar yaratılarak CISG kapsamında kalan satım sözleşmesinin sınırları çizilmiştir.<sup>16</sup> O halde, tüketici satımları, açık arttırma yoluyla yapılan satımlar, cebri icra satımları, menkul kıymet, kambiyo senedi, para, gemi, tekne ve hava taşıtları ile elektrik enerjisi satımına ilişkin sözleşmeler kapsam dışında bırakılmıştır.<sup>17</sup> Öte yandan, CISG md. 3 ile getirilen sınırlama gereği; imal ve üretimi yapılacak olan malların teminine ilişkin sözleşmelerde, CISG’in uygulanabilirliği; bunları sipariş eden tarafın bu ürünlerin üretimi ve imalatı için gerekli malzemenin esaslı bir kısmını temin etmiyor olmasına bağlanmıştır.<sup>18</sup> Taşınır mal satımına ilişkin sözleşmenin değiştirilmesi ve kaldırılmasına ilişkin sözleşmelere CISG’in uygulanması hem doktrinde hem mahkeme kararlarında kabul edilmektedir.<sup>19</sup>

Bunun yanı sıra, CISG’de yer alan maddi hukuk düzenlemeleri satım hukukuna ilişkin bazı konuları kapsam dışında bırakmıştır. Şöyle ki, CISG’de önceki imkânsızlık, mülkiyet geçişine ilişkin hususlar, satım ilişkisi içerisinde meydana gelen haksız fiiller, satıcının mallarının bir kişinin yaralanması ve ölmesine sebep olması hususları CISG’de düzenlenmemektedir.

---

<sup>15</sup> Buna karşın CISG md. 30 ve 53 maddelerinde öncelikle satıcının mülkiyeti devir ve alıcının da bedel ödeme borcu ve malları teslim alma yükümlülüklerini düzenleyen maddi hükümleri satım sözleşmesinden ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymaktadır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 36.

<sup>16</sup> CISG’in uygulama alanına girmeyen sözleşmeler hakkında detaylı bilgi için bkz: Erdem, “Uygulama Alanı” (n 12) 90-107; Süral (n 12) 28; Tütüncübaşı (n 5) 129; Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 36 vd; Tokar, *Uygulama Alanı* (n 2) 96 vd; Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk* (1st edn, AÜHFY 1996) 114.

<sup>17</sup> CISG md. 2 ile satım sözleşmesinin sınırları daraltılmıştır. Tütüncübaşı (n 5) 135. CISG md. 2: *Bu Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz: “(a) kişisel, ailesel ve eve ilişkin kullanımlar için yapılan satımlar, b) arttırma ile yapılan satımlar ve (c) mahcuz malların satımı veya adli makamların diğer herhangi bir kararına dayanarak yapılan satımlardır. Ayrıca Sözleşme bazı satım konusu malları da Sözleşme kapsamı dışında tutmuştur. Bu mallar; (d)menkul kıymetlerin, ticari senetlerin ve paranın satımı, (e) her türlü geminin, teknenin, hava taşıt aracının ve hava yastıklı taşıt aracının satımı, (f) elektrik satımları. (elektrik satımlarının Sözleşme kapsamında bırakılmasına karşın doğalgaz, petrol gibi diğer enerji kaynaklarının satımına ilişkin Viyana Satım Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır”*

<sup>18</sup>Peter Huber and Alastair Mullis, *The CISG, A new Textbook for the students and Practitioners*, (Sellier European Law Publishers 2007) 45; Yavuz Dayıoğlu, *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı* (1st edn, Oniki Levha 2011) 12; Tütüncübaşı (n 5) 138.

<sup>19</sup>Zafer Zeytin, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasının Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme’ (2008) 24 (3) Batider 217, 245.



CISG, farklı akit devletlerde yerleşik iki taraf arasındaki uluslararası bir mal satım sözleşmesinde veya uluslararası özel hukuk kurallarının CISG’i imzalayan bir devletin hukukunun uygulanmasına yol açması durumunda kendiliğinden uygulanır.<sup>20</sup> Başka bir deyişle; işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satım sözleşmesine; sözleşme taraflarının devletlerinin taraf olması ya da uluslararası özel hukuk kurallarının bu akit devletin hukukuna atıf yapması ile kendiliğinden uygulanabilir hale gelir. (CISG md. 1/ f.1/a)<sup>21</sup>. Bunun yanı sıra, taraflar CISG’e taraf olan devletin hukukunu seçmekle CISG’i uygulanabilir hukuk haline getirebileceklerdir.<sup>22</sup>

Öte yandan, sözleşme tarafları, CISG'in uygulanmasını sözleşmelerinden hariç tutmakta (opting-out), bazı hükümlerin aksini kararlaştırmakta veya etkilerini değiştirmekte serbesttirler.<sup>23</sup> CISG'nin hariç tutulma sıklığı konusunda yapılmış çeşitli çalışmalar, CISG'in taraflarca uluslararası satım sözleşmesinin tercihen dışında bırakıldığını

---

<sup>20</sup>Fritz Enderlein and Dietrich Maskow, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, (1<sup>st</sup> edn, Oceana Publications, 1992) 71; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 49; Peter Schlechtriem, *Uniform Sales Law, the Un Convention on Contracts for the International Sale Of Goods*, (1st edn, Manz 1986) 34; Loukas Mistelis, ‘CISG’in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından’ in Yeşim Atamer (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (2<sup>nd</sup> edn, Oniki Levha 2012) 7 vd; Tütüncübaşı (n 5) 127.

<sup>21</sup>CISG md. 1. Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 20; Ancak söz gelimi Türk Alıcı ile Alman satıcı arasındaki ihtilafın Portekiz Mahkemelerinde görülmesini gerektiren bir durumda, Portekiz anlaşmaya taraf olmadığından hakim CISG md 1/1 (a) maddesini uygulamak zorunda değildir. Tütüncübaşı (n 5) 128,129.

<sup>22</sup> Süral (n 12) 29; Zeynep Derya Tarman, ‘Türk Satım Hukunda Yeni Bir Dönem Viyana Satım Antlaşması’ *Güncel Hukuk Dergisi* (2011) 4 (88) 169, 173; Tütüncübaşı (n 5) 131. Viyana Satım Sözleşmesi uygulanacak hukuk olarak seçilemez görüşü doktrinde genel kabul görmekle birlikte, sözleşme düzenlemelerinin genel işlem koşulları gibi sözleşme koşulları haline geldiği ve böylece sözleşme hükümlerini teker teker sözleşmeye geçirmeden dahi Sözleşmenin kendisine atıfta bulunarak bir maddi hukuk atfında bulunabilecekleri hakkında detaylı bilgi için Yeşim M, Atamer, ‘Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı’ (1995) 69 (10-11-12) *İstanbul Barosu Dergisi* 561, 566; Pascal Hachem and Ingeborg Schwenzer, ‘Commentary on Art 1-7,10’ in Ingeborg Schwenzer and Peter Schlechtriem (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)* (1st eds, Oniki Levha 2015) Art 6, Para 31.

<sup>23</sup> CISG md. 6 : “Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler”. Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 55,56; Tütüncübaşı (n 5) 140,141; Simin Yalçıntaş, ‘Viyana Satım Sözleşmesinin Kapsamı ve Sözleşme İle Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler’ (2011) 27 (3) *Batider* 281, 285.

göstermektedir.<sup>24</sup> Bu durumda, tarafların CISG’i uygulama alanı dışı bıraktıklarını açıkça belirtmeleri şartı aranmaktadır.<sup>25</sup>

CISG, bir akit devlette ulusal hukuk olarak uygulandığında o ülkenin kanunlar hiyerarşisinde en üst sırada yer alır. Diğer bir deyişle, CISG, malların satımına ilişkin hem o devletin iç hukukunun hem de uluslararası özel hukuk kurallarının yerini almaktadır. Dolayısıyla CISG’in uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda, uyuşmazlığa, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan hukuk değil, doğrudan CISG’in maddi hükümleri uygulanacaktır.<sup>26</sup> Bu, sözleşmenin hukuk seçimi maddesi içermediği, akit devlet tarafları arasında bir uyuşmazlık olması durumunda, uyuşmazlığın nerede gerçekleştiğine bakılmaksızın sözleşmeye CISG uygulanacağı anlamına gelmektedir.<sup>27</sup>

Öte yandan, taraflardan birinin ya da tümünün işyerlerinin akit olmayan bir devlette bulunması halinde ise artık CISG sadece dolaylı olarak uygulanabilir. Bu durumda, CISG’in uygulanabilirliği için, somut uyuşmazlıktaki kanunlar ihtilafı kurallarının

<sup>24</sup> Ingeborg Schwenzer and Christopher Kee, ‘International Sales Law - The Actual Practice’ (2011) 29(3) Penn St. International Law Review, 426 434, <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol29/iss3/4>, Erişim Tarihi: 02.05.2021; Peter L. Fitzgerald ‘The International Contracting Practices Survey Project: An Empirical Study of the Value and Utility of the United Nations Convention on the International Sale of Goods (CISG) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts to Practitioners, Jurists and Legal Academics in the United States’ (2008) 27(1) Journal of Law and Commerce 1, 13, <https://jlc.law.pitt.edu/ojs/jlc/article/view/15/15> Erişim tarihi: 02.05.2021; Martin F. Koehler and Guo Yujun, ‘The Acceptance of the Unified Sales Law (CISG) in Different Legal Systems: An International Comparison of Three Surveys on the Exclusion of the CISG’s Application Conducted in the United States, Germany and China’ (2008), 20 (45), Pace Int Law Review 45 53, <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=pilr>. (Erişim Tarihi: 02.05.2021)

<sup>25</sup>Schwenzer and Hachem, ‘Commentary’ (n 22) Art 1 Para 18. Tarafların sadece CISG’e taraf olan ülke hukukunu seçmiş olmaları, CISG hükümlerin zimmen dışlandığı sonucunu doğurmaz.

<sup>26</sup>Aysel Çelikel and B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021) 409; Kröll, Mistelis and Viscasillas, Introduction to the CISG (n 2) Para 5; Süral (n 12) 30; Tütüncübaşı (n 5) 140.

<sup>27</sup>Tarafların sözcülemi “Alman Hukuku uygulanır” şeklindeki seçimleri Almanya’nın sözleşmeye taraf olması ve Sözleşmenin iç hukuk halinde gelmiş olması nedeniyle yine CISG uygulanmasını sonucunu doğuracağından tarafların açıkça “Alman BGB/HGB uygulanır” şeklinde açık ifade kullanmaları beklenir. Tütüncübaşı (n 5) 143. Bazı durumlarda, o ülkenin yüksek hukukunun bir parçası olmak için Sözleşme’nin uygulanması bile gerekli değildir. Örneğin, ABD’de CISG, Sözleşmenin ABD Anayasasına uygun olarak imzalanıp onaylanmasından bu yana eyaletler nezdinde en yüksek yasanın bir parçası konumundadır. Johnson P. William, ‘Understanding the Exclusion of the CISG: A new Paradigm of Determining Party Intent’ (2011) 59(1) Buffalo Law Review 213 223, <https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol59/iss1/5> ( Erişim Tarihi: 15.05.2021)

CISG'e taraf olan ülke hukukunun uygulanmasını işaret ediyor olması gerekmektedir.<sup>28</sup> Buna karşılık, devletlere çekince koyarak, dolaylı olarak CISG'in uygulanmasına sınırlama getirme hakkı tanınmıştır.<sup>29</sup>

Türkiye açısından duruma bakıldığında ise; CISG çekince konulmadan kabul edilmiş olmakla doğrudan uygulanabilir hale gelmiş ve iç hukukun bir parçası olarak uygulanmaktadır. O halde yabancılık unsuru içeren bir satım sözleşmesinde öncelikle Anayasamız md. 90 olmak üzere, MÖHUK md. 1/f. 2 uyarınca CISG'in dikkate alınması gerekmektedir. Şöyle ki, tarafları ve konusu itibariyle yabancılık unsuru taşıyan bir mal satım sözleşmesinde Türk mahkemeleri Türk hukukunu doğrudan uygulayamazlar. Bu durumda hakimin öncelikle sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak olan hukuku düzenleyen MÖHÜK md. 24 uyarınca, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkla yakından bağlantılı olan hukuku tespit etmesi gerekmektedir. Buna göre, tarafların uyuşmazlık halinde hangi ülkenin maddi hukuk kurallarının uygulanacağını serbest iradelerine göre belirlemedikleri ya da böyle bir seçimin bilinçli olarak yapılmamış olması veyahut her iki devletin kendi hukuklarında direktmeleri neticesinde bir anlaşmaya varılamaması halinde, Türk hakiminin MÖHÜK md 24/4'e göre uyuşmazlığa uygulanacak hukuku objektif bağlama kuralından yararlanarak tespit etmesi gerekmektedir. Bu durumda hakim mevcut uyuşmazlık ile en sıkı ilişki içinde olan hukukun uygulanmasına karar verecek ancak bağlama kuralının yabancı bir devletin maddi hukukunun uygulanmasını işaret etmesi sonucunda Türk hakimi yabancı bir hukuku uygulamanın güçlükleri ile karşı karşıya kalacaktır.<sup>30</sup> İşte Türkiye çekince

---

<sup>28</sup>Huber and Mullis (n 18) 52, Schlectriem Peter and Allison E. Butler, *UN Law on International Sales, The UN Convention on the International Sales of Goods* (1st edn, Springer 2009) 14; Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 23 vd; Süral (n 12) 29, 30.

<sup>29</sup> Detaylı açıklamalar için bkz Çelikel and Erdem (n 26) 409. CISG md. 95, md. 1 f.1/b uygulanmasına çekince koyan devletler: Çin, ABD, Singapur, St. Vincent and Grenadines, Çek Cumhuriyeti ve Slovakya'dır.

<sup>30</sup> MÖHUK md. 24: “(1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir. (2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. (3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir. (4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en

koymaksızın CISG'e taraf olmakla birlikte, Türk hakimi artık Türk hukuk düzenin bir parçası haline gelen CISG'i dikkate almakla yükümlü hale gelmiştir meğer ki CISG'in uygulama konusuna giren alanlara ilişkin bir uyuşmazlık yaşanmış olsun. O halde tarafların CISG'in uygulanması yönünde bir irade beyanı ortaya koymaları gerekmeksizin CISG'in uygulama alanına giren konulara ilişkin uyuşmazlıklarda, kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmaksızın doğrudan CISG hükümleri dikkate alınacaktır.<sup>31</sup>

Öte yandan, uluslararası satım uyuşmazlığında, forum ülkesinin anlaşmaya akit bir ülke olmaması halinde de, kanunlar ihtilafı kurallarının ihtilafa uygulanacak hukuk olarak akit bir devletin hukukunu işaret etmesi halinde CISG bu akit devletin iç hukukunun bir parçası olarak uygulanır ve bu noktada Türk Mahkemeleri bizzat MÖHÜK md 24 uyarınca CISG'i uygulamakla yükümlüdür. Türk hakiminin CISG'i uygulama yükümlülüğü doğuran diğer bir hal ise, tarafların sözleşme serbestisi gereği akit bir ülkenin hukukunu seçmiş olmalarıdır. Bu durumda da, MÖHÜK md 24/I gereği CISG bir ülkenin seçilmiş hukuku olarak uygulama alanı bulacaktır. Son olarak, tarafların açıkça aralarındaki sözleşmede CISG'in uygulanacağını kararlaştırmış olmaları halinde de bu maddi hukuk atfı gereği Türk hakiminin CISG'i uygulaması *incorporation* (sözleşmeye dahil etme) yoluyla gerçekleştirilmektedir.<sup>32</sup>

---

sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur." Bu güçlükler yabancı bir devletin hukukunun yorumlanmasına yapılabilecek hatalar, bilişkişi ücretleri gösterilebilir. Detaylı bilgi için bkz: Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 14; Çelikel and Erdem (n 26) 393 vd.

<sup>31</sup> Ancak burada da milletlerarası satım hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta taraflardan birinin veya her ikisinin de işyerinin CISG'in yürürlükte olmadığı bir ülkede bulunması ve bu nedenle CISG md 1/ (a)'nın uygulanmadığı hallerde MÖHÜK md 24 CISG'in yürürlükte olduğu bir ülkenin hukukuna atıf yapıyorsa bu durumda da bu ülkenin CISG md 1/I (b)' ye göre çekince koyup koymadığının araştırılması gerekir. Zira böyle bir çekincenin varlığı halinde artık CISG kuralları değil o ülkenin maddi kuralları geçerli olacaktır. Çelikel and Erdem (n 26) 393 vd. CISG'in kişi bakımından uygulanmasında ise, herhangi bir sınırlama bulunmamakta olup, CISG md. 1/f 3 uyarınca, tarafların vatandaşlığı, tacir olup olmaması, ya da sözleşmenin adı veya ticari nitelikte olması için alınmaz. CISG'in zaman bakımından uygulanması açısından ise; CISG md. 100 gereği; sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümler (md. 14-24), o sözleşmenin akdi konusundaki icabın taraf devletler bakımından CISG'in yürürlüğe girdiği tarihte veya bu tarihten sonra yapılması halinde uygulanır. Antlaşmanın diğer hükümleri açısından ise, md. 100/2 uyarınca sözleşmenin yapıldığı an esas alınmaktadır.

<sup>32</sup> Ancak bu tür bir seçim kanunlar ihtilafı hukuku anlamında bir hukuk seçimi teşkil etmediğinden, CISG hükümleri sadece MÖHÜK md 24 uyarınca sözleşmeye uygulanması gösterilen hukukun iç maddi hukukunda yer alan emredici hukuk kuralları ile sınırlandırılmış olarak uygulanabilecektir. Çelikel and Erdem (n 26) 393 vd.

Bu nedenle, CISG'in uygulama ve düzenleme alanından kısaca bahsedilmiş ve hangi hallerde CISG'in uygulanabilir olduğu ortaya konulmaya çalışılmıştır. Özellikle bir satım sözleşmesinin hangi hallerde CISG hükümlerine tabi olduğunu belirlemek önem taşır zira hâkim, CISG'in uygulanabilirliği yönünde karar verirse bu halde MÖHUK md. 24 uyarınca ilgili hukukun tespitinin yapılmasına gerek olmadan doğrudan CISG'in maddi hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak yine de satım sözleşmelerinde birçok konunun CISG'de ele alınmamış olması nedeniyle, CISG'in uygulama alanına giren uluslararası satım sözleşmelerinde de MÖHUK hükümlerine başvurmak zorunluluk olarak ortaya çıkabilmektedir.<sup>33</sup> Bu nedenle Türk satım hukukunun ikili bir yapıya kavuştuğu iddia edilebilmektedir.<sup>34</sup>

O halde öncelikle uluslararası bir uyuşmazlıkta satım sözleşmesinin CISG'in uygulama alanına girip girmediği buna göre doğrudan CISG'in mi yoksa MÖHUK uyarınca belirlenecek olan hukukun mu uygulanacağı sorusu doğru cevaplanmalıdır. Zira CISG'in uygulama alanı bulmadığı ve MÖHUK md. 24'ün Türk Hukukunu işaret ettiği noktalarda birbirinden oldukça farklı ifa engelleri sistemi uygulaması hukukçuyu beklemekte olacaktır. Bu noktada her iki sistem karşılaştırıldığında, satım sözleşmesinin ihlali halinde tarafların sahip olduğu hukuki imkânlar açısından, CISG ifa engelleri sistemi Türk hukukundan özellikle ayrılmakta olduğundan, esaslı ihlalin kavramının Türk hukukçusu açısından doğru anlaşılmasının öneminin büyük olduğunu burada belirtmekle yetiniyoruz. Bir sonraki bölümde bu farklılıkların daha iyi anlaşılması ve konumuz olan esaslı ihlal kavramı anlayışının derinleşmesi açısından, CISG ifa engelleri sistemi inceleme konusu yapılmıştır.

<sup>33</sup>Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 15. CISG'de satım hukukunun tamamı düzenlenmediğinden tali olarak da olsa ulusal hukuklara başvurma zorunluluğu doğacaktır. Bunun yanı sıra, md.7 kapsamında CISG'in yorumlanması ve tamamlanması düzenlenmiştir. Uygulanabilir bir hüküm olmaması halinde boşluklar harici ve dahili boşluklar olmak üzere ikiye ayrılır. Harici boşluklar CISG düzenleme alanına girmeyen konulara ilişkin olup bu durumda doğrudan ulusal hukuka yönelilir. Dahili boşluk ise; CISG'in düzenleme alanına girmesine rağmen boşluk olan durumlardır. Bu boşlukların doldurulmasında ise öncelikle CISG temelinde yatan genel ilkelere ve bu ilkelerin olmaması halinde ulusal hukuka başvuru yapılmaktadır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 102,109; Hachem and Schwenger, 'Commentary' (n 22) Art 7 Para 27. CISG'de dahili boşluklar asli olarak CISG'in temel ilkeleri ile ve tali olarak ulusal hukuklar tarafından doldurulur. Ferrari Franco, 'Uluslararası İctihat Hukuku Işığında CISG'de Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler' in Yeşim Atamer (eds), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (1st edn, Oniki Levha 2008) 37, 38 vd.

<sup>34</sup>Erdem Ercüment, 'Viyana Satım Anlaşması'nda Sözleşmeden Dönme' in Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan (1st edn, 2010 Oniki Levha) 857, 858.

## A. Viyana Satım Sözleşmesinde İfa Engelleri Sistemi

### 1. Genel Olarak

Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) ifa engelleri sistemi “*Common Law*” ve “*Civil Law*” hukuk sistemlerinden esinlenerek her iki sistemin karmasından oluşan bir ifa engelleri sistemi ortaya koymaktadır.<sup>35</sup> Bu sistemde, CISG’nin öncüllerinden olan Maddi Taşınır Malların Milletlerarası Satımına ilişkin Yeknesak Hukuk (Convention Relating to a Uniform Law on the International Sales of Goods) ULIS’tekinden daha kapsamlı uygulama alanı bulacak bir uluslararası sözleşmenin hazırlanması amaç edinildiğinden<sup>36</sup> farklı hukuk sistemlerinden gelen etkiler bertaraf edilmeden, genel kabul gören bir sistem yaratılmaya çalışılmıştır. Bu doğrultuda, uluslararası ticaretten doğan uyumsuzlukların çözümünde ihtiyaç duyulan hız ve pratikliğin sağlanması da gözetilmiş ve “*sui generis*” bir sistem ortaya konulmuştur.<sup>37</sup>

Bu doğrultuda, CISG’in hazırlanması sürecinde, ifa engelleri sistemi açısından benimsenmiş olan yaklaşım; *common law* ve *civil law* sözleşme hukuku sistemlerini uyumlaştırmaktır.<sup>38</sup> CISG’den esinlenerek oluşturulan “*soft law*” metinlerinin<sup>39</sup> de *civil law* ile *common law* arasında bir köprü vazifesi görerek, ulusal mahkeme ve yasa

---

<sup>35</sup>Yeşim M Atamer, ‘Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış’ in Yeşim Atamer (eds), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (1st edn, Oniki Levha 2008) 221; Sert (n 9), 32; Erhan Kanışlı, *CISG uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları* (1st eds, Oniki Levha 2013) 46.

<sup>36</sup>1964 yılında kabul edilen ULIS, sadece dokuz ülke tarafından yürürlüğe konulmuş olduğundan, uluslararası nitelikteki satım sözleşmelerine uygulanması amacını gerçekleştirilememiştir.

<sup>37</sup>Jacop S Ziegel, ‘The Remedial Provisions in the Vienna Convention: Some Common Law Perspectives’ in Nina M. Galston, Hans Smit and Mathew Bender (eds), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Mathew Bander, 1984) 3, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ziegel6.html>> Erişim Tarihi: 31.01.2022, Murat Sarıkaya, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali* (1st edn, Filiz Kitapevi 2007) 5.

<sup>38</sup>“CISG *common law* 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.” Zeytin, *CISG* (n 2) 9.

<sup>39</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 230-231. Soft law metinleri hakkında bkz tez: s. 110 vd.

koyucular için bir yönerge oluşturacağı böylelikle uluslararası ticareti kolaylaştıracağı öngörülmüştür.<sup>40</sup>

Aşağıda detaylı olarak incelenecek olmakla birlikte genel olarak, ortaya konulan sistem; *civil law* hukuk sisteminden dolayısıyla Türk-İsviçre hukukundan oldukça farklıdır. Sözleşmede genel bir çatı kavram olarak “sözleşmeye aykırılık” (breach of contract) kavramına yer vermiş ve ihlallerin türleri üzerinden değil yarattığı sonuçların ağırlığı üzerinden bir ayrıma gidilmiş ve kullanılacak hukuki yaptırımların kategorizasyonunun oluşturduğu bir sistem geliştirilmiştir.<sup>41</sup>

Hal böyleyken, hukuki olgular üzerinden değil ihlalin ağırlığı üzerinden kullanılacak olan hukuki yaptırımlarda ayrıma giden CISG ifa engelleri sistemi içerisinde, “esaslı ihlal” kavramının önemli bir rolü bulunmaktadır. Bu noktada, konunun bütünlüklü anlaşılabilmesi için öncelikle CISG’de alacaklıya sunulmuş hukuki imkânların genel görünümüne değinilecek ardından bu hukuki yaptırımları başvurma hakkının ne durumlarda doğduğunun, sistemler arasındaki farklar üzerinden açıklanmak üzere, ifa engelleri sisteminin oluşum sürecinde esinlendiği hukuki sistemlerinden ve CISG ifa engelleri sisteminin temel prensiplerinden bahsedilecektir. Bu yolla esaslı ihlalin kavramının CISG ifa engelleri sistemindeki merkezi konumu ve dolayısıyla hukuki imkânların kullanılmasındaki etkisi ortaya konulmaya çalışılacaktır.

## 2. CISG’de Düzenlenen Hukuki Yaptırımlara Genel Bakış

Sözleşme ihlali halinde tarafların sahip olduğu hukuki imkânlar alıcı açısından CISG md. 45/I<sup>42</sup> ve satıcı açısından CISG md. 61/I’de<sup>43</sup> düzenlenmiştir. İlgili maddelerde

<sup>40</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 229; Yeşim M Atamer, ‘İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik’ (2010) 1, (Prof. Dr. Rona Serozan’ a Armağan) 317, 320.

<sup>41</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 226, 260; Turgut Öz, ‘Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)’ (2013) 1 (Özel Sayı) GÜHFD 3, 3; Ferrari Franco, ‘Fundamental Breach Of Contract Under the UN Sales Convention-25 Years of Article 25 CISG’ (2006) 25 (2) Journal of Law and Commerce 389, 394 vd. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>. (Erişim Tarihi: 10.10.2021)

<sup>42</sup>CISG md. 45 “ (1) Satıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmese, alıcı: (a) Madde 46 ilâ 52’de öngörülen haklarını kullanabilir. (b) Madde 74 ilâ 77’de öngörülen tazminatı talep edebilir.

birçok atıf yapıldığı dikkati çekmekte olup aşağıda genel bir görünüm verilmeye çalışılmıştır.

Sözleşmenin satıcı tarafından ihlal edilmesi halinde alıcı, bir arada olmamak koşulu ile şartları sağlaması halinde dilediği seçimlik hakkını kullanabilecektir<sup>44</sup>. Buna göre; alıcı CISG md. 46'ya<sup>45</sup> göre aynen ifayı talep edebileceği gibi, CISG md. 49'a göre<sup>46</sup> esaslı ihlalin varlığı halinde prensipte sözleşmeden dönebilir veya CISG md. 50'ye<sup>47</sup> göre sözleşmeye aykırı mal teslim edilmişse bedelin indirim talep edebilir. Ayrıca alıcının CISG md. 45/II'ye göre<sup>48</sup>, bu hukuki imkânlarla birlikte veya tek başına tazminat talep

---

<sup>43</sup> CISG md. 61 “(1) Alıcı sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmese, satıcı: (a) Madde 62 ilâ 65'te öngörülen hakları kullanabilir. (b) Madde 74 ilâ 77'de öngörülen tazminatı talep edebilir.

<sup>44</sup>Markus Müller-Chen, ‘Commentary on Art 45-52’ in Ingeborg Schwenzer and Peter Schlectriem (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)* (1st edn, Oniki Levha 2015) Art 45 Para 12. Ancak teslim edilmesi istenen malların ayıplı çıkması durumunda bedelde indirim istenmesi şeklinde ardı ardına kullanılabilir. Christiana Fountoulakis, ‘Remedies for Breach of Contract Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods’ (2011) 12 (1) ERA Forum 7, 11.

<sup>45</sup>CISG md. 46 “(1) Alıcı, satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir, meğerki bu talebiyle bağdaşmayan bir hukukî imkândan yararlanmış olsun. (2) Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı ancak bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturması ve 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimini isteyebilir. (3) Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı, satıcıdan sözleşmeye aykırılığın onarım yoluyla giderilmesini isteyebilir; meğerki tüm koşullar gözönüne alındığında bu, makul olmayan bir talep oluştursun. Onarım talebi 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde yöneltilmelidir.”

<sup>46</sup>CISG md. 49 “Alıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: (a) Satıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa veya (b) Teslim etmeme durumunda satıcı, alıcı tarafından 47. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde malları teslim etmez veya verilmiş süre içinde bunları teslim etmeyeceğini açıklarsa. (2) Ancak, satıcının malları teslim ettiği hallerde alıcı, sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkını yitirir; meğerki (a) gecikmiş teslim halinde, teslimin yapıldığını öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun, (b) gecikmiş teslimden farklı bir sözleşmeye aykırılık halinde, (i) bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren; (ii) alıcı tarafından 47. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş herhangi bir ek sürenin geçmesinden sonra veya satıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklamasından sonra; veya (iii) satıcı tarafından 48. maddenin 2. fıkrası uyarınca belirlenmiş sürenin tamamlanmasından sonra veya alıcının ifayı kabul etmeyeceğini açıklamasından sonra; sözleşmenin ortadan kalktığını makul bir süre içinde beyan etmiş olsun.”

<sup>47</sup>CISG md. 50 “Malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda semen ödenmiş olsun veya olmasın alıcı semeni, fiilen teslim edilen malların teslim anındaki değeri ile sözleşmeye uygun malların aynı andaki değeri arasındaki farkla orantılı olarak indirebilir. Ancak satıcı 37. veya 48. maddeler uyarınca yükümlülüklerinin ifasındaki bütün eksiklikleri giderirse veya alıcı, satıcının bu maddelere uygun olarak yaptığı ifayı red ederse, alıcı semeni indiremez.”

<sup>48</sup>CISG md. 45 “(2) Alıcı diğer hukukî imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez.”



etme hakkı saklıdır (CISG md. 74-77). Ancak tazminatın bir başka hakla beraber istenilmesi halinde, tazminat giderilemeyen zararın tazmini yerine geçer. Bu halde tazminat miktarı kullanılan hakkın kapsamına göre belirlenir zira uğranılan zarardan fazla tazminat talep edilmesi mümkün değildir.<sup>49</sup>

Ayrıca CISG md. 45/I (a)'daki atıf uyarınca; CISG md. 47'ye göre satıcıya ek süre tanınması ve CISG md. 48'e göre satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı bulunmaktadır. Öte yandan; malın bir kısmını teslim edilmiş veya teslim edilmiş malların yalnızca bir kısmının sözleşmeye uygun olması halinde CISG md. 51'de düzenlenen hukuki imkânlar ve CISG md. 52'ye göre; malların vadeden önce ya da kararlaştırıldan fazla miktarda teslim edilmesi halinde alıcının sahip olduğu malı reddetme hakkı satıcının sözleşmeyi ihlali halinde alıcıya tanınan imkânların düzenlendiği diğer hükümlerdir.

Alıcı tarafından sözleşmenin ihlali halinde satıcının sahip olduğu hukuki imkânlar da benzer şekilde düzenlenmiştir. CISG md. 61/I'in yaptığı atıf uyarınca<sup>50</sup>, satıcı CISG md. 62'ye göre aynen ifayı<sup>51</sup>, sözleşmenin esaslı ihlalinin varlığı halinde CISG md. 64'e göre<sup>52</sup>; sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Ayrıca CISG md. 61/II'ye göre<sup>53</sup>; bu imkânlarla birlikte veya tek başına tazminat talep hakkı saklıdır.

Tamamlayıcı hükümler olarak yanı sıra satıcı, CISG md. 63'e göre sözleşmenin ifası için alıcıya ek süre tanıyabilmekte ve CISG md. 65'e göre ise alıcının malların özelliklerini belirlememesi halinde bu belirlemeyi kendisi yapabilmektedir.

---

<sup>49</sup>Müller-Chen (n 44) Art 45 Para 25.

<sup>50</sup> CISG md. 61/I.

<sup>51</sup> CISG md. 62: “Satıcı alıcıdan semeni ödemesini, malları teslim almasını veya diğer yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir, meğerki bu taleplerle bağdaşmayan bir hukuki imkândan yararlanmış olsun.”

<sup>52</sup> CISG md. 64: “(1) Satıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: (a) Alıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa veya (b) Alıcı, satıcı tarafından 63. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde semeni ödeme borcunu yerine getirmez veya malları teslim almaz veya verilmiş süre içinde bunu yapmayacağını açıklarsa.”

<sup>53</sup> CISG md. 61/II: “(2) Satıcı diğer hukuki imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez.”

Ayrıca alıcı açısından CISG md. 45/III<sup>54</sup> ve satıcı açısından CISG md. 61/III<sup>55</sup> hükmüne göre ise, hakkı ihlal edilen tarafın sözleşme ihlali sebebiyle sahip olduğu hakları kullanmak istemesi halinde, mahkeme veya hakem tarafından karşı tarafa ek bir süre tanınamayacağı düzenlenmiştir.

Öte yandan, CISG md. 71'e göre; öne alınmış sözleşmeye aykırılıklarda alacaklı kendi ediminin ifasını askıya alabilmekte ve CISG md. 72'ye göre ise esaslı ihlal kriterlerini sağlaması halinde prensipte sözleşmeden dönebilmektedir.<sup>56</sup>

Bununla beraber CISG md. 73; art arda teslimli satım sözleşmelerinde sözleşmeden dönmeye ilişkin özel bir düzenleme içermektedir. CISG md. 74 muaccel hale gelen para borçlarında faiz istemi hakkını düzenlemektedir. CISG tarafından tanınan hukuki imkânlar tek taraflı irade beyanı ile kullanılabilir. Ayrıca CISG'de bu hakların kullanımını için herhangi bir zamanaşımı süresi düzenlenmiş değildir.<sup>57</sup>

### 3. İfa Engelleri Sistemini Etkileyen Hukuk Düzenleri

#### a. CISG ve “Common Law” İfa Engelleri Sistemi

*Common law* (İngiliz Anglo Sakson) hukuk sistemi, yasa metinlerinden ziyade ağırlıklı olarak içtihatlardan yararlanmaktadır. Bu özelliğinin doğal bir sonucu olarak da *common law* ifa engelleri sisteminde yasaların eksik yahut karmaşık olması gibi bir durumla karşılaşılmamaktadır.

---

<sup>54</sup>CISG md. 45/III: “Alıcı, sözleşmenin ihlâl edilmesi halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan birine başvurduğu takdirde, satıcıya, bir mahkeme veya hakem tarafından ek süre tanınmaz.”

<sup>55</sup>CISG md. 61/III: “Satıcı, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan birine başvurduğu takdirde, alıcıya, bir mahkeme veya bir hakem tarafından ek süre tanınmaz.”

<sup>56</sup>UNCITRAL *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (2016) Vienna 113, 114, >[www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)> Erişim Tarihi: 20.04.2021

<sup>57</sup>Uyuşmazlık halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanacak ulusal hukuka göre ya da BM Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Zamanaşımına İlişkin Antlaşmaya “Convention on the limitation period in the International Sales Of Goods” göre çözüm bulmak gerekmektedir. Müller-Chen (n 44) Art 45, Para 33.

*Common law* hukuk sistemlerinde, *civil law*'da kullanılan önceki/sonraki imkânsızlık, kusurlu/kusursuz imkânsızlık, temerrüt, ayıba karşı tekeffül gibi ayrımların bir işlerliği kalmadığından, bu anlamda *common law* sistemini benimseyen CISG ifa engelleri sisteminde de bu ayrımlara yer verilmediği dikkati çekmektedir. Nitekim davalarda hâkim; *civil law* hukuk sisteminin aksine sözleşmeye aykırılık yaratan duruma genel bir çerçeveden bakarak öncelikle ve sadece sözleşmenin ihlal edilip edilmediği sorusunun cevabını arar. Dolayısıyla imkânsızlık, temerrüt gibi sözleşmeye aykırılık yaratan sebepleri kategorize etmek yerine hangi sebepten gerçekleşmiş olursa olsun sözleşmenin ihlal edilip edilmediği ile ilgilenir.<sup>58</sup>

Bu ayrımlar bir bütün halinde, CISG'in "*sözleşmeye aykırılık*" kavramı içinde yer almaktadır. Benzer şekilde alıcı açısından da sözleşmesel yükümlülüklerin ihlali kapsamında bedelin ödenmemesi ya da malın teslim alınmaması hali de sözleşmeye aykırılık kapsamında bir bütün olarak değerlendirilmiştir.<sup>59</sup> O halde burada ortaya çıkan soru basit ve temeldir: "*Sözleşme ihlal edilmiş midir?*"

Bu yaklaşıma paralel olarak, sözleşme ile üstlenilen her türlü asli ve yan sözleşmesel yükümlülükler taraflar açısından garanti taahhüdü yaratmaktadır. "*Warranty*" olarak da adlandırılan bu taahhülle; borcun ifa edil(e)memesi, geç ifası ya da ayıplı ifası gibi durumlara hep aynı sonuç bağlanmaktadır.<sup>60</sup> Bu yönüyle hem ihlal yaratan sebeplerde hem de tazminat yaptırımının her daim kullanılabilmesi yönü ile<sup>61</sup> "yeknesak" bir sözleşmeye aykırılık sisteminin oluşturulmuş olduğu görülmektedir. CISG'in ifa engelleri sistemi bu yönüyle *common law* hukuk sisteminden esinlenilerek yaratıldığını söyleyebiliriz.

Bunun yanı sıra, *common law* hukuk sistemlerinde asli olarak tazminat yaptırımı benimsenmiş olup sözleşmeye aykırılık halinde aynen ifa talebi istisnaen varlığını korumaktadır. Sözleşmeye aykırılık kavramının bir çatı oluşturmasının doğal bir uzantısı olarak taraflar sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmedikleri zaman her

<sup>58</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 287, 288.

<sup>59</sup>Zeytin, *CISG* (n 2) 118.

<sup>60</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 281; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 225.

<sup>61</sup>CISG md. 74 ve md. 79.

halde tazminat sorumluluğu doğmaktadır. Nitekim sözleşme ile bir sonuç taahhüdü altına girilmekte olup garanti verilen sonucun yerine getirilmemesi halinde taahhüt; aynen ifanın sağlanmasına ilişkin değil, ortaya çıkan zararın giderilmesine ilişkin olmaktadır.<sup>62</sup>

Tazminat talebinin daimî yaptırım türü olarak benimsenmesi açısından common law hukuk sisteminden etkilenen CISG, tazminatın bazı hallerde sınırlandırılması açısından *civil law* hukuk sistemine yaklaşmıştır. *Common law* hukuk sistemlerinde asıl kural garanti sorumluluğu olduğundan tazminatın talep edilebilmesi için kusur sorumluluğu aranmamakta ancak öngörülemezliğin ispatı halinde tazminat sorumluluğunun ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Tazminatın doğması için *civil law* sistemlerinde yer bulan kast, ağır ve hafif ihmal kavramlarına *common law* hukuk sistemlerinde yer verilmemiştir.<sup>63</sup> Daha önce de belirtildiği gibi tazminatın doğması için borcun ifa edilmemiş olması tek başına yeterlidir. Bu yönüyle de CISG, *common law* hukuk sisteminin etkisi altında bulunmaktadır.<sup>64</sup>

## **b. CISG ve “Civil Law” İfa Engelleri Sistemi**

*Civil law* sistemi içerisinde yer alan İsviçre-Türk hukukunun en belirgin özelliği “sözleşmeye aykırılık” ya da “ifa engeli” şeklinde çatı bir kavram oluşturulmadan, somut olarak borca aykırılık türlerine yer verilmiş olmasıdır.<sup>65</sup> İfa engellerine ilişkin bu düzenlemenin merkezinde; borcun ifa edilmemesinin gerekçesinin, daha doğrusu türünün ne olduğu yer almaktadır.

Borcun ifa edilmemesi kavramı ise, hiç ifa etmeme ile gereği gibi ifa etmemeyi kapsamaktadır. Dolayısıyla yasa koyucu imkânsızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmemeyi başlıca ifa engeli olarak değerlendirmiştir. Satıcının edimi hiç ifa etmemesi, zamanında ifa etmemesi, ifa yerinden başka yerde ifa etmesi, sözleşmeye aykırı mal

<sup>62</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 288; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 218.

<sup>63</sup> Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 232.

<sup>64</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 291.

<sup>65</sup> Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 218.

teslimi, aliud ifa, hukuki ayıplı mal teslimi ya da taraflarca kararlaştırılan bir yükümlülüğün ihlal ediliyor olması gibi çeşitli ayrımlara yer verilmiştir.<sup>66</sup>

Dolayısıyla yükümlülüğün ihlal edilmesi sonucunu doğuran sebeplere göre bir ayrıma gidilmiştir. Şöyle ki, imkânsızlığın türü, temerrüt, sözleşmeye aykırılığı oluşturan eylem, olay ve/veya davranışlardan yola çıkılarak, hiç veya gereği gibi ifa etmeme (kötü ifa) çerçevesinden, zarar gören tarafa verilecek hakların türleri belirlenmiştir.<sup>67</sup> Yanı sıra, özellikle borca aykırılık kavramı yerine kullanılan imkânsızlık/temerrüt ikilisinden imkânsızlık kavramı önceki/sonraki imkânsızlık, kusurlu/kusursuz imkânsızlık gibi ayrımlarla Türk/İsviçre ifa engelleri sistemimizin merkezinde yer almaktadır.<sup>68</sup>

Borcun ifa edilmemesi sonucu uygulanacak yaptırımlar açısından da her iki sistem birbirinden ayrılmaktadır. Türk hukuk sisteminde imkânsızlık, kötü ifa ve temerrüt halinde alacaklıya tanınan haklara baktığımızda; alacaklı temerrüt halinde TBK md. 125 uyarınca aynen ifa ve TBK md. 112 gereğince tazminat hakkını kullanabileceği gibi özel hükümlerde düzenlenen TBK 227 uyarınca malın ayıplı teslimi halinde ise sözleşmeden dönme, bedelde indirim, ücretsiz onarım veya malın misli ile değiştirilmesi gibi farklı hukuki imkânlarla donatılmıştır.<sup>69</sup> Görüldüğü üzere, sözleşmeye aykırılık

---

<sup>66</sup> Kemal Oğuzman and Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1*, (19th edn, Vedat 2021) 395 vd; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (8th edn Oniki Levha 2022) 177 vd; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26th edn, Yetkin 2021) 1163 vd; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Burcuoğlu Akman and Atillâ Halûk Altop, *Borçlar Hukuku - Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993) 851; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, (25th edn Turhan 2021) 809 vd; İbrahim Kaplan, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümle*, (7th edn Yetkin 2021) 152

<sup>67</sup> Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme* (2nd edn, Vedat 2007) 237 vd; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35), Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 281, Sert (n 9) 33, Mehmet Can Açıkalin, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2014) 11.

<sup>68</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 395 vd, Serozan, *Genel Hükümler* (n 67) 178 vd; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1164; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 809 vd; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 218; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 281 vd; Rona Serozan, 'Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler' (2000) İÜHFİM, 58 (1-2) 231 231 vd, "Ancak Alman hukuk çevresinde borcun hiç ifa edilmediği hallere ve özellikle imkânsızlığa kanunda verilmiş olan bu yeri bugün gerekçelendirmek gittikçe zorlaşmaktadır. Zira günümüzde, borca aykırılık türlerinden kötü ifa ile çok daha fazla karşılaşmaktadır. Diğer yandan seri imalata ve dolayısıyla çeşit borcuna dayanan ekonomilerde imkânsızlık önemini büyük ölçüde yitirmektedir" Civil law hukuk sisteminde imkânsızlık/temerrüt ikilisi üzerinden ayırımın tarihsel süreci ile eleştirisi için bkz: Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 219 vd; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2). 281 vd.

<sup>69</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 398 vd; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 179,180; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1164; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 812; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 281; Mehmet

halinde uygulanacak yaptırım da yine ortaya çıkan sonuçlar üzerinden değil ihlale sebep olan olgular üzerinden belirlenmektedir.<sup>70</sup>

Borçlar Kanunu'nun Özel Hükümler bölümünde satım sözleşmesi yaptırımları olarak; ayba karşı tekeffül ve zapta karşı tekeffül hükümleri, kötü ifanın bir görünümü olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi ifa etmemenin sonuçları Türk Borçlar Kanununun tamamına karmaşık halde yayılmıştır. Dolayısıyla bütün sözleşmeler için ifa engelleri Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler bölümünde farklı farklı yerlerde ele alınmakla kalmamış ayrıca bazı özel sözleşme türleri için Borçlar Kanunu'nun Özel Hükümler bölümünde bir kez daha yer verilmiştir.<sup>71</sup> Dolayısıyla “yeknesak” bir ifa engelleri sisteminden bahsedilmesi mümkün görülmezken borca aykırılık çatısı altından toplanan bir sistemden de söz etmek mümkün değildir.<sup>72</sup>

Diğer bir ayrışma noktası da kusur sorumluluğuna ilişkindir. *Civil law*'da uygulanacak yaptırımın niteliğinin belirlenmesinde kusur sorumluluğu esası uygulanmaktadır.<sup>73</sup> Şöyle ki temerrüt ve imkânsızlık kavramları merkezinde dönen bu sistemde tam bir tatmin sağlamak amacıyla aynen ifa ilk planda tercih edilmektedir. Ancak aynen ifanın sağlanamaması durumunda tazminat, bedelin indirilmesi veya dönme yaptırım yollarına

---

Akçaal, ‘İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı’nda (or. 2020) İfa Engellerinin Şartları’, (2019) 68 (3) AÜHFD 529, 534.

<sup>70</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 282; Akçaal (n 69) 531; Açıkalin (n 67) 13.

<sup>71</sup>Haluk Tandoğan, *Özel Borç İlişkileri Cilt I/1* (6th edn Vedat 2008) 395 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler* (3rd edn, Turhan 2021), 58, 64, 74 vd; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (4th edn, Oniki Levha 2019); Cevdet Yavuz, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler*, (16th edn, Beta Kitapevi, 2019), 64, 73 vd; Aydın Zevkliler and Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* (21st edn Vedat 2021) 133 vd, 144 vd; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Kısa Ders Kitabı* (5th edn, Filiz 2020) 52 vd, 62 vd; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler* (9 th edn, Yetkin 2021) 69 vd, 79 vd; Fahrettin Aral and Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* (14th edn, Yetkin 2021) 113 vd, 122 vd; Atamer, İfa Engelleri (n 35) 222.

<sup>72</sup>Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 193; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 282; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 221.

<sup>73</sup>Sözleşmeyi ihlal eden tarafın sorumluluğunun tespiti için kusur ve imkânsızlık araştırması yapılması bir takım uygulama güçlükleri içerir dolayısıyla bu yönde yapılacak araştırma süreci milletlerarası ticaret hayatının ihtiyaç duyduğu hıza cevap verebilecek bir ortam yaratmaktan uzak görülmektedir. İfa engellerinin Türk Hukukundaki eleştirilerini haklı çıkaran CISG’de benimsenen bu sade, pratik ve ifa engelleri düzenlemesidir. Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 192 vd.

başvurulabilmektedir. Kusur sorumluluğunun rolü ise sadece bu yaptırımlardan tazminat sorumluluğu ile sınırlı kalmaktadır.<sup>74</sup>

Şöyle ki, aynen ifa talebi yahut sözleşmeden dönme yolunun seçilebilmesi için sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusuru aranmazken, tazminat sorumluluğu için kusur şart koşulmaktadır. Borçlunun kasten kusurlu davranışı ile sözleşmeyi ihlali ise sadece tazminat miktarının belirlenmesi sonucunu doğurur. Kusursuzluğun ispatında ise sorumluluğun azalması hatta ortadan kalkması mümkün olmaktadır.<sup>75</sup>

CISG sisteminde ise; tazminat yaptırımının uygulanması için kusur şart koşulmamış, yaptırımların hangisinin uygulanabileceğinin merkezine ihlalin esaslı olup olması kavramını alınmıştır. Öyle ki, bazı yaptırımların uygulanması ihlalin esaslı olması şartına bağlanmış olup *civil law* hukuk sistemlerine tamamen yabancı bir yapı yaratılmıştır.<sup>76</sup>

*Civil law* hukuk sisteminde genel olarak benimsenmiş olan ifa engelleri sistemindeki bu karmaşık yapı son dönemlerde reformist ülkeler tarafından yeniden gözden geçirilmekte ve CISG'in de öncülük ettiği yönde bütünsel bir yapı kazandırılmaya çalışılmaktadır.<sup>77</sup>

---

<sup>74</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 398, 399, 407, 434, 504 vd; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 564 vd; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 225 vd. Eleştirisi: "Borçlar genel ve özel hükümleri arasındaki kordine eksikliğini tazminat sorumluluğunun kusura bağlı olduğu ilkesi düzenlenmesinde de görülmektedir. Zira satım sözleşmesi gibi ciddi şekilde Roma hukukunun etkisinde gelişmiş olan bir alanda tamamen tarihsel sebeplerle hem zapt hem de ayıptan doğan sorumlulukta doğrudan zararlar için bir garanti sorumluluğu kabul edilmekte bir başka deyişle kusurdan bağımsız olarak tazminat talep hakkı tanınmış olmaktadır.

<sup>75</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 410, 431, 504; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 66) 962; Sert (n 9) 39 vd, Atamer 'İfa Engelleri' (n 35) 225.

<sup>76</sup> Yeşim M Atamer, 'Taşınır Satımı Sözleşmesi' in Murat İnceoğlu eds, *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu* (2012) 215; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 194; Sert (n 9) 33; Açıklan (n 67) 13.

<sup>77</sup> Serozan, 'Alman İfa Engelleri' (n 68) 232; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 289. Ayrıca bu reformların diğer örneklerini oluşturan PECL ve PICC'de de benzer anlayış kabul görmüştür. Bunun yanı sıra, Alman Medeni Kanunu BGB'de 2002'de yapılan değişiklikle, Hollanda Medeni Kanununda (WB) yapılan reform ve Avrupa Birliği Tüketici Satımlarına dair 1999/44 sayılı Yönerge diğer örnekler olarak gösterilebilir. Bu değişiklikler neticesinde imkânsızlık yerine gelen temel ifa engelleri kavramı, "*yüküm ihlali*" olmuştur. (BGB § 280). Böylece ifa engellerinin türlerine ilişkin ayrımlar terk edilmiştir. Yüküm ihlali kavramı ile hiç ifa etmeme, geç ifa etme, kötü ifa etme, asli edim yükümü ihlali, davranış yükümü ihlali gibi kavramlar tek bir çatı altında toplanmış olmaktadır. Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 227; Yeşim M Atamer, 'Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Türkiye' (2006) 8(10) Hukuki Perspektifler Dergisi, 158, 162. Ece Baş, 'Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu'

#### 4. İfa Engelleri Sisteminin Temel Prensipleri

CISG'in temel prensiplerine baktığımızda, ifa engelleri özelinde *common law* hukuk sisteminin etkisinin daha büyük olduğunu söylemek yanlış olmaz. Nitekim sözleşmeye aykırılığı çatı bir kavram olarak düzenlemiş, ihlale sebep olan ayrımlara yer vermemiş ve sistemin devamını borca aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar merkezinde kurmuştur.

Bu yaptırımlar garanti sorumluluğunun ekseninde toplanmıştır. *Common law*'ın etkilerinin açık olduğu bu sistemde taraflar sözleşme serbestisi kapsamında üstlendikleri ve üstlenmek istedikleri riskleri belirleyebilmekte ancak bunun doğal uzantısı olarak üstlendikleri risklerin sorumluluğunu istisnai haller dışında kusur aranmaksızın üzerlerine almaktadırlar. Öngörülebilirlik kıstası sorumluluğunun sınırlarının çizilmesinde ana unsur olmaktadır.

Tazminat birinci ve daimî yaptırım türü olmakla birlikte, ihlalin belirli ağırlıkta ve önemli olması halinde bu ihlal “esaslı” kabul edilecektir. Esaslı ihlal sayılan durumlarda ayrıca alacaklıya sözleşmeden dönme veya malın yenisi ile değişimi talebi gibi seçimlik haklarını kullanma imkânı verilmiştir. Dolayısıyla esaslı ihlalin tespitinin ve yorumunun ifa engelleri sistemindeki yaptırımların belirlenmesinde birincil rol oynadığını ve esaslı/esaslı olmayan ihlal ayrımı üzerinden bu yaptırımları belirleme düşüncesinin daha en başından sözleşmeyi hazırlayanların temel düşüncesi olduğu söylenebilir<sup>78</sup>.

Bu nedenle esaslı ihlal kavramını sadece CISG md. 25 özelinde açıklamak CISG genelindeki önemini ortaya koymak için yetersiz kalacaktır. O halde aşağıda öncelikle CISG ifa engeli sisteminin temel prensiplerine yer verilerek, bu sistemin merkezinde yer alan esaslı ihlal kavramının da daha iyi anlaşılacağı kanısındayız.

---

(2013) 8 (Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı-özel sayı) Yaşar Üniversitesi Dergisi 623, 629; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 193,194.

<sup>78</sup>Leonardo Graffi, ‘Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention’ (2003) 3 International Business Law Journal 3, 338 (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>).> (Erişim Tarihi: 03.09.2021); Açıklan (n 67) 19-22.



### a. Daimî Tazminat ve Tam Tazmin İlkesi

CISG, *common law* hukuk sisteminin etkisinde, daimî olarak tazminat yaptırımını benimsenmiştir. Şöyle ki, zarar gören taraf CISG md. 79'da sınırları çizilmiş şekilde her daim tazminat yaptırımını talep edebilecektir. Ayrıca zarar gören taraf aynen ifa, bedelde indirim ya da malın tamiri taleplerini de belirli şartlar altında kullanabileceği gibi bu seçimlik haklarından yanı sıra her zaman uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilme imkânına da sahiptir.<sup>79</sup> Sözleşmenin ayakta tutulması ilkesinin doğal uzantısı olarak şartları daha ağırlaştırılmış olan özetle ihlalin esaslı olmasına bağlı kılınan sözleşmeden dönme ve malın benzeri ile değiştirilmesi gibi yaptırımların kullanılması sırasında da alacaklı duruma göre yine tazminat isteme hakkına sahip olacaktır.<sup>80</sup>

Yukarıda açıklandığı üzere tazminat yaptırımını diğer seçimlik haklara alternatif olarak doğmamıştır ve tekil bir yaptırım türü de değildir, diğer yaptırım türleri ile birlikte istenebileceği gibi ihlalin esaslı olması şartı da tazminat yaptırımının kullanılabilmesi için bir ön koşul olmamaktadır.<sup>81</sup>

Tazminat hakkının daimî olarak tanınmasının nedeni bir nevi denkleştirme yolunun bu şekilde sağlanacak olmasıdır. Nitekim, sözleşmenin ayakta tutulması esasının benimsenmiş olması nedeniyle sözleşmeye katlanmak zorunda kaldığı için zarara uğrayan tarafa, daimî olarak tazminat hakkı bu nedenle tanınmıştır.<sup>82</sup>

CISG sisteminde tazminatın denkleştirme amacına özgülenmiş olması nedeniyle<sup>83</sup>, tazminatın kapsamın ne olacağı hususu da CISG md. 74'te açıkça düzenlenmiştir. Buna

---

<sup>79</sup>Ulrich Magnus, 'CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma' in Yeşim M Atamer (eds), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (1st edn, Oniki Levha 2008) 288; Huber and Mullis (n 18) 257; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 70.

<sup>80</sup>Rona Serozan, 'CISG'a ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları' (2013) 70 (2) İÜHFİM 207, 210; Dayıoğlu, *Tazminat* (n18) 88; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 245.

<sup>81</sup>Huber and Mullis (n 18) 255.

<sup>82</sup>Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 73; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 245; Açıkalın (n 67) 21.

<sup>83</sup>Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 63.

göre; mahrum kalınan kar dahil olmak üzere ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararların toplamı ödenecek tazminat miktarını belirleyecektir.<sup>84</sup>

Bu madde ile CISG sisteminde “tam tazmin” (Totalreparation/full compensation/réparation integrale) ilkesinin<sup>85</sup> benimsenmiş olduğu görülmektedir. Tam tazmin hem fiili hem de yoksun kalınan karı kapsamaktadır. Sözleşme ile amaçlanan malvarlığının sözleşme yapılmadan önceki durumuna sokulması değil, sözleşme gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı uğranılmayacak olan zararların karşılanmasıdır.<sup>86</sup>

Türk/İsviçre hukuklarında menfi/müspet zarar<sup>87</sup> tanımlamaları ve ayrımları CISG sisteminde yer almamakla birlikte kıyaslandığında aranılanın müspet zarar olduğu ve alıcının ifa menfaatinin korunmasının amaçlanmış olduğu görülmektedir.<sup>88</sup>

Bununla birlikte, doktrinde alıcının menfi tazminat talep imkânının varlığı da kabul edilmektedir.<sup>89</sup> Şöyle ki; ifa menfaatinin korunması ilkesinin doğal uzantısı olarak, sözleşme ile ifaya olan güvenden doğan zararları talep etme ile bu menfaatinin de korunduğu söylenebilmektedir. Böylece, alıcının ifanın gerçekleşeceğine ilişkin güven ile yaptığı masraflar karşılanarak, sözleşme hiç yapılmamış olsaydı malvarlığının bulunacağı ekonomik durumu geri kazanması amaçlanmaktadır.<sup>90</sup>

Ayrıca CISG sistemi içerisinde, *common law* hukuk sistemlerinin kavramları olan mevcut ifa etmemeden doğan zararlar (non-performance damages), refakat eden zarar

---

<sup>84</sup>CISG md. 74 “*Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir.*”

<sup>85</sup>Yavuz Dayıoğlu, ‘CISG Kapsamında Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı’ in Sinan Okur (eds), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, (1 st edn, Adalet 2016) 299, 300; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 251; Açıklıkın (n 67) 23; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 73.

<sup>86</sup>Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 64; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 252.

<sup>87</sup>Türk hukukundaki Menfi/Müspet zarar ayrımı için bkz: Oğuzman and Öz (n 66) 412 vd; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1195,1196; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 932 vd.

<sup>88</sup>Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 73, İsviçre-Türk borçlar hukukunun en temel ayrımlarından biri olarak kabul göre menfî zarar- müspet zarar ayrımı ve “ifa yerine müspet zarar” kabulünün göreceliliği ve bu ayrımlar hakkında eleştiriler için: Rona Serozan, ‘Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrehendo’ (1990) 15 (18) İÜMHAD 27, 29 vd; Atamer, İfa Engelleri (n 35) 252.

<sup>89</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 253.

<sup>90</sup>Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 66; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 236.

(incidental damages), devam eden zarar (consequential damages) ayırımlarına yer verilmemiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi ihlal sebebiyle uğranılan tüm zararların (fiili ve yoksun kalınan) yanında fiili zarara refakat eden ve devam eden zararlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir<sup>91</sup>.

Tazminat sorumluluğu esas kabul edilmekle birlikte, bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığı veya tipik bir sözleşme riskinin gerçekleşmediğinin ispatı halinde borçluya sorumluluktan kurtulma imkânı verilmiştir.<sup>92</sup> Şöyle ki, borçlu sadece öngörebileceği zararlardan sorumlu kılınmıştır. Buna göre; öncelikle borçlunun sözleşme ihlalinden sorumlu olup olmadığı tespiti yapılmakta, sorumlu olduğu kanısına varıldığı takdirde ise bu ihlalin oluşmasını öngörüp öngöremeyeceği araştırmasına girilmektedir.<sup>93</sup> CISG md. 74 ve 79'da sınırlarının çizildiği üzere borçlu öngöremediği ve makul bir kişinin de öngöremeyeceği, kendi kontrol alanı dışında gerçekleşmiş engelleyici bir durum sebebiyle oluşan zararlardan sorumlu tutulamayacaktır.<sup>94</sup>

Borçlu öngörülemez ve önlenemez bir olgu nedeniyle sözleşmeyi ifa edememişse sorumlu tutulması mümkün olmayacağından tazminat sorumluluğundan da kurtulmaktadır. Ancak böyle bir kurtuluş kanıtı getiremediği için tazminat ödemek zorunda kalması halinde, öngörülebilirlik sınırlaması sayesinde tazminat miktarının indirilmesi imkânından faydalanabilecektir. Öngörülebilirlik kuralı adeta (kusursuz) garanti sorumluluğu esasının tamamlayıcısı niteliğindedir.<sup>95</sup>

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki; borçlunun tazminat sorumluluğunun sınırı sözleşmenin kurulması sırasında söz konusu ihlalin olası sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gereken (öngörmesi gereken) zararı aşmayacaktır. Bu istisnai durumlar dışında herhangi bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkan zararların tazmin edilerek giderilmesi daimî yaptırımdır. Ayrıca bir kez

---

<sup>91</sup>Dayioğlu, *Tazminat* (n 18) 87; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 425.

<sup>92</sup>Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 235, 236.

<sup>93</sup>Ayşe Elif Ulusu, *Milletlerarası Mal Satımına ilişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçları Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi* (1st edn, Beta 2011) 28

<sup>94</sup>CISG md. 74, md. 79.

<sup>95</sup>Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 254.

daha belirtmekte yarar var ki, CISG md. 79'un getirdiği sınırlandırmalar sadece tazminat yaptırımını ile ilgili olup diğer seçimlik hakların kullanılması bu sınırlamalardan muafır.

## **b. Kusur Kavramı ve Kusursuz Sorumluluk Esası**

CISG, *common law* hukuk sisteminin etkisinde kalarak sözleşmesel yükümlülükleri (kusursuz) garanti sorumluluğu kapsamında değerlendirmiş ve bu taahhüdün yerine getirilmediği her halde, satıcının kusurlu olmasını aramaksızın, sözleşmenin ihlal edildiğini kabul etmiştir.<sup>96</sup> Bunun doğal bir sonucu olarak, Türk/İsviçre hukukunda bulunan kusur kavramına CISG'in hiçbir maddesinde yer verilmemiştir.<sup>97</sup>

Sözleşmeye aykırılık halinde alıcıya aynen ifa, malın yenisi ile değiştirilmesi, bedelde indirim veya malın tamirini seçme hakkı kusurdan bağımsız olarak tanınmıştır. Yine kusur aranmamakla birlikte ihlalin esaslı olması şartına bağlı olarak malın yenisi ile değişimini talep etme ve sözleşmeden dönme seçimlik haklarını kullanma hakkı da kusurdan ari tutulmuştur.<sup>98</sup> Aslında sorumluluğun ortadan kalkması için sözleşmeye aykırılık hükümlerinde olduğu gibi, yeknesak bir düzenlemeye gidilmiş ve ayırım yapılmaksızın kusur, yaptırımların kullanılabilmesi için bir şart olarak aranmamıştır.<sup>99</sup>

Bununla birlikte, kusur şartının aranmadığı bu sistemde dahi, borçluya tazminattan kurtuluş imkânı getiren birtakım düzenlemelere yer verilmiştir.<sup>100</sup> Yukarıda sayılan seçimlik hakların yanı sıra alıcının tazminat talep etme hakkı bulunmakla birlikte, diğer seçimlik hakların kullanılmasından farklı olarak tazminat hakkının kullanılması istisnai olarak sınırlandırılmıştır.<sup>101</sup> Nitekim bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığı veya tipik bir

---

<sup>96</sup>Bernstein Lookofsky, 'Understanding the CISG in Europe' (3rd edn, Kluwer Law International 2008) 117.

<sup>97</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 291; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 235; Sert (n 9) 82. Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 28.

<sup>98</sup>Müller-Chen (n 44) Art 45 Para 8; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 326.

<sup>99</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 314, Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 29.

<sup>100</sup>Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 29.

<sup>101</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 291.

sözleşme rizikosunun gerçekleşmediğinin ispatı halinde tazminat sorumluluğu doğmayacaktır.<sup>102</sup>

Ancak kurtuluş kanıtının kullanılabilmesi ise birtakım şartlara bağlanmıştır. Şöyle ki, sözleşmeye aykırı davranışın, tarafın etki alanı dışında kalan bir engel olması, bu engelin “sözleşmenin kurulma anında” hesaba katılmasının mümkün olmaması (öngörülemezlik) ve aşılamaması (kaçınılmazlık) gerekmektedir.<sup>103</sup> Ayrıca engelin aşılmasından itibaren karşı tarafa makul süre içerisinde bildirim yapılması aranmaktadır.<sup>104</sup>

Diğer bir önemli husus ise, taraflardan birinin sözleşme ihlali yaratacak durumu bilmesi ancak bunu karşı tarafa bildirmemiş olması halinde sorumluluğun ne şekilde düzenleneceğidir. Nitekim eğer ihlali yapan taraf bu ek rizikoları biliyor olsa idi sözleşmeyi hiç yapmayacak yahut bir sorumsuzluk kaydı ya da sigorta sözleşmesi ile kendi zararını önleyebilecek idi ise sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu zararlardan sorumlu tutulması mümkün görülmemektedir.<sup>105</sup>

Genel anlamda diyebiliriz ki, CISG ifa engellerinin kusurdan bağımsız düzenlemeleri gereği, gerekli öngörülebilirlik bulunamayan taraf meydana gelen olumsuzluğa katlanmak durumunda kalacaktır. Bu nedenle taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında basiretli bir tacirden beklenen ölçüde öngörülür olarak ve gerekli risk faktörlerini iyi değerlendirerek

---

<sup>102</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35)235-236.

<sup>103</sup>Sözleşme kasten ihlal edilmiş olsa dahi öngörülebilirlik kuralı gereğinde sorumluluk sınırlandırılmaktadır. ATAMER’e göre; öngörülebilirlik; sözleşmenin kurulma anı esas alınarak belirlendiğinden, borçlunun kusurlu olup olmadığı değerlendirmesindeki özen yükümlülüğünün ihlal edildiği ana göre saptama yapılmasını gerektirdiğinden kusur araştırması hatalı olacaktır. Ancak buna rağmen hukuk uyumlaştırması metinlerinde bu konuda bir farklı yaklaşımlar kabul edilmiştir. CISG ve PICC öngörülebilirlikte kusuru dışlar. İhlal edenin hiçbir şekilde öngörülmesinin mümkün olmadığı olağanüstü bir zarardan sadece sözleşmeyi kasten ihlal ettiği için sorumlu tutulması aslında etik düşüncelerin sözleşme hukukuna dahil edildiği anlamına taşır. Bunu yapmayan CISG ve PICC’nin çözümleri bu açıdan üstün tutulması gerektiği yönünde; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 254.

<sup>104</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 236.

<sup>105</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 254.

ayrıca kendileri için önem arz eden konuları da açık şekilde masaya yatırarak “risk paylaşımını” dikkatli ve özenli şekilde gerçekleştirmelilerdir.<sup>106</sup>

### c. Yeknesak Sözleşmeye Aykırılık Anlayışı

CISG, sözleşmeye aykırılık yaratan duruma genel bir çerçeveden bakarak öncelikle ve sadece sözleşmenin ihlal edilip edilmediği sorusunun cevabını arar. Daha öncede belirtildiği üzere, imkânsızlık, temerrüt, ayıp, sözleşmenin müspet ihlali gibi aykırılık yaratan sebepleri kategorize etmek yerine, hangi sebepten gerçekleşmiş olursa olsun sözleşmenin ihlal edilip edilmediği aranan tek cevaptır.<sup>107</sup>

O halde CISG’in, *common law* hukuk sisteminin etkisi altında “yeknesak” bir sözleşmeye aykırılık sistemi benimsediği ve “sözleşmeye aykırılık” çatı kavramı altında, hukuki olgu aşamasında yapılmayan alt ayrımları, hukuki sonuç aşamasında yaptığı söylenebilir.<sup>108</sup>

Dolayısıyla sözleşme düzenine aykırı, gerçekleşmeyen her türlü ifa sözleşmeye aykırılığın türünden/sebebinden bağımsız olarak satıcının sorumluluğunu gerektirmekte, bu noktada hiçbir ayırım yapılmamakta, aynen ifa/bedelde indirim/dönme/tazminat gibi hukuki imkanlardan hangisine başvurulabileceği sorusunun cevabı aranırken alt ayrımlara gidilmektedir.<sup>109</sup> CISG kapsamında; doğrudan CISG hükümlerinden doğan yükümlülüklerin, taraflar arasındaki sözleşmeye hükümlerinin veya teamüllerin yerine getirilmemesi, asli ya da yan edim olmaları arasında ayırım gözetilmeden sözleşmenin ihlalini oluşturur.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup>Chengwei Liu, ‘The Concept of Fundamental Breach: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and case law’ (2nd edn, 2005) 9.

<sup>107</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2). 287; Öz, *CISG* (n 1) 12.

<sup>108</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 289-290.

<sup>109</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 290; Enderlein and Maskow (n 20) Art 45 Para 1; Robert Koch, ‘The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)’ (1999) *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* 177, 298.

<sup>110</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 298; Enderlein and Maskow (n 20) Art 45 Para 1.

Bu noktada öncelikli soru basitçe şu olmaktadır: Sözleşme ihlal edilmiş midir? Ve eğer ihlal edildiyse ihlalin sonuçlarının ağırlığı nedir? Verilen cevaba göre hangi yaptırımın uygulanabileceği belirlenecektir.<sup>111</sup>

O halde ihlalin görünüş şekilleri bakımından kabul edilen yeknesaklık prensibinin, ihlalin sonuçları açısından da benimsendiğini söylemek mümkün müdür? Şöyle ki, bütüncül yaklaşımın kısmen burada da sağlandığını söylemek mümkündür. Alacaklının hangi hukuki imkânı seçebileceği hususu, prensipte, ihlal edilen yükümlülüğün kaynağından veya sözleşme ihlalinin gerçekleşme sebebinden bağımsız olup sadece ihlalin sonuçlarının ağırlığı ile ilgilidir.<sup>112</sup>

CISG, bazı istisnaları dışında<sup>113</sup> aykırılık halinde yaptırım türlerinden hangilerine başvurulabileceği hususunda “esaslı ihlal” kriterini işaret etmektedir. O halde öncelikli olarak ihlalin ağırlığına (ciddiyetine) bakılarak ihlalin “esaslı bir ihlal” yaratıp yaratmadığı incelenecek, esaslı bir ihlalin tespiti halinde ise alacaklının kullanabileceği hukuki yaptırımlar belirlenecektir.<sup>114</sup>

<sup>111</sup>“Somut olarak tasvir etmek gerekirse; “satıcının temerrüdü sebebiyle alıcıya dönme hakkı verilmelidir” yaklaşımı yerine, “satıcı sözleşmeyi ihlal etmiştir, bu ihlal sebebiyle somut olayda alıcıya tazminat / sözleşmeden dönme / aynen ifa / semen tenzili haklarından hangisi veya hangileri tanınabilir?” yaklaşımı söz konusudur.” Serozan, *Dönme Sınırları* (n 80) 207.

<sup>112</sup>Müller-Chen (n 44) Art 45 Para 3; Jürgen Basedow, ‘Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG’ (2005) 30(3) *International Review of Law and Economics* 487-500, <http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-0019-C586-3>, Erişim Tarihi: 03.06.2021; Koch, *Fundamental Breach* (n 109) 298; Gerhard Lubbe, ‘Fundamental Breach Under the CISG: A source of Fundamentaly Divergent Results’ (2004) 68(3) *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law* <http://www.jstor.org/stable/27878460> (Erişim Tarihi: 05.05.2022) 444, 449-450. İtir Bingöl, *Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep: Türk Borçlar Hukuku'nda ve Viyana Satım Antlaşması'nda Mücbir Sebep* (1st edn, Yetkin 2011) 264, Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 45, Cansu Kaya, *CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu* (1st edn, Oniki Levha 2012) 46, Sarıkaya (n 37) 9.

<sup>113</sup>Şöyle ki; bedelden indirim hukuki imkânına başvurabilmek için öncelikle sözleşmeye aykırı mal teslim şartı aranır. Getirilen diğer istisna ise; malların teslim edilmemesi halinde alıcının ek süre vermek yoluyla sözleşmeden dönebilmesini düzenleyen CISG md. 49/I/b ve alıcının bedeli ödememesi veya malları teslim almaması halinde satıcının ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönmelerini düzenleyen CISG md. 64/I/b hükmüdür. Öz, *CISG metni* (n 1) 13; Sarıkaya (n 37) 10.

<sup>114</sup>Sözgelimi; “Satıcı temerrüde düşmüştür o yüzden alıcının dönme hakkı vardır” şeklinde bir mantık yürütülmemekte; “satıcının ifa etmemesi sözleşmenin esaslı ihlali anlamına gelmektedir, o yüzden alıcının dönme hakkı vardır.” şeklinde soruna yaklaşılmaz.” Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 232-233, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 290.

Görüldüğü üzere, İsviçre-Türk hukuk sistemine yabancı olan bu kavram yeknesak sözleşmeye aykırılık sisteminin kilit kavramı olup, içeriğinin saptanması hususunda Fransız Hukukunun etkileri görülmekle birlikte büyük ölçüde *common law* hukuk sisteminin bir uzantısıdır<sup>115</sup>.

Nitekim ifa engelleri sisteminin temel özelliklerinin anlaşılması da konumuz açısından bu noktada değerlidir. Zira ihlalin esaslı olduğunun tespiti halinde alacaklının elindeki hukuki imkânlar değişmektedir. Bu konu ileride detaylı olarak inceleneceğinden burada sadece ifa engelleri prensipleri temelinde konuya değinmekle yetiniyoruz.

#### **d. Aynen İfa Talebinin Nitelikli Konumu**

CISG sözleşmeye aykırılık halinde, alıcının ifayı talep hakkına nitelikli bir konum kazandırarak, aynen ifa talebini asli talep olarak gören *civil law* sistemi ile aynen ifayı istisnai ve takdiri bir yaptırım olarak gören *common law* sistemi arasında bir köprü kurmuştur.<sup>116</sup> Bu yaklaşımla, *common law* hukuk sisteminde birincil yaptırım türü olarak görülen tazminat talebinden uzaklaşarak, *civil law* hukuk sisteminin kabul ettiği şekilde aynen ifa talebini hukuki imkânların merkezine almıştır.<sup>117</sup> CISG aynen ifa talebine nitelikli bir konum kazandırdığı bu yönüyle, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesini temel alan<sup>118</sup> *civil law* hukuk sistemine yaklaşmıştır.<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup>Basedow (n 112) 490; Ulrich Magnus, ‘The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG- General Remarks and Special Cases (2005-2006) 25, Journal of Law and Commerce 423, 424; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 287, 290.

<sup>116</sup> Başak Başoğlu, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi* (1st edn, Oniki Levha 2012) 16; *civil law* sisteminde sözleşmeye aykırılık halinde borcun muaccel olması ve ifasının mümkün olması koşuluyla aynen ifa asli bir talep olarak düzenlenmiştir. Zira bu sistemde aynen ifa bir yaptırım olarak değil alacaklının sözleşmeden kaynaklanan bir hakkı olarak kabul edilir. Öte yandan *common law* hukuk sistemlerinde ise aynen ifa ancak istisnai bir yaptırım olarak düzenlenmiştir zira sözleşmeye aykırılık halinde getirilen yaptırımlar, alacaklının sözleşmenin ifa edilmiş olması halinde elde etmeyi beklediği maddi beklentilerin karşılanmasını hedef almaktadır. Aynen ifaya hukuk sistemlerindeki farklı yaklaşımlar için bkz: Başak Başoğlu, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Aynen İfa ve Bunun Tarihsel Arka Planı’ in Sinan Okur (eds), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)* (1st edn, Adalet 2016) 337, 339 vd.

<sup>117</sup> Başoğlu, ‘Aynen İfa Tarihsel Arka Planı’ (n 116) 338.

<sup>118</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 208; Başoğlu, ‘Aynen İfa Tarihsel Arka Planı’ (n 116) 339; *Common law* sisteminde, ahde vefa ilkesine *civil law* hukuk sistemine göre daha az önem verilmektedir. Zira sözleşmeyi ihlal etmenin ekonomik açıdan etkin olması halinde bunun sözleşme taraflarına bir hak olarak tanınmasına olanak sağlayan ve birincil yaptırım olarak tazminatı kabul eden bir sistemde ahde vefanın



Aynen ifa, genellikle her iki hukuk sistemi arasındaki en önemli farklılık olarak nitelendirilir. *Civil law* hukuk sisteminde öncelikli yaptırım olan aynen ifa talebi, *common law* sisteminde hakkaniyete uygun bir yaptırım (*equitable remedy*) olarak ancak tazminatın, aynen ifa kadar *tam, uygun ve sade* bir yaptırım teşkil etmemesi durumunda ikincil olarak gündeme gelebilmektedir.<sup>120</sup>

Aynen ifa, bir yandan borcun hiç ifa edilmemiş olduğu hallerde borcun ifası talebini, diğer yandan da malın sözleşmeye uygun olmaması durumunda, bunun değiştirilmesi veya onarılması talebini kapsamaktadır.<sup>121</sup> Daha önce incelendiği üzere, ifa etmeme durumunda, alıcı ve satıcının aynen ifa talebi, CISG md.45/I ve CISG md. 61/I (a)'da ilk hak olarak düzenlenmiştir.

Diğer yandan CISG, aynen ifanın talep edilebilmesi imkânını sınırlandırarak *civil law* ile *common law* hukuk sistemi arasında hedeflediği uzlaşmacı anlayışının bir görünüm biçimini ortaya koymak üzere, aynen ifa talep imkânını CISG sisteminde sınırlandırılmıştır.<sup>122</sup>

Buna göre; alıcı açısından CISG md. 46'da, satıcı açısından CISG md. 62'de açıklandığı üzere; aynen ifa yerine, aynen ifa ile bağdaşmayan bir yaptırım türünün seçilmesi halinde, aynen ifa yaptırımının kullanılması imkân bulamayacaktır.<sup>123</sup> “Aynen ifa talebiyle bağdaşmayan bir hukuki imkân” ifadesiyle sözleşmeyi hazırlayanların

---

temel ilke olmayışı anlaşılabilir. Baş (n78) 627. Öte yandan, *civil law* hukuk sisteminde ahde vefa ilkesi gereğince kendi iradesiyle bir borç altına giren kişinin bu sözleşmeye bağlı kalmayı amaçladığı ve borcu yerine getirmesi beklenen olmaktadır. Alman hukukunda bu nedenle alacaklının sözleşmeden kaynaklanan bir hakkı olarak kabul edilen aynen ifa bir yaptırım olarak değil borcun belkemiği olarak kabul edilir. Başoğlu, ‘Aynen İfa Tarihsel Arka Planı’ (n 116) 340.

<sup>119</sup>Huber and Mullis (n 18) 181; Enderlein and Maskow (n 20) 176; Zeller, *Unification* (n 8) 55, Erdem Ercüment, ‘Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Vienna Satım Sözleşmesi)’ (1992) 54(3) Batider 35, 77; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 27, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 363.

<sup>120</sup> Başoğlu, *Aynen İfa* (n 116) 17.

<sup>121</sup>Huber and Mullis (n 18) 185; Peter Huber, ‘CISG-Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları’ in Yeşim M. Atamer (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (Oniki Levha 2008) 271; Başoğlu, *Aynen İfa* (n 116) 222.

<sup>122</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 322, Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 28, Açıklık (n 67) 25, Baş (n 77) 635.

<sup>123</sup> Huber and Mullis (n 18) 185, Başoğlu, ‘Aynen İfa Tarihsel Arka Planı’ (n 116) 353.

zihninde, esaslı ihlalin varlığı halinde dönme hakkının kullanılması ya da bedel indiriminin talep edilmesi gibi hukuki imkânlar olduğu aşikârdır. O halde esaslı bir ihlal halinde, aynen ifa yerine diğer yaptırımların seçilmesi halinde, artık aynen ifayı talep imkânı doğmayacaktır.<sup>124</sup> Ancak burada tazminat yaptırımını ayrı değerlendirmek gerekir zira bütünlük menfaatine ilişkin tazminat aynen ifa ile birlikte istenebileceğinden ifa ile bağdaşmayan bir talep olarak nitelendirilemez.<sup>125</sup>

Diğer bir sınırlama ise, ifa etmeme durumuna ilişkin emredici olmayacak<sup>126</sup> şekilde md. 28’de açıkça düzenlenmiştir.<sup>127</sup> Her ne kadar CISG md. 46 ve md. 62’de hem alıcının hem de satıcının aynen ifayı talep etme hakkı düzenlenmişse de, aynen ifaya hükmedilebilmesi için CISG md. 28’in de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Öyle ki, aynen ifa talebinin kullanılabilmesi için; uyumsuzluğa bakan hâkimin hukukuna (lex fori)’ye göre de aynı ya da benzer durumlarda aynen ifaya hükmedilebiliyor olması gerekmektedir.<sup>128</sup>

Başka deyişle; tazminat yaptırımı yine başvurulması gereken ilk yaptırım olmakla birlikte somut olayda tatmin edici bir sonuç doğurmuyorsa ve aynen ifa talebi daha yerinde olarsa, hakkaniyet gereği, hâkimin takdiri ile uygulama alanı bulacaktır.<sup>129</sup> *Lex fori*’ye yer verilmiş olması<sup>130</sup> CISG’in yeknesak bir uygulama hedefleyen yapısı ile

<sup>124</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 370; Erdem, ‘Viyana Satım Sözleşmesi’ (n 119) 35,36; Baş (n 77) 635. İmkansızlık ve aşırı ifa güçlüğü halinde aynen ifa talebinin ileri sürülebilirliği ile ilgili detaylı bilgi için bkz: Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 370 vd; Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (4th edn, Onikilevha 2020) 72; Fatih Gündoğdu, ‘Birleşmiş Milletler Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Viyana Konvansiyonuna Göre İmkansızlık ve Hukuki Sonuçları’, (2011) 10(2) İÜHFD 331, 339 v.d

<sup>125</sup>Başoğlu, *Aynen İfa* (n 116) 224; Huber, ‘CISG’ (n 121) 272.

<sup>126</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 58; Zeytin, *CISG* (n 2) 162-167; Baş (n 77) 624.

<sup>127</sup>CISG md. 28’e göre, “*Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahip ise, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür.*”

<sup>128</sup>Başoğlu, *Aynen İfa* (n 116) 221.

<sup>129</sup>Baş (n 77) 633.

<sup>130</sup>Bu hükme ilişkin ilk eleştiri; mahkemelerin kendi hukuklarına yapılan atfın doğrudan yetkili mahkemenin iç hukukuna mı (lex fori) yoksa yetkili mahkemenin kanunlar itilafı kuralları uyarınca sözleşmeye uygulanacak hukuka mı (lex causae) yapılacağı yönünde sorunun cevaplanmasındaki güçlük oluşturur. Öğretide CISG’in lex Causae’ya atf yaptığı durumlarda, bu husus açıkça belirtildiğinden 28. maddede lex fori’ye atf yapıldığı kabul edilmektedir.” Başoğlu, *Aynen İfa* (n 116) 236, 237.

örtüşmemektedir. Buradaki amacın yukarıda ifade ettiğimiz gibi, CISG md. 28 ile her iki hukuk sistemi arasında bir çözüm yolu arayan uzlaştırma çabası olduğu söylenebilir.

Ancak günümüz ekonomilerinde, seri imalata ve çeşit borcuna dayanan üretimin artması ile uygulamada bu istisna kuralın düşünüldüğü gibi bir sorun doğurmayacağı ayrıca CISG’de düzenlenmiş diğer yaptırımların daha sık uygulanacağı beklentisi kabul edilmiştir.<sup>131</sup> Nitekim hızla işlemesi gereken ticari hayat karşısında aynen ifa talebinin karşılanması uzun zaman gerektirebilmektedir. Bu durum da zararın gün geçtikçe her iki taraf için de büyümesine neden olmaktadır. Bu nedenle tazminatın ana yaptırım olması ve tercih edilmesi birçok açıdan anlamlı bulunmaktadır.<sup>132</sup>

CISG açısından aynen ifanın görünümüne, esaslı ihlal kavramı ile ilgisi nedeniyle ayrıca değinmeyi yerinde gördük. Nitekim sadece satıcının yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde doğan tali ifa taleplerinin kullanımı, çeşitlerine göre esaslı ihlalin varlığı şartına bağlanmıştır.

#### **i. Aynen İfanın Görünüm Biçimi Olarak Yenisi ile Değişim Hakkı**

İfanın gerçekleştiği hallerde, teslim edilen malların sözleşmeye aykırılıklar taşınması halinde, CISG md. 46/2’ye göre, malın yenisi ile değiştirilmesi talebi aynen ifanın bir görünüm biçimi olarak doğmaktadır.<sup>133</sup>

CISG md. 46/2’ye göre malın yenisi ile değiştirilmesi tali bir aynen ifa talebi olup, malların sözleşmeye uygun olmaması,<sup>134</sup> aykırılığın CISG md. 25’teki esaslı ihlal

---

<sup>131</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2), Nayiri Boghossian, ‘A Comparative Study of Specific Performance Provisions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods’ (1999-2000) Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 23, <https://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk2/ftp03/MQ64262.pdf>, Erişim Tarihi: 23.06. 2021

<sup>132</sup>Alan Schwartz, ‘The Case for Specific Performance’ (1979) 89 (2) The Yale Law Journal 271, 271, Baş (n 77) 648.

<sup>133</sup>CISG md. 46 f. 2 uyarınca “*mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı ancak bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturması ve 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimini isteyebilir*”

<sup>134</sup>Müller-Chen (n 44) Art 46 Para 22; Ingborg Schwenzer, ‘Commentary on Art 35-41’ in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)* (1st eds, Oniki Levha 2015) Art 41, Para 20, Huber, ‘CISG’ (n 121) 275; Başoğlu, *Aynen İfa* (n 116) 231.

şartlarını taşıması, aykırılığın bildirimle ileri sürülmesi (CISG md. 39) ve bildirimden sonraki makul süre içerisinde talepte bulunulması şartlarına bağlanmıştır.<sup>135</sup> Ayrıca satıcının malın yenisini ile değişimi imkânının bulunması bir başka deyişle edimin ifasının imkânlı olması aranır.<sup>136</sup> Bu yöndeki tartışmalara üçüncü bölümde edimin temelli ifa edilmemesi başlığında yer verildiğinden burada değinmekle yetiniyoruz.<sup>137</sup>

Ayrıca malların sözleşmeye aykırı olması halinde, alıcının malların yenisi ile değişimi hakkını kullanabilmesi için ikinci fıkradaki istisnalar saklı olmak üzere, CISG md. 82/I uyarınca malların iadesinin mümkün olması gerekir.<sup>138</sup> Diğer yandan, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme imkânının varlığının değerlendirilmesi gerekir.<sup>139</sup> Bunun yanı sıra, bu hakkı dışlayan başka bir seçimlik hakkın kullanılması,<sup>140</sup> ifa için satıcıya ek süre verilmesi halinde bu sürenin sonuna kadar seçimlik hakların askıda olduğu kabul edildiği süre boyunca beklenilmesi gerekmektedir.<sup>141</sup> Öte yandan, CISG md. 80 uyarınca sözleşmeye aykırılığa alacaklı sebep olduysa,<sup>142</sup> tartışmalı olmakla birlikte<sup>143</sup> CISG md. 79 uyarınca borçlunun denetimi dışında önlenmez ve öngörülenemez engeller

<sup>135</sup>TBK md 27'deki uygun araçlarla bildirim yapılması yeterli görülmektedir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 229, 377-380; Zeytin, *CISG* (n 2) 167; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 35; Müller-Chen (n 44) Art.46, Para 33; Başoğlu, 'Aynen İfa Tarihsel Arka Planı' (n 116) 348.

<sup>136</sup>Huber, 'CISG' (n 121) 274;Yücedağ (n 212) 175; Başoğlu, 'Aynen İfa Tarihsel Arka Planı' (n 116) 356.

<sup>137</sup>Bkz **Tez**: "CISG'de Edimin Temelli İfa Edilmemesi" 221 vd.

<sup>138</sup>CISG md 82/II uyarınca malların alıcı tarafından iadesinin zorunlu olduğu hallerin istisnaları düzenlenmiştir. Başoğlu, 'Aynen İfa Tarihsel Arka Planı' (n 116) 349.

<sup>139</sup>Konu hakkında detaylı bilgi ve tartışmalar için Bkz **Tez** "Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkının Esaslılık Üzerindeki Etkisi" 233 vd.

<sup>140</sup>Örneğin; dönme ya da bedelde indirim gibi seçimlik haklarının kullanılması.

<sup>141</sup>CISG md. 47 ve md. 63 uyarınca ek sürenin sonuna kadar hiçbir seçimlik hak kullanılamaz. Müller-Chen (n 44) Art 47 Para 14, Florian Mohs, 'Commentary on Art 53-65' in Ingeborg Schwenzer and Peter Schlechtriem (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)* (1st eds, Oniki Levha 2015) Art 62, Para 12; Gary F. Bell, 'Article 61-65' in Stefan Kröll, Loukas A Mistelis and Maria del Pilar Perales Viscacillas (eds), *UN Convention on Contracts tor the International Sale of Goods (CISG)* (CH Beck-Hart-Nomos 2011) Art 62, Para 8, Başoğlu, 'Aynen İfa Tarihsel Arka Planı' (n 116) 354.

<sup>142</sup>Müller-Chen (n 44) Art 46 Para 11; Ingeborg Schwenzer, 'Commentary on Art 80' in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)* (1st eds, Oniki Levha 2015) Art 80 Para 08; Yeşim M Atamer, 'Article 79-80' in Stefan Kröll, Loukas A Mistelis and Maria del Pilar Perales Viscacillas (eds), *UN Convention on Contracts tor the International Sale of Goods (CISG)* (CH Beck-Hart-Nomos 2011) Art 80, Para 11, Başoğlu, 'Aynen İfa Tarihsel Arka Planı' (n 116) 355.

<sup>143</sup>Tartışmalar için **bkz** "Malın Yenisi ile Değiştirilmesi Talebi Halinde Aykırılığı Giderilmesi" 299.

varsa malın yenisi ile değişimi seçimlik hakkının kullanılmasının sınırlandırıldığı kabul edilmektedir<sup>144</sup>. Malın yenisi ile değişim hakkına, bahsi geçen konuların ilgili bölümlerinde değinilmeye devam edilecektir.

Özetle, esaslı ihlalin varlığına dayanarak dönme hakkının kullanılmasında olduğu gibi, malın yenisiyle değiştirilmesini talebi de, ihlalin esaslı olması koşuluna bağlanmıştır.<sup>145</sup> Nitekim uluslararası satışlarda malın iade edilmesi ve satıcı tarafından yenisinin gönderilmesi uzun, masraflı ve ek rizikoları barındıran bir süreç olduğundan sınırlandırılması ve sözleşmenin ayakta tutulmasının bu yolla sağlanmış olması mantıklı görülmektedir.<sup>146</sup> Zira ihlalin önemsiz olduğu durumlarda nimet-külfet terazisinde malları yenisiyle değiştirmek zorunda kalan satıcının masrafları daha fazla olabilmektedir.<sup>147</sup>

## ii. Aynen İfanın Görünüm Biçimi Olarak Onarım Hakkı

Aynen ifa talebinin bir başka görünümü olan onarım hakkı; CISG md. 46/III uyarınca malların sözleşmeye uygun olmaması halinde alıcıya tanınmakla birlikte ancak bu talebin makul olması ve ekonomik olarak tamirinin mantıklı olması halinde kabul edilmektedir.<sup>148</sup> Makul olma ölçütü, aslında tam da aynen ifanın yerinde olup olmadığına ilişkin hâkimin yapacağı yerindelik denetiminden başka bir şey değildir<sup>149</sup>.

Öte yandan, malın yenisi ile değişiminde olduğu gibi; bu talebin makul süre içerisinde ileri sürülmesi gerekir. CISG md. 39'a göre yenisiyle değişim talebinde olduğu gibi, onarım talebinde de alıcı satıcıya bahsi geçen şekil ve zamanda bildirim yapmalıdır.

---

<sup>144</sup>Huber and Mullis (n18) 193; Huber 'CISG' (n 121) 274; Başoğlu, 'Aynen İfa Tarihsel Arka Planı' (n 116) 356; Hayrinnüsa Özdemir, *Türk Borçlar Kanununa Göre ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayrıptan Doğan Sorumluluğun Şartları* (1st edn, Yetkin 2013) 182. TBK'da Aşırı ifa güçlüğü için ayrıca bkz Tez: s. 392 vd.

<sup>145</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 374; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 239.

<sup>146</sup>Baş (n 77) 636.

<sup>147</sup>Huber 'CISG' (n 121) 275.

<sup>148</sup>Müller-Chen (n 44) Art 46, Para 40; Baş (n 77) 636.

<sup>149</sup>Erdem, 'Viyana Satım Sözleşmesi' (n 119) 80; Baş (n 77) 636; Başoğlu, 'Aynen İfa Tarihsel Arka Planı' (n 116) 350. TBK md. 227/IV'de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Özdemir, *TBK ve CISG'e Göre Ayıp* (n 144) 339.

Ancak onarım talebinde, malın yenisiyle değişim talebinden ayıran en önemli farklılık; bu talebin CISG md. 25’de düzenlenen esaslı bir ihlal şartına bağlanmamış olmasıdır.<sup>150</sup>

#### e. Sözleşmeden Dönme Hakkının Sınırlandırılması

Sözleşmeyi sona erdirme hakkı (dönme)<sup>151</sup>, taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal ettiği durumda diğer tarafa sözleşme ilişkisinden çıkabilme imkânı tanımaktadır<sup>152</sup>. Ancak her türlü sözleşmeye aykırılık halinde bu hakkın kullanımına olanak verilmesi bazı sakıncalar doğurmakta olduğundan 19. yüzyıl sonrası kodifikasyon süreçlerindeki düzenlemelerle, tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdirilme olanağı, ulusal hukuk sistemlerinde özel durumlarla ve farklı yöntemlerle sınırlandırılmıştır.<sup>153</sup>

Genel olarak bakıldığında, dönme yaptırımının ulusal ve uluslararası sistemlerde genel olarak üç temel sebeple ve yine üç temel methodla sınırlandırıldığı görülmektedir.<sup>154</sup> Öncelikle sınırlandırma yaratan sebeplere sonrasında da sınırlandırma metotlarına bakarak, CISG’in aldığı konumu değerlendirmeye çalışacağız.

Bunlardan ilk sırada yer alan sebep; *civil law* sisteminde ahde vefa<sup>155</sup> ya da *common law* hukuk sisteminde sözleşmenin kutsallığı (sancity of contract) ilkelerinin ortak özelliği

<sup>150</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 380; Baş (n 77) 637; Başoğlu, ‘Aynen İfa Tarihsel Arka Planı’ (n 116) 350.

<sup>151</sup>CISG “sözleşmenin sona erdirilmesi” terimini kullanmış olmakla birlikte bundan sonra Türk/İsviçre hukukunda alışık olduğumuz “dönme” kavramı kullanılacaktır.

<sup>152</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 552 vd; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 177 vd, Serozan, *Dönme* (n 67) 237, 323 vd; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1160 vd; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 66) 751; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 836 vd, Aral and Ayrancı (n 71) 150, Zevkliller/Gökyayla (n 72) 133.

<sup>153</sup>Darren Peacock, ‘Avoidance and the Notion of Fundamental Breach Under the CISG: An English Perspective’ (2003) 4 (8) *International Trade and Business Law Review* 106, <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/IntTBLawRw/2003/4.html>, Erişim Tarihi: 11.10.2021; Magnus, ‘Avoidance’ (n 115) 425; Serozan, ‘Dönmenin Sınırları’ (n 80) 28 vd; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 246, CISG’te dönme yaptırımını sınırlandırılması için *common law* ve bir ölçüde Fransız hukukundan esinlenilmiştir. Huber ‘CISG’ (n 121) 270; Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafık Kusur)* (1st edn, Oniki Levha 2012) 344; Tülay Aydın Ünver and Hannes Rössler, ‘Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar’ (2008) 66 (1) *İÜHF*, 362; Başoğlu, ‘Aynen İfa Tarihsel Arka Planı’ (n 116) 53, Sert (n 9) 28.

<sup>154</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 394.

<sup>155</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 25, 208; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 343; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 273; Baysal, *Uyarlama* (n 124) 5. Türk/İsviçre hukukunda ahde vefa, yazılı olmayan temel ilkelerden biri

olan tarafların serbest iradeleri ile kurdukları sözleşme ilişkisini yine tarafların ortak iradeleri ile sona erdirilebileceğine olan yüzyıllardır kabul görmüş olan anlayıştır.<sup>156</sup> Taraflar henüz sözleşmeyi imzalarken gerçekleşebilecek riskleri göz önünde bulundurmakta ve buna göre edim/karşı edim dengesini kurmaktadır. Böylece rizikoları göze alarak sözleşme ilişkisine giren tarafların sözleşmeden dönebilmesi için daha ağır şartların aranmaktadır. Bu yaklaşım CISG’de benimsenen “sözleşmenin ayakta tutulması ilkesinin” bir uzantısıdır.<sup>157</sup>

İkinci sebep ise, sözleşmeden dönme yaptırımın sözleşme ilişkisinin tasfiyesini gerektirerek bu durumun uluslararası satışlarda ağır hukuki sonuçlar doğurabilecek olmasıdır. Sözleşme tasfiyesinden kaçınarak mümkün olduğunca sözleşmeyi ayakta tutmaya çalışmak en makul ve ekonomik yaklaşımdır<sup>158</sup>. Esaslı olmayan bir ihlalde dahi sözleşmenin sona erdirmesi durumunda, malların bir ülkeden diğerine iade edilmesinin yaratacağı masraflar hem riskleri hem de ekonomik zorlukları beraberinde getirecektir.<sup>159</sup>

Sınırlandırma ihtiyacına ilişkin son sebep ise, tarafların menfaatlerinin tartılması sonucu dönme yaptırımının kullanılmasının hakkaniyetsiz bir sonuç doğurmasıdır. Sözgelimi, bir satım ilişkisinde küçük bir onarım giderilebilecek bir ayıp karşısında dönme

---

olarak kabul edilir. Ahde vefa ilkesi temel olduğu için, sözleşmenin ihlalinde birincil yaptırım aynen ifa talebidir. Baş ( n 77) 627.

<sup>156</sup>Magnus, ‘Avoidance’ (n 115) 425, Hannes (n 154) 362, Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 246, Başoğlu, *Aynen İfa* (n 116) 53, Sert (n 9) 28.

<sup>157</sup>Huber ‘CISG’ (n 121) 269, 270; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 254; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 395.

<sup>158</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 395.

<sup>159</sup>Ulrich G Schroeter, ‘Commentary on Art 25’ in Ingeborg Schwenzer and Peter Schlechtriem (eds) *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)* (1st edn, Oniki Levha 2015) Art 25 Para 6, 51, Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 490, 491; Eduardo Grebler, ‘Fundamental Breach of Contract under the CISG: A Controversial Rule’ (2007) 1 *The American Society of International Law: Proceedings of the Annual Meeting, The Future of International Law* 407, 410; Graffi (n 78) 341; Peacock (n 153) 106; Clemens Pauly, ‘The Concept of Fundamental Breach as an International Principle to Create Uniformity of Commercial Law’ (2000) 19 (2) *Journal of Law and Commerce*, 221, 225; Benjamin K. Leisinger, *Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods* (1st edn, Sellier European Law Publishers 2007) 25, 26; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 231.

yaptırımının kullanılmasına izin verilmesinde alıcının korunacak bir menfaati olmadığı inancıdır.<sup>160</sup>

Sözleşmeler hukukunun ve sözleşme kavramının temel özelliklerinden doğan bu sebepler karşısında, hukuk sistemleri sınırlandırmaya ilişkin genelde üç temel method geliştirmişlerdir.<sup>161</sup> Hukuk sistemleri arasında bir karşılaştırma yaptığımızda; borçlu tarafa süre verilmesi, hakkaniyetin sağlanması için dönme yaptırımı yerine bedelde indirim uygulanması ya da tamiyat hakkı tanınması şeklindeki yöntemlerin *civil law* hukuk sistemlerinde rastlanılmaktadır.<sup>162</sup>

Dönme hakkını sınırlandıran bu üç temel methodun CISG’te de benimsendiğini söylemek yanlış olmaz. Bunlar; ihlalin giderilmesi için borçluya son bir şans verilmesi, ifanın yerine getirilmesi için ek süre tanınması ve en önemlisi ancak ihlalin sonuçlarının esaslı olması halinde sözleşmeden dönme hakkının düzenlenmiş olmasıdır.<sup>163</sup> Bunlardan

---

<sup>160</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 395; Gülşen M. Bilgehan, ‘CISG’e göre Alıcının Sözleşmeden Dönmesi’ in Sinan Okur (eds), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku* (1st edn, Adalet 2016) 413, 416.

<sup>161</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 247; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 395. Dönmenin Sınırlanmasına ilişkin diğer methodlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Serozan, ‘Dönmenin Sınırları’ (n 80) 210. *Common law* hukuk sistemi ülkelerinden İngiltere de sözleşmeden dönme hakkına sınırlandırma getirmiş durumdadır. Bu ülkenin hukuk sisteminde getirilmiş olan sınırlamanın, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarının ağırlığına önem veren ve CISG’deki esaslı ihlal yöntemini benimsemiştir. Buna göre; SGA md. 11 (3) ve SGA md. 61 düzenlemelerinde açıkça belirtilmektedir. Ayrıca diğer bir ABD’de de, esaslı ihlal kavramına benzer bir sistem benimsediği söylenebilir. Zira UCC md. 2-601, md. 2-608 ve md. 2-612 düzenlemeleri birlikte okunduğunda, sözleşmeye aykırılığın esaslı bir ihlal oluşturması veya alıcı bakımından önemli oranda bir menfaat kaybına sebep olması sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için gereklidir. Öte yandan, bu sistemde ihlal edilmiş olan satım sözleşmesinin tipi, ihlali sözleşmenin hangi tarafının gerçekleştirdiği, sözleşmeye aykırılığın nedeni ve sözleşmeye aykırı malların alıcı tarafından kabul edilip edilmediği sözleşmeden dönme sınırlandıran diğer faktörler olmaktadır. Kutluhan Erkan, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*, (1<sup>st</sup> edn, Oniki Levha 2012) 54, 55.

<sup>162</sup>Serozan, ‘Dönmenin Sınırları’ (n 80) 209; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 285. *Civil Law* hukuk sistemlerinin ulusal hukuklarında satım sözleşmelerinde ifa engellerini düzenleyen hükümlere baktığımızda ise, yukarıda bahsi geçen sınırlandırmalar benzeri bir sınırlandırma olmadan alıcıya sözleşmeden dönme ve semenin tanzili arasında seçimlik hak tanınmanın genel yaklaşım olduğunu görmekteyiz. Örneğin Fransız Medenî Kanunu’nda CC md. 1644, İsviçre Borçlar Kanunu’nda OR md. 205 ve Borçlar Kanunu’nda TBK md. .227 hükümleri sözleşmeden dönmeyi bu şekilde düzenlemektedir. Keza 2002 ‘ye kadar Alman Medenî Kanunu (BGB md. 462) hükmü de aynı doğrultuydaydı. Ancak Alman Medenî Kanunu’nun 2002 sonrası döneminde ise farklı bir sistem benimsenmiş ve sözleşmeden dönme hakkına bir sınırlama getirilmiştir. BGB md. 323 hükmüne göre; sözleşmeden dönme hakkının kullanılması gerek ifa etmeme, gerekse sözleşmeye aykırı ifa etme durumunda ancak bir süre tayin etmiş olmak durumunda mümkün olmaktadır. Erkan (n 161) 56.

<sup>163</sup>Dönmenin sınırlandırıldığı yerler burada sayılanlarla sınırlı olmamakla birlikte esaslı ihlalle ilişkisi açısından 3 temel sınırlandırma yönteminden bahsetmekle yetinilmiştir. Serozan’ın CISG’e özgü gördüğü diğer 5 yöntem: 1) Sözleşme ihlalinin esaslı sayılması koşulu. 2) Satıcının ihlali telafi (ikinci servis)



ilki, CISG md. 48/I’de düzenlenen; borçlunun sözleşmeye aykırılığı gidermeyi teklif ederek, alacaklının sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırılabilmesidir.<sup>164</sup> Bu şekilde satıcıya aykırılığı düzeltme hakkı bir nevi “*ikinci servis şansı*” tanınmaktadır.<sup>165</sup>

Bu hakkın varlığı halinde diğer taraf sözleşmeden dönemeyecektir. O halde vadeden önce sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı CISG md. 34 ve md. 37’de, vadeden sonra CISG md. 48/I ile borçluya sözleşmeye aykırılığı giderme imkânı tanınarak dönme hakkı sınırlandırılmıştır.<sup>166</sup>

Özellikle, ifanın gerçekleşmemiş olduğu ve taraflar arasında kesin vade kararlaştırılmış olan durumlarda, sözleşme prensipte esaslı olarak ihlal edilmiş sayılacaktır. Dolayısıyla satıcının ifası gerçekleşmemiş bir borca ilişkin, md. 48’de sunulan ikinci servis şansını kullanması imkânı mümkün olmayacaktır. Buna karşılık kesin vadeli olmayan işler söz konusu olduğunda farklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Satıcı CISG md. 48/I’deki hakkını kullanarak geç de olsa ifada bulunabilecektir zira md. 49/I’da alıcının satıcıya ancak ek süre tanıdıktan sonra dönme hakkını kullanılabileceğini

---

şansını kullan(a)maması koşulu. 3) Satılanın teslim edilmemesi halinde satıcıya teslim için ek süre (son şans) verme koşulu. 4) Dönme hakkını makul sürede kullanma koşulu. 5) Dönme sonrasında iade edilmesi gerekli malın iadesi olanağının varlığı koşulu, Serozan, ‘Dönmenin Sınırları’ (n 80) 211.

<sup>164</sup>Serozan, ‘Dönmenin Sınırları’ (n 80) 212.

<sup>165</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 355, 356. CISG md. 48’deki aykırılığı giderme hakkını satıcının kullanacağını açıklaması üzerine bunun alıcı tarafından kabul edilmemesi durumunda hâkim öncelikle satıcının aykırılığı giderme hakkının varlığını araştırır, aykırılığın başlı başına dönme hakkını gerekçelendirip gerekçelendirmediğine bakılmalıdır. Handelsgericht des Kantons Aargau, 05.11.2002, CISG-Online: 715 sayılı kararda taraflar bir sezon sürecek araba yarışları organizasyonunda kullanılmak üzere şişme reklam panoları satım konusunda anlaşmışlardır. İlk yarış esnasında devrilme tehlikesi geçirmesi nedeniyle 27.05.2000’de yapılan ayıp ihbarı üzerine satıcı hemen cevap hemen vermiş ve 29 mayısta sözleşmeye aykırılığın nasıl giderileceği hususunda çeşitli tekliflerde bulunmuştur. Buna rağmen alıcı sözleşmeden dönmüştür. Mahkeme bu aykırılığın önemine rağmen, satıcının md. 48 uyarınca sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının mutlak önceliğe sahip olacağına kanaat getirmiştir Buna karşılık, md. 39’da düzenlenen sözleşmeye aykırılık ihbarına satıcının cevap vermemesi ya da makul süre geçtikten sonra düzeltme teklifinin yapılması durumunda söz konusu ise, sözleşmeden dönme hakkının engellenmez. Nitekim bu durumda, md. 48/I’de belirtilen “makul bir gecikmeye yol açmama” koşulu sağlanmamış olacaktır. Ayrıca her koşulda hakimnin somut olay sonuçlarının esaslı ihlal şartlarını karşılayıp karşılanmadığı incelenmelidir. Konu ve karar hakkında Bkz **tez**: “Sözleşmeye Aykırı Mal Teslimi Halinde Aykırılığın Giderilmesi” 289 vd.

<sup>166</sup>Huber and Mullis (n 18) 183; Serozan, ‘Dönmenin Sınırları’ (n 80) 209; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 395, Işıl Yelkenci, *CISG uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*, (1<sup>st</sup> edn, OnikiLevha 2014) 32, Erkan (n 161) 50,52.

düzenlendiğinden hükümler arasında bir çatışma da olmayacaktır. Bu hususta doktrinde görüş birliği bulunur.<sup>167</sup>

Ancak asıl tartışma konusu yaratan durum, satıcının ifayı gerçekleştirmiş ancak sözleşmeye aykırı mal teslim etmiş olduğu durumlarda yaşanmaktadır. Bu konu hakkında inceleme ve tartışmalara detaylı olarak üçüncü bölümde yer verilmiş olduğundan burada tekrardan kaçınmak üzere, çoğunluk görüşünün; sözleşme ihlalinin henüz esaslı ihlal oluşturmadığı ve bu nedenle de alıcıya dönme hakkı tanınmadığı durumlarda, satıcının sözleşmedeki aykırılığı giderme hakkı olması gerektiği yönündedir.<sup>168</sup>

Dönme hakkının CISG’de sınırlandırılması yöntemlerinden ikincisi, satılan malın veya olmazsa olmaz belgelerin teslim edilmemesi (non delivery) halinde, alıcının satıcıya aykırılığı gidermek için verdiği makul ek süre (nachfrist) sonunda ihlalin devam ediyor olması halinde sözleşmeden dönülebilmesidir (CISG 47, 1 / 49, 1 b).<sup>169</sup> Bu halde sözleşmeye aykırılığı esaslı hale getiren ve dönme hakkı veren, ihlalin bizzahati esaslı

---

<sup>167</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 48, para. 14; Kröll, Mistelis and Viscasillas (n 2); Peter Huber, ‘Article 45-49’ in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contract for The International Sale of Goods: Commentary*, (C. H. Beck, Hart, Nomos 2011); Andrew Babiak, ‘Defining Fundamental Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods’ 1992, 6 Temple International and Comparative Law Journal 113, 127 92ff; [https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/bibliography/andrew\\_babiak.pdf](https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/bibliography/andrew_babiak.pdf) (Erişim Tarihi 18.02.2022); Graffi (n 78) 344; Zeytin, *CISG (n2)* 173. Karşı Görüş Will, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının, alıcının sözleşmeden dönme hakkını belirli süre askıya alacağını savunmaktadır. Michael Will, ‘Article 45-52’ in Bianca Massimo Cesare and Bonell Michael Joachim (eds), *Commentary On The Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè, 1987) Art. 48 para. 2.1.1.1.1; <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/willbb25.html>, Erişim Tarihi: 23.11.2021.

<sup>168</sup>Detaylı açıklama ve tartışmalar için Bkz **Tez**: “Sözleşmeye Aykırı Mal Teslimi Halinde Aykırılığın Giderilmesi” 289 vd; Müller-Chen (n 44) Art 48, Para 15, Schroeter (n 159) Art. 25 Para 48; Ingeborg Schwenzer, ‘Avoidance of The Contract in Case of Non-Conforming Goods’ (2005) Journal Of Law and Commerce 25(6) 437, 438 <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/schwenzer.pdf> (Erişim Tarihi 08.05.2021) Erişim Tarihi 08.05.2021) 802; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 392; Kröll, Mistelis and Viscasillas (n 2); Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art 49 Para 20; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 354,355; Serozan, ‘Dönme Sınırları’ (n 80) 212; Zeytin, *CISG (n 2)* 173. Ek olarak: Sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının esaslı ihlal değerlendirmesinde dikkate alınması için alıcının sözleşmeden dönme beyanından önce satıcı tarafından bu teklifin yapılmış olması aranmakta ve bu nedenle doğrudan esaslı ihlale hükmedilmemesi gerektiğini savunulmaktadır. Ziegel (n 37) 11 vd; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 352, 353.

<sup>169</sup>Huber and Mullis (n 18) 183; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 395;Yelkenci, *Dönme* (n 166) 31, Erkan (n 161) 52; Bilgehan (n 160) 417.

olması değil, verilen ek sürenin sonunda ifanın gerçekleşmemiş olmasıdır.<sup>170</sup> Buna karşılık, satıcının borcu ifa etmeyeceğini bildirmesi veya bu yönde kesin bir kanaat oluşması halinde, sözleşmenin öne alınmış esaslı ihlali sonucu doğmakta olup, taraflara derhal dönme hakkı tanımaktadır (CISG md. 72).<sup>171</sup>

Özetle diyebiliriz ki, bu sınırlandırıcı fonksiyonun gerekliliğini yaratan sebepler hem genel olarak sözleşmeler hukukunda yer alan ilkeler, hem de milletlerarası ticaretin gerekliliklerinden doğmakta olup CISG, sözleşmeden dönme yaptırımının son çare (ultima ratio) uygulanması ilkesini benimseyerek, bu yolda sözleşme ihlalinin sonuçlarının esaslı olmasını dönme yaptırımının kullanılmasının en önemli koşullardan biri haline getirmiştir.<sup>172</sup> Bu iki method dışında CISG'in dönme hakkının sınırlandırılması için geliştirdiği ve genel olarak uyguladığı yöntem, konumuzu da oluşturan dönme ve malın yenisi ile değişimi talebi yaptırımlarını sınırlandıran sözleşmenin esaslı ihlal edilmiş olması kriteridir.<sup>173</sup>

İlerleyen bölümde CISG kapsamında sözleşmeden dönmenin sınırlandırılması ayrıca detaylı olarak ele alınmış olduğundan,<sup>174</sup> burada genel anlamda dönme yaptırımını sınırlayıcı anlayışın oluşma sebepleri ve geliştirilen yöntemlerden bahsetmeyi uygun gördük. Şimdilik CISG'in her üç sınırlandırma yöntemini de bünyesinde barındırdığını belirtmekle yetiniyoruz. Sonraki bölümde bir sözleşme ihlalinin esaslı olarak nitelendirilebilmesi için CISG md. 25 kapsamında hangi şartların arandığını incelemeye geçmeden, esaslı ihlal kavramı ve md. 25 hükmünün düzenleme biçimine genel olarak değinmeyi uygun görüyoruz.

---

<sup>170</sup>Serozan, 'Dönmenin Sınırları' (n 80) 212, CISG md. 47, md. 49 f.1/b, md. 64 f.1/b.'ya göre; satıcının malları hiç teslim etmemiş olması veya alıcının bedeli hiç ödememiş olması ya da malları teslim almamış olması halinde, bir tarafın, sözleşmeyi ihlal eden tarafa vereceği ek sürede de ihlalin giderilmemesi halinde, sözleşmeden dönme hakkı ileri sürülebilecektir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 353; Bilgehan (n 160) 417.

<sup>171</sup>Serozan, 'Dönmenin Sınırları' (n 80) 213.

<sup>172</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 396; Serozan, 'Dönmenin Sınırları' (n 80) 209; Açıklık (n 67) 29.

<sup>173</sup>Huber and Mullis (n 18) 184; Lubbe (n 112) 68; Rudolf Welser and Irene Welser, 'Legal Remedies in Breach of Contract by the Seller under CISG' (2006) 5(1,2) İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 125, 125; Yelkenci, *Dönme*, (n 166) 31; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 396; Erkan (n 161) 53; Bilgehan (n 160) 417.

<sup>174</sup>**Bkz tez:** "Esaslı İhlalin Hakları Sınırlandırıcı İşlevi" 48 vd.

## B. Esaslı İhlal Kavramının İfa Engelleri Sistemindeki Konumu

### 1. Genel Olarak Esaslı İhlal Kavramı

Esaslı ihlal kavramı ile; sözleşme ilişkisinin temelini sarsacak, önemli ölçüde sözleşme ilişkisini etkileyecek veya sözleşme ilişkisinde köklü değişikliklere neden olabilecek nitelikte bir ihlalden bahsedilmektedir<sup>175</sup>.

Nitekim her sözleşme ihlalinin taraflar açısından aynı ağırlıkta olumsuz sonuçlar yaratacağını varsayamayız. Bu sebeple, her ihlalin aynı hukuki sonuca bağlanması da söz konusu olmayacaktır. Bu bağlamda, CISG’de yer verilen “esaslı ihlal” (*fundamental breach*) kavramı özel bir önem kazanmaktadır. CISG’in, hukukun bütünleştirilmesi ve uyumlaştırılması çalışması olması sonucu, borca aykırılık türleri arasında bir ayırım yapmamış tek bir sözleşme ihlali sistemini benimsemiştir. Bütüncül yaklaşarak ihlalin gerçekleşmesi halinde nasıl gerçekleştiğinden bağımsız tek bir sorunun cevabına odaklanmıştır: “Sözleşme ihlal edilmiş midir?”

Öte yandan, tüm sözleşme ihlallerinde herhangi bir ayırma gidilmeksizin aynı hukuki sonucun bağlanması adil olmayan sonuçlara yol açabileceğinden, her sözleşme ihlaline aynı sonucun bağlandığını düşünmek hakkaniyet anlayışına ters düşecektir<sup>176</sup>. Başka bir deyişle, her ihlal farklı ağırlıkta etkiler doğurur ve bu farklı etkiler doğuran ihlallerin ifa engelleri sisteminde ayrı bir rejime tabii tutulması gerekir.

Tam da bu noktada ifa engelleri sisteminin odak noktası olan “sözleşmenin esaslı ihlali” (*fundamental breach*) ölçütü bu amaca özgülenmiştir. İhlalin esaslılığı terazisinin ne yönde ağır basacağı sözleşmenin kaderini belirleyecek ve birbirinden tamamen farklı sonuçlara sebep olacağından esaslı ihlal kavramı CISG’in en önemli maddesi ve düzenlemesidir.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup>Zeytin, *CISG* (n 2) 122.

<sup>176</sup>Magnus, ‘Avoidance’ (n 115) 423; Graffi (n 78) 389.

<sup>177</sup>Alysha Salinger, ‘The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods: What Is The Relevant Time Of Foreseeability In Article 25?’ (2011) Sydney University Of Technology,

## 2. Esaslı İhlal Hükümünün Düzenlenme Biçimine Genel Bakış

İfa engelleri merkezinde yer alan “esaslı ihlal” değerlendirmesinin hangi ölçütlere göre yapılacağı sorusunun cevabı için öncelikle ilgili hükme bakmak gerekir. İhlalin esaslı olup olmadığının belirlenmesine ilişkin hüküm CISG md. 25 düzenlemesinde yer almaktadır. Hüküm, CISG’in III. Kısım I. Bölümünde “*Genel Hükümler*” başlığı altında düzenlenmiş olmasından dolayı ifa engelleri sisteminin merkezinde olduğunun açıkça anlaşıldığı ileri sürülmektedir.<sup>178</sup>

CISG md. 25’e göre;<sup>179</sup> “*Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğer ki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun*”.<sup>180</sup> O halde esaslı ihlali, hükümde verilen tanımı göz önüne alınarak; ihlal eden tarafın öngörebildiği ve diğer tarafın sözleşmeden beklediği menfaati önemli ölçüde azaltan veya ortadan kaldıran bir ihlal olarak tanımlamak mümkündür.<sup>181</sup>

Bu madde belli başlı bir yaptırım mekanizması öngörmemekte<sup>182</sup>, esaslı olan ihlalleri esaslı olmayanlardan ayırt etmeye yarayacak formülleri ortaya koyarak esaslı ihlal değerlendirmesi için gerekli ön koşulları belirlemektedir.<sup>183</sup>

---

1, 24 <https://www.uts.edu.au/sites/default/files/law-form-alysha-salinger.pdf> (Erişim Tarihi: 03.05.2022) ; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 290. Sert (n 9) 73.

<sup>178</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 6; UNCITRAL (n 57) 114. Esaslı ihlal kriterinin CISG düzenlediği yer açısından eleştiriler için bkz: Grebler (n 159) 407.

<sup>179</sup>İngilizce Metin: CISG md 25:“*A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.*” Official Records, United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 10 March-11 April 1980, (1991) New York <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/aconf-97-19-ocred-e.pdf> (Erişim Tarihi 22.03.2021) 180; John Honnold, *Documentary History Of The Uniform Law For International Sales: The Studies, Deliberations and Decisions That Led To The 1980 United Nations Convention With Introductions And Explanations* (1st edn, Kluwer Publishers, 1989) 768.

<sup>180</sup>Tezimizin ikinci bölümünde CISG md 25’in şartları detaylı olarak inceleneceğinden burada konunun anlaşılır olmasının sağlanmasına adına sadece değinmekle yetiniyoruz.

<sup>181</sup>Zeytin, *CISG* (n 2) 122,123.

<sup>182</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 6.

İhlalin esaslı olup olmadığı değerlendirmesi ile taraflar için yarattığı olumsuz sonuçlar tartışılmakta ve ihlalin belirli bir ağırlıkta olduğu sonucuna varıldığı takdirde bu olumsuzluğun giderilebilmesi için başvurulabilecek hukuki imkânlar çeşitlenmektedir.<sup>184</sup> Bunun tam aksi yönde, esaslı sayılmayan bir sözleşme ihlali söz konusu olduğunda ise hakları ihlal edilen tarafın seçenekleri azalmaktadır. Dolayısıyla diğerlerine nazaran özel bir ağırlık taşıyan imkânlar, esaslı ihlal koşuluna bağlanmış ve esaslı ihlalin ölçütü CISG'in ifa engelleri sisteminde merkezi bir konuma taşınmıştır.<sup>185</sup>

O halde esaslı ihlal hükmünün CISG sistemindeki temel işlevinin esaslı olan ihlalleri esaslı olmayanlardan ayırmak olduğu söylenebilir. Bu işlevin yanı sıra aşağıda görüleceği üzere, esaslı ihlalin bazı hakların kullanımını belirleme ve bazı hakların kullanımını da sınırlandırma gücü bulunmaktadır. CISG md. 25 hükmü, esaslı ihlal kavramını ulusal yargılardan ve kavramlardan tamamen bağımsız olarak tanımlamıştır. Sözleşmenin esaslı ihlaline hem objektif hem de subjektif ölçütler getirmiştir. Bu nedenle esnek olduğu kadar da belirsizdir. Esaslı ihlalin sınırlarını saptamak için yoruma ihtiyaç duyulması, CISG md. 25 hükmünün ilgili olduğu diğer hükümlerle birlikte ve somut olayın özelliklerine göre okunmasını gerektirmektedir.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup>Roberto Martin Paiva, 'Fundamental Breach Under the UN Convention on Contracts for The International Sale of Goods' (2004) 40 [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/paiva.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/paiva.html) Erişim Tarihi:04.01.2022 Alexander Lorenz, 'Fundamental Breach Under the CISG' (1998) 1 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html>, Erişim Tarihi: 24.01.2022.

<sup>184</sup>Schwenzer, Fountoulakis and Dimsey (n 9) 9.

<sup>185</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 Para 6; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 230; Paiva (n 183) § 1.1.3, 3.1; Lorenz (n 183) 1, Esra Kaşak, 'Viyana Satım Sözleşmesi'nde Esaslı İhlâl Kavramı' (2013) (Ersin Çamoğlu'na Armağan) (1st edn, Vedat 2013) 337.

<sup>186</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 490; Björklund K Andrea, 'Article 25' in Stefan Kröll, Loukas A Mistelis and Maria del Pilar Perales Viscacillas (eds), *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CH Beck-Hart-Nomos 2011) Art 25 N. 4; Bruno Zeller, 'Fundamental Breach and the CISG - A Unique Treatment or Failed Experiment?' *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2004) 8(2) 81,81; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 237. İctihatlarda bu yönde bkz: Tribunale di Forlì, 11.12.2008, CISG-Online No: 1729.

### 3. Esaslı İhlalin İfa Engelleri Sistemindeki İşlevi

#### a. Esaslı İhlalin Kullanılacak Hakları Belirleme Gücü

Esaslı ihlal ölçütü, sadece hangi şartlar altında ihlalin esaslı olacağını belirleyen yardımcı bir araç değildir. Esaslı ihlal ölçütünün, aynı zamanda esaslı/esaslı olmayan ihlal ayırımı üzerinden, ihlale maruz kalan tarafın kullanabileceği seçimlik hakları belirleyici bir işlevi bulunmaktadır.<sup>187</sup>

Gerçekten de, alıcı veya satıcının sözleşmeden dönebilmesi<sup>188</sup> ve alıcının malın yenisi ile değiştirilmesini isteyebilmesi<sup>189</sup> seçimlik haklarının kullanılabilmesi için sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edilmiş olması gerekmektedir.<sup>190</sup>

Bunun yanında, ihlale maruz kalan tarafın kullanabileceği bazı ek imkânlar yine sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmiş olmasına bağlanmış olduğundan, esaslı ihlalin seçimlik haklar dışında, bazı hakların kullanılmasını da belirleme gücü bulunmaktadır. Örneğin; CISG md. 70 uyarınca;<sup>191</sup> satıcı tarafından sözleşmenin esaslı ihlali halinde, mallar alıcının hâkimiyetinde olmasına rağmen, mallara ilişkin hasar riski satıcıya geri dönebilmektedir. Bu durumda esaslı ihlalin varlığı satıcı bakımından riskli ve yönetilmesi külfetli olabilecek süreçlerin belirleyicisi olma özelliği taşımaktadır.<sup>192</sup> Ayrıca daha sonra inceleneceği üzere; CISG md. 25’de düzenlenen esaslı ihlal kavramının satıcının sözleşmeye aykırı mal tesliminde alıcının malları teslim almaktan kaçınma hakkını belirleme işlevi bulunmaktadır. Nitekim malların başından beri esaslı ihlal oluşturduğunun anlaşılması durumunda alıcı malları teslim almaktan

---

<sup>187</sup>Atamer, *İfa Engelleri* (n 35) 237, 242, 243; Ali Gümrah Toker, ‘Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlâli’ (2013) 33(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 213, 219.

<sup>188</sup>Alıcının dönme hakkı için bkz: CISG md. 49/I.a, md. 51/II, Satıcının dönme hakk. Bkz: md. 64/I.a, md. 72/I, md. 73/I, II.

<sup>189</sup>İkame mal talebi hakk. Bkz. CISG md. 46/II.

<sup>190</sup>Graffi (n 78) 338; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 184.

<sup>191</sup>CISG md 70: “*Satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl etmişse, 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlâl dolayısıyla sahip olduğu hukukî imkânlarla hâlel vermez.*”

<sup>192</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 6.

kaçınabilmektedir (CISG md. 71). Bu durumda alıcının sözleşmeden dönme ve malın yenisi ile değişimi seçimlik haklarını kullanma hakkı saklıdır.<sup>193</sup>

Buna karşın, CISG'in sözleşme ihlaline maruz kalan tarafa tanıdığı diğer imkânlar; tazminat (CISG md. 74), bedelde indirim (CISG md. 50) veya onarım (CISG md. 46/III) talepleri esaslı ihlal şartına bağlı olmaksızın, sözleşmenin ihlali halinde ileri sürülebilmektedir. Görüldüğü üzere sadece ağır sonuçlar taşıyan hukuki yaptırımlar sözleşmenin esaslı olması koşuluna bağlanmıştır.<sup>194</sup>

Sonuç olarak, esaslı ihlal kavramının CISG ifa engelleri sisteminde hangi yaptırımların uygulanacağı üzerinde belirleyici rolü bulunmakta ve ifa engellerinin merkezinde önemli bir rol üstlenmektedir.<sup>195</sup>

## **b. Esaslı İhlalin Ön Koşul Olarak Aranması**

Sözleşmenin esaslı ihlalin şartlarını düzenleyen CISG md. 25 hükmü, ifa engelleri sistemindeki merkezi konumuyla seçimlik hakları belirleyebilme fonksiyonu yanında ayrıca birçok hukuki yaptırımın kullanılması imkânının doğması için bir ön koşul olarak aranmaktadır<sup>196</sup>.

Tarafların sözleşmeden dönebilmesi, sözleşmeye aykırı mal teslimi halinde malın yenisi ile değişimi talebinde bulunulabilmesi ve satıcının sözleşmeyi esaslı ihlali halinde mallar alıcıya teslim edilmiş olsa dahi hasar riskinin satıcıya geri dönebilmesi, meydana gelen ihlalin esaslı olması ön koşuluna bağlanmıştır. Zira bu durumda dahi, CISG'de öngörülen başkaca hükümler esaslı ihlale bağlanan bu hakların kullanımını başka bir şartın varlığına bağlanabilir. Bu nedenle CISG md. 25'in diğer hükümlerle bir arada

---

<sup>193</sup>Mohs (n 141) Art 60, Para 15. Benzer şekilde, belgeye dayalı satımlarda bunlara ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde de ihlalin esaslı ihlal seviyesinde olması durumunda alıcı belgeleri reddedebilir.

<sup>194</sup>Graffi (n 78) 338, Paiva (n 183) § 1.1.3.3.1, Lorenz (n 183) 1.

<sup>195</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 490; Björklund (n 186) Art 25, N 4; Zeller 'Fundamental Breach' (n 186) 81; Atamer, *İfa Engelleri* (n 35) 237, Tokar, 'Esaslı İhlal' (n 187) 220, 223; İçtihatla bu yönde: Tribunale Di Forli, 11.12.2008, CISG-Online: 1729.

<sup>196</sup>Shroeter (n 159) Art 25, Para 6.



okunması değerlidir. Zira, sözleşmeden dönmenin diğer bir sınırlandırma yöntemini içeren, CISG md. 39/I uyarınca ek süre verilmesi (*nachfrist*), sözleşmeye aykırılık bildirim yapılmaması bu seçimlik hakların kullanılmasına engel teşkil eder.<sup>197</sup> Bu nedenle CISG md. 25’i doğrudan bu esaslı ihlale bağlı seçimlik haklara başvurulabilen bir hüküm olarak değil, bu seçimlik hakların kullanılmasına olanak tanıyan, esaslı ihlal kavramının düzenlendiği “ön koşul” içeren bir hüküm olarak değerlendirmek gerekmektedir.<sup>198</sup>

### c. Esaslı İhlalin Hakları Sınırlandırıcı İşlevi

#### i. Sözleşmenin Sona Erdirilmesinde (Dönme)

CISG ifa engelleri sisteminde, sözleşmenin sona erdirilmesinin sınırlandırılması yöntemlerinden yukarıda bahsetmiş ve CISG’in her üç yöntemi de kullandığına değinilmişti. İşte esaslı ihlal kriteri, CISG sisteminde en yaygın olarak kullanılan, sözleşmenin sona erdirilmesi sınırlandırılması yöntemlerinden biridir.<sup>199</sup> Somut ihlalin sonuçlarının, ihlale uğrayan taraf açısından esaslı (*fundamental / esencial / wesentliche / essentielle*) olarak ihlal edilmesi aranmaktadır.<sup>200</sup> Şöyle ki esaslı ihlalin varlığında şüpheye düşülmesi halinde ihlalin alelade olduğunun kabulü gerekir.<sup>201</sup> Böylece esaslı

<sup>197</sup>Huber and Mullis (n 18) 18; Atamer, *İfa Engelleri* ( n 35) 395; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 31, Erkan (n 161) 52; Sarıkaya (n 37) 16, 56ff.

<sup>198</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 6.

<sup>199</sup>Björklund (n 186) Art 25, Para 2.

<sup>200</sup>Huber and Mullis (n 18) 209; Robert Koch, ‘Fundamental Breach: Commentary on whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Article 25 CISG’ in John Felemegas, *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Cambridge University Press 2007) 124, 130, Açıklan (n 67) 36.

<sup>201</sup>UNCITRAL Digest (n 56) 114, İsviçre Federal Mahkemesi şüphe halinde esaslı ihlal kavramının dar yorumlanması gerektiğini savunarak, sözleşmeden dönmenin son çare olduğunu, bedelde indirim veya tazminat suretiyle borç ilişkisinin devam ettirilmesinin öncelikle tercih edilmesi gerektiği yönünde kararları mevcuttur. Erdem, ‘Dönme’ (n 34) 865: İsviçre federal mahkemesi 18 Mayıs 2009 tarih ve 4A\_68/2009 sayılı kararında şöyle demiştir: “Viyana satım Antlaşması’nın 25. maddesinde yer alan “esaslı aykırılık” terimi dar yorumlanmalıdır. Bir aykırılığın esaslı mı değil mi konusunda şüphe olması halinde genellikle esaslı bir aykırılığın olmadığı kabulü gerekir.”

ihlal şartına bağlanarak dönmenin, son *çare* (*ultimo ratio*) olarak başvurulması gereken bir yaptırım olduğunun kabul edildiği söylenebilir.<sup>202</sup>

Bunun başlıca nedeni; CISG’de benimsenen *favor contractus* ilkesi gereği<sup>203</sup>; sözleşme ilişkisini olabildiğince ayakta tutmaya çalışarak<sup>204</sup> sözleşmesel vaatlerin yerine getirileceğine ilişkin tarafların güvenlerinin bu yönde pekiştirilmesini istenilmesidir. Nitekim uluslararası ticaretin gereklerinin daha pratik olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla tarafların menfaat dengesini gözeterek, sözleşmenin her fırsatta kolayca sona erdirilmesi önlemek istenmiştir.<sup>205</sup>

---

<sup>202</sup>Björklund (n 186) Art. 49 Para 2; Mohs (n 141) Art 64, N 4; Schroater (n 160) Art 25, para 1; Grebler (n 159) 407; Magnus, ‘Avoidance’ (n 115) 424; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 391; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 399; Huber and Mullis (n 18) 181; Liu (n 106) 6; Pauly (n 159) 225; Serozan, ‘Dönmenin Sınırları’ (n 80) 208,209; Atamer, *İfa Engelleri* (n 35) 231; Erdem, ‘Dönme’ (n 34) 866; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 37; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 65; Yelkenci *Dönme* (n 166) 28; Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-Online: 1900, Tribunale Di Forli, 11.12.2008, CISG-Online: 1729, Tribunale di Padova, 11.01.2005, CISG-Online No: 967, Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online:135, Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-online No: 709, Oberlandesgericht Hamburg, 25.01.2008, CISG-Online No: 1681; Sözleşmeden dönme son çare olarak bakılması uluslararası sözleşmeler hukukunun genel ilkelerinden biri olarak kabul edilir. Yelkenci, *Dönme* (n 166) 29 Ayrıca Borçlar hukuku uyumlaştırma metinlerinde de aynı yönelim görülmektedir. UNIDROIT, PECL, DCRF’de dönme son çare olarak benimsenmiştir. Detaylı olarak inceleme için Bkz: Tez : “Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkının Sınırlandırılması”, s. 115. Yanı sıra, Alman, İskandinav, Hollanda gibi modern borçlar hukukunda da paralel bir anlayış hâkimdir. Björklund (n 186) Art 45 Para 10; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 28.

<sup>203</sup>Bu ilke doğrultusunda sözleşmenin geçerli olarak kurulması ve varlığını koruması desteklenmiş olmakta ve taraflardan birinin tek taraflı olarak sözleşmeden dönmelerinin önüne geçilniş olmaktadır. Yelkenci, *Dönme*, (n 166) 26. Ayrıca CISG’den bu ilkenin benimsendiği görüşünde olan bazı yazarlar: Peacock (n 153) 106; Ferrari, ‘Yorum ve Boşluk Doldurma’ (n 33) 79,80; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 119. İsviçre Federal Mahkemesi (Bundesgericht), 18.05.2009, CISG-Online No: 1900: “.. *Öncelikle sözleşmesel borçlar, sözleşmenin taraflarının birisinin sözleşmeye aykırılı davranması halinde bile, muhafaza edilmelidir. Sözleşmeden dönme olağan üstü bir çözüm yolu olmalıdır. Sözleşmeye aykırılık öncelikle alım bedelinde indirim yapmak ve zarar ziyan talebinde bulunmak suretiyle giderilmelidir. Taraflardan birisi ancak son çare olarak ve alıcının sözleşmenin ifasından elde edeceği menfaatin büyük ölçüde yok olması sebebiyle aykırılıklara karşı gelmesinin gerekli olması halinde sözleşmeyle bağlı olmayacaktır. Her olayın özellikleri dikkate alınarak yukarıda belirlenmiş standartlar çerçevesinde aykırılığın esaslı aykırılık olup olmadığı belirlenmelidir.*”

<sup>204</sup>Mohs (n 141) Art 64 N 4; Erdem, ‘Dönme’ (n 34) 866. Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online: 135, Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-Online:1900, Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-Online: 413.

<sup>205</sup>Björklund (n 186) Art 25, Para 2; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 490; Schroeter (n 159) Art 25, N 2, Magnus, ‘Avoidance’ (n 115) 423; Schlechtriem, *Uniform Sales of Law* (n 20) 21; Grebler (n 159) 410; Pauly (n 159) 225; Atamer, *İfa Engelleri* (n 35) 231, Huber, ‘CISG’ (n 121) 269,270, Yelkenci, *Dönme* (n 166) 30, Kaşak (n 185) 338; Süleyman Yılmaz, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları* (1<sup>st</sup> edn, Yetkin 2013) 101.

Uluslararası ticari ilişkilerin günümüzde kazandığı hız ve karmaşıklık dikkate alındığında, tasfiye rejiminin ek maliyet ve külfetlere yol açması kaçınılmazdır. Ayrıca malların satıcıya iadesi ek taşıma masrafları yanında riskleri de içerir. Diğer yandan bu malların yeniden satışında yaşanabilecek güçlükler göz önüne alındığında, ihlale maruz kalan tarafın farklı hukuki imkânlarla tatmin edilebilmesi mümkün olduğu durumlarda, tüm yukarıdaki gerekçelerle sözleşmeden dönmenin sınırlandırılması makul görülmektedir.<sup>206</sup> Öte yandan, alacaklının ekonomik nedenlerle içinden çıkmak istediği bir sözleşme ilişkisinde, basit bir sözleşme ihlaline dayanarak sözleşmeden dönmesi engellemekte ve ekonomik değişiklik riskleri bir taraf üzerinde bırakılmamaktadır.<sup>207</sup> Nitekim dönme hakkının kullanılması bakımından önemli olmayan sebeplerle sözleşme ilişkisinin çözülmesi halinde, sözleşme konusu malları tekrar satmış olan veya sözleşme konusu mallara güvenerek yatırım yapmış olan alıcının, tazminat talebi ile karşı karşıya kalması gibi tehlikeleri barındırmaktadır.<sup>208</sup>

Diğer yandan, ihlale maruz kalan tarafın dönme hakkını ne zaman kullanabileceği yönündeki belirsizliğin giderilerek menfaat dengesinin kurulması açısından ağırlaştırılmış olarak da olsa sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır.<sup>209</sup> İşte esaslı ihlal sınırlandırıcı fonksiyonu bu noktada devreye girerek, ağırlaştırılmış olsa sözleşmeden dönme hakkını tanıyacak ihlalin ağırlığı seviyesini belirleyerek, menfaatler dengenin yeniden sağlanmasına hizmet etmektedir.

Sözleşmeden dönme alıcı açısından CISG md. 49/1 (a)'ya, satıcı açısından CISG md. 64/I (a)'ya göre, sözleşme ihlalinin sonuçlarının ancak belirli bir ağırlığa ulaşması halinde yani CISG'in söylemi ile "esaslı olması" halinde hakkı ihlale uğrayan tarafa dönme hakkının tanınması yoluyla dönme hakkı sınırlandırmıştır. Ayrıca sözleşmeden dönmenin özel olarak düzenlendiği CISG md. 51(2), md. 72 (1), md. 73(1) ve md.

---

<sup>206</sup>Björklund (n 186) Art. 25, Para 2; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 412) 492; Schroeter (n 159) Art 25, Para 6, 51; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 177,333; Baysal, *Müterafik Kusur* (n 153) 345; Serozan, 'Dönmenin Sınırları' (n 80) 209; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 231; Will, 'Article 45-52' (n 167) Art. 49 N. 2.1.2; Grebler (n 159 ) 410; Graffi (n 78) 341; Peacock (n 153) 106; Pauly (n 159) 225; Lorenz (n 183) 1; Leisinger (n 159) 25, 26; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 30; Yılmaz, *CISG* (n 205) 101.

<sup>207</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 389; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 30; Yılmaz, *CISG* (n 205) 101-102.

<sup>208</sup>Magnus, 'Avoidance' (n 115) 423; Sarıkaya (n 37) 17.

<sup>209</sup>Serozan, *Dönme* (n 67) 40; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 27.

73(2)'de de esaslı ihlal sınırlandırıcı işlev görmektedir.<sup>210</sup> Böylece basit sözleşme ihlallerinde sözleşmeden dönülmesinin önüne geçilerek sözleşme ayakta tutulmuştur.<sup>211</sup>

## ii. Malın Yenisi ile Değiştirilmesi Talebinde

Sözleşmede esaslı ihlalin varlığına bağlanmakla başvuru olanağı sınırlandırılmış olan seçimlik haklar, yalnızca sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik değildir. CISG sözleşmeden dönme hakkının yanı sıra, CISG md. 46/II hükmü uyarınca malın yenisi ile değiştirilmesi seçimlik hakkının şartlarını da ağırlaştırmıştır.<sup>212</sup>

Bunun başlıca nedeni ikame mal talebinin de dönme gibi ayrı sözleşmesel rejimleri tetikleyen bir yaptırım olması bu nedenle istisnaen ve belirli koşullar altında kullanılmasının hedeflenmesidir.<sup>213</sup> Bu doğrultuda, malın yenisi ile değiştirilmesi talebini de sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmiş olması ön şartına bağlamıştır. Zira alıcıya teslim edilmiş olan malların satıcı sorumluluğunda olmak üzere, geri taşınması ve sözleşmeye uygun yeni malların alıcıya iletilmesi gerekeceğinden, malın yenisi ile değişimi talebinin, sözleşmeden dönme yaptırımına göre daha masraflı sonuçları dahi olabilecektir.<sup>214</sup>

Esaslı bir ihlalin bulunmaması halinde, alıcı CISG md. 46/III'e göre onarım ya da CISG md. 50'ye göre bedelde indirim seçimlik haklarını kullanabilecektir.<sup>215</sup> O halde alıcının onarım ve bedelde indirim veya tazminat ile tatmin edilerek malı elinde tutma imkânı var ise esaslı ihlal değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır.<sup>216</sup>

<sup>210</sup>Yelkenci, *Dönme* (n 166) 31. Ayrıca detaylı bilgi için bkz: Üçüncü Bölüm, 216 vd.

<sup>211</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 490; Peacock (n 153) 106; Kaşak (n 185) 338.

<sup>212</sup>Nafiye Yücedağ, *Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı* (1st edn, Oniki Levha 2018) 186, 187.

<sup>213</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 496; Huber and Mullis (n 18) 210; Zeytin, *CISG* (n 2) 119, Yücedağ (n 212) 187.

<sup>214</sup>Huber and Mullis (n 18) 199; Enderlein and Maskow (n 20) 178; John Honnold and Harry M Flechtner, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (4<sup>th</sup> edn, Kluwer Law International 2009) 296; Açıkalin (n 67) 35.

<sup>215</sup>Yücedağ (n 212) 187; Zeytin, *CISG* (n 2) 119.

<sup>216</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 496.

Görüldüğü üzere, CISG sistemi uygulamada yaşanabilecek bu güçlükleri göz ardı etmeyerek, milletlerarası satım sözleşmelerinin uygulamalarında daha sıklıkla tercih edilen tazminat, bedelin indirilmesi ve onarım yaptırımlarının daha sık uygulanması yaklaşımını benimsemiştir.<sup>217</sup> Zira her iki seçimlik hakkın kullanılması halinde de malların satıcıya iadesi problemi ile karşılaşmakta ve çoğunlukla uluslararası sözleşmelerde bu şekilde bir tasfiye ilişkisine girmek hiç elverişli sonuçlar doğurmamaktadır.<sup>218</sup> Bunlar; yeniden bir nakliye organize etmek zorunda kalmak, navlun, depolama, gümrük masrafları olabileceği gibi malların bulunduğu ülkede yeniden satımının getireceği külfetler yanında hasar riski şeklinde tezahür edebilmektedir.<sup>219</sup>

Nitekim hasar alıcıya geçmesine rağmen, alıcı tarafından sözleşmeden dönme hakkının veya malın yenisi ile değiştirilmesi hakkının kullanılması, CISG md. 66 ve md. 69 hükümleri uyarınca hasarın geriye dönük olarak satıcının risk alanında kalması sonucunu doğurmaktadır.<sup>220</sup> Bu durum ise satıcı tarafından ağır sonuçlara yol açabilecek olduğundan, bu hakların kullanımının esaslı ihlal kriteri ile çerçevesinin başka bir haklı gerekçesini oluşturmaktadır.<sup>221</sup> Böylece ihlalin esaslı ihlal ağırlığında olmadığı hallerde sözleşme ilişkisi devam edecek ve taraflara dönme veya malın yenisi ile

<sup>217</sup>Zeller, 'Fundamental Breach' (n 186) 85; Magnus, 'Avoidance' (n 115) 425; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 292.

<sup>218</sup>Huber and Mullis (n 18) 200; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 292,396.

<sup>219</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 6; Magnus, 'Avoidance' (n 115) 424; Lorenz (n 183) 2; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 292.

<sup>220</sup>CISG md. 70. Satıcının sözleşmeyi ihlal eden taraf olması halinde, alıcı tarafından uygun şekilde yapılan sözleşmenin sona erdirilmesi bildirim, sözleşme konusu malların hasar riskinin geriye dönük olarak satıcıya geçmesi sonucunu doğurur. Hasar riskinin bu şekilde satıcıya geçmesi, özellikle alıcıya teslim edilmiş malların başka bir çoğunlukla başka bir ülkede bulunması sebebiyle, satıcı bakımından ağır bir ek külfet olarak ortaya çıkmaktadır; satıcı çoğunlukla kendi fiili hâkimiyetinden uzak mallara ilişkin hasar riski sorumluluğunu üstlenmek durumunda kalacak, ayrıca malların alıcıya teslimi amacıyla yapılmış taşıma/taşıma işlemlerinin benzeri gerçekleştirilmek suretiyle malların geri alınması gerekecektir. Satıcının sözleşmeden dönme yoluyla sözleşmesel ilişkiyi sona erdirdiği durumlarda da alıcı ağır yükümlülükler üstlenmek durumunda kalabilecektir. Özellikle alıcının sözleşme konusu malları (yeniden) satmış olması durumunda, sözleşme konusu malların iadesi konusunda Alıcının normalden çok öte bir çaba içine girmesi gerekliliği açıktır. Johan Erauw, 'CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing It' (2005) 25(6) *Journal of Law and Commerce* 203, 210; Mustafa Doğan, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Hasarın İntikali*, (8<sup>th</sup> edn, Yetkin 2016) 252, 254.

<sup>221</sup>Huber and Mullis (n 18) 199; Enderlein and Maskow (n 20) 178; Magnus, 'Avoidance' (n 115) 424; Zeytin, *CISG* (n 2) 255; Ercüment Erdem, 'Viyanalı Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması' (2013) 12(1) *GÜHFD* 259, 270 185ff. Yılmaz, *CISG* (n 205) 100.

değişimi dışında başkaca hukuki imkânlar tanınarak tarafların menfaatleri arasında oluşabilecek bu dengesizliklerin önlenilecektir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, dönme ve malın yenisi ile değişimi gibi ağır sonuçlar doğuracak sözleşmesel yaptırımların şartları CISG sisteminde, esaslı ihlal kriterine bağlanarak sınırlandırılmıştır.<sup>222</sup> Malın yenisi ile değişimi hukuki imkânına tezimizin ilgili bölümlerinde yer vermeye devam edilecektir.

### **C. İfa Engelleri Sistemi Bakımından CISG ve Türk Hukukunun Genel Olarak Karşılaştırılması**

*Common law* ve *civil law* sistemlerinin senteziyle oluşmuş CISG ifa engelleri sistemi, *civil law* sistemine dahil Türk Borçlar Kanun'unun ifa engelleri sisteminden oldukça farklı bir yapıda düzenlenmiş, ayrıca TBK'da esaslı ihlal kavramına yer verilmemiştir.<sup>223</sup> Öncelikle konumuzu sınırlandırmak adına bu bölümde her iki ifa engeli sisteminin genel özellikleri arasındaki farklara değinileceğini belirtmek isteriz.

Türk Borçlar Kanunu ve CISG ifa engelleri sisteminin birbirinden ayrıştığı en önemli nokta; TBK'da ihlale sebep olan olgular üzerinden sözleşme ihlali değerlendirmesi yapılması ve yeknesak bir düzenleme yerine bir takım sözleşmeye aykırılık türlerinin düzenlenmesinin tercih edilmiş olmasıdır.<sup>224</sup> Sözleşmeye aykırılık başlığı altında borca aykırılık türleri temelinde bir sınıflandırma yapılmıştır.<sup>225</sup> Öte yandan, bu sınıflandırma

<sup>222</sup>Will (n 167) Art. 46 N. 2.2.1.2; Schroeter (n 159) Art. 25 N. 6; Huber 'Art 45-49' (n 167) Art. 45, Para 14, Art. 46 Para 33; Leisinger (n 159) 64; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 377.

<sup>223</sup>Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 160.

<sup>224</sup>Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1164; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 189; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 218; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 16.

<sup>225</sup>TBK'da md. 112 kenar başlığı " Borcun ifa edilmemesi", md. 117 " borçlunun temerrüdü" kenar başlığını taşır. Ayrıca borcun ifa edilmemesi " imkânsızlık nedeniyle borcun ifa edilmemesi" (kusurlu sonraki imkânsızlık) ve "borcun gereği gibi ifa edilmemesi" şeklinde ikiye ayrılabilir. Gereği gibi ifa etmeme kavramı ise; "asli ve yan edimlerin kötü ifası" olarak ikiye ayrılır. O halde, ifa engellerini üçe ayırmak mümkündür: 1. Kusurlu imkânsızlık, 2. Gereği gibi ifa etmeme 3. Temerrüt, Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1164, 1165; Oğuzman and Öz (n 66) 395; Özdemir, *TBK ve CISG'e Göre Ayıp* (n 144) 71. Serozan ifa engellerini şu başlıklar altında toplar: 1. Alacaklının temerrüdü 2. Alacaklının etki alanında gerçekleşen ifa imkânsızlığı, baştan (konuda imkânsızlık), borçlunun sorumluluğunu gerektiren sonraki imkânsızlık, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen sonraki imkânsızlık, borçlu temerrüdü, sözleşmenin müspet ihlali, sözleşme öncesinde kusur, işlem temelinin çökmesi, ayrıca eleştirilere yer vermiştir. Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 180 vd; Serozan, 'İfa Engelleri Yetersizlikleri' (n 88) 30 vd.

TBK genel hükümler birinci kısım altında düzenlenilmekle kalmamış, aynı zamanda taşınır satımı ve eser sözleşmesinde ayıp ve zapta ilişkin hükümler ayrıca özel hükümlerde düzenlenmiştir.<sup>226</sup> O halde ayıp ve zapt dışında TBK Genel Hükümler bahsindeki maddeler uygulanma alanı bulmaktadır.<sup>227</sup>

TBK genel hükümlerde sayılan ifa engelleri sebepleri; borca aykırılık çatısı altında, imkânsızlık (TBK md. 27, 112, 136, 137), temerrüt (TBK md. 117 vd. md. 212) ve gereği gibi ifa etmeme (TBK md.112-117) ve aşırı ifa güçlüğü (TBK md. 138) altında toplanmıştır.<sup>228</sup> Bunun yanı sıra, borcun ifa edilmemesine bağlanan sonuçlar taşınır satımlarında; satılanın zaptı (TBK md. 214 vd.), ayıplı ifa (TBK md. 219 vd.), ifa engelleri olarak ortaya çıkabilmektedir.<sup>229</sup>

TBK'da önceki/sonraki imkânsızlık, kusurlu/kusursuz imkânsızlık olmak üzere çeşitli ayrımlara yer verilmiş olmakla imkânsızlığın türüne göre farklı hukuki sonuçlar bağlanmış olduğundan imkânsızlık ifa engelleri sisteminin merkez kavramı haline gelmiştir.<sup>230</sup> CISG sisteminde temerrüt, imkânsızlık, ayıplı ifa vb. kavram ve ayrımlara yer verilmemiş yeknesak bir düzenleme tercih edilmiştir.<sup>231</sup> Dolayısıyla ifa engellerinin gerekleri ve sonuçları arasındaki yapay ayrım burada bulunmamaktadır.<sup>232</sup> Söz gelimi,

---

<sup>226</sup> TBK md. 219 satıcının ayıptan sorumluluğu, TBK md. 214-231 arasında ayıp ve zapta ilişkin taşınır satımına ilişkin özel hükümler içerir. TBK md. 246 atfı ile TBK md. 214-218 arası hükümler taşınmaz satımında da uygulama bulur. Gümüş (n 71) 52 vd, Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 64 vd, Ayrıca eser sözleşmesinde yüklenicinin malzemenin ayıbından sorumluluğu (TBK md. 472), imal ettiği şeyin ayıbından sorumluluğu (TBK md. 474) özel hükümler içerir, Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 854.

<sup>227</sup> TBK md. 209-236 arasındaki düzenlemeler genel hükümlere atıf yapmaktadır.

<sup>228</sup> Eren, *Genel Hükümler* (n 66), 1164, 1165; Oğuzman and Öz (n 66) 395 vd; Özdemir, *TBK ve CISG'e Göre Ayıp* (n 144) 72; Ceren Sayın, 'Viyana Satım Sözleşmesi'nde Satıcının Ayıptan Doğan Sorumluluğu' (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2020) 104; Dayioğlu, *Tazminat* (n 18) 158. Ancak Serozan ifa engeli yerine sözleşmeye aykırılıktan bahsedilmesini uygun bulmaz. aykırılık ve ihlal deyimleri, ifa engelinin yerini tutamaz zira imkânsızlık, aşırı ifa güçlüğü, alacaklı temerrüdünde herhangi bir sözleşmeye aykırılıktan bahsedilemez. Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 178.

<sup>229</sup> Tandoğan (n 71) 395 vd, Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 64 vd, 73 vd, Zevkliler and Gökyayla (n 71) 133 vd, 144 vd; Gümüş (n 71) 52, 62 vd; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 69 vd; Aral and Ayrancı (n 71) 113, 122 vd; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 64 vd; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 222; Sarıkaya (n 37) 32.

<sup>230</sup> Detaylı bilgi için bkz tez: "TBK'da İmkânsızlık ve Borçlunun Beyanı", s. 239 vd, Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 178 Atamer; 'İfa Engelleri' (n 35) 218; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 281, Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1164, 1165; Oğuzman and Öz (n 66) 475; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 854,855, Mustafa Dural, 'İmkânsızlık Kavramı ve Türleri' (1973) 7(1) Batider 11, 13 vd; Dayioğlu, *Tazminat* (n 18) 160.

<sup>231</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 281 vd; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 193,194.

<sup>232</sup> Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 193; Dayioğlu, *Tazminat* (n 18) 159.

TBK’da aluid ifayı ayıplı ifa değil hiç ifa etmeme olarak kabul eden yaklaşım benimsenmemiş, ayıplı ifa, aluid ifa ya da eksik ifa hallerinin tümü “sözleşmeye aykırılık” çatısı altında değerlendirilmiştir.<sup>233</sup>

Bu nedenle hangi durumlarda esaslı ihlalin varlığının değerlendirmeye alınabileceğinin tespiti için üçüncü bölümde satıcı ve alıcının tipik sözleşmeye aykırılık hallerinin görünüm biçimleri incelenmiştir. Üçüncü bölümde her bir ayrı başlıkta TBK’daki paralel hükümlere değinecek olduğundan burada her iki ifa engeli sistemindeki genel farklılıkları belirtmekle yetineceğiz.

CISG sözleşmeye aykırılığın sonuçları açısından da bütüncül bir yaklaşım benimsemiş, sözleşmeye aykırılık halinde alıcıya ifa talebi (aynen ifa, malın onarımı veya yenisi ile değişimi), bedelde indirim ve sözleşmeden dönme ve/veya tazminat seçimlik hakkı tanımıştır. Malın yenisi ile değişimi ve dönme hakkı, ihlalin esaslı olması şartına bağlamıştır. CISG’de düzenlenen seçimlik haklar TBK md. 227 uyarınca ayıba karşı tekeffül hükümlerinde düzenlenen seçimlik haklarla benzerlik göstermektedir.<sup>234</sup> Türk Satım hukukunda “ayıplı ifa” kötü ifanın bir türü olarak ayrıca düzenlenmiştir. TBK md. 227/I/b’ye göre, ayıplı ifa halinde aynen ifa talebinin görünümleri olan yenisi ile değişim ve onarım hakkı alıcıya tanınmaktadır. Ayrıca malın yenisi ile değişimini düzenleyen hükümdeki “imkânı varsa” ifadesi bu hakkın hem çeşit hem parça satışlarında kullanılması yönündeki tartışmaları sonlandırmıştır. CISG’de ise, malın yenisi ile değişimi esaslılık ve makul sürede talep edilmesi şartlarına bağlanmış, benzer şekilde parça/çeşit borcu ayırımı yapılmamıştır.<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> Detaylı bilgi için bkz tez: ‘TBK’da Aluid İfa’, 315 vd; Oğuzman and Öz (n 66) 290, 952ff; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 1041 vd; Gümüş (n 71) 68, 72; Tandoğan (n 71) 400; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 66) 762; Aral and Ayrancı (n 71) 100.

<sup>234</sup> TBK md. 227’de düzenlenen seçimlik hakları: 1. Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme 2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satım bedelinde indirim isteme 3. Aşır bir masraf gerektirmediği takdirde bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satışanın ücretsiz onarılmasını isteme 4. İmkân varsa satılanın ayıpsız benzeri ile değişimini isteme. Bu düzenlemelere ilişkin detaylı bilgi için bkz: Gümüş (n 71) 86 vd.

<sup>235</sup> Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 108; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 74, 96; Gümüş (n 71) 86 vd; Baş (n 77) 632.



Türk ve İsviçre hukukunda sözleşmeden doğan sorumluluk kusur sorumluluğudur.<sup>236</sup> TBK’da temerrüt ve imkânsızlık durumunda genel hükümler gereğince kural, borçlunun ancak kusursuz olduğunu ispat etmesi halinde, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarından kısmen de olsa kurtulabilmesi olup boşlu bu şekilde tazminat ödemekten kurtulabilmektedir.<sup>237</sup> CISG sisteminde ise, tarafların seçimlik haklarını kullanabilmesi kusur şartına bağlanmamış, kusursuz sorumluluk esası benimsenmiştir.<sup>238</sup> Ancak bu noktada iki sistem birbirinden tamamen ayrılmamaktadır. Zira TBK’da kusursuz sorumluluk esasının benimsendiği iki istisna bulunmaktadır. Bunlardan birincisi; özel hükümlerde satıcının satım sözleşmesinden doğan sorumluluğunu bir garanti sorumluluğu olarak düzenlenmiş olması ve ayıplı ifa halinde CISG’e paralel olarak kusursuz sorumluluk esasının kabul edilmiş olmasıdır.<sup>239</sup> Nitekim CISG md. 45/I, b/2 uyarınca alıcıya tüm seçimlik hakların yanında tazminat hakkına başvurma imkânı; TBK md. 227/2 ile benzer bir düzenleme içermektedir.<sup>240</sup> İkinci olarak; edim hasarı halen üzerinde bulunan satıcı çeşit borcunun ifasından kusursuz olarak sorumlu kabul edilmiştir.<sup>241</sup>

<sup>236</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 331,432; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1199; Ali Gümrah Toker, ‘CISG’te Sözleşmenin Esaslı İhlali (md. 25): Esaslı İhlalin TBK’da Yer Alan Sözleşmeye Aykırılık Türleri İle Karşılaştırması’ in Sinan Okur (eds), *Milletlerlerası Mal Satım Hukuku*, (1st edn, Adalet 2016) 127, 142. TBK md. 112 gereğince; “borçlu kendisine hiçbir kusurun yüklemeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının edimin ifa edilmemesinden doğan zararını karşılamakla yükümlüdür.” Ayrıca TBK md. 114 gereği; borçlu her türlü kusurundan sorumludur.

<sup>237</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 434; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 198 vd; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1199 vd, Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 647 vd.

<sup>238</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 313.

<sup>239</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 443, 444 vd; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 291, Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18). 161. TBK md. 114’e karşı satıcının ayıba karşı tekeffül borcu (TBK md. 214-218) ve TBK md. 112 karşısında satıcının zapta karşı tekeffül hükümleri (TBK md. 219-231) kusura dayanmayan bir sorumluluk sistemi benimsemiştir. Gümüş (n 71) 52,62,

<sup>240</sup> Öz, ‘CISG metni’ (n 1) 7,8. TBK md. 227/II: “Alıcı Genel Hükümlere göre tazminat talep edebilir.” Hükümü ile açıkça atıfla alıcının TBK md. 219 vd ve TBK md. 112 hükmüne yarışmalı olarak başvurma hakkı vardır. Ancak TBK md. 112’ye göre ancak “kusurlu” satıcıdan tazminat talep edilebilir. Gümüş (n 71) 64

<sup>241</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 480; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 291; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 161.

Ayrıca CISG'e göre; "kesin vadeli işlem" borçlanılan edimin belirli bir anda ve süre içinde gerçekleştirilmesini kapsamaktadır. TBK'da ise belirli vade ve kesin vade ayrımı gözetilir ve özellikle borçlunun temerrüde düştüğü anın tespitinde önem arz eder.<sup>242</sup>

TBK md. 125'te düzenlenen seçimlik haklar uyarınca; alıcı aynen ifa, tazminat ve sözleşmeden dönme haklarına haizdir. Aynen ifa talebi genel hükümlerde yalnızca, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, temerrüt durumu için söz konusu olmaktadır.<sup>243</sup> Her iki sistem arasındaki en önemli farklılık; sadece temerrüt halinde aynen ifanın birincil yaptırım olarak gündeme gelmesidir. Nitekim diğer hallerde alıcı ancak başka bir seçimde bulunmamışsa aynen ifayı kabul ettiği karine olarak kabul edilmektedir. Ayrıca CISG md. 28 ile aynen ifayı talep hakkı sınırlandırılmıştır.<sup>244</sup>

Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümler kısmında ise, satım hukukuna ilişkin olarak, TBK md. 212 ticari satımlara özgü bir düzenleme getirmektedir.<sup>245</sup> TBK md. 212, alıcının TBK md. 125'de sayılan seçimlik haklarına engel olmamakla birlikte bir karine öngörmektedir. Buna göre, alıcının, seçimlik haklarını kullanmakta sessiz kalması durumunda, aynen ifadan vazgeçerek tazminat yaptırımını seçtiği kabul edilmektedir. Yerinde bir yaklaşımla, adi satımdaki birincil yaptırım aynen ifa iken, ticari satımda birincil yaptırım tazminat olarak düzenlenmektedir.<sup>246</sup>

Ayrıca önemli bir farklılık olarak; TBK'da yan edim yükümlülüklerinin ifa edilmemesi prensipte sözleşmeden dönme sonucuna yol açmazken,<sup>247</sup> CISG esaslı ihlal sisteminde

---

<sup>242</sup> CISG'de TBK md. 212 ile benzer şekilde ticari bir satım sözleşmesi olmak itibarıyla her halde taraflar arasında bir kesin vade kararlaştırılmış olduğu farz edilmez. Hâkim her somut olayda, kararlaştırılan vadeye uymanın taraflar açısından ne kadar önem taşıdığını belirlemelidir. Gümüş (n 71) 43,44, Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 60, Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35)249, 79ff.

<sup>243</sup> Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1261, Oğuzman and Öz (n 66) 544 Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 928 vd.

<sup>244</sup> Detaylı inceleme için bkz tez: "Aynen İfa Talebinin Nitelikli Konumu", 33 vd.

<sup>245</sup> Gümüş (n 71) 43; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 60; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 931. TBK md. 212: "Satıcının temerrüdü hâlinde, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır. Zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticari satımlarda, satıcı temerrüde düşerse alıcının, devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini istediği kabul edilir."

<sup>246</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 540; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 931; Serozan, 'Alman İfa Engelleri' (n 68) 134; Baş (n 77) 631.

<sup>247</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 507; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 62,63.

önemli olan ihlalin sebebi değil ihlalin ortaya çıkardığı sonuçların ağırlığı olduğun asli edim/yan edim yükümlülüğü ayırımına gidilmemektedir.

CISG’de esaslı ihlal düzenlemesinin fonksiyonu sözleşmeden dönme ve malın yenisi ile değişimi gibi yaptırımların kullanılmasını sınırlamak iken, TBK’da sözleşmeden dönme hükümleri genel bir kritere bağlı kalmaksızın kullanılabilir.<sup>248</sup> Öte yandan, sözleşmeden dönme TBK’da da çeşitli yollarla sınırlandırılmıştır. TBK md. 227/IV’e göre; seçimlik hak olarak düzenlenen sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde, bu durumun hâkim tarafından olaya uygun düşmediği tespit edilirse, hâkimin malın onarımına veya bedelde indirim yapmasına karar verebileceği düzenlenmiştir.<sup>249</sup> Bu hükmün uygulanması doktrinde; satılanın iade masraflarının yüksek olduğu, satılanın özel bir sipariş ettiği bu malın başkası tarafından kullanılmasının mümkün olmaması durumlarına hasredilmekle birlikte,<sup>250</sup> bu durumlarda mal ayıplı olsa dahi, alıcının sözleşmeden beklentisini karşılıyor ise dönme hakkının sınırlandırabileceği kabul edilmektedir. Bu halde, ihlalin esaslı olması şartına bağlı olarak CISG md. 25 hükmüne göre sözleşmeden dönme hakkı ile oldukça paralel bir düzenlemeden bahsedilebilir.

Diğer yandan; uluslararası ticaretin gereklerinden dolayı CISG’de olduğu gibi malın yenisi ile değişimi talebinde bulunma hakkının sınırlandırılması, ulusal hukuk sistemlerinde pek rastlanılan bir durum değildir. Nitekim TBK md. 227/I hükmü ile ayıplı malın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi, alıcıya “imkân olduğu” sürece kullanılabilirliği bir seçimlik hak olarak tanınmış<sup>251</sup> ayrıca ihlalin esaslı olması

---

<sup>248</sup>Serozan, *Dönme* (n 66) 75.

<sup>249</sup>Gümüş (n 71) 94; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 97; Aral and Ayrancı (n 71) 137. İsviçre-Türk hukukunda dönme hakkını sınırlandırmak için geliştirilmiş olan çözümler için ayrıntı bilgi için: Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 247 vd, İlgili hüküm, seçim hakkının hâkime bırakılması sebebiyle eleştirilir. ATAMER, bu uygulama yerine dönme hakkının ön koşula bağlanması gerektiği savunmaktadır. Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 350, 351.

<sup>250</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 108; Tandoğan (n 71) 188; Gümüş (n 71) 95; Aral and Ayrancı (n 71) 158.

<sup>251</sup> Hâkim görüşü; bu durumda ayıplı malın değişimini aynen ifa talebinin bir devamı olarak değerlendirmektedir. Gümüş (n 71) 93, Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 96, Aral and Ayrancı (n 71) 146, Her ne kadar 6502 sayılı TKHK md.11 hükmünde, tüketicinin seçimlik haklarından ayıplı malın yenisiyle değiştirilmesi hakkına ilişkin olarak bir sınırlama mevcut ise de; Antlaşma’nın md. 2(a) hükmü gereği tüketici satımına uygulanmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 162.

aranmamıştır. Diğer yandan, her iki sistemde de kusurdan bağımsız şekilde dönme hakkı düzenlenmiştir.<sup>252</sup>

Bu bölümde CISG ifa engelleri sisteminin Türk hukuk sisteminden ayrıştığı noktalar üzerinde durulduğundan, üçüncü bölümlerde CISG’teki sözleşmeye aykırılık görünüm biçimlerinin altında, TBK’daki ihlal türleri ve sonuçlarının CISG’den ayrıştığı ve paralel ilerlediği önemli noktalara yer verilecektir.

O halde bir sonraki bölümde, esaslı ihlal hükmünün şartlarını incelemeye geçmeden önce, esaslı ihlal kavramının ve hükmünün tarihsel gelişimine bakmakta yarar görüyoruz.

## **D. Esaslı İhlal Kavramının Gelişim Süreci**

### **1. Genel Olarak**

*Civil law* ve *common law* hukuk sistemleri arasında bir köprü oluşturan CISG’te düzenlenen esaslı ihlal kavramı, ifa engelleri sisteminin merkezinde olduğu gibi, birçok maddenin atıf yaptığı bir hüküm olarak da oldukça önemli bir noktada bulunmaktadır. “Esaslı ihlal” kavramının tarihsel sürecine baktığımızda, bu kadar kilit bir kavramın bir anda doğmadığını,<sup>253</sup> sözleşmede yer almadan önce, uluslararası satım sözleşmelerine uygulanacak hukuku yeknesaklaştırma çalışmaları kapsamında birçok metinde benzer

---

<sup>252</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 552, Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 66) 962, Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1267, Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 163. TBK’da dönme hakkının sınırlandırıldığı bir başka hüküm; TBK md. 235 hükmünde yer alır. Alıcının temerrüdü halinde satıcının dönme hakkı, kural olarak satım bedeli ödendikten sonra veya ödeme anında malın devrinin gerektiği haller ile sınırlandırılmıştır. Gümüş (n 71) 114, Yine TBK md. 260 ve 271 hükümlerinde, taksitli satımlarda ve ön ödemeli satımlarda satıcının dönme hakkına ilişkin çeşitli sınırlamalar getirilmiştir. Bu bağlamda, ayıplı malın ayıpsız ile değiştirilmesine ilişkin imkânsızlık durumu hariç bir sınırlama getirilmemişken, tarafların sözleşmeden dönme haklarına ilişkin sınırlayıcı düzenlemeler mevcuttur. Gümüş (n 71) 134 vd.

<sup>253</sup> CISG md. 25 hükmünde yer verilen "esaslı ihlal" kavramına, anlam ve uygulama alanı bakımından kaynaklık eden diğer hukuk sistemlerindeki bir öncülün bulunmadığı genellikle ifade edilmektedir ancak bu kavram aniden ortaya çıkmış bir düşüncenin ürünü olmadığı ile ilgili bkz: Micheal Will, ‘Article 25’ in Bianca C M and Bonell M J (eds), *Commentary On The Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè, 1987) Art 25 Para 2; Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 186) 86, 87.

yaklaşımların benimsendiğini ve kavramın evrimleşerek bugün ki halini almış olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.<sup>254</sup>

CISG md. 25 hükmünün anlamı üzerindeki şüphenin kaldırılması amacıyla hazırlık çalışmalarını incelemek ve kavramın tarihi gelişimine bakmak, hükmün yorumlanmasında bize ışık tutacaktır. Ancak, sadece hazırlık çalışmalarının yol göstericiliğine güvenmek ve tarihsel yorumu bu çalışmalar üzerinden yapmak tek başına yetersiz kalabileceğinden ayrıca hazırlık çalışmaları öncesinde üretilen metinlerdeki tarihsel sürecin incelenmesi de oldukça önem taşımaktadır.<sup>255</sup> Nitekim Antlaşma'yı hazırlayanların niyeti, yorumda dikkate alınabilecek unsurlardan yalnızca biri olarak görülmelidir.<sup>256</sup>

Öte yandan, esaslı ihlal kavramı, CISG md. 25 hükmü çerçevesinde uygulanmaya devam edilen ve bu nedenle de yaşayan, değişime açık bir normdur.<sup>257</sup> Dolayısıyla evrimleşmeye devam eden bu yapıya cevap verebilecek bir nitelikten uzaklaşmış olan bir tarihsel yoruma güvenmek hatalı yorumları beraberinde getirecektir.

Esaslı ihlal kavramı bu halini almadan önce birçok değişikliğe uğramış, hatalı yorumlar düzeltilmiş ve gerekli ekleme ve çıkarmalar yapılarak sağlıklı bir yapıya kavuşmadan önce birçok aşamadan geçmiştir. Bu nedenle, hükmün nasıl bugünkü halini aldığıın geçirdiği tarihsel süreç üzerinden okunması aynı zamanda hükmün daha iyi anlaşılmasına da hizmet edecektir. Bu bağlamda, kavramın ilk ortaya çıkış noktası olan *common law* ve *civil law* hukuk sistemlerinin kavramın gelişimi üzerindeki etkileri

<sup>254</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 197.

<sup>255</sup>Hazırlık tarihçesine göre yorumun işlevi, kaynakları ve zorlukları hakkında: Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 196, 198; Pilar Perales Viscasillas, 'Article 7,9,11-13' in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contract for The International Sale of Goods: Commentary* (C. H. Beck, Hart, Nomos 2011) Art 7, Para 35 - 37. Hazırlık tarihçesi kapsamında yapılan yorumlarla, CISG'i hazırlayanların amaçlarını ve aralarındaki müzakereleri dikkate alarak hükümlerin doğasında belirsizliklerin giderilmesi amaçlanmıştır. Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 197, 198, "Ancak bunun dışında CISG md. 25 hükmünün yorumunda hazırlık çalışmalarının üstleneceği role belli bir çekingenlikle yaklaşmaktadır. Nitekim hazırlık çalışmaları ancak öğretici bir fikir sahibi olmamıza yardımcı olabilir. Bunun haricinde tarihçenin önemli bir kısmı, özel bir takım görüşler olarak kabul edilmelidir. Zeller, 'Fundamental Breach' (n 186) 88.

<sup>256</sup>Micheal Joachim Bonell, 'Article 6, 7, 9' in Bianca C M and Bonell M J (eds), *Commentary On The Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè, 1987) Art. 7 Para, 3.1.3, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 99, Sarıkaya (n 37) 62.

<sup>257</sup> Bonell (n 256) Art 7 Para 3.1.3.

incelenmiştir. Sonraki bölümde ise; ULIS’e hazırlık ve ULIS çalışmaları, ardından da UNCITRAL yönlendirmesi ile devam eden “Sözleşme Hazırlık Çalışmaları”ndan ve “Ad Hoc Değerlendirmeleri”nden bahsedilmiştir. Son olarak da Viyana konferansları süreci ve CISG hazırlık çalışmaları ve güncel durum hakkında bilgi verilmiştir.

## 2. Esaslı İhlal Kavramının Gelişim Süreci

Esaslı ihlale merkezi bir rol kazandırılırken arka plandaki düşüncenin; sözleşmenin her durumda ayakta tutulması niyeti ile dönme yaptırımının son çare olarak kullanılması olduğunu belirtmiştik.

*Common law* hukuk sisteminde sözleşmeye aykırılığın asli sonucu tazminat olarak kabul edilmektedir.<sup>258</sup> Öte yandan, *common law* hukuk sisteminde, her durumda asli yaptırım türü olarak tazminatın benimsenmiş olması kimi zaman adaletsiz sonuçları beraberinde getireceğinden,<sup>259</sup> mahkemeler sözleşmesel taahhütleri ikiye ayırmaya başlamışlardır. Buna göre, “*warranty*”<sup>260</sup> klasik garanti taahhüdü dışında, sözleşmedeki taahhüdün belirli bir ağırlığı ve öneme sahip olması haline ilişkin aykırılıklar için “*condition*”<sup>261</sup> kavramı getirilmiş ve ancak bu halde taraflara sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı tanımıştır.<sup>262</sup> Dolayısıyla garanti taahhütleri, bir satım sözleşmesinde, malları ilgilendiren ve ihlali halinde yalnızca tazminat talep edilebilen taahhütlerdir. Diğer yandan şart ise, ihlali halinde sözleşmeyi sona erdirmeye ilişkin yaptırımları doğuracak nitelik ve ağırlıkta, adeta sözleşmenin akdedilme amacını oluşturan koşullardır.<sup>263</sup> Dolayısıyla içtihatlarda, bu ikili sınıflandırma gereği, ihlalin ve bu anlamda ifa engelinin türü değil, ihlal edilen taahhüdün sınıflandırması önem kazanmıştır.

<sup>258</sup> Başoğlu, ‘Aynen İfa Tarihsel Arka Planı’ (n 116) 338, Basedow (n 112) 492, 493.

<sup>259</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 290-293.

<sup>260</sup> Garanti taahhüdü, 1979 tarihli İngiliz Mal Satım Yasası’nın “Yorum” (“Interpretation”) başlıklı md. 61 hükmünde tanımlanmıştır. İngilizce tam metin için bkz: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54> (Erişim: 14.04.2021)

<sup>261</sup> İngiliz Mal Satım Yasası’nda *condition* “şart” in açıkça tanımı yapılmamakla beraber, sonucunun, md. 11(3) hükmünde “sözleşmenin reddedilmesi” hakkını doğuracağına işaret edilmiştir. 1979 tarihli Mal Satım Yasası’nın İngilizce tam metni için bkz. Legislation UK, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54> (Erişim: 14.04.2021)

<sup>262</sup> Peacock (n 153) 108-109.

<sup>263</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 293.

*Common law* hukuk sisteminde benimsenen bu yaklaşım, CISG ifa engelleri sisteminin merkezinde yer alan “esaslı ihlal” kavramının gelişimine de katkıda bulunmuştur. Nitekim 1930- 1939 yılları arasında UNIDROIT bünyesinde devam eden taslak çalışmalarına bakıldığında,<sup>264</sup> esaslı ihlalin temeli oluşturulurken, sözleşmeden dönmenin ancak belirli ağırlığa ulaşan ihlallerde bir seçenek olabileceği yaklaşımı ile hareket edildiği<sup>265</sup> ve özellikle 1939 “*Roma Taslağı*”nda<sup>266</sup> *common law* hukuk

---

<sup>264</sup> Taslakta dikkati çeken düzenlemeler: “Bu taslakta dikkate değer düzenlemeler olarak şunlar örnek gösterilebilir: 26. maddede, malların vaktinde teslim edilmemesi halinde alıcının ancak, olayın koşulları veya sözleşmenin hükümleri sebebiyle teslim tarihinin sözleşmenin “esaslı bir koşulu” olduğunu kanıtlamış olması halinde ya da 21. madde kapsamında taraflarca malların teslimi için belirli bir periyot kararlaştırıldıktan sonra satıcının veya alıcının teslimat için kesin tarihi belirlemiş olması durumunda, sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir. 31. madde de malları teslim borcunun kısmen yerine getirilmemesi veya bunda kısmen gecikilmesi durumunda, bu ihlalin ancak sözleşmenin temeline (“*root of contract*”) gitmesi durumunda sözleşmenin bütününden dönülebileceği öngörülmüştür. Satıcının, malları teslim borcu ve ayıba karşı yükümlülükleri dışında kalan borçlarından birini ifa etmemesi halinde ise bu borç esaslıysa alıcının sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiş (md. 61/IV) ve söz konusu yükümlülük olmaksızın alıcının sözleşmeyi yapmayacak olduğu anlaşılıyorsa borcun esaslı olduğu belirtilmiştir (md. 61/V). 80. maddede ise alıcının sözleşme hükümlerine uygun şekilde malları teslim almaması durumunda, bu ihlal semenin ödenmeyeceğinin düşünülmesine sebep oluyorsa veya malların kabulünün sözleşmenin esaslı bir koşulu olduğu şartlardan anlaşılıyorsa satıcının sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir.” Taslak metni için bkz: League of Nations International Institute in Rome for the Unification of Private Law (1935) Draft of An International Law of the Sale of Goods, Roma, La Libreria Dello Stato 79-108.

<sup>265</sup> Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 268, 269; Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25 Para 2.1.2.1. Ancak 1935 taslağında CISG’de olduğu gibi esaslı ihlal kavramına, bütüncül bakış açısıyla yaklaşılmanın ve farklı türlerde gerçekleşen ihlalin, sözleşmenin temeline dair olması durumunda sözleşmenin dönülmesine mümkün kılınmıştır. Açıklanın, s. 38.

<sup>266</sup> Roma taslağında dikkati çeken düzenlemeler: Örneğin 28. maddede, malların vaktinde teslim edilmemesi hâlinde alıcının, olayın koşulları veya sözleşmenin hükümleri sebebiyle teslim tarihinin sözleşmenin esaslı bir koşulu olduğunu kanıtlaması hâlinde sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir. 32. maddede de malların bir kısmının teslim edilmemesi hâlinde, malların tüm olarak teslimi sözleşmenin esaslı bir koşuluysa alıcının sözleşmenin bütününden dönebileceği; ayrıca, malların bir kısmının tesliminde gecikilmesi hâlinde, malların tüm olarak teslim tarihi sözleşmenin esaslı bir koşuluysa alıcının sözleşmenin bütününden dönebileceği öngörülmüştür. Satıcının; malların teslimine, mallardaki ayıba veya hukukî ayıba ilişkin yükümlülükleri dışında kalan yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi hâlinde ise bu borç esaslıysa alıcının sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiş (md. 55/II) ve söz konusu yükümlülük olmaksızın alıcının sözleşmeyi yapmayacak olduğu olayın şartlarından anlaşılıyorsa borcun, sözleşmenin esaslı bir koşulu olduğu öngörülmüştür (md.. 55/III). Yine şartlar, vaktinde ödemenin sözleşmenin esaslı bir koşulu olduğunu gösteriyorsa semenin muaccel olmasından hemen sonra satıcının sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir (md. 64/II). 66. maddede ise alıcının sözleşme hükümlerine uygun şekilde malları teslim almaması durumunda, bu ihlal semenin ödenmeyeceğinin düşünülmesine sebep oluyorsa veya malların kabulünün sözleşmenin esaslı bir koşulu olduğu şartlardan anlaşılıyorsa satıcının sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir. Alıcının semeni ödeme ve malları teslim alma borçları dışında kalan borçlarından birini ifa etmemesi hâlinde ise bu borç sözleşmenin esaslı bir koşulu ise satıcının sözleşmeden dönebileceği öngörülmüş (md. 70/II) ve söz konusu yükümlülük olmaksızın satıcının sözleşmeyi yapmayacak olduğu şartlardan anlaşılıyorsa borcun, sözleşmenin esaslı bir koşulu olduğu düzenlenmiştir. (md. 70/III). Taslak metni için bkz: International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Unification of Law: A general survey of work for the unification of private law (Drafts and Conventions), Rome, Editions “Unidroit”, 1948, 102 – 159, Ayrıca Türkçe çeviri için Schroeter (n 159) Art. 25, Para 3, Sarıkaya (n 37) 64.

sistemlerindeki *warranty-condition* ayrımı üzerinden “esaslı sözleşme şartı” sayılabilecek bir yükümlülüğün ihlalinin diğer taraf açısından da esaslı ihlal teşkil edeceği kabul edilmiştir.<sup>267</sup>

Ancak, ilerleyen yıllarda ihlal edilen yükümlülüğün hangi tür taahhüt içinde yer aldığı tespiti her somut olayda kolay anlaşılmadığından, *common law* hukuk sistemindeki bu ikili ayırım yetersiz kalmıştır.<sup>268</sup> Dolayısıyla, şart ve taahhüt arasında kalan gri alanları aydınlatmak için üçüncü bir taahhüt türünün yaratılması ihtiyacı gündeme gelmiştir. Bu boşluk, isimsiz (“*innominate*”-“*intermediate*”) taahhütlerle kapatılmaya çalışılmış, şart ile garanti taahhütleri arasında yer alan bir yapı oluşturulmuştur. Buna göre, ihlalinin sonuçlarının yarattığı ağırlığın değerlendirilmesi, sözleşmesel yaptırımların uygulanabilmesinde belirleyici rol üstlenmiştir. İhlalin meydana çıkardığı sonuçların ağırlığı üzerinden ayırım yapılması bugün ki esaslı ihlal kavramına giderek yaklaşıldığını göstermektedir.<sup>269</sup>

İsimsiz taahhütlere ilişkin ilk karar İngiltere Temyiz Mahkemesi tarafından 1962 yılında *Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kaisha Ltd.* şirketleri arasında verilmiştir. İlgili karardaki hükmün kuruluşu aşağıdaki gibidir:<sup>270</sup>

*“Hâkimin (...) sözleşme taraflarından birinin diğer tarafın sözleşme ihlaline dayanarak sözleşmeyi sona erdirme hakkını kullandığı davalarda yapması gereken gemi kiralayanın sözleşmeyi sona erdirdiği tarihte gerçekleşen olayları incelemek ve bu olayların gerçekleşmesi nedeniyle, gemi kiralayanın kendi sözleşmesel taahhütlerini yerine getirmeye devam etmesi halinde navlun mukavelesinde belirtilen taraf iradelerine uygun olarak elde*

<sup>267</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25 N. 2.1.2.1; Peacock (n 153) 98, Açıklık (n 67) 38.

<sup>268</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 232-233.

<sup>269</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 232.233.

<sup>270</sup>İlgili karara konu olay: *Hong Kong Fir Shipping* şirketi gemisinin navlun anlaşmasına göre ve geminin denizde taşıyacağı yüke elverişli hale getirilmesi için anlaşılmıştır. Ancak geminin tesliminden sonra makine dairesindeki personelin sayıca ve kalite olarak yetersiz olması nedeniyle, Liverpool-Osaka arası gerçekleştirilen seyahatte, makine dairesinde problem çıkmış ve gemi yaklaşık beş hafta kullanılamamıştır. Bu sürede iki yıllık sözleşmenin yaklaşık onyediyi tamamlanmış bulunmaktadır. Gemi Osaka’ya ulaştığında Kawasaki Kaisha tarafından sözleşme feshedilmiştir. Karar metni için bkz. *Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kaisha Ltd.*, İngiliz İstinaf Mahkemesi (Her Majesty’s Court of Appeal in England, 2 QB 26, 1962, Nationwide Academy for Dispute Resolution UK Ltd. [www.nadr.co.uk/articles/published/Commercial/LawReports/Hong%20Kong%20Fir%20v%20Kawasaki%201961.pdf](http://www.nadr.co.uk/articles/published/Commercial/LawReports/Hong%20Kong%20Fir%20v%20Kawasaki%201961.pdf) (15.03.2021) Ayrıca kararın bir diğer çevirisi için bkz. Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 233.



*edilmesi gereken tüm menfaatten önemli derecede yoksun kalıp kalmayacağına karar vermektir.”*

Söz konusu içtihat İngiliz hukukunda halen önemini korumaktadır.<sup>271</sup> Kararda açıkça dile getirildiği üzere, uygulanabilecek olan yaptırımın belirlenmesinde kullanılan ölçüt; ihlalin türü ya da ihlalin sebebi değil, söz konusu ihlalin doğurduğu sonuçların ağırlığı olmaktadır.<sup>272</sup> İlgili içtihat ile ihlalin meydana getirdiği sonuçların niteliğinin belirleyici olduğunun altı çizilmiş ve kararda ele alınan bu yaklaşım CISG’in bugün kullandığı esaslı ihlal kavramının oluşumunda da belirleyici rol üstlenmiştir.<sup>273</sup>

CISG’e göre, dönme hakkının, sözleşmenin esaslı ihlalinin sonuçlarına göre sınırlandırılması yönteminin geliştirilmesinde, Fransız hukukunun etkileri yadsınmaz.<sup>274</sup> Zira ihlale uğrayan tarafın sözleşmenin kurulması anında söz konusu ihlali öngörmüş olsaydı sözleşme ilişkisine girmeyecek olduğu kabul ediliyorsa dönme hakkının sınırlanacağı şeklinde Fransız hâkimlerinin geliştirdiği “yeterince ciddi ağırlıkta ihlal” (“*suffisamment grave*”) aynı oranda “esaslı ihlal” kavramının gelişimine katkı sağlamıştır. Yine de CISG’deki esaslı ihlal yaklaşımının ağırlıklı olarak *common law* hukuk sisteminin bir ürünü olduğu tartışmasızdır.<sup>275</sup>

Bir sonraki bölümde esaslı ihlal kavramının bu yöndeki gelişiminin nasıl gerçekleştiğinin tarihsel sürecine yer verilmiştir.

<sup>271</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 294, 295.

<sup>272</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 234.

<sup>273</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 233-234; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 294, 295; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 35; Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25 N. 2.1.2.1; Lubbe (n 112) 446 8ff, Bazı yazarlar ise, CISG’de benimsenen esaslı ihlal kavramının, söz konusu içtihatı geçen “tüm menfaatten önemli derecede yoksun” kalma kıstası ile benzer ancak farklılıkları bulunduğunu ifade etmektedir. Micheal Bridge, ‘Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods,’ *International and Comparative Law Quarterly* (2010) 59(4).

<sup>274</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 296.

<sup>275</sup>Fransız hukuku yaklaşımına göre; tarafların farazi iradeleri ön planda tutularak, hâkimlere yol göstermek üzere: mağdur olan tarafın, sözleşmenin kurulması anında ilgili sözleşme ihlalinin öngörmüş olsaydı, sözleşmeyi akdetmeyeceği kabul edilebiliyorsa sözleşmeden dönme hakkının varlığı tanınmıştır. Özellikle ileride bahsi geçeceği üzere ULIS md. 10’un kaleme alınmış tarzına bakıldığında Fransız hukukun etkileri görülmektedir. Fransız hukukunda dönme hakkında detaylı bilgi için: Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 295, 296, Serozan, ‘Dönmenin Sınırları’ (n 80) 29. Nitekim 1939 yılında düzenlenen taslağın md. 55/III’teki; “*satıcının yükümlülüğünün esaslı kabul edilebilmesi için, somut olayın şartlarından, bu yükümlülük olmaksızın alıcının sözleşmeyi akdetmeyecek olduğunun anlaşılıyor olması gerektiği*” düzenlemesi bu durumun bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25 N. 1.1.1; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 269, 270; Peacock (n 153) 98.

### 3. Esaslı İhlal Hükümünün Gelişim Süreci

#### a. ULIS'e Hazırlık ve ULIS Dönemi

Sözleşme ihlallerinin ayrıma tabii tutulması ve ancak ağır sözleşme ihlallerinin sözleşmenin sona ermesi sonucu doğurması gereği fikri ilk kez *RABEL*<sup>276</sup> tarafından ortaya atılmıştır.<sup>277</sup> Uluslararası satım hukukunu uyumlaştırma çalışmaları kapsamında yürütülen çalışmalar neticesinde, esaslı ihlal kavramı ilk kez 1956 ve 1962 taslaklarında yerini almış ve<sup>278</sup> ilk kez ULIS md. 10'da düzenlenmiştir.<sup>279</sup>

Öncelikle amaç; 1939 yılındaki Roma taslağında kabul edilen *common law* hukuk sisteminin etkisinde gelişen ikili ayırım terk ederek, sözleşmedeki menfaatler dengesi gözetilerek sözleşmeyi ayakta tutmaya çalışmak olmuştur.<sup>280</sup> Bu doğrultuda, 1951 yılında yapılan teklif ile birlikte, yapılan en önemli değişiklik ULIS taslağında,<sup>281</sup> “esaslı yükümlülük” ihlali yerine, “yükümlülüğün esaslı ihlali” yaklaşımının kabul edilmiş olmasıdır. Bu yaklaşımın benimsenmesindeki en önemli etken, her esaslı

<sup>276</sup>Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 6, Ayrıca Rabel ve UNIDROIT'e sunduğu milletlerarası mal satım hukukunun yeknesaklaştırılması projesi gelişim süreci hakkında Bkz: tezin giriş bölümü.

<sup>277</sup>Zeytin, *CISG* (n 2) 29, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 21-22; Toker, *Uygulama Alanı* (n 2) 20, Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 5. İkinci Dünya Savaşı ile nedeniye ara verilmek zorunda kalınan uyumlaştırma çalışmaları, Hollanda Hükümetinin 1951 yılında yaptığı çağrı ile yeniden başlamıştır. Lahey şehrinde satım hukukuna ilişkin özel bir komisyon toplanmıştır. Bu komisyonun çalışmalarının ürünü olarak; 1964 yılında La Haye'de iki anlaşma; hem Maddi Taşınır Malların Milletlerarası Satımına İlişkin Sözleşmelerin Kurulması Hakkında Yeknesak Hukuk (ULF Uniform law on the formation of contracts for the international sales of goods) (ULF, yalnızca sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümler içermekte olduğundan, çalışmada ayrıntısına girilmeyecektir.) hem de Maddi Taşınır Malların Milletlerarası Satımına İlişkin Yeknesak Hukuk ULIS (convention relating to a uniform law on the international sales of goods) hükümleri kabul edilmiştir. Her iki anlaşmaya da sadece 9 ülke taraf olmuştur. Antlaşmaya taraf olan ülkeler; Almanya, Belçika, Gambiya, Hollanda, İngiltere, İtalya, Lüksemburg, San Marino ve İsraildir. Ergun Özsunay, '1980 tarihli "Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Anlaşması (CISG) ve Türk Teşebbüslerin Taraf Olduğu Uluslararası Mal satım Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları' (2006) 78 (3) 906, 908 vd, Ayrıca bu döneme ilişkin detaylı bilgi için bkz tez: Giriş 1ff.

<sup>278</sup>Taslaklar çalışmaları hakkında Bkz Tez : Giriş Bölümü, 1ff.

<sup>279</sup>Schwenzer, Fountoulakis and Dimsey (n 9) 172.

<sup>280</sup>Peacock (n 153) 99.

<sup>281</sup>Taslak metin için bkz: International Institute for the Unification of Private Law, 'Unidroit 1948' (n 266) 70-115.

sözleşme ihlalin aynı ağırlıkta sonuçlar doğurmaması karşısında, her esaslı ihlal sayılan duruma hep aynı sonucun bağlanmasıdaki adaletsiz durum olmuştur.<sup>282</sup>

1956 yılında düzenlen ULIS taslak metninin 15. maddesinde esaslı ihlal yaratan durumun tespitine ilişkin kabul edilen başka bir kriter daha 1963 taslağında yerini almış ve sonrasında herhangi bir değişikliğe uğramadan ULIS metninde benimsenmiştir.<sup>283</sup> Buna kritere göre; ihlale uğrayan tarafın bu ihlali öngörseydi sözleşmeyi henüz başında akdedip akdetmeyeceği, ihlali yaratan kişi tarafından biliniyor ya da bilinmesi gerekiyorsa sözleşmenin esaslı olarak ihlal edildiği kabul edilmektir.<sup>284</sup> Böylece 1956 ve 1963 yılında ilk defa sözleşmenin ihlali tek bir madde altında düzenlenmiştir.<sup>285</sup>

Bunun yanı sıra, esaslı ihlal kavramı 1956 taslağından önce, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için esaslı ihlal hükümlerinin ihlal edilmesi şartını aranmaktaydı ki bu halde aslında başta esaslı ihlal şartı sayılan bir hükmün, somut olayda ihlale uğrayan taraf açısından yarattığı sonuçları önemsiz olduğunda adaletsiz bir durum ortaya çıkabilmekteydi. Bu noktada ilk kırılma 1956 taslağı ile yaşanmış ve ihlalin sonuçlarına ağırlık veren yaklaşım ön plana çıkarılmıştır.<sup>286</sup>

ULIS; sözleşme ihlalinin sonuçlarının esaslı olmasına ilişkin kavramın bütüncül bir yapı içinde yer aldığı ilk uyumlaştırma metni olup ayrıca milletlerarası mal satım hukukunun yeknesaklaştırması yolunda CISG'e ışık tutulması açısından da oldukça değerlidir.<sup>287</sup>

La Haye konferansında kabul edilen ULIS'in 10. maddesi; CISG'in esaslı ihlali düzenleyen 25. maddesine karşılık gelmektedir. Buna göre ; "*İşbu Kanun'un amaçları*

---

<sup>282</sup>Peacock (n 153) 99; Will, 'Article 25' (n 253) Art. 25 N. 1.1.2

<sup>283</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 306.

<sup>284</sup>İngilizce taslak metin: "*A breach of the contract shall be deemed to be fundamental wherever the party knew or ought to have known, at the time the contract was made, that the other party would not have contracted had he foreseen that such breach would occur.*"

<sup>285</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 270.

<sup>286</sup>Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 235.

<sup>287</sup>ULIS, sadece dokuz ülke tarafından yürürlüğe konulan bir antlaşmadır ve uluslararası alanda beklenen etkiyi sağlayamamıştır. Açıklam (n 67) 38. ULIS'in yeterli etkiyi sağlayamamasının nedeni olarak endüstriyel ülkelerle sınırlı az sayıda katılımcı olması ve *civil law* hukuk sistemine dahil olan ülkelerin temsilcileri tarafından yapılan baskılar gösterilmektedir. Zeytin, *CISG* (n 2) 30; Toker, *Uygulama Alanı* (n 2) 24; Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 6.

*doğrultusunda, bir sözleşme ihlali, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin akdi sırasında, diğer tarafın makul bir kişi olarak söz konusu ihlali ve etkilerini öngörmüş olsaydı sözleşme ilişkisi içine girmeyeceğini bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde, esaslı sayılır.*<sup>288</sup> Görüldüğü üzere, taslak çalışmalarındaki değişikliklerin yanı sıra ULIS'in kabul edilen metninde de ilgili hüküm değişikliğe uğramış ve esaslı ihlal kavramına, “*diğer taraf ile aynı durumdaki makul kişi*” kıstası getirilmiştir.<sup>289</sup>

ULIS'te yer alan esaslı ihlal hükmü incelendiğinde, ilk olarak, *common law* hukuk sistemlerinde yer alan garanti taahhütleri, isimsiz taahhütler ve şartlar şeklindeki sınıflandırmanın burada yer almadığı görülmektedir.<sup>290</sup> Bu sınıflandırma yerine Fransız hukuku etkilerinin net bir şekilde görüldüğü<sup>291</sup> ihlalin meydana getirdiği sonuçlar dikkate alınmış ancak bu noktada da ihlalin sonuçlarının ağırlığı üzerinde durulmadığından eleştirilmiştir.<sup>292</sup>

ULIS md. 10 göre; esaslılık değerlendirmesinde; sözleşmenin kurulma anı açıkça dikkate alınmış ve ihlale uğrayan taraf ile aynı durumdaki makul bir kişinin, ihlale rağmen sözleşmeyi akdedip akdetmeyeceğine ilişkin iradesi araştırılmakta olduğundan; subjektif ve farazi ölçütler içerdiği kabul edilmektedir.<sup>293</sup> İhlale uğrayan tarafın öngörüsünün olup olmadığı gibi öznel ölçütlerle esaslılık değerlendirilmesinin

---

<sup>288</sup>ULIS metni için bkz: International Institute for the Unification of Private Law, Unification of Law: A general survey of work for the unification of private law (Drafts and Conventions), Rome, Editions "Unidroit", 1965, 58- 119. ULIS Art. 10: “*For the purposes of the present Law, a breach of contract shall be regarded as fundamental wherever the party in breach knew, or ought to have known, at the time of the conclusion of the contract, that a reasonable person in the same situation as the other party would not have entered into the contract if he had foreseen the breach and its effects.*”

<sup>289</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25 N. 1.1.2; Will, “makul kişi” kıstası ile hükme objektif bir bakış açısı getirildiğini ifade etmektedir. Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25, Para 1.1.2.

<sup>290</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 235.

<sup>291</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 234.

<sup>292</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 235; ULIS md. 10 hükmüne göre yapılacak esaslı ihlal değerlendirmesinde inceleme konusunun, salt ihlale maruz kalan tarafın sözleşme menfaatini kaybedip kaybetmediği etrafında toplanmasını hükmün bir zayıflığı olarak görmekte ve bu sebeple hükmü bütünüyle subjektif bulmaktadır. Olof Clausson, ‘Avoidance in Nonpayment Situations and Fundamental Breach under the 1980 U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods’ (1984) 6(1) New York Law School Journal of International and Comparative Law, 93, 96.

<sup>293</sup>Schlectriem, *Uniform Sales of Law* (n 20) 173; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 296; Arvas M M, ‘Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Esaslı İhlal’ in Şebnem Akipek Öcal (eds) *Viyana Satım Anlaşması* (1<sup>st</sup> edn, Yetkin 2020) 40.

yapılması eleştiri oklarından kaçamamıştır.<sup>294</sup> Öte yandan “makul kişi” kıstası ile hükme objektif bir bakış açısı getirildiğini ifade edilmiştir.<sup>295</sup> Nitekim ULIS md. 10 sözleşmenin kurulması sırasındaki farazi iradenin tespit edilmesi gibi subjektif bir değerlendirme yaptığından, normun ulusal düzeyde farklı değerlendirilmesi sonucuna yol açabilecektir. Bunun önüne geçilmesi için, CISG hazırlanırken bu kavrama daha objektif içerik kazandırılması yoğun tartışmalara konu olmuştur.<sup>296</sup>

Şöyle ki, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, karşı tarafla aynı durumdaki makul bir kişinin sözleşmeyi akdedip akdetmeyeceğini bilebilmesine bağlanan sonuçlar,<sup>297</sup> subjektif bir test<sup>298</sup> sunmakta ve bu noktada md. 10 hem objektif bir değerlendirme sağlayamadığından hem de karmaşık yapısıyla eleştirilerden kaçamamıştır.<sup>299</sup>

Aşağıda hazırlık çalışmaları sürecinde ULIS 10’un CISG md. 25’e dönüşüm sürecinde yer alan tartışmalar inceleme konusu yapılmaktadır.

## **b. UNCITRAL Bünyesinde Hazırlık Çalışmaları**

Lahey Antlaşmalarının geniş çapta istenilen etkiye ulaşamaması, yüksek katılımlı ve daha kapsayıcı uyumlaştırma çalışmalarının yapılması için, BM bünyesinde

---

<sup>294</sup>Schlechtriem, *Uniform Sales Law* (n 20) 173; Schroeter (n 159) Art 25, Para 401; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 300; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 271. Her ne kadar ULIS 10 ile amaçlanan esaslı ihlalin belirlenmesinde objektif standartların ortaya konulması olsa da, bu kolay olmamıştır. Bu aşamada dahi esaslılık kriterinin belirlenmesinde objektif mi subjektif mi standartların ön plana çıkacağı noktasında birçok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Nihayetinde, CISG’te esaslı ihlalin, sadece objektif ölçütlere göre tanımlanmaması gerektiğine, ayrıca sözleşmede açıkça ortaya konulduğu üzere, ihlale uğrayan tarafın (subjektif) sözleşmede kararlaştırılmış menfaatlerine göre tanımlanmasına karar verilmiştir.

<sup>295</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25, Para 1.1.2.

<sup>296</sup>Atamer ‘İfa Engelleri’ (n 35) 235.

<sup>297</sup>UNCITRAL, ‘Yearbook 6 (1975)’ (1976) New York, United Nations, 95. [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/yb\\_1975\\_e.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/yb_1975_e.pdf) (Erişim Tarihi 08.05.2022) “It will be noted that this proposal eliminates the subjective test (i.e. what a party “knew or ought to have known”), and also the related speculative element as to whether a “reasonable person” would have “entered into the contract if he had foreseen the breach and its effects”

<sup>298</sup>Schlechtriem, ULIS md. 10 hükmünde yer alan farazi değerlendirme kıstasına ilişkin olarak “test” ifadesine yer vermektedir. Schlechtriem, *Uniform Sales Law* (n 20) 57-58.

<sup>299</sup>UNCITRAL, ‘Yearbook 6’ (n 296) 53, 72, 77, 78, 94, 95; Honnold (n 179) 52, 64, 65; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 271, 272; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 235, Leisinger (n 159) 30; Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25 N. 1.2.1; Sarıkaya (n 37) 77.

UNCITRAL çalışma grubunun kurulmasına vesile olmuştur.<sup>300</sup> Esaslı ihlali düzenleyen ULIS md. 10 hükmünün sözleşmesel menfaaten yoksunluğun belirlenmesinde yeterince objektif kriterler sağlamadığı gerekçesiyle revize edilmesi teklifi, bu grup tarafından ilk kez 1975 yılında ortaya atılmıştır.<sup>301</sup>

1976 yılında hazırlanan Cenevre Taslağı'nda<sup>302</sup> yapılan en büyük değişiklik "önemli ölçüde olumsuzluk" (*sunstantial detriement*) kriterinin düzenlenmeye alınmış olmasıdır.<sup>303</sup> Bundan böyle; 1976 Taslağı'nın 9. maddesinde düzenlenen ihlalin esaslılığı için; sözleşme ihlalinin, diğer tarafta önemli ölçüde bir olumsuzluk yaratması ve sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu sonucu öngörmesi veya öngörmesinin gerekmesi şartı aranacaktır.<sup>304</sup>

Yapılan değişikliklere rağmen 1976 yılında hazırlanan taslak çalışması da birçok açıdan eleştiriye maruz kalmıştır. Şöyle ki delegeler tarafından öncelikle hükümdeki belirsizliğinin devam ettiği dile getirilmiştir. Ayrıca, önemli ölçüde olumsuzluk" ("*substantial detriment*") kıstasının yeterli objektiflik sağlayamadığı, öngörülebilirlik değerlendirmesinde dikkate alınacak zaman dilimindeki belirsizliğin, sözleşmenin

<sup>300</sup>UNCITRAL, 1966 yılında Birleşmiş Milletlerin Komisyonu olarak kurulmuştur. 50 yılı aşkın bir süredir dünya çapında ticaret hukuku reformu alanında uzmanlaşmış evrensel bir üyeliğe sahip bir hukuk organıdır. UNCITRAL, tarafından sonraki yıllarda da "*working group*" adı verilen gruplar oluşturulmuş ve yekneseklaştırma amacı doğrultusunda bu gruplar, uluslararası satım, taşıma, ödeme şekilleri, tahkim vb. konularda çalışmalar gerçekleştirmiştir. Selanik, Bayram and Talay Değirmenci (n 2) 357.

<sup>301</sup>ULIS md. 10'un revize edilmesi için 1968 yılında bir çalışma grubu kurulmuştur. 1970 ila 1977 yılları arasında gerçekleştirilen Çalışma Grubu toplantılarında hem ULIS hem de ULF metinleri için Cenevre Taslağı (1976), Viyana Taslağı (1977) ve New York Taslağı (1978) olmak üzere ayrı ayrı taslaklar hazırlanmış, yanı sıra 1976 yılında gerçekleştirilen Çalışma Grubu toplantılarının 7. oturumunda, her iki metnin de bir araya getirilerek, bütüncül yeni bir antlaşma metninin hazırlanması teklif etmiştir. Selanik, Bayram and Talay Değirmenci (n 2) 1357; Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 7. UNCITRAL, 'Yearbook 6' (n 296)

<sup>302</sup>Taslak metni bkz: UNCITRAL, 'Yearbook 7 (1976)' (1977) New York, United Nations, 89 - 96. <https://uncitral.un.org/en/library/publications/yearbooks> (Erişim Tarihi 08.02.2022)

<sup>303</sup>Honnold (n 179) 244; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 272, 273. Önemli ölçüde olumsuzluk" kriteri, 1976 yılındaki taslakta yer almadan önce, 1975 yılında Çalışma Grubu tarafından kabul edilen metinde de mevcuttu (md. 9): "*A breach committed by one of the parties to the contract shall be regarded as fundamental if it results in substantial detriment to the other party and the party in breach had reason to foresee such a result.*" Yearbook 6, 1975, s. 53, 64.

<sup>304</sup>UNCITRAL, 'Yearbook 7' (n 302) 90. "*A breach committed by one of the parties to the contract is fundamental if it results in substantial detriment to the other party and the party in breach foresaw or had reason to foresee such a result.*"

kurulma anı olarak düzenlenmesinin gerektiği belirtilmiş<sup>305</sup> ayrıca ihlale uğrayan tarafın sözleşmenin ifasında menfaatinin kalıp kalmadığının da gözetilmesi gerektiği zira bu ihlalin sonuçlarının sözleşmeyi ihlal eden tarafça öngörüldüğünün veya öngörülmesi gerektiğini ispatlamasının çok zor olduğu ve bu sebeple öngörülebilirlik kıstasının esaslı ihlal değerlendirilmesinden çıkarılması gerektiği ifade edilmiştir. Nitekim bu muhtaklığın maddenin yerel mahkemelerce farklı şekilde yorumlanması sonucunu doğurabileceğinden de eleştirilmiştir.<sup>306</sup>

Eleştirilerin değerlendirilmesi sonucunda, 1976 taslağının yeniden inceleyen komite tarafından, objektifliğin sağlanabilmesi adına esaslı ihlale ilişkin hükmünde yapılan değişiklikler şöyle özetlenebilir.<sup>307</sup>

Öncelikle ispatının zor olduğu gerekçesiyle öngörülebilirlik kıstasının esaslı ihlal hükmünden çıkarılması teklifi reddedilmiştir. Ayrıca sözleşme ihlalinin sebep olduğu sonuçların sözleşmeyi ihlal eden tarafça hangi anda öngörülmesinin gerektiği sorusuna yani öngörülebilirlik kıstasının değerlendirme anına ilişkin olarak hükümde açık bir zaman belirtilmesinin gerekli olmadığı ifade edilmiştir. Yine “önemli ölçüde olumsuzlukta” ki belirsizliğin giderilmesi için, ihlalin ortadan kaldırılması için makul bir teklif de dahil “tüm şartlar altında” şeklinde bir ibare konulması önerisi de kabul görmemiştir. Son olarak, ihlale uğrayan tarafın sözleşme ilişkisine girmesindeki amacının araştırılması gerekeceğinden, sözleşmesel menfaatini kaybetmesinin dikkate alınması teklifi de subjektif bulunarak değişikliğe uğramamıştır.

Komitenin sunduğu en önemli değişiklik ise hükmün lafzında yapılmıştır. Öngörülebilirliğe ilişkin kısmın hükümden çıkarılması teklifi kabul edilmemiş olmakla birlikte öngörülebilirlik şartında ispat yükünün, esaslı ihlalin oluşmadığını iddia eden

---

<sup>305</sup>Sözleşme anının değerlendirilmesine ilişkin görüşlerden biri; ULIS md. 10 hükmünün sözleşmenin kurulduğu ana atıfta bulunduğunu ortaya koyarken; diğer bir görüşe ise sözleşmenin ihlal edildiği ana atıfta bulunulmasının daha adil olduğu belirtmiştir. Honnold (n 179) 318-357.

<sup>306</sup>Official Records (n 179) 295-303, Schlechtriem and Butler (n 28) 47, Sarıkaya (n 37) 79.

<sup>307</sup>UNCITRAL ‘Yearbook 8 (1977)’ (1978) New York, United Nations, 31,32 <https://uncitral.un.org/en/library/publications/yearbooks> (Erişim Tarihi 08.02.2022); Honnold (n 179) 324, 325, Sarıkaya (n 37) 79, 80, Arvas (n 293) 309.

taraf üzerinde kalmasına karar verilmiştir.<sup>308</sup> Bu doğrultuda 1977 tarihli taslak Viyana Taslağı metnin 8. Maddesindeki “*ihlali gerçekleştiren taraf bu sonucu öngörmüşse veya öngörmesi gerekiyorsa (...)*” kısmı yerine “*meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş veya öngöremeyecek olsun.*” şeklinde değiştirilmiştir.<sup>309</sup>

Nihayetinde, değişen ULİS md. 10, 1977 yılındaki taslak metni md. 8’de düzenlendiği şekli ile, 1978 yılında New York Taslağında ULF ve ULİS’in birleştirilmesi sonucu oluşan Milletlerarası Mal Satımı Sözleşmelerinin Kurulmasına İlişkin Anlaşma Taslak metninin 23. Maddesinde, “Esaslı İhlal” hükmünde yerini bulmuştur.<sup>310</sup>

Anlaşma taslağındaki hükmün halen yeterince objektif olmadığı ve daha objektif bir değerlendirme yapılması gerekliliğine ilişkin 1980 yılına kadar farklı konularda tartışmalar devam etmiş olmakla birlikte, konuyu sınırlandırmak adına burada kabul edilerek değiştirilen tartışlara yer vermeyi uygun gördük. Buna göre;

Hazırlık çalışmalarında yer alan bir grup ülke,<sup>311</sup> olumsuzluğun sınırlandırılmasının olumsuzluğun öngörülmüş olmasına bağlanarak objektifliğin korunabileceğinden bahisle, esaslılığın belirlenmesinde sözleşme ihlalinin yol açtığı objektif önemli olumsuz sonuçlara (*substantial detriment*) öncelik verilmesini önermişlerdir.<sup>312</sup>

<sup>308</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 273; Ziegel (n 37) 19.

<sup>309</sup>Taslak hükmün İngilizcesi “*A breach committed by one of the parties is fundamental if it results in substantial detriment to the other party unless the party in breach did not foresee and had no reason to foresee such a result.*” şeklinde kaleme alınmıştır. Ayrıca bkz. Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25, para. 1.2.1. Bu hususta Honnold ve Bridge, esaslı ihlal hükmünün, kural ile istisnasını bir araya getiren bir yapıya dönüştüğünü; hükmün “*meğerki*” ifadesine kadar olan bölümünün kural getirirken; “*meğerki*” ifadesi sonrasında bu kurala bir istisna tanıdığı görüşündedir. Honnold (n 179) 278-279; Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 922.

<sup>310</sup>Taslak metni: “Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods” için bkz: UNCITRAL ‘Year Book 9 (1978)’ (1979) New York, United Nations 14 – 21 <https://uncitral.un.org/en/library/publications/yearbooks> (Erişim Tarihi 08.02.2022); Official Records (n 179) 5 - 14; Honnold (n 179) 382 - 391.

<sup>311</sup>İtalya:önemli ölçüde olumsuzluk kıstasının Anlaşma taslağındaki haliyle yetersiz olduğunu, Çekostavakya teklifinde, sözleşme ihlali sebebiyle sözleşmenin ifasına duyulan ilgiden yola çıkılması gereğinden bahisle doğrudan bu kavrama yer verilmemesi gerektiği belirtmiştir. Ayrıca teklif edilen metin için bkz: Official Records (n 179) 99; Honnold (n 179) 671.

<sup>312</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 277; Honnold (n 179) 521; Açıklıkın (n 67) 39.



İkinci ülke gurubu ise<sup>313</sup> ihlale uğrayan tarafın sözleşmeden beklentisinin ve aynı zamanda ihlal nedeniyle ortaya çıkan subjektif sonucun asıl belirleyici olması gerektiğini savunmuşlardır. Bu görüşün diğerinden farkı, esaslılık değerlendirmesinde ağırlık noktasının (objektif) olumsuzluğun ağırlığı değil, olumsuzluk sonucu ortaya çıkan durumun yarattığı (subjektif) sonuçların dikkate alınmasının önerilmesidir.<sup>314</sup> Böylece oluşan olumsuzluğun meydana gelen olumsuz sonuçların tespiti objektif temelde yapılacak, diğer yandan sorumluluğun sınırlandırılması bu olumsuzluğun öngörülebilmesine bağlanacaktır.

Nihayetinde 1978 yılında UNCITRAL New York'ta yapılan 11. Oturumun ardından, Sözleşmenin Kurulmasına ilişkin kurallar ile Taşınır Satımına ilişkin kurallar birleştirilerek, 1978 tarihinde, Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Antlaşma (CISG) Taslağı (Draft Convention of the international sales of goods) oluşturulmuştur. Söz konusu hazırlık sürecinin son toplantısında ise, Viyana Diplomatik Konferansı toplantısında gerçekleştirilmiştir. Viyana Konferansları akabinde, 11 Nisan 1980 tarihinde, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (Viyana Satım Anlaşması-CISG) taraf devletler tarafından imzalanmıştır.<sup>315</sup>

---

<sup>313</sup>Tam teklif metni: "A breach committed by one of the parties is fundamental if, having regard to all express and implied terms of the contract, the breach results in substantial detriment to the other party unless the party in breach did not foresee and had no reason to foresee such result." Bkz: Official Records (n 179) 99; Honnold (n 179) 671. Eleştiriler ise: hükmün bu şekli ile fazla sınırlayıcı olması, sözleşmenin açık ve örtülü hükümleri dışında olayın diğer şartlarının dikkate alınmasına izin vermemesi, uğranılan olumsuzluğun derecesinin sözleşme hükümlerine göre belirlenmesinin mümkün olmaması noktalarında toplanmıştır. Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 278.

<sup>314</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 296; Schlechtriem, *Uniform Sales Law* (n 20) 78; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 126; Açıklan (n 67) 39.

<sup>315</sup>Viyana Satım Sözleşmesi 1 Ocak 1988 tarihinde öncelikle 10 ülkenin onaylaması ile yürürlüğe girmiştir. CISG; 62 ülkenin katıldığı BM konferansının konusunu oluşturur.42 ülkenin temsilcisi tarafından kabul edilmiştir. İngilizce Fransızca, İspanyolca, Rusça, Çince, Arapça olmak üzere altı dilde imzalanmıştır. Viyana da imzalandığı için Viyana satım sözleşmesi olarak geçmektedir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 23. Detaylı bilgi için bkz tez. Giriş bölümü, 1vd.

### c. Viyana Konferansları Süreci ve Nihai Durum

Öncelikle belirtmek gerekir ki ULIS ve ULFC ile sağlanamayan uluslararası yaygınlık CISG ile sağlanmış bulunmaktadır.<sup>316</sup> Esaslı ihlal kavramı Tasarı Komitesi tarafından md. 23 altında genel kurula sunulmuş ve bugünkü CISG md. 25'te yerini almıştır. Genel kurulda iki olumsuz oy alan tek hüküm olması dikkati çekmektedir.<sup>317</sup>

O halde düzenlemeye baktığımızda CISG md. 25 hükmünde<sup>318</sup>, objektifliğin sağlanabilmesi adına esaslı ihlal hükmünde, öngörülebilirlik kriterine “*makul kişi*” ölçütü getirilmiş<sup>319</sup>; ayrıca bu makul kişinin sözleşmeyi ihlal eden taraf ile “*aynı konumda*”, “*aynı koşullarda*” olacağı yer almış ve böylece hüküm, “*(...) meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun*” şeklinde değiştirilmiştir. Diğer bir önemli değişiklik ise; olumsuzluk kriterine ilişkin olarak hükme “*sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden (...)*” ifadesi eklenmiştir.<sup>320</sup>

CISG md. 25 hükmü kriterlerine daha sonraki bölümde yer verileceği üzere tekrardan kaçınmak üzere burada sadece CISG 25 ile ULIS md. 10 arasındaki temel farklılıklara kısaca değineceğiz. Şöyle ki; ULIS md. 10'da öngörülebilirlik kıstasının konusunu;

<sup>316</sup>Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 6,7. Ancak ULIS'in uygulama alanının tamamen sona erdiğini söylemek mümkün değildir. Zira, Antlaşma'nın uygulama alanı bulmadığı durumlarda, ULIS ve ULF de halen uygulama alanı bulabilmektedir.

<sup>317</sup>CISG md. 25 esaslı ihlal hükmü, Genel Kurul'da olumsuz oy alan ilk hüküm olmuştur. Çekimser oy kullananlardan Kanada, yeni esaslı ihlal tanımının sözleşme ihlaline maruz kalan taraf için ağır bir yük getirdiğini ve özellikle ayıplı mal tesliminde olmak üzere pek çok durumda esaslı ihlalin ortaya konmasının zor olabileceğini yönüyle olumsuz oy kullanmıştır. Aynı şekilde İsveç de hükmün farklı yorumların yapılmasına ve karışıklığa sebep olabileceğini belirterek; esaslı ihlal kavramının tanımlanmaya elverişli bir kavram olmadığından bahisle, esaslı ihlal kavramı olmaması halinde CISG'i kabul edeceklerini açıklamışlardır. Yine olumsuz oy kullanan İspanya, hükmün iki büyük zorluk içerdiğini belirtmiştir. Bunların ilki, ihlal sonucu ortaya çıkan olumsuzluğun yeterince esaslı olup olmadığı; ikincisi ise olumsuzluğun öngörülebilir olup olmadığı şeklinde ifade edilmiştir. Bkz: Official Records (n 179) 206; Ayrıca bkz: Honnold (n 179) 741. Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 282. Bu konu hakkında bkz: Will, 'Article 25' (n 253) 25 N. 1.2.2.

<sup>318</sup>CISG md. 25 “*Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte olduğu haklı şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğer ki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun.*”

<sup>319</sup>Official Records (n 179) 295-296; Honnold (n 179) 516; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 292.

<sup>320</sup>Babiak (n 167) 113, 120; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 292; Leisinger (n 159) 30.

sözleşme ihlaline maruz kalan tarafla aynı durumdaki makul bir kişinin bu ihlali ve sonuçları öngörseydi sözleşme ilişkisine girip girmeyeceği oluşturur ve bu kriterin sözleşmenin kurulma anında aranması hükümde açıkça düzenlenmiştir. CISG md. 25 ise, herhangi bir zaman dilimi düzenlemezken aynı zamanda öngörülebilirlik kıstasının değerlendirilmesinde, sözleşme ihlalinin karşı tarafta yarattığı olumsuz sonuçlara odaklanmaktadır.

Sonuç olarak diyebiliriz ki, CISG md. 25'teki esaslı ihlal değerlendirilmesinde ULIS md. 10 aksine öngörülebilirlik ikinci derecede önemli bir kıstastır.<sup>321</sup> CISG'e göre asıl önemli olan menfaat kaybına sebep olan olumsuzluk yaratan durumdur. Öngörülebilirlik şartına dayanarak ancak ihlalin esaslı olmadığı ileri sürülebilmektedir. Bu bakımından her iki maddede düzenlenen öngörülebilirlik kıstasının konusunun değiştiği söylenebilir.<sup>322</sup>

Güncel haliyle CISG md. 25 "sonuç odaklı" bir yapı üzerine örülü olduğundan, somut olayda bir ihlalin esaslılığının değerlendirilmesi yapılırken, ihlalin karşı tarafta yarattığı sonuçların ağırlığına bakılmaksızın karar verilmesi kavramın gelişimsel sürecini göz ardı etmek olacaktır.

## **II. VIYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE "ESASLI İHLAL" KAVRAMININ ANALİZİ VE YORUMLANMASI İLE CISG'DEN ESİNLENEN HUKUK UYUMLAŞTIRMA METİNLERİ VE ELEŞTİRİLER**

### **A. Viyana Satım Sözleşmesi'nde "Esaslı İhlal" Kavramının Analizi**

#### **1. Genel Olarak**

Komisyon, CISG md. 25'te esaslı ihlal hükmünü düzenlerken bu konuda bir tanım vermek yerine, soyut bir yöntem belirleyerek, genel kavramlardan yola çıkmıştır. Esaslı sözleşme ihlallerinin türlerini saymak yerine soyut kıstaslar getirerek tüm sözleşme

<sup>321</sup>Brigde, 'Fundamental Breach' (n 274) 922; Björklund (n 186) Art 25 Para 20.

<sup>322</sup>Sarıkaya (n 37) 91; Arvas (n 293) 310.

ihlallerinin görünüm şekillerine uygulanabilecek kapsayıcı kıstaslar getirilmiş, sözleşme ihlali sayılabilecek durumlara hükümde yer verilmemiştir.<sup>323</sup> Bunun yerine madde hükmünde “beklemede haklı olduğu şey”, “olumsuzluk”, “öngörülebilirlik” kavramları kullanılmıştır.<sup>324</sup>

Madde hükmünde tanımlandığı üzere esaslı ihlalin oluşması için gerekli koşullardan ilki sözleşmenin ihlal edilmiş olmasıdır. Ancak taraflardan birinin Antlaşma ya da aralarındaki sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe yahut uygulanmasını taahhüt ettikleri teamüllerden birini yerine getirmemiş olması tek başına esaslı ihlalin oluşumu için yeterli olmamaktadır.<sup>325</sup>

İkinci olarak, esaslı ihlalin kabul edilebilmesi için ihlalin karşı tarafta, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde (*substantially*) yoksun bırakacak bir olumsuzluğa (*detriment*) neden olması aranmaktadır.<sup>326</sup> Üçüncü ve şartın devam olarak, bu halde menfaati zarar gören taraf, sözleşmeden beklediği meşru amaca somut ihlal nedeniyle ulaşamamış olmalıdır. Ayrıca bunlara ek olarak; ihlal nedeniyle bir tarafın kaybolan menfaatinin, ihlal eden tarafça aynı konum ve koşullar altındaki makul bir kişice öngörülebilir olması da aranan şartlar arasında sayılmaktadır.<sup>327</sup> Dolayısıyla ancak bu kıstasları birlikte karşılayan ihlaller esaslı olarak kabul edilecektir. Sözleşmenin kaderini belirleyecek derecede önemli yaptırımların uygulanması imkânını ortaya çıkaracak olan esaslı ihlal değerlendirmesinin genel, kapsayıcı ve soyut yolla yapılması oldukça anlaşılır görülmektedir.

Görüldüğü gibi, öngörülebilirlik kıstasına ayrıca biri subjektif biri de objektif olmak üzere iki ayrı kıstas daha eklenmiştir.<sup>328</sup> Maddenin düzenlenmesinde, esaslı ihlal kriteri

---

<sup>323</sup>Babiak (n 167) 185; Graffi (n 78) 338; Sarıkaya (n 37) 19. İçtihatlarda bu yönde bkz: Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online no: 135, Oberster Gerichtshof, 11.03.1999, CISG-Online No: 524; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online No: 135.

<sup>324</sup>Björklund (n 186) Art, 25, Para 9; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 110) 185,188; Graffi (n 78) 338.

<sup>325</sup>Björklund (n 186) Art, 25, para 9; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 493; Schroeter (n 159) Art 25, para 15; Zeytin, *CISG* (n 2) 123; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 36.

<sup>326</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 495.

<sup>327</sup>Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 128.

<sup>328</sup>Sarıkaya (n 37) 20.

iki ayrı testten geçmektedir. Bunlardan ilki, ihlale uğrayan tarafın içinde bulunduğu durumu baz alarak; alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatlerine ulaşmasına önemli ölçüde engelleyen bir olumsuzluk yaratıp yaratmaması, diğeri ise; sözleşmeyi ihlal edenin penceresinden, bu sonucun sözleşmeyi ihlal eden tarafından öngörülebilir olup olmadığıdır.<sup>329</sup>

Esaslı ihlal kavramı muğlak bir yapıda düzenlendiğinden<sup>330</sup> kavrama özelliğini veren hükmün kıstaslarının ayrı ayrı, her somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi<sup>331</sup> ve esaslı ihlal tespitinin tarafların akdettikleri sözleşmenin yorumu üzerinden yapılması gerekmektedir.<sup>332</sup> Nitekim md. 25'in getirdiği esaslı ihlal kavramı ulusal hukuklardan farklı bir anlama sahip olduğundan bağımsız, otonom olarak yorumlanması gereği genellikle kabul edilmektedir.<sup>333</sup>

## 2. “Esaslı İhlal” Kavramının Yorumlanması

CISG'in uygulama sorunlarında ortaya çıkan en önemli husus; CISG'de düzenlenen maddi hukukun, ulusal mahkemelerce farklı yorumlara açık olması nedeniyle karşılaşılabilecek problemlerdir.<sup>334</sup> Nitekim uluslararası sözleşmelere olan güvenin artması için öngörülebilir ve belirli düzenlemeler getirilmesi böylece tarafların tabi oldukları hukuk metinlerindeki ifadelerin sonuçlarını öngörebiliyor olmaları önem taşımaktadır.<sup>335</sup>

<sup>329</sup>Björklund (n 186) Art. 25 N. 9; Will, 'Article 25' (n 253) Art. 25 N. 2; Babiak (n 167) 118; Graffi (n 78) 339; Pauly (n 159) 225; Erdem, 'Dönme' (n 34) 864, 865.

<sup>330</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 492; Pauly (n 159) 229; Zeller, 'Fundamental Breach' (n 186) 88; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 30.

<sup>331</sup>Björklund (n 186) Art. 25 N. 9; Graffi (n 78) 340, 345; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 214, Babiak (n 167) 120; Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273); Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 500; Huber and Mullis (n 18) 227; Pauly (n 159) 225, 229; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 40, İçtihatlarda bu yönde bkz: Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-Online No: 413; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online No: 135, Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-Online No: 1900;

<sup>332</sup>Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 132, 133; Sarıkaya (n 37) 36.

<sup>333</sup>Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 30.

<sup>334</sup>Schwenzer and Hachem, 'The CISG' (n 8) 467; Açıklıkın (n 67) 42.

<sup>335</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 193.

CISG md. 25 hükmünün düzenlenme biçimi göz önüne alındığında, hükmün içerdiği kriterlerin soyut olması nedeniyle esaslı ihlal değerlendirilmesi yapılırken yorumun nasıl yapılacağı konusu soru işaretleri yaratmaktadır. Bu noktada CISG’de yer alan düzenlenmelere bakmakta yarar vardır.<sup>336</sup>

Öncelikle CISG md. 6’ya göre taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşme ile esaslı ihlal kavramının sınırlarının çizilip çizilmediğini incelenecektir. Bu yolla, içeriğin anlamlandırılmasında öncelikle, CISG’in temel ilkelerinden biri olan irade serbestisi gereği taraflar arasındaki sözleşme hükümleri değerlendirilmiş olacaktır. Dolayısıyla hâkim tarafından öncelikle tarafların irade beyanlarının anlamlandırılması ve kurulmuş olan sözleşmenin yorumlanarak sözleşmenin içeriğinde esaslı ihlal değerlendirmesinin ne olduğunun ortaya konulması önem taşımaktadır.

Sözleşmenin nasıl yorumlanması gerektiği hususunda ise CISG md. 8 yol gösterici olacaktır. Taraflar arasındaki sözleşmede bir düzenleme bulunmaması halinde bu boşluğun CISG md. 9/II ile doldurulması mümkün görülmektedir. Zira, taraflar arasında oluşmuş alışkanlıkların, teamüllerin ve hatta milletlerarası teamüllerin de sözleşme içeriği olması ve CISG hükümlerini bertaraf etmeleri mümkündür. Bu noktada tarafların açık veya örtülü iradelerinin örtüştüğü sonucunun çıkarılamaması durumunda, alışkanlık ve teamüllerin yorumundan sözleşmenin içeriğinin ortaya konulması açısından değerlidir.<sup>337</sup> Ancak bu şekilde de, sözleşme boşluğunun doldurulması mümkün olmamış ise, CISG yedek hükümleri devreye girmektedir. Bu noktada da CISG md. 25’in yorumunun, CISG md. 7 üzerinden yapılması gerekmektedir.

Şöyle ki; CISG md. 25’te yer alan esaslı ihlal kavramı tespit edilirken otonom yorum yöntemi ve sistematik yorum yöntemi birlikte kullanılmalıdır. Otonom yorum yöntemi uyarınca esaslı ihlal kavramı, CISG’e taraf olan devletlerin hukuklarından bağımsız olarak ve bütün taraf devlet hukuklarıncı aynı şekilde uygulanabilecek tarzda yorumu

---

<sup>336</sup>Sarıkaya (n 37) 36, 37.

<sup>337</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 68; Kaya (n 112) 18. Bu hiyerarşi CISG’e hâkim sözleşme serbestisi ilkesinin ve Antlaşma hükümlerinin yedek kural niteliğinin doğal bir sonucudur.

içerir.<sup>338</sup> Sözleşmenin yorumuna ilişkin CISG md. 7/1 uyarınca Antlaşmanın milletlerarası niteliği dolayısıyla yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası dürüstlük kuralına uygun yorumlanması gereğine uygun hareket edilerek, taraf devletlerin iç hukuklarında yer alan kanuni kavramlara başvurulmamalıdır.

Sistematik yorum yöntemi ise, ihlalin esaslı olup olmadığı tespit edilirken md. 25 uyarınca esaslılık değerlendirmesinin önem kazandığı diğer hükümlerle birlikte değerlendirilmesi anlamını taşımaktadır.<sup>339</sup>

### a. Taraf İradeleri Üzerinden Yorum

Tarafların, yapacakları sözleşmenin konu ve içeriğini serbestçe belirleyebilmeleri sözleşme serbestisi olarak tanımlanmaktadır.<sup>340</sup> CISG'in, sözleşme serbestisi ilkesini benimseyerek, taraflar arasındaki satım sözleşmesinin üstünlüğüne dayanan bir sistem kurmuştur.<sup>341</sup> Bu sonuç irade özerkliği ilkesinin CISG'de temel ilke olarak kabul edilmesi prensibine dayanmaktadır.<sup>342</sup>

Sözleşme özgürlüğü ve sözleşme üstünlüğüne dayalı bu sistemde taraflar, satım sözleşmesinde bazı hükümlere aykırılıkların esaslı ihlal teşkil edeceğini kararlaştırabilecekleri gibi, bazı menfaatlerin ihlaline özel önem atfederek, bunların ihlali halinde sözleşmenin esaslı ihlal edilmiş olacağını kararlaştırabilirler.<sup>343</sup> Böylece

<sup>338</sup>Björklund (n 186) Art, 25, para 6; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 188, 190; Graffi (n 78) 338, Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 491; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 298; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 35; Işıl Yelkenci, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali' (Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan) (1<sup>st</sup> edn, Filiz 2013) 1333, 1344.

<sup>339</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 298.

<sup>340</sup>Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 66) 365; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 8; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 6; Tandoğan (n 71) 9-12; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 17; Eren, *Borçlar Özel* (n 71) 50, Oğuzman and Öz (n 66) 25; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 111; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 17, Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 62.

<sup>341</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 299; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 69; Erdem, 'Viyana Satım Sözleşmesi' (n 119) 58.

<sup>342</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 299, 300; Will, 'Article 25' (n 253) Art. 25 N. 2; Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 932, 933; Honnold and Flechter (n 214) N. 181.2; Leisinger (n 159) 42, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 67; Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 55.

<sup>343</sup>Schwenzer and Hachem, 'Commentary' (n 22) Art. 6 N 28; Will, 'Article 25' (n 253) Art. 25 N. 2; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 299; Bridge (n 273) 932, 933; Zeytin, *CISG* (n 2) 107.

CISG'in kendi getirdiği düzenlemelerden önce tarafların iradelerine öncelik veren bir sistem kurulmuş olmaktadır.<sup>344</sup>

CISG'e üye olan ülkeler, taraf olmakla birlikte CISG'in hükümlerinin iç hukuklarının bir parçası olduğunu ve milletlerarası satım sözleşmelerine resen uygulanacağını kabul ederler.<sup>345</sup> Ancak CISG'in iç hukuk kurallarından farkı bu kuralların bir bütün halinde yedek kurallar olarak düzenlenmiş olmasıdır.<sup>346</sup> Bu bakımdan CISG adeta emredici düzenlemeler içermeyen ulusal hukuk metinleri gibidir.<sup>347</sup> Bunun sonucu olarak, taraflar Antlaşmanın hükümlerinin uygulanmasını kül halinde devre dışı bırakabilecekleri gibi<sup>348</sup> kısmi olarak da CISG'te hükümlerini bertaraf edebilirler.

Ancak bütün yedek kuralların özelliklerinde olduğu gibi, uygulanması istenmeyen hüküm veya hükümler, taraf iradelerinden açıkça anlaşılmalıdır.<sup>349</sup> Baskın görüş, bu irade beyanın açıkça ortaya konulabileceği gibi zımnen de kararlaştırılabileceği kanaatindedir.<sup>350</sup> Bu irade uyuşması herhangi bir şekil şartına tabii değildir.<sup>351</sup> Sonuç olarak diyebiliriz ki, taraf iradelerinden aksine bir düzenleme anlaşılmadığı sürece,

---

<sup>344</sup>Schwenzer and Hachem, 'Commentary' (n 22) Art. 6 N 8; Ahu Ayanoğlu Morali, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi', in *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı* (Beta 2013) 1 (77) GAÜHFD 289, 291. Bu sayıde ticari ve sektörel işleyişi en iyi bilen kimseler olarak uluslararası ticaretle uğraşan taraflara kendi ticari ihtiyaçları doğrultusunda sözleşmeyi şekillendirme hakkı tanınmaktadır. Erdem, 'Viyana Satım Sözleşmesi' (n 119) 58.

<sup>345</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 58; Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 55.

<sup>346</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 57; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 16.

<sup>347</sup>Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 56,

<sup>348</sup> Ayrıca taraflar, esaslı ihlale ilişkin kendi kıstaslarını tek tek sayma yerine, PICC veya PECL gibi diğer kaynaklarda yer alan muadil hükümlerin uygulanmasını da kararlaştırabilirler. Böylece, CISG md. 25 hükmünün uygulamasından tamamen ayrılmak da mümkündür. Sarıkaya (n 37) 41.

<sup>349</sup>Zeytin, *CISG* (n 2) 37 vd; Sert (n 9) 29.

<sup>350</sup>Schwenzer and Hachem, 'Commentary' (n 22) Art. 6 N.6; Bonell (n 256) Art. 6 N 2.2; Loukas Mistelis, 'Article 6' in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contract for The International Sale of Goods: Commentary* (C. H. Beck, Hart, Nomos 2011) Art. 6 N. 1; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 58; Zeytin, *CISG* (n 2) 63; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 17. CISG'da bu yönde açık bir düzenlemeye yer verilmemesinin sebebi; mahkemelerin, tarafların zımni bir anlaşmayla CISG'ı uygulama dışı bıraktıkları yönünde sıklıkla karar vermelerinin engellenmesidir. Official Records (n 179) 17. Aynı yönde bkz: Schwenzer and Hachem, 'Commentary' (n 22) Art. 6 N. 3; Sarıkaya (n 37) 41.

<sup>351</sup>Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 56.



CISG hükümleri kendiliğinden devreye girerek (*opting out*) geçerli hukuk haline gelecektir.<sup>352</sup>

O halde, irade serbestisi gereği olarak, taraflar Antlaşmanın hükümlerinin kısmen veya tamamen satım sözleşmesinde uygulanmayacağını kararlaştırabilecekleri gibi, CISG’de yer alan hükümleri değiştirmeleri de mümkündür.<sup>353</sup> Ancak tarafların, CISG’in bazı hükümlerinin uygulanmayacağını kararlaştırdıkları olasılıkta, CISG’in değiştirilmeyecek olan bir takım emredici kurallarına dikkat edilmesi gerekmektedir.<sup>354</sup> Bu noktada şu soru akıllara gelebilir. Taraflar CISG md. 25 hükümlerini devre dışı bırakabilirler mi?

CISG md. 6 hükmü<sup>355</sup> taraflara, Antlaşma'nın uygulanmamasını kararlaştırma veya 12. madde saklı kalmak şartıyla<sup>356</sup> hükümlerine istisna getirme veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirme imkânı tanımaktadır. Açıkça hüküm altına alındığı üzere; CISG md. 6 tarafların belirli hükümleri devre dışı bırakmasına izin verdiği gibi bu hükümlerin uygulanmakla birlikte doğuracakları etkinin farklı olmasına da karar verebilmelerine olanak tanımaktadır. Sonuç olarak; taraflar sözleşmenin esaslı ihlali için

<sup>352</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 58. Nitekim uygulamada hâkimlerin, CISG hükümlerini uygulamadan önce, uyumsuzluğa konu sözleşmeyi inceledikleri ve ancak sözleşmede açık bir düzenleme olmayan konularda CISG’e başvurdukları görülmektedir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 67. İçtihatla Bkz: Belçika Yüksek Mahkemesi, Hof van Cassatie, 19. 06. 2009, CISG-Online: 1963 sayılı kararda; önce sözleşmede fiyat artışına ilişkin herhangi bir düzenlemenin olup olmadığı araştırılmalı ancak böyle bir iradenin mevcut olmadığı anlaşıldıktan sonra CISG md. 79’un genel sorumluluk rejimi uygulanmalıdır demektir.

<sup>353</sup>Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 56; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 58. İrade serbestisi prensibi bütün ülke hukuklarında ve milletlerarası sözleşmelerde kabul gören ve akitler bakımından hukuk sisteminin ortak unsurunu oluşturur. O halde tarafların kendi iradeleri ile seçmiş oldukları hukuk, emredici ve tamamlayıcı hükümler de dahil sözleşme ilişkisine uygulanabilmektedir. Ekin Hacıbekiroğlu, ‘Akdi Borç İlişkisine Uygulanacak Hukukta İrade Serbestisi’ in Tufan Öğüz (eds) *Mustafa Dural’a Armağan* (Filiz 2013) 579, 580.

<sup>354</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 58. CISG’de sınırlı sayıda mevcut olan emredici kuralların ne olduğu ile ilgili daha fazla bilgi için bkz: Schwenzler and Hachem, ‘Commentary’ (n 22) Art 6; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 69, 4ff.

<sup>355</sup>CISG md. 6: "*Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.*"

<sup>356</sup>İstisnai olarak emredici bir düzenlemeye CISG md. 12 hükmünde yer verilmiştir. Buna göre: "*Taraflardan birinin işyeri, 96. madde uyarınca beyanda bulunmuş âkit bir devlette bulunduğu takdirde, satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahutdiğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilden başka şekilde yapılmasını mümkün kılan bu Antlaşmanın 11. ve 29. maddesinin veya II. Kısımının hükümleri uygulanmaz. Taraflar bu maddeye istisna getiremeyecekleri gibi maddenin etkilerini de değiştiremezler.*"

belirli standartlar belirleyebilir, CISG' in bazı yönlerini aralarında düzenlenmiş oldukları satım sözleşmesi için uygun hale getirebilirler.<sup>357</sup> O halde, tarafların sözleşme ilişkisine girmedeki amaçlarını ve bu bağlamda bu sözleşme ile korumak istedikleri menfaatleri belirlemenin gerekli olduğu hususlarda başvurulacak ilk kaynak tarafların aralarında düzenlenmiş oldukları sözleşme hükümleri olmalıdır.

Yanı sıra, taraflar aralarındaki sözleşme ile hangi yükümlülüklerin ihlalinin sözleşmenin esaslı olarak değerlendirileceğini önceden kararlaştırabilir,<sup>358</sup> basit ihlalleri dahi esaslı ihlal olarak değerlendirmelerinin ya da tam tersine esaslı ihlal derecesinin yükseltilmesine karar vermelerine de imkân tanınmaktadır.<sup>359</sup> Buna yönelik geçerli irade beyanlarında uyuşmanın meydana gelip gelmediği ise CISG hükümlerine göre değerlendirilir.<sup>360</sup> Nitekim bazı hükümlere istisna getirilmesi veya doğuracakları sonuçların değiştirilmesine ilişkin olarak düzenlenen maddeler maddi hukuka ilişkin olup, bu nedenle Antlaşmanın “sözleşmenin kurulmasına” ilişkin hükümlerine tabi olmaktadır.<sup>361</sup>

---

<sup>357</sup>Schwenzer and Hachem, 'Commentary' (n 22) Art 6, N 28.

<sup>358</sup>Schwenzer and Hachem, 'Commentary' (n 22) Art. 6 N. 28; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 299; Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 932, 933; Will, 'Article 25' (n 253) Art. 25 N. 2; Zeytin, *CISG* (n 2) 107; Lachmi Singh and Benjamin K Leisinger, 'A Law for International Sale of Goods: A Reply to Michael Bridge', (2008) 20 (161) *Pace International Law Review* 161, 164-167 <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1054&context=pilr> (Erişim Tarihi: 05.05.2002); Leisinger (159) 40,42.

<sup>359</sup>Honnold and Flechtner (n 214) N. 181.2; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 337, 338, Ancak belirtmek gerekir ki, irade serbestinin de bir sınırı vardır. Nitekim taraflarca esaslı ihlal bakımından getirilen ölçünün, sözleşmeden dönmeyi ve ikame mal teslimini bertaraf edecek şekilde yüksek olması halinde, bu yönde bir hükmün geçerliliğinin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukuka göre değerlendirileceği yönünde bkz: Leisinger (159) 41. Tam tersi yönde katı kuralların benimsenmesi halinde basit ihlallerin dahi esaslı ihlal olarak değerlendirilmesi şeklindeki düzenlemelerin sınırı emredici kurallar olmaktadır. Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 337, 338, 342 - 344. Taraflardan birinin genel işlem şartlarında, tüm sözleşme ihlallerinin esaslı sayılacağı yönünde bir hüküm bulunması halinde hükmün geçerliliği uygulanacak ulusal hukuka göre saptanacaktır; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 240, 241.

<sup>360</sup>CISG II. Kısımında sözleşmenin kurulması başlığı altında tarafların öneri ve kabulü ile sözleşmenin nasıl ve hangi içerikle kurulacağı ayrıntılarıyla düzenlenmiştir. Bu anlamada ulusal hukuklara başvurulması imkânsızdır. Hâkim, irade beyanlarının CISG hükmünün uygulanmayacağı şekilde düzenlendiğini tespit ederse, ihlal halinde CISG yerine seçilmiş olan, böyle bir seçim yapılmamış ise ulusal hukuku uygulayacaktır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 59, Türk hâkimi MÖHÜK md. 24 uyarınca uygulanacak hukuku CISG'in taraf olduğu ülke hukuku olduğunu tespit ederse bu durumda taraf ülkenin CISG dışındaki maddi hukukunu uygulamak gerekecektir. Nitekim henüz baştan CISG'in uygulanmayacağı kararlaştırılmıştır. Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 59.

<sup>361</sup>Schwenzer and Hachem, 'Commentary' (n 22) Art 6, Para 2; Ulusu (n 93) 83.

Ayrıca şu hususa dikkati çekmekte fayda vardır. Sözleşmede bedelin ödenmesi için kesin bir vade konulması veya malların mutlaka belirli özellikleri barındırması gerektiği konusunda tarafların anlaşmaya varması, sözleşme hükümlerinde aksine bir düzenleme olmadığı takdirde, tek başına CISG md. 25 hükmünü bertaraf etmez. Başka bir deyişle, taraflarca belirli yükümlülükler için bazı ağırlaştırılmış şartlar getirilmiş olması bunların ihlali halinde ihlalin doğrudan esaslı kabul edileceği anlamını taşımayacaktır.<sup>362</sup>

Taraflarca belirli yükümlülükler özel önem verilerek sıkı bir bağlılık aranması, özellikle beklenen meşru menfaatler ile bu menfaatlerin taraflar için önemini değerlendirilmesi açısından ve özellikle de "öngörülebilirlik" şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespiti bakımından işlev göstermektedir.<sup>363</sup> Zira, sözleşmeyi ihlal eden tarafın hangi risklerin altına girdiğini tespit edebilmek için bakılması gereken ilk yer taraf iradelerinin yansıması olan "sözleşme hükümleri"dir.<sup>364</sup> Bunun doğal bir sonucu olarak, sözleşmede bir yükümlülüğün önemi hakkında açıkça bir düzenleme varsa ve bu yükümlülük ihlal edilirse, ihlal eden tarafça, menfaat kaybının öngörülemez olduğunun ispatlanması alanı daralacaktır.<sup>365</sup> Buna karşılık, sözleşmede yükümlülüğün önemine ilişkin herhangi bir hüküm olmaması halinde, öngörülemezlik iddiasının daha toleranslı yorumlanabilmesinin kapısı aralanacaktır.<sup>366</sup> Sonuç olarak, böyle bir düzenleme yapılması halinde, her somut olaya göre md. 25 hükmünün şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve ihlalin sonuçlarının araştırılması gerekmektedir.<sup>367</sup>

Başka bir ihtimalde ise, taraflar kendilerince belirledikleri bir yükümlülüğün ihlali halinde, normal şartlarda sadece esaslı ihlal halinde kullanılacak olan yaptırımlardan birinin kullanılmasının önünü açabilirler. Bu yolla aslında CISG md. 25 hükmünün

---

<sup>362</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 216, Leisinger (159) 41; Paiva (n 183) § 3.2.1.4; Sarıkaya (n 37) 40.

<sup>363</sup>Sarıkaya (n 37) 40.

<sup>364</sup>Zeller, 'Fundamental Breach' (n 186) 96; Ulusu (n 93) 83.

<sup>365</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 228; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 304; Açıklalın (n 67) 51

<sup>366</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 229-230; Graffi (n 78) 340.

<sup>367</sup>Paiva (n 183) § 3.2.1.4; Sarıkaya (n 37) 40. İçtihatla Rusya Tahkim Merkezi, 25.06.2004, CISG-Online: 1437 sayılı kararında; yapılan son teslimat üzerinden altı ay geçmesine rağmen sözleşmeye aykırılıklar giderilmemiştir. Taraflar arasındaki sözleşmede bu aylık sürede üretime geçilememesi halinde alıcının malları iade edeceği kararlaştırılmıştır. Bu durumda hakem kararında öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin sözleşmeden dönme hakkı verdiği tespit edildikten sonra ayrıca somut olayda CISG md. 25'in şartlarının varlığını da araştırmıştır, esaslı ihlal hükmünü buna göre kurmuştur.

uygulanmasını devre dışı bırakmaktadırlar.<sup>368</sup> Bu duruma; bedelin kararlaştırılan vadede ödenmemesi durumunda başka bir şart aranmaksızın satıcının sözleşmeden dönebileceğinin düzenlenmesi örnek gösterilebilir.<sup>369</sup>

## **b. Sözleşme Üzerinden Yorum**

Taraf iradelerinin anlaşılması için ilk adresin taraflar arasındaki sözleşme hükümleri olduğunu belirtmiştik. Ancak taraf iradelerinin ortaya konulması için salt sözleşme hükümlerinin yorumlanması yeterli olmayabilir.

Nitekim sözleşme hükümleri her zaman taraf iradelerinin anlaşılmasında yeterli bilgiyi bize sağlayamayabilir. Bu halde taraflar arasındaki sözleşmeye aktarılmış olan diğer unsurların ve tarafların subjektif niyetlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bunların tespiti için başvurulacak diğer adresler; taraf iradelerinin yorumlanması konusunda “temel yorum kuralını” getiren CISG md. 8 ve onu tamamlayan CISG md. 9’da belirtilen, akdi ilişkiyi çevreleyen hükümlerdir.<sup>370</sup>

Öncelikle CISG md. 8; sözleşme içeriğinin anlaşılması amacıyla irade beyanlarının yorumlanmasına ilişkin olarak “temel yorum kuralı” getirdiği görülmektedir. Sözleşmenin CISG md. 8 kapsamında yorumlanması özellikle, esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken, tarafların söz konusu yükümlülüğe atfettikleri önemin ortaya çıkarılması ve böylece alacaklının bu yükümlülük yerine getirilmemiş olması sebebiyle olumsuzluğa uğrayan, beklediği menfaatinin belirlenmesinde önem taşımaktadır.<sup>371</sup> Bu kuralın getirilmesinin amacı olarak, tarafların sözleşmesel

---

<sup>368</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 347.

<sup>369</sup>İçtihatla bkz: Rusya Tahkim Merkezi, 05.10.1998, CISG-Online No: 1831: Kararda, bir tarafın yükümlülüğünü ifa etmemesi halinde diğer tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanıyan hem sözleşme hükmüne hem de CISG md. 25 hükmüne yer verilmiştir. Sarıkaya (n 37) 43.

<sup>370</sup>Martin Schmidt-Kessel, ‘Commentary on Art 8-9’ in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)* (1st eds, Oniki Levha 2015) Art 8, N. 3; Enderlein and Maskow (n 20) Art, Para 1, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 71, Zeytin, *CISG* (n 2) 78; Kaya (n 112) 12; Açıklan (n 67) 52.

<sup>371</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 240.

iradelerinin anlaşılmasında ulusal hukuklara başvurulmasının önüne geçilmek istenmesi gösterilmektedir.<sup>372</sup>

CISG md. 8/I uyarınca<sup>373</sup> tarafların beyanları ve davranışları, iradelerine uygun olarak, başka bir deyişle “irade kuramı”na göre yorumlanmaktadır.<sup>374</sup> O halde bu maddenin ilk fıkrası ile sözleşmenin yorumlanmasında “tarafların subjektif niyeti” ön plana çıkmaktadır.<sup>375</sup> Tarafları merkez alan ve subjektif bir değerlendirme getiren bu yöntem CISG sisteminde taraf iradesine verilen önemin bir yansımasıdır.<sup>376</sup> Aynı fıkra da ayrıca, taraf iradesine uygun olarak yorum yapılabilmesi için bu irade beyanının yöneltildiği karşı tarafın bu iradeyi “bilmesi” veya “bilmemesinin mümkün olmaması” şartı getirilmiştir.<sup>377</sup> “Bilmesinin mümkün olmaması” şartının gerçekleşmesi için gerekli özenin gösterilmesine rağmen iradenin anlaşılmamış olması gerekmekte olup, öncelikle ve mümkün olduğu sürece taraf iradelerine göre yoruma üstünlük tanınmalıdır.<sup>378</sup>

---

<sup>372</sup>Schmidt-Kessel (n 370) Art 8, N 5; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 70. Her ne kadar bu hususun ulusal hukuklara bırakılmaması mantıklı bir düzenleme olsa da beraberinde birtakım tartışmaları getirmiştir. Bir görüş; sadece satım sözleşmesinin CISG’de düzenlenmiş maddelerinin md. 8’e göre yorumlanmasını diğer alanlardaki düzenlemelerde ulusal hukuka başvurulmasını savunurken, baskın görüş; sözleşmenin tümünün bu ilke doğrultusunda yorumlanması gerektiğini savunur. Detaylı bilgi için bkz: Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 70 6ff.

<sup>373</sup>CISG md. 8/I: “*Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın.*”

<sup>374</sup> Schmidt-Kessel (n 370) Art 8, N.11; Enderlein and Maskow (n 20) Art 8, N 3.1; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 71. Örneğin taraflar balina eti satımı konusunda anlaşsalar ama köpekbalığı eti yazsalar bu halde de sözleşme balina eti konusunda kurulur. Erdem, ‘Viyana Satım Sözleşmesi’ (n 119) 58.

<sup>375</sup>Schmidt-Kessel (n 370) Art 8, N.11, Ulusu (n 93) 84.

<sup>376</sup>Schmidt-Kessel (n 370) Art 8, N.22; Will, ‘Article 25’ (n 253) 102; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 72; Açıklam (n 67) 52.

<sup>377</sup>Schmidt-Kessel (n 370) Art 8, N.15; Ulusu (n 93) 84; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 71 vd.

<sup>378</sup>Schmidt-Kessel (n 370) 8 N. 17, 22; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 72; Sarıkaya (n 37) 54, Beyanın arkasındaki anlam doğru anlamlandırılmamışsa ve bunda da haklılık payı var ise, o halde hâkim beyanın objektif içeriğini tespit etmeye çalışacaktır. Söz gelimi: Taraflar arasındaki sözleşmeye göre, alıcı bugüne kadar hep aynı miktarda mal talep ederken, bir seferinde hata ile daha fazla miktar sipariş etmişse onun beyanının değil gerçek iradesinin yorumlanarak ona göre siparişin yapıldığını satıcının anlaması beklenir. Gerçek iradeden haberdar olmamasının mümkün görülmemektedir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 72,13ff.

Maddenin devamında CISG md. 8/2'ye göre<sup>379</sup> ise, birinci fıkranın uygulanamaması halinde, yani karşı taraf, beyan sahibinin iradesini bilmiyorsa veya bilmemekte ya da söz konusu irade beyanına farklı bir anlam yüklemekte haklı ise; o halde 2. fıkranın uygulamasına geçilmektedir. Bu halde irade beyanının yöneltildiği karşı taraf ile aynı konumda bulunan makul bir kişinin aynı koşullarda bu irade beyanına vereceği anlama göre yorum yapılacaktır.<sup>380</sup> O halde CISG md. 8/I'e göre subjektif niyetlerin tespit edilememesi halinde sırayı tarafların objektif niyetlerinin araştırılacağı formüle gelmektedir.<sup>381</sup> Burada yorumlanacak olan, tarafların iradelerinin objektif anlamıdır bir başka deyişle ticari hayatta bu beyanın nasıl anlaşılacağına tespit edilmesidir. Objektif bir değerlendirme getiren bu yöntem "güven teorisine" verilen önemin bir yansımasıdır.<sup>382</sup>

Son fıkrada ise, irade beyanının yorumlanmasında dikkate alınacak unsurlar sayılmıştır. CISG md. 8/III'te<sup>383</sup> taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarındaki alışkanlık ve teamüller ve sözleşme sonrasındaki davranışları örnek gösterilerek, subjektif ve objektif olarak sözleşme içeriğinin anlaşılmasına yarayacak unsurlar belirtilmiştir.<sup>384</sup> Bunların kendi içerisinde sıralamasında ise; öncelikle sözleşmenin lafzına ve sistematik yoruma öncelik vermek gerekir. İkinci olarak, taraflar arasındaki alışkanlık ve teamüller, son

---

<sup>379</sup>CISG md. 8/II: "Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır."

<sup>380</sup>Karşı tarafla aynı konumdaki üçüncü kişi aynı koşullar altında standart özen ölçüsünde sahip olduğu basiret, davranış şekli ve sorumluluğu taşıyan makul kişi olarak kabul edilmelidir. Alberto L Zuppi, 'Article 8' in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contract for The International Sale of Goods: Commentary* (C. H. Beck, Hart, Nomos 2011) Art 8 N 21; Makul üçüncü kişi aynı iş kolunda faaliyet gösteren makul bir iş adamı olması görüşünde: Schmidt-Kessel (n 370) Art 8, N. 25. CISG md. 8/III'de makul kişi tespiti kriterleri ortaya konulmuştur.

<sup>381</sup>Schmidt-Kessel (n 370) Art 8, N. 20, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 72, 73: "Aynı konum ve "aynı koşullar"ın dar ve geniş yorumlanması son derece farklı sonuçlara bizi götürür. Bütün sosyo-ekonomik koşulların örneğin dil, din, ekonomik düzen, milliyet aynı olması aranacak olursa hâkimler tarafından tespit sorunu ortaya çıkacağı gibi, subjektif unsurların fazla dikkate alınması ise objektif unsurların uygulanmasını sekteye uğratacaktır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 73, dipnot: 17. İctihatta bu yönde bkz: Landesgericht Hamburg, 26.09.1990, CISG-Online: 21.

<sup>382</sup> Erdem, 'Viyana Satım Sözleşmesi' (n 119) 58, Zeytin, *CISG* (n 2) 79, 80; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 71, Kaya (n 112) 14, Sarıkaya (n 37) 55.

<sup>383</sup> CISG md. 8/III: "Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır."

<sup>384</sup>Schmidt-Kessel (n 370) Art 8, N. 13,21, Sarıkaya (n 37) 54.

olarak da sözleşmenin kurulmasından sonraki beyan ve davranışlar dikkate alınmalıdır.<sup>385</sup>

Nihayetinde, CISG md. 8/III, taraf iradelerine ilişkin yorumların sözleşmeden anlaşılabilmesi halinde tarafların iradelerinin tespitinde; sözleşme görüşmeleri ya da sözleşmenin imzalanmasından sonraki beyanlarının, alışkanlıklarının ya da teamüllerin değerlendirilmesine dikkati çekerek sözleşmenin yorumlanmasına ışık tutar. Ayrıca esaslı ihlal değerlendirilmesi yapılırken de özellikle tarafların ihlal edilen yükümlülüğe verdikleri önemin ve ilgili yükümlülüğün hakkı ihlal eden tarafın hangi beklenen menfaatini korumaya hizmet ettiğinin saptanmasında önem arz eder.<sup>386</sup> CISG md. 8'in esaslı ihlal değerlendirmesindeki yeri ayrıca esaslı ihlalinin şartları bölümünde inceleneceğinden tekrardan kaçınarak değinmekle yetiniyoruz.

### c. Teamüller Üzerinden Yorum

Esaslı ihlal değerlendirmesinde, tarafların iradesinin aralarındaki sözleşmeden açıkça anlaşılmadığı durumlarda, sözleşme ilişkisini çevreleyen diğer koşulların araştırılması önem taşıdığı yukarıda belirtilmiştir. Zira taraflar uygulanmasını istedikleri, bu yönde açık veya zımni bir irade beyanına sahip oldukları uyuşmaları, aralarında yerleşmiş alışkanlıkları ve teamülleri sözleşme hükümlerine her zaman yansıtılabilmektedir. Bu minvalde CISG md. 9. uyarınca “ticari alışkanlık ve teamüller”, taraf iradelerinin anlaşılmasında 8. maddeyi tamamlayıcı bir rol oynamaktadır.<sup>387</sup>

---

<sup>385</sup> CISG'e göre susmanın tek başına bir irade beyanı olarak yorumlanması için ayrıca ek unsurların varlığı aranır nitekim CISG md. 18'e göre susma ve eylemsizlik tek başına kabul anlamına gelmemektedir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 75: Örneğin; satıcının siparişi üzerine herhangi bir cevap vermeksizin doğrudan teslimatta bulunması ve bu davranışın tekrar etmiş olması halinde, susma kabul olarak değerlendirilir. Genel işlem şartları açısından CISG'de özel bir düzenleme yer almadığından md. 8 kapsamında yorumlanacaktır. Ancak bu da birtakım tartışmaları beraberinde getirmiştir. Genel işlem şartı içinde düzenlenen bir hüküm açık olmaması halinde, düzenleyen aleyhine mi yorumlanacaktır? Hâkim görüşü; bu yorumun CISG md. 8 ve özellikle CISG md. 7'de düzenlenen dürüstlük kuralı çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerektiğini savunur. Schmidt-Kessel (n 370) Art 8, N. 47; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 76.

<sup>386</sup> Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 240.

<sup>387</sup> Uluşu (n 93) 86; Sarıkaya (n 37) 56.

Tarafların aralarında kurmuş oldukları ilişki sonucu geliştirmiş oldukları alışkanlıklar ve teamüller ile genel ticari hayatın gereği olarak doğrudan sözleşme içeriğine dahil olan teamüller 9. maddenin kapsamını oluşturur.<sup>388</sup> Bu şekilde taraf iradesine verilen öncelik gereği, tarafların uygulanmasını kabul ettikleri teamül ve alışkanlıklar CISG hükümlerine göre öncelikle uygulanır.<sup>389</sup>

CISG md. 9/I 'e göre, tarafların iradelerinin uyuşması ile uygulanmasını kabul ettikleri teamül ve alışkanlıklar birer sözleşme hükmü haline gelmekle taraflar için bağlayıcı olmaktadır. Bu sebeple hangi alışkanlık ve teamüllerin bağlayıcı olacağı sorusu gündeme gelmektedir. Öncelikle bu alışkanlık ve teamüllerin tarafların ortak iradesi ile kabul görmüş ve yerleşik olarak uygulanmaya konulmuş olması gerekir. Öte yandan, süregelen yerleşik bir uygulama olduğu sürece bunların mutlaka sözleşmede bahsinin geçmiş olması da aranmamaktadır.<sup>390</sup> Dolayısıyla taraflar arasında açık veya zımni olarak kararlaştırılarak bağlayıcı hale gelmiş olabilirler.<sup>391</sup> Bunun yanı sıra, bu teamüllerin ulusal ya da uluslararası alanda yaygınlık kazanması da önem taşımadığı gibi<sup>392</sup> alışkanlıkların da bağlayıcı olması için belirli bir ticari çevrede yaygınlaşmış olması gerekmez.<sup>393</sup> Önemli olan tarafların ortak iradesiyle kabul gören bu alışkanlık

---

<sup>388</sup>CISG md. 9 f.1: “Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır”. CISG md. 9 f. 2: “Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır.”

<sup>389</sup>Schmidt-Kessel (n 370) Art. 9 N. 1; Viscasillas (n 255) Art. 9 N. 4; Huber and Mullis (n 18) 17, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 78; Zeytin, *CISG* (n 2) 82, 84; Açıklalın (n 67) 54, Oberstergerichtshof, 21.03.2000 tarihli, CISG-Online No: 641.

<sup>390</sup>Viscasillas (n 255) Art 9, N 11; Sarıkaya (n 37) 57.

<sup>391</sup>Schmidt-Kessel (n 370) Art. 9 N. 7; Viscasillas (n 255) Art. 9 N. 14; Bonell (n 256) Art. 9 N. 2.1.2; Leisinger (159) 135; Zeytin, *CISG* (n 2) 83; Kaya (n 112) 19; Sarıkaya (n 37) 57, ObersterGerichtshof, 21.03.2000 tarihli, CISG-Online No: 641.

<sup>392</sup>Schmidt-Kessel (n 370) Art 9 N. 8; Bonell (n 256) Art. 9 N. 2.1.2; Viscasillas (n 255) Art. 9 N. 14, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 78, Zeytin, *CISG* (n 2) 83; Açıklalın (n 67) 60. Nitekim; *INCOTERMS*'in, milletlerarası akreditiflere yeknesak olarak uygulanmak üzere hazırlanan UCP kurallarının veya PICC'in uygulanması konusunda yapılan anlaşmalar bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. Nuray Ekşi, *Milletlerarası Ticaret Hukuku* (4th edn, Beta 2020) 251. Buna göre örneğin, sözleşmeden dönme konusunda belirli standartlar getiren bir teamülün uygulanması hususunda taraflar anlaşmış ise bu standartların gözetilmesi gerekecektir. Leisinger (n 159) 136; Sarıkaya, (n 37) 59.

<sup>393</sup>Schmidt-Kessel (n 370) Art. 9 N. 8; Atamer ‘İfa Engelleri’ (n 35) 78.



veya teamüllerin bir süredir belirli sıklıkla uygulanmış olması<sup>394</sup> ya da gerektiğinde uygulanacağına ilişkin haklı güven ilişkisinin oturmuş olmasıdır.<sup>395</sup>

Öte yandan, CISG md. 9'da teamülden ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuş değildir. Doktrinde teamülün, ilgili ticari sektörde veya pazarda belirli işlemler için yaygın olarak gözlenen tüm davranış kuralları ve uygulamalar olarak kabul edilerek geniş yorumlanması kabul edilmiştir.<sup>396</sup> Ancak bu tanım kapsamına girmese de, tarafların üzerinde anlaşmaya vardıkları kurallarla bağlı olmaları, CISG md. 6 uygulamasının bir sonucudur. O halde teamül olarak değerlendirilen kurallar md. 9/I'e göre sözleşmenin içeriği haline gelirken, bu kapsamında görülmeyenler ise de CISG md. 6 üzerinden bağlayıcı olmaya devam edeceklerdir.<sup>397</sup>

Taraflarca kabul edilen teamüllerin yanı sıra CISG md. 9/II ayrıca genel olarak kabul gören teamüllere yer vermiştir. Buna göre; tarafların herhangi bir açık veya zımni irade uyuşması olmasa bile ticari hayatın şartları ve niteliği gereği, birtakım özellikleri taşıması şartıyla, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine kendiliğinden dahil olurlar.<sup>398</sup> Zira tarafların zımni ortak iradesi varsayılr.<sup>399</sup> Genel anlamda iki şart aranmaktadır: Birincisi uygulanması öngörülen teamüllerin bilinmesi ve bilinmesinin gerekmesi, ikinci ise; ilgili ticari branşta olanlar tarafından yaygın olarak bilinen ve genel olarak

<sup>394</sup>Aksi görüş "Alışkanlıkların bağlayıcılığı için belirli sıklıkla gerçekleşmesi gerekliliğine karşı çıkmaktadır." Huber and Mullis (n 18) 17; Viscasillas (n 255) Art. 9 N. 11; Taraflar arasında önceden mevcut olan bir veya iki sözleşmeyi genellikle yeterli kabul etmemektedir. Zeytin, *CISG* (n 2) 84.

<sup>395</sup>Schmidt-Kessel (n 370) Art. 9 N. 8; Viscasillas (n 255) Art. 9 N. 8, 11; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 78; Zeytin, *CISG* (n 2) 84. Örneğin teslim edilecek olan malların sözleşmeye uygunluğu, malların teslim zamanı, semeni ödeme borcunun ifa ediliş şekli veya zamanı gibi akdi ilişkiye ilişkin hemen her konuda alışkanlıklar bağlayıcı bir role sahip olabilir. Ya da taraflar önceki sözleşmelerde tekrarlayan şekilde, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi hâlinde alıcının sözleşmeden dönebileceğini kararlaştırmış veya bu yönde bir teamülü kabul etmiş iseler aralarında yerleşmiş bu alışkanlıkla bağlıdırlar. Viscasillas (n 255) Art. 9 N. 10; 6. Yanı sıra taraflar belirli standartların uygulanmasını kararlaştırabilirler örneğin incoterms, unitdroit prensipleri veya PICC'in uygulanması konusunda anlaşmaya varılması halinde bu kurallar md. 9/I kapsamında değerlendirilerek sözleşmenin bir parçası haline gelecek ve CISG hükümlerine göre öncelikle uygulanacaktır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 78.

<sup>396</sup>Viscasillas (n 255) Art. 9 N. 20; Bonell (n 256) Art. 9 N 3.2; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 79; Kaya (n 112) 20. Aslında bu tanımın ortaya konulmasının pek bir işlevi de bulunmamaktadır. Nitekim tarafların ortak iradelerinin ürünü olarak ortaya konulduktan sonra bu kuralların teamül ya da alışkanlık olarak nitelendirilmelerinin bir önemi bulunmamaktadır. Schmidt-Kessel (n 370) Art. 9 N. 6.

<sup>397</sup>Schmidt-Kessel (n 370) Art. 9 N. 7; Viscasillas (n 255) Art. 9 N. 16; Sarıkaya (n 37) 60,61.

<sup>398</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 80.

<sup>399</sup>Erdem, 'Vienna Satım Sözleşmesi' (n 119) 61.

uygulan teamüller olmasıdır. Bu şartların sağlanması ile bu teamüllerin kendiliğinden sözleşme içeriğinin bir parçası olarak kabul edileceği açıkça düzenlenmiştir.<sup>400</sup> Bunun yanı sıra, bu teamüllerin belirli süredir uygulanması ve bireysel boyuta göre daha geniş çapta kabul görmesi yeterli sayılmış<sup>401</sup> ayrıca evrensel ölçekte uygulanması aranmamış, iş yerinin bulunduğu ya da sürekli ticaret yapılan bölge kapsamında uygulanmasının yeterli olacağı belirtilmiştir.<sup>402</sup>

Konuyu Esaslı ihlal kavramının değerlendirilmesine etkisi üzerinden incelemek gerekirse şu kaniya varmak mümkün olacaktır. Daha önce de belirtildiği üzere, taraf iradelerinin belirlenmesinde yardımcı bir norm işlevi gören md. 8 ve 9, esaslı ihlalin değerlendirilmesinin yapılması sırasında, öncelikle taraflar arasında bağlayıcı kabul edilen bir alışkanlık ya da teamülün varlığı üzerinden bir ihlalin oluşup oluşmadığını tespitine yaramaktadır. İlgili hükümler ayrıca tarafların hangi yükümlülüğe özel bir anlam verdiklerini ve önemsediklerini anlamamıza yardımcı olmaktadır. Bu yolla “haklı sözleşmesel beklenti” kavramı somutlaşır ve öngörülemezlik iddiasının sınırlarını daralır. Nitekim esaslı olduğu belirtilmiş bir yükümlülüğün ihlali halinde, bu yükümlülüğün ihlalinin yaratacağı olumsuz sonucun öngörülemediğini iddia etmek zorlaşacaktır.<sup>403</sup>

Şöyle ki, hem CISG md. 9/I uyarınca tarafların ortak iradesi ile bir alışkanlığın uygulanmasının kararlaştırması hali hem de md. 9/II uyarınca zaten bilmeleri gereken bir ticari teamülün varlığı, bu teamül ve alışkanlıktan kaynaklanacak risk hakkındaki fiili bilginin varlığına işaret eder. Bu bilginin varlığı ise, sözleşme ihlali sonucunda bu riskin oluşturacağı olumsuzlukları, tarafın öngördüğü veya öngörmesi gerektiğine dayanak oluşturur.<sup>404</sup> Bu nedenle esaslı ihlalin varlığı araştırılırken, sözleşme asıl

---

<sup>400</sup>Schmidt-Kessel (n370) Art 9, Para 13, Erdem, ‘Viyana Satım Sözleşmesi’ (n 119). 60, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 76 vd, Ulusu (n 93) 86, Açıklan (n 67) 53,54, Kaya (n 112) 19.

<sup>401</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 80.

<sup>402</sup>Schmidt-Kessel (n 370) Art. 9 N. 18; Erdem, ‘Viyana Satım Sözleşmesi’ (n 119) 61; Zeytin, CISG, (n 2) 83; Açıklan (n 67) 55.

<sup>403</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 304; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 228.

<sup>404</sup>Ulus (n 93) 86, 87. Başka bir ifade ile, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, bu teamül ve alışkanlık hakkındaki “fiilî bilgisi”; onun hem “subjektif öngörüsü”nün hem de “objektif öngörüsü”nün doğmasına yol açar. Zira bir şey hakkında fiilî olarak bilgiye sahip olma, her zaman o şeyin doğurabileceği sonuçlar hakkında fiilî öngörüye de sahip olduğu anlamına gelmeyebilir. İşte 9. maddenin 1. ve 2. fıkraları

içeriğinin tespit edilmesinde CISG md. 9 hükmü yol göstericidir. Hükmün esaslı ihlal açısından önemine ayrıca esaslı ihlalin şartları incelenirken değinileceğinden burada kısaca belirtmekle yetiniyoruz.

#### d. INCOTERMS Ticari Terimleri Üzerinden Yorum

INCOTERMS (International Commercial Terms),<sup>405</sup> uluslararası ticaretin mal satışlarıyla ilgili sık ve yaygın olarak kullanılarak kabul gören ticari teamüllerin, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) tarafından bir araya getirilmiş hali olup uyulması zorunlu olmayan yeknesak yorum kuralları bütünüdür<sup>406</sup> INCOTERMS düzenlemeleri, “uluslararası ticari satım”<sup>407</sup> olarak nitelendirilebilecek sözleşmelere uygulanmaktadır. INCOTERMS’in uygulanma gücüne sahip olması, tarafların anlaşmasıyla bu kuralların sözleşmeye dahil edilmesi halinde mümkün olacaktır.<sup>408</sup> Zira ICC’nin bağlayıcı kurallar koyma yetkisi olmadığı gibi bağlayıcılıkları ancak tarafların bu hükümleri sözleşme içeriği haline getirmeleri ile mümkün olmaktadır.<sup>409</sup> Buradaki önemli hususlardan biri,

---

uyarınca, taraflar arasındaki sözleşmenin bir parçası haline gelmiş olan bu teamüller, sözleşmeye dâhil olmaları nedeniyle tarafların sahip oldukları “bilgi” seviyesini ve dolayısıyla risk paylaşımını etkilediklerinden, *öngörülebilirlik testi* yapılırken, “sözleşme uyarınca en adil risk dağılımı”nın tespitinde dikkate alınması gereken faktörlerdir. “Yüksek Mahkemesi’nin CISG’in öncülü olan ULIS’in uygulanma alanı bulunduğu bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “*öngörülebilirliğin tayininde sözleşmeyi ihlal eden tarafın sahip olduğu veya sahip olması gereken bilginin tespiti (yani öngörülebilirliğe ilişkin subjektif ve objektif ölçüt) öngörülebilirliğe ilişkin bir ticari teamülün varlığının ispatıyla sağlanabilir.*” Bundesgerichtshof, 24.10.1979, Germany, (Cheese Case); Uлуу (n 93) 86, 87.

<sup>405</sup>INCOTERMS’in herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Tavsiye niteliğindedir. Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 66. Bu özellik Milletlerarası Ticaret Odası’nın vasfından kaynaklanmaktadır, zira Milletlerarası Ticaret Odası bağlayıcı kurallar koyma yetkisine sahip bir uluslararası kuruluş değildir. Ashhan Sevinç, ‘Uluslararası Ticari Terimler (INCOTERMS)’ (2009) Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2 vd.

<sup>406</sup>Ercüment Erdem, *Sif Satışlar (Cif Sales)* (1st edn, Beta 1999) 5; Sevinç (n 405) 14; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 83.

<sup>407</sup>Uluslararası ticari satım sözleşmeleri, tarafların milliyetine bakılmaksızın farklı devletlerde ve genellikle hazır olmayan taraflar arasında kurulan para karşılığında bir malın değiştirilmesi hükümlerini havi sözleşmelerdir. Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 41, 47. Kural olarak satım sözleşmesinin konusunu cismani varlığı olan ya da olmayan taşınır ve taşınmaz her türlü mal oluşturur ancak INCOTERMS 2000, satım sözleşmesinin konusunu sınırlandırırken Viyana Satım Sözleşmesi ve ona öncülük eden 1964 tarihli Lahey Sözleşmesi ile paralel bir düzenlemeye gitmiştir. Viyana Sözleşmesi gibi INCOTERMS de genel kuralın aksine sadece maddi varlığı olan taşınır malların satımını kapsamına almıştır. Sevinç (n 405) 10, 23.

<sup>408</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 85; Sevinç (n 405) 15.

<sup>409</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 85.

INCOTERMS'in taraflarca sözleşmeye dahil edilmesi ile birlikte bu kurallar doğrudan uygulama alanı bulmaktadır.<sup>410</sup>

Öte yandan INCOTERMS, uluslararası ticari satım sözleşmelerinin sadece bazı alanlarına ilişkin düzenlemeler içermekte; esas itibariyle satıcının temel edimi olan teslim ile hasarın geçişi konularını ele alınmaktadır.<sup>411</sup> Dolayısıyla bir ihlale bağlanacak hukuki sonuçlar açısından bu terimler kullanılmayacak, esaslı ihlal değerlendirmesinde yine CISG md. 25'teki kıstaslar kullanılacaktır.<sup>412</sup>

INCOTERMS'in konumuz açısından önemi; bu terimlerin sözleşme içeriği halinde gelmesi ile esaslı ihlalin değerlendirilmesi noktasında olmaktadır. Nitekim ifa zamanına uyulmaması halinde özellikle satıcının geç tesliminde ortaya çıkan esaslı ihlal değerlendirmesi açısından önem arz etmekte olup bu konu ayrıca inceleneceğinden burada sadece bu terimlerin anlamının araştırılmasında hangi kaynağa başvurulması gerektiği md. 8 ve 9 hükümleri kapsamında incelenmiştir.

Buraya kadar hakkında genel bilgiler verilmiş olan INCOTERMS kuralları, CISG hükümlerinin kabul edildiği satım sözleşmesinde kullanılan ticari terimin yorumlanmasında bize nasıl fayda sağlamaktadır? Bu soruya cevap verebilmek için öncelikle INCOTERMS'in hukuki niteliğinin doktrinde nasıl değerlendirildiğini ortaya koymak gerekir zira INCOTERMS'in sözleşmesel etkisi bu kuralların ne derece bağlayıcı olduğu ile ilgili olup bağlayıcılık unsuru da hukuki nitelendirilmesinin ne olarak kabul edildiğine bağlıdır. Zira ICC'nin, uluslararası hukuk alanında, devletleri ya da bireyleri bağlayıcı kararlar alma gücü bulunmamaktadır.<sup>413</sup>

ICC tarafından yayınlanmış INCOTERMS kurallarının hukuki niteliği hakkında doktrinde tam bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bu kuralların pozitif hukuk normu olduğu, ticari örf- adet olduğu, ticari teamül olduğu, sui generis nitelikli hükümler olduğu, *lex mercatoria* olduğu ve son olarak genel işlem şartı olduğu şeklinde farklı

---

<sup>410</sup>Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 66.

<sup>411</sup>Sevinç (n 405) 2; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 84.

<sup>412</sup>Sarıkaya (n 37) 67.

<sup>413</sup> Kaya (n 112) 21

görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir.<sup>414</sup> Sonuç olarak; INCOTERMS’i bir bütün olarak ticari teamül olarak kabul edebilmek mümkün değildir. Ancak bir bütün olarak olmasa da bazı terimlerin bu kapsamda değerlendirilmesi söz konusu olabilir.<sup>415</sup>

<sup>414</sup> Konumuz açısından bu kuralların sözleşmenin bir parçası haline gelmesi halinde bağlayıcı olarak kabul edilerek, ihlalleri halinde, bu ihlallerin esaslı olup olmadığının değerlendirilmesinde öncelikle nazara alınması gerektiğinden aşağıda öncelikle bu bakış açılarına kısaca yer vermeyi uygun gördük. Buna göre INCOTERMS’in örf ve âdet hukuku niteliğini savunan görüşe göre; INCOTERMS satım sözleşmelerinde nakliye ve teslim konularında oluşabilecek sorunlara çözüm getiren terimlerdir. Uzun yıllar süregelen pratiğin bir sonucu olarak genel kabul görmüş olan uluslararası ticarete en yaygın olarak kullanılan terimlerin yorumu için getirilen kurallardır. Bu yönleriyle yazılı olmayan uluslararası hukuk kuralları olan örf adet kuralları ile benzerlik göstermekle birlikte önemli bir noktada ayrışır bu nedenle bu terimleri örf ve âdet hukuku olarak kabul etmek mümkün değildir. Şöyle ki örf ve âdet kuralları, asıl kaynaklarda ihtilafa uygulanacak hüküm bulunmaması halinde kendiliğinden uygulanır ancak incoterms; tarafların yapacakları sözleşmenin bu kurallara tabi olduğunu kararlaştırmaları halinde sözleşmenin bir parçası haline gelir. Sevinç (n 405) 15. INCOTERMS’in sui generis nitelikli hükümler olduğunu kabul etmek de mümkün değildir zira kanun koyma yetkisi olmayan bir kuruluş olan ICC tarafından çıkarılmış bu kuralların uluslararası özel hukuk alanında kanun nitelikli bir bağlayıcılığı normlar olduğu düşünülemez. Fatih Doğan, “INCOTERMS 2000, Tarihi Gelişimi, Geçerlilik Kaynağı-Münferit Kozlar-Son Değişiklikler” in Prof. Dr. Ömer Teoman’ a Armağan (1st edn, Beta 2002) 337, 339; Kaya (n 112) 21, Sevinç (n 405) 17. Bu nedenle INCOTERMS’e şekli anlamda uluslararası özel hukuk normu niteliği tanınmayacaktır. Diğer bir görüşle incotermsin lex mercatoria olarak değerlendirilmesini gündeme getirmiştir. *Lex mercatoria* şu şekilde tanımlanabilir: Milletlerarası ticari ve sınai sektörde hukuki ilişkiye giren tarafların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenlemede kullandıkları ticari örf, adet ve teamüllerin bütünü. Monica Kilian, ‘CISG and The Problem With Law Jurisdictions’ (2001) 10(2) <https://dro.deakin.edu.au/eserv/DU:30073192/keily-good-faith-1999.pdf> (Erişim Tarihi: 12.03.2021) 217,219. Her ne kadar incoterms herhangi bir devlete tabi olmayan maddi hukuk kuralları olarak tercih edilebilirse de bu kuralların *lex mercatoria* olarak kabul edilmesi için yeterli değildir zira ticari örf adet ya da teamül niteliğinde olmadığından *incoterms* ilkelerini *lex mercatoria* olarak değerlendirmek mümkün değildir. Sevinç (n 405) 18, Nitekim tarafların sözleşmeye “INCOTERMS”, “INCOTERMS 2000”, “INCOTERMS 1990” gibi ifadeler koymaları bu hükümleri sözleşme hukuku olarak belirledikleri anlamına gelecektir ki; *lex mercatoria* görüşünün herhangi bir milli hukuk seçimini zorunlu kılmadığını belirtmiş bulunmaktayız. INCOTERMS’in genel işlem şartı olarak değerlendiren görüşler olmakla birlikte genel işlem şartlarından temel olarak şu noktada ayrılır: INCOTERMS ilkelerinin uygulanması ile farklı tarafların menfaatleri korunur hale gelmektedir. Yani tarafların sözleşmede uygulanmasını kabul ettikleri terime göre bazı hallerde alıcının bazı hallerde satıcının menfaatleri korunmaktadır. Sevinç (n 405) 18. Genel işlem şartları ise bir tarafın diğer tarafa kabul ettirdiği kurallar olarak görülmektedir. Genel işlem şartları şu şekilde tanımlanabilir: “Bir sözleşenin diğer sözleşene sözleşmenin kuruluşunda bulunduğu, çok sayıdaki sözleşmeler için önceden formüle edilmiş sözleşme şartları”dır. Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 66) 205. Diğer bir görüş INCOTERMS’in ticari teamül olarak değerlendirmektedir. Doğan ‘INCOTERMS’ (n 414) 343- 344; Ancak bu görüşe de tamamen katılmak pek mümkün değildir zira CISG md. 9/II kapsamında ticari teamüllerin sözleşmeye dahil olması için tarafların açık veya zımni hiçbir anlaşmasına gerek yoktur. Buna karşılık incoterms kuralları ancak tarafların iradeleriyle sözleşmeye dahil edilmek suretiyle doğrudan uygulanabilir hale gelir ve bu nedenle tarafların herhangi bir iddia ve ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, incoterms teriminin bir sözleşmede kullanılması tarafların CISG hükümlerinin bertaraf edildiği anlamını taşımaz. Bağlayıcılığı olmayan hukuk kurallarının “incorporation” yoluyla sözleşmeye dahil edilmesi mümkün olduğundan aynı esas, *incotermslerin* taraflar arasındaki satım sözleşmesine dahil edilmesi için de geçerlidir. Öte yandan, taraflarca sözleşmede yer alması kararlaştırılan *incoterms*’in, satım sözleşmesine uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olmaz. Nuray Ekşi, ‘Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation” (1999) 19 (1-2) MHB 106, 287-289; Doğan, ‘INCOTERMS’ (n 414) 345.

<sup>415</sup> Terimler arasındaki farkı oluşturan kriter; bazılarının belirli ticari branşta düzenli olarak uygulama kazanmasıdır. Schmidt/Kessel (n 370) Art 9, N 26; Sarıkaya (n 37) 64.

Dolayısıyla Şu sonuca varmak m¼mk¼nd¼r ki; bir INCOTERMS teriminin d¼zenli olarak uygulandığı ticari branŐlarda CISG md. 9/II'deki Şartları sağlamasıyla yani "aynı t¼r s¼zleŐmeleri ilgili ticari branŐlarda akdedenler tarafından yaygın olarak bilinmesi ve d¼zenli olarak uygulanması" ile veya bu terimlerin taraflarca açıkça s¼zleŐmeye dahil edilmesi ile bir başka deyişle "incorporation" yoluyla CISG md. 9/I kapsamında bağlayıcı hale geleceklerdir.<sup>416</sup>

Taraflar uluslararası alanda girdikleri ticari satım ilişkileri çerçevesinde, satım s¼zleŐmelerinde INCOTERMS dahilinde bulunan herhangi bir terime atıfta bulunarak bu terimin ICC tarafından kabul olunan ve yayımlanan t¼m sonuçlarını da s¼zleŐme h¼km¼ haline getirebilirler.<sup>417</sup> Örneğin tarafların açıkça "CIF satış, INCOTERMS 2000" Şeklinde bir ifade yer vermekle CIF kaydının INCOTERMS 2000 kuralları çerçevesinde anlamlandırmak istediklerini anlaşılır buna g¼re CISG md. 9/1 anlamında da CISG md. 8 uyarınca da INCOTERMS 2000'in CIF satışa ilişkin açıklamaları doğrudan s¼zleŐmenin bir parçası olur ve uygulama alanı bularak bağlayıcı hale gelir bu nedenle de CISG h¼k¼mlerine nazaran öncelikle uygulanır.<sup>418</sup>

Peki incoterms'e açıkça bir gönderme olmaksızın s¼zleŐmede belirli bir ticari terimin kullanılması halinde, bunlar CISG md. 9/II kapsamında ticari team¼l kabul edilecekler midir? Örneğin sadece "CIF satış" yazılmış ise INCOTERMS'teki CIF satış uygulama alanı bulacak mıdır? ATAMER'e g¼re; bu değerlendirmenin CISG md. 8/II kapsamında yapılması ve bu irade beyanına karşı tarafın vereceği objektif anlam üzerinden değerlendirilme yapılması gerektiğini belirtmektedir. Ancak karşı tarafın INCOTERMS kurallarının kabul edildiği anlamını ııkarması m¼mk¼n değilse de bu kez konulan CIF kaydının taraflar açısından ne gibi y¼k¼ml¼l¼kler getireceğinin yorumunda, CISG md.

---

<sup>416</sup>INCOTERMS kuralları ancak tarafların iradeleriyle s¼zleŐmeye dahil edilmek suretiyle doğrudan uygulanabilir hale gelir ve bu nedenle tarafların herhangi bir iddia ve ispat y¼k¼ml¼l¼đ¼ bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra, incoterms teriminin bir s¼zleŐmede kullanılması tarafların CISG h¼k¼mlerinin bertaraf edildiği anlamını taşımaz. Bağlayıcılığı olmayan hukuk kurallarının "incorporation" yoluyla s¼zleŐmeye dahil edilmesi m¼mk¼n olduğundan aynı esas, *incotermslerin* taraflar arasındaki satım s¼zleŐmesine dahil edilmesi iēin de geēerlidir. Öte yandan, taraflarca s¼zleŐmede yer alması kararlaştırılan *incoterms*'in, satım s¼zleŐmesine uygulanacak hukukun emredici h¼k¼mlerine aykırı olmaz. Ekşi, 'Incorporation' (n 414) 287-289; S¼ral (n 12) 193.

<sup>417</sup> Ekşi, 'Incorporation' (n 393) 287; S¼zleŐmede taraflar INCOTERMS'in uygulanması y¼n¼ndeki iradelerinin yanı sıra hangi versiyonunun uygulanmasını istediklerini belirtmelidir.

<sup>418</sup>Atamer, *S¼zleŐmeye Aykırılık* (n 2) 85.

8/III hükmüne başvurulabilecek ve INCOTERMS'in uygulanması yine mümkün olabilecektir.<sup>419</sup> Nitekim, CIF ve FOB terimleri uluslar arası ticarete yaygın olarak kullanılıp tanınan terimler olduğundan, bu terimlere sözleşmede yer verilmesi halinde bu kuralların CISG md. 9/II uyarınca uygulanabileceğine bazı kararlarda yer verilmiştir.<sup>420</sup> Ancak yine de uluslararası nitelik kazanmadan da sözleşme içeriğine dahil olabilmektedir.

Dolayısıyla açık veya zımni INCOTERMS teriminin sözleşmeye dahil edilmediği durumlarda da bu kurallar yorumda kullanılabilir.<sup>421</sup> Bir başka bakış açısıyla, INCOTERMS terimlerinin tamamlayıcı yorum kuralları olarak değerlendirilmesi de mümkündür. Doktrinde SCHROETER, SCHNEIDER ve LEHR'in de bu görüşü savunduğu görülmektedir. Yazarlar; INCOTERMS'i; uluslararası organizasyonların tavsiye kararlarını içeren ve devlet gruplarının açıklamalarından da kaynağını alan *Soft Law*'ın en iyi örneklerinden biri olarak görmektedir.<sup>422</sup> Sonuç olarak INCOTERMS, uluslararası ticaretin en yaygın türü olan mal satışlarıyla ilgili uyulması zorunlu olmayan yorum kuralları bütünü ise, buradan hareketle taraflar arasında açık bir anlaşma ile sözleşmeye dahil edilmeseler veya CISG md. 9/II kapsamında ticari teamül olarak kabul görmeseler de her zaman CISG md. 8/III kapsamında sözleşmenin yorumlanmasında dikkate alınabilecektir.<sup>423</sup>

Bir başka güçlük ise, tarafların INCOTERMS'e yer vermeleri ancak bu terimlere hangi düzenlemenin uygulanacağını belirlemedikleri durumlarda ortaya çıkmaktadır. Tarafların seçtikleri ticari terime hangi kuralların uygulanacağını açıkça belirlememeleri halinde CISG md. 8 uyarınca tarafların irade açıklamalarına göre sözleşme

---

<sup>419</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 86,87.

<sup>420</sup>United States District Court, Southern District of Texas, 07.02.2006, CISG-Online No: 1177 (CIF terimi karara konu olmuştur.); United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 11.06.2003, CISG-Online No: 730 (CFR terimi karara konu olmuştur.); United States District Court for the Southern District of New York, 26.03.2002, CISG-Online No: 615 (CIF terimi karara konu olmuştur.) Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 06.06.2000, CISG-Online No: 1249 (CIF terimine yer verilen bir sözleşmede INCOTERMS'e atıfta bulunulmamış olsa da uluslararası ticaret uygulamalarını yansıttığı gerekçesiyle INCOTERMS tanımlarına başvurulmuştur.

<sup>421</sup>Tribunal Cantonal du Valais, 28.01.2009, CISG-online No: 2025

<sup>422</sup>Sevinç (n 405) 18; Doğan, 'INCOTERMS' (n 414) 346.

<sup>423</sup>Schmidt/Kessel (n 370) Art 9, N 26

yorumlanacaktır. Bu mümkün değilse aynı maddenin 2. ve 3. fıkrası gereği karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullar altında bunlara vereceği anlama göre, taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarındaki alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere tüm koşullar altında bu atfin kabul edilip edilemeyeceği belirlenecektir.<sup>424</sup>

#### e. CISG'deki Özel Yorum İlkeleri Çerçevesinde Yorum

CISG hükümlerinin yorumlanması sırasında izlenecek yol CISG md. 7/I'de açıkça düzenlenmiştir.<sup>425</sup> Buna göre; CISG hükümleri yorumlanırken üç temel ilkeye dikkat edilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur: Bu ilkeler; CISG'in milletlerarası niteliğinin dikkate alınması, Sözleşme'nin yeknesak uygulama amacının gözetilmesi ve milletlerarası ticaretteki dürüstlük kuralının dikkate alınmasıdır.<sup>426</sup>

Antlaşmanın milletlerarası niteliğinin dikkate alınması ilkesi; ulusal hukukların kural ve tekniklerinin yorumda kullanılmasının bertaraf edilmesi anlamına gelir.<sup>427</sup> CISG'in yeknesak uygulamanın teşvik edilmesi ile bu ilke birbirileri ile oldukça bağlantılı, yakından ilişkili kavramlardır ve aynı yönde sonuçlar doğrulamaktadırlar.<sup>428</sup> Zira sözleşmenin yorumlanmasında CISG'in özellikle uluslararası niteliğinin dikkate alınması bir yerde yeknesak uygulamanın teşviki demek olduğundan bu ilkeler gözetilerek kavramların muğlak kaldığı yerlerde doğru tespitin yapılması için ulusal hukuklara başvurulması önlenmelidir.<sup>429</sup>

---

<sup>424</sup>Sarıkaya (n 37) 66.

<sup>425</sup>CISG md. 7/I: "Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir."

<sup>426</sup>Zeytin, *CISG* (n 2) 72; Sert (n 9) 29.

<sup>427</sup>Schwenzer and Hachem, 'Commentary' (n 22) Art. 7 N. 20; Viscasillas (n 255) Art. 7 N. 18; Ferrari, 'Yorum ve Boşluk Doldurma' (n 33) 42, 43; Kaya (n 112) 22; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 10; Sarıkaya (n 37) 42,43.

<sup>428</sup>Viscasillas (n 255) Art. 7 N. 16

<sup>429</sup>Schwenzer and Hachem, 'Commentary' (n 22) Art. 7 N. 5; Viscasillas (n 255) Art. 7 N. 1; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 189, 190; Zeytin, *CISG* (n 2) 65, 66.



Nitekim CISG ile hedeflenen milletlerarası bütünlük ve tutarlılık için, CISG’de belirtilen düzenlemelerin ve kavramların yerel düzlemelerden uzak tutulması ve sözleşmenin milletlerarası niteliğine uygun bir şekilde hükümlerin yorumlanması gerekmektedir.<sup>430</sup> Böylece ulusal hukuklardaki farklı kavram ve kurumların etkisi ortadan kaldırılarak, sadece CISG metninin esas alınması ile hukukun bir örnekleştirilmesi sağlanacaktır.

Konumuz açısından değerlendirdiğimizde; esaslı ihlal kavramı sözleşmeden dönme, malın yenisi ile değiştirilmesi gibi tasfiye külfeti doğuracak önemli yaptırımların kullanılmasında ön koşul olarak değerlendirildiğinden, CISG md. 7/I’de belirtilen yorum ilkeleri ile birlikte bu kavramın dikkatli okunması gereklidir.<sup>431</sup> Bu da, hükümlerin anlamlandırılmasında otonom yorum yönteminin kullanılması ile sağlanabilecektir.<sup>432</sup> Bu doğrultuda otonom yorum yöntemi ile, CISG sistemi içinde kalan kavramların kendi sistemi içerisinde yorumlanması ve anlamlandırmanın da buna göre yapılması anlamını taşır.<sup>433</sup> Her ne kadar, esaslı ihlal kavramının gelişiminin tarihsel süreci anlatılırken sonuca varıldığı üzere,<sup>434</sup> CISG md. 25’de kaleme alınan esaslı ihlal düzenlemesi farklı hukuk sistemlerinin etkilerini barındırmakta ise de tüm bu sistemlerden arı olarak sözleşmenin yorumlanması ile ulusal hukukların etkileri bertaraf edilmelidir.<sup>435</sup>

CISG md. 7/II hükmüne göre ise;<sup>436</sup> Antlaşma’da düzenlenen konulara ilişkin olup da açıkça cevaplanmamış olan meselelere, öncelikle Antlaşma’nın temelinde yatan ilkelere

---

<sup>430</sup>Ferrari, ‘Yorum ve Boşluk Doldurma’ (n 33) 41; Peter Schlechtriem, ‘Interpretation, Gap-Filling and Further Development of the U.N. Sales Convention’ (2004) 16 (2) Pace International Law Review 279, 281.

<sup>431</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 237.

<sup>432</sup>Ferrari, ‘Yorum ve Boşluk Doldurma’ (n 33) 1-2.

<sup>433</sup>Schwenzer and Hachem, ‘Commentary’ (n 22) Art. 7 N. 8; Bonell (n 256) Art 7 N. 2.2.2; Babiak (n 167) 117; Ferrari, ‘Yorum ve Boşluk Doldurma’ (n 33) 41 - 43; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 93; Dayioğlu, *Tazminat* (n 18) s. 10.

<sup>434</sup>Tez Bkz: ‘Esaslı İhlal Kavramının Gelişim Süreci’ 61 vd.

<sup>435</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 12; Björklund (n 186) Art. 25 N. 6; Babiak (n 167) 117; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 190; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 491;

<sup>436</sup>CISG md. 7/II: *"Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.*

göre cevap bulmak gerektiği belirtilmiştir. Ancak sözleşmenin esaslı ihlali kavramı açıkça CISG md. 25 hükmünde düzenlenmiş olduğundan, hükmün içeriğine ilişkin yorumda CISG md. 7/I hükmünde belirtilen ilkelerden yararlanılmaktadır.<sup>437</sup>

Sözleşmenin yorumlanmasında üzerinde durulan son ilke ise, uluslararası ticarete dürüstlük kuralının gözetilmesidir.<sup>438</sup> Antlaşma'da “uluslararası ticarete dürüstlük kuralından” ne anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmediğinden öncelikle bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması önem taşımaktadır.

Uluslararası ticarete dürüstlük kuralının vasıflandırılması noktasında bu kavramın ulusal hukuklar tarafından anlaşılan dürüstlük kavramlarından ayrı değerlendirilmesi gerekir.<sup>439</sup> Zira her ülkenin dürüstlük kavramına kendi bakış açısı üzerinden anlamlandırma yapması hedeflenen yeknesaklığın önünde bir engeldir. Bu nedenle CISG md. 7’de geçen dürüstlük kavramı da otonom yöntemle yorumlanmalı,<sup>440</sup> uluslararası ticaretteki dürüstlük kavramı üzerinden anlamlandırılması yapılmalıdır. Sözleşmenin ayakta tutulması, taraf iradelerine öncelik verilmesi, zararın azaltılması ve sözleşmenin ayakta tutulması gibi sözleşmenin genel ilkelerinin, uluslararası ticarete özgü ilkeler olarak dürüstlük kavramının anlamlandırılmasına ışık tutacağı belirtilmektedir.<sup>441</sup>

---

<sup>437</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 211.

<sup>438</sup>Dürüstlük kavramının Sözleşmeye dahil edilmesi, kavramın niteliği ve işlevi, tartışma konularından biridir. *common law* sistemine dahil üye ülkelerin genel görüşü, kavramın belirsiz olması nedeniyle Sözleşmede yer almaması gerektiği olmuştur. Civil law hukuk sistemine dahil olan üye ülkelerin savunduğu görüş ise; dürüst davranma ilkesine açıkça sözleşmede yer verilmesi gerektiği ve taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin her safhasında gözetilmesi gereğini ileri sürmüştür. Troy Keily, ‘Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)’ (1999) 3(1) *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 15, 16. Schlechtriem, *Uniform Sales Law* (n 20) 37.

<sup>439</sup>Schwenzer and Hachem, ‘Commentary’ (n 22) Art 7 N. 18; Viscasillas (n 255) Art. 7 N. 29; Bonell (n 256) Art. 7 N. 2.4.2; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 206; Babiak (n 167) 118; Ferrari, ‘Yorum ve Boşluk Doldurma’ (n 33) 64 Dn 167; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 96, 97; Kaya (n 112) 22, 23; Dayıoğlu, *Tazminat* (n18) 10.

<sup>440</sup>John Felemegas, “Introduction” in John Felemegas (eds), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale Of Goods* (Cambridge University Press 2007) 14, Açıklık (n 67) 47.

<sup>441</sup>Keily (n 438) 21; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 208, 209; Sarıkaya (n 37) 50. Bu çerçeveden çıkmadığı sürece aslında bu maddede düzenlenen dürüstlük kuralı, CISG hükümlerinin yorumlanmasına esneklik getirebilmektedir. Şöyle ki bazı hükümler düzenleniş tarzı ile birden fazla anlama gelebilir bu

Dürüstlük kavramı, CISG’de md. 25 de dahil çeşitli hükümlerde kullanılan “makul” (*reasonable*), “esaslı” (*fundamental*), “güven” (*reliance*) gibi kavramlarda somutlaşmakta ve hâkime yorum konusunda bir esneklik tanımaktadır.<sup>442</sup> Bunun yanı sıra, dürüstlük kuralının, sözleşen tarafların davranışlarıyla bağlantılı olarak yorumlanması ve uygulanması gereği ileri sürülmüştür.<sup>443</sup>

#### f. CISG’de Kullanılan Yorum Yöntemleri

CISG yorum ilkelerine yer vermiş ancak yorum yöntemlerinden hangilerinin kullanılacağına açıkça yer vermemiştir. Hem *common law* hem de *civil law* hukuk sistemleri arasında yaygın olarak kabul edilen dört yöntemden bahsedilebilir. Öncelik hükmün lafzi olarak yorumlanmasıdır.<sup>444</sup> Ancak bu yorum tek başına yeterli görülmemeli hükmün arkasındaki amacın araştırılarak, *ratio legis*<sup>445</sup> ile desteklenmesi bunun yanı sıra hazırlık tarihçesine bakılması metnin anlamının açıklığa kavuşturulmasında önemli görülmektedir.<sup>446</sup> Diğer bir yöntem, birden fazla düzenleme arasında uyum sağlamak ve hükümleri birbirileri ile çelişmeyecek şekilde sistematik yorumlamaktır.<sup>447</sup>

Konumuz açısından bakıldığında, esaslı ihlal hükmünün CISG’in genel hükümler kısmında düzenlenmiş ilk madde olması, kavramın içeriğinin saptanmasında genel bir

---

durumlarda bu anlamlar arasından hangisinin esas alınacağına dürüstlük kuralı sınırlarında karar verilecektir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 96. Bu yolla muğlak ve ikilik yaratan hükümlerin yorumları belirginleştirilerek tarafların hak ve yükümlülükleri açıkça ortaya konulacaktır. Schwenzer and Hachem, ‘Commentary’ (n 22) Art. 7 N. 19.

<sup>442</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 209; Babiak (n 167) 118; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 96.

<sup>443</sup>Ferrari, ‘Yorum ve Boşluk Doldurma’ (n 33) 62; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 206; Açıklalın (n 67) 47.

<sup>444</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 205; Viscasillas (n 255) Art. 7 N. 33, Ancak Türkçe BM tarafından kabul edilen resmi bir dil olmadığından Antlaşmanın orijinal dillerindeki metinlerin esas alınması gereklidir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 97, 98; Zeytin, *CISG* (n 2) 73.

<sup>445</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 98.

<sup>446</sup>Yasemin Işıktaç and Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (8th eds, İstanbul 2021) 68 vd, Honnold and Flechtner (n 214) 91.

<sup>447</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 177,179; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 99.

bakış açısına sahip olmayı gerektirir. Ayrıca ilgili olduğu CISG md. 46/2, md. 48/1 ve 49/1(a) ile birlikte sistematik olarak yorumlanması gerekmektedir.<sup>448</sup>

Üçüncü kabul edilen yöntem hükmün tarihsel yorumudur. Bu noktada hükmün hazırlık tarihçesinin ve hükmün düzenleniş biçiminin araştırılması hükmün amacının aydınlatılmasına yardımcı olmakla birlikte,<sup>449</sup> bu yöntemin tek başına kullanılması yorumda bazı sakıncaları doğurabilir. *Common law* hukuk sistemini benimseyen İngiliz hukukunda esaslı ihlal kavram ile CISG md. 25'teki esaslı ihlal kavramının ortaya çıkış amacı farklılar içerdiğinden, bu hükümlerin beraber değerlendirilmesi bizi hataya sevk edecektir.<sup>450</sup>

Son yöntem ise, teleolojik (Gai) yani amaca uygun yorum yapılmasıdır. Bundan kasıt; ilgili hüküm düzenlenirken hangi değerlerin korunmak istendiğinin ve bu normların amacının ne olduğunun sorgulanarak yorum yapılmasıdır. Dolayısıyla esaslı ihlal hükmünün yorumlanmasında, uluslararası ticaretin gerekleri göz önünde bulundurularak yorum yapılması amaca uygun yorum yönteminin bir gereğidir.<sup>451</sup>

Bu yöntemler dışında hükümlerin yorumlanmasında başvurulabilecek başka kaynaklardan da bahsetmekte yarar görüyoruz. Zira CISG hükümlerinin yorumlanmasında başvurulabilecek tüm mahkemeleri bağlayacak bir üst yargı mercii bulunmamaktadır.<sup>452</sup> Bunun yanı sıra, bir yabancı yargı mercii tarafından verilen

---

<sup>448</sup>Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 237.

<sup>449</sup>Björklund (n 186) Art. 25 N. 6; Schroeter (n 159) Art. 25 N. 12; Will, 'Article 25' (n 253) Art. 25 N. 2; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 491; Honnold and Flechtner (n 214) 181.1; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 192; Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 917.

<sup>450</sup>Björklund (n 186) Art. 25 N. 6; Will, 'Article 25' (n 253) Art. 25 N. 2; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 489, Honnold and Flechtner (n 214) 181.1; Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 916, 917. İngiliz Hukuku'nda esaslı ihlal kavramının 1950'li yıllardan 1970'li yılların sonuna kadar, sorumluluktan kurtulma şartlarını kontrol etmek için kullanıldığı ifade edilmektedir. Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 192 Dn 31.

<sup>451</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 100.

<sup>452</sup>Schwenzer and Hachem, 'Commentary' (n 22) Art. 7 N. 10; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 188, 212; Ferrari, 'Yorum ve Boşluk Doldurma' (n 33) 59; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 92; Zeytin, *CISG* (n 2) 68, 71.

kararların başka bir yabancı mahkeme nezdinde bağlayıcılığı da bulunmamaktadır.<sup>453</sup> Bu nedenle yeknesaklığın sağlanabilmesi için hâkimlerin karşılaştırmalı hukuka başvurmaları, yargı kararları yanında hakem kararlarını da gözetmeleri ve ayrıca doktrinde ortaya konan fikirleri de değerlendirmeleri kritik öneme sahiptir.<sup>454</sup> Ayrıca herhalde hâkim hükme anlamı verirken başka bir ülke hâkimi tarafından da bu yorumun aynen benimseneceğinden şüphe duymamalıdır.<sup>455</sup> Bu nedenle her ne kadar bağlayıcılığı olmasa da başka bir ülke mahkemesinin verdiği kararların da değerlendirmeye alınması yol gösterici olacaktır.<sup>456</sup>

## B. Viyana Satım Sözleşmesi'nden Esinlenen Hukuk Uyumlaştırma Metinleri

### 1. Genel Olarak

*Soft law*,<sup>457</sup> kimi zaman farklı hukuk çevrelerinde yürürlükte olan hukuksal düzenlemeleri karşılaştırarak aralarından mantıki olarak en tutarlı ve uygulama kolaylığı sağlayan “olan hukuktan” yararlanılır, kimi zamansa bu hukuksal çözümleri tercih etmeyerek, “olması gereken hukuku” düzenler.<sup>458</sup> Bu metinlerin ortak özelliği;

<sup>453</sup>Schwenzer and Hachem, ‘Commentary’ (n 22) Art. 7 N. 13; Viscasillas (n 255) Art. 7 N. 41, Honnold and Flechtner (n 214) 92; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 212; Ferrari, ‘Yorum ve Boşluk Doldurma’ (n 33) 60; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 95; Zeytin, *CISG* (n 2) 68, 71.

<sup>454</sup>Schwenzer and Hachem, ‘Commentary’ (n 22) Art. 7 N. 10-13; Viscasillas (n 255) Art. 7 N. 40 – 44; Honnold and Flechtner (n 214) N. 9; Graffi (n 78) 339; Babiak (n 167) 117; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 204, 205; Ferrari, ‘Yorum ve Boşluk Doldurma’ (n 33) 48 vd; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 94, Zeytin, *CISG* (n 2) 70, 71. Bu amaçla UNCİTRAL nezdinde ve bazı üniversitelerde veri bankaları oluşturulmuş ve CISG’e ilişkin mahkeme kararları bir araya getirilmeye çalışılmıştır. New York Pace University CISG Advisory Board oluşturulmuştur. Böylece dünyada bilgi akışı sağlanarak yeknesak bir içtihatın oluşturulması çabası devam etmektedir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 94. Bu veri bankalarına örnek olarak UNCİTRAL nezdindeki CLOUT (Case Law On UNCİTRAL Texts) ([http://www.uncitral.org/uncitral/en/case\\_law.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html)) ve Pace Üniversitesi Milletlerarası Ticaret Hukuku Enstitüsü nezdindeki veri bankası (<http://www.cisg.law.pace.edu/>) verilebilir.

<sup>455</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 100; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 35; Kanişlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 69.

<sup>456</sup>Schwenzer and Hachem, ‘Commentary’ (n 22)) Art 7 N. 13; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 496; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 95; Zeytin, *CISG* (n 2) 71; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 10.

<sup>457</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 16. Soft law instruments; karşılaştırmalı hukuk araştırmaları, 20. yüzyılın ikinci yarısında hız kazanmıştır. Yapısı ve sistematığı açısından aslında bir yasadan hiçbir farkı olmayan, ancak bağlayıcılığı olmaması itibarıyla sadece bir model kanun sayılabilmektedir. Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 24; Başoğlu, *Aynen İfa* (n 116) 218.

<sup>458</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 16.

devletlerin imzalayabileceği bir Anlaşma ya da iç hukuklarına aktarabilecekleri bir model kanun olarak değil, farklı hukuk sistemlerince ortak kabul gören borçlar hukuku ilkelerini belirlemeleridir. Amaç; uluslararası ticarete daha uygulanabilir olan çözümlerin ortaya konulmasıdır. Bu metinlerin oluşturulmasında; ulusal ve uluslararası düzlemde özellikle ifa engelleri sisteminde pratik çözümler ortaya koyması yönüyle CISG’den büyük ölçüde esinlenmişlerdir.<sup>459</sup>

Bunlardan en önemlileri, 1994 yılında UNIDROIT tarafından yayınlanmış olan Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (PICC- Principles of International Commercial Contracts),<sup>460</sup> yanı sıra 2003 yılında tamamlanan,<sup>461</sup> daha sınırlı ölçekte sadece Avrupa Birliği ülkeleri için uygulanan Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri<sup>462</sup> (PECL- Principles of European Contract Law)’dir. Ayrıca 2009 yılının sonunda, hazırlanmış olan bütün model kurallar bir araya getirilerek 6 ciltlik bir şerh ile beraber (Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak) (*Principles, Definitions and Model Rules of*

---

<sup>459</sup> Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 24

<sup>460</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 17; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 24, 25. PICC’in düzenlenme amacı: Milletlerarası yeknesak hukuk araçlarının ve ulusal hukukların yorumlanması ve tamamlanması ve yol gösterici olması hedeflenmiştir. PICC ve PECL tarafların sözleşmelerinde bunu açıkça kararlaştırmış olmaları halinde uygulama bulur. Diğer yandan tarafların, kabul ettikleri sözleşmenin “genel hukuk ilkelerine” veya “*lex mercatoria*”ya tabi olacağını öngörmeleri halinde de bu kuralların uygulanması mümkündür. Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 24, 25. Ayrıca tarafların tabi olacakları hukuka ilişkin hiçbir düzenleme yapmamış olmaları halinde de bu kuralların uygulanması mümkün görülmektedir; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 17.

<sup>461</sup> PECL Avrupa Borçlar hukukuna duyulan ihtiyaç çerçevesinde 1980 yılında çalışmalarına başlamış, komisyon ilk olarak 1995 yılında 59 maddeyi kaleme almış ifa, ifa etmeme ve sonuçları adlı kitabı yayınlamıştır. 1999 yılında 73 madde ile sözleşmenin kurulması, temsil, sözleşmenin geçerliliği, yorumu, içeriği ve üçüncü kişilere etkisini içeren ikinci kitap yayınlanmıştır. Nihayet 2003 yılında kitabın 3. Kısmı yayınlanmıştır. Son bölümde düzenlenen 69 maddenin içeriğinde; sözleşmenin devri, takas, zamanaşımı, hukuka aykırılık ve sonuçları, şart ve faiz ele alınmıştır. Oldukça detaylı bir şerh hazırlanmıştır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 8,19; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 230-231.

<sup>462</sup> Avrupa Birliği içinde uygulanmak üzere hazırlanmış olsa da bu metin de PICC kadar önem taşır. Amacı ise şu şekilde özetlenebilir: Sözleşme hukukunun temel ilkelerinin saptanmasının Avrupa içinde sınıraşan ticareti kolaylaştıracağı, Avrupa ortak pazarını güçlendireceği, bir AB sözleşme hukukunun yaratılması için altyapı oluşturacağı, ulusal mahkeme ve yasa koyucular için bir yönerge teşkil edeceği ve *common law* ile civil law arasında bir köprü vazifesi göreceği düşünülmüştür. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 19.

*European Private Law – Draft Common Frame of Reference*) DCFR<sup>463</sup> yürürlüğe girmiştir.<sup>464</sup>

Aşağıda yapılan açıklamalarda yukarıda bahsi geçen bu üç uyumlaştırma metninin CISG ile esaslı ihlal kavramı çerçevesinde benzer hükümlerine değinilmektedir. Nitekim, CISG’e paralel şekilde ifa engelleri sistemini düzenleyen bu metinlerde, CISG’de olduğu gibi sözleşme ihlalinin görünüm şekillerinden ziyade, yeknesak düzenleme anlayışının devamı olarak; ifa engelleri bölümlerinin sistematüğini borca aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar üzerine kurmuştur.<sup>465</sup> Bu halde, “ifa etmeme” kavramı ve ihlalin esaslı olup olmadığı sözleşmenin sona erdirilmesinde sınırlandırıcı fonksiyon taşımaya devam etmiştir.

## **2. Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkının Sınırlandırılması**

Yukarıda bahsi geçen hukuk uyumlaştırma metinlerinde de, CISG’te olduğu gibi sözleşmeden dönme veya feshi kavramları kullanılmamış bunun yerine sadece tek bir kavram olarak sözleşmenin sona erdirilmesi şeklinde bir düzenleme tercih edilmiştir.<sup>466</sup> Ahde vefa ve sözleşmenin ayakta tutulması ilkesi gereği ayrıca tasfiyenin getireceği ekonomik külfet nedeniyle ticari hayatın akışına pratiklik kazandırması açısından sözleşmenin sona erdirilmesi benzer sebeplerden ötürü bu metinlerde de farklı methodlarla sınırlandırılmıştır.<sup>467</sup>

---

<sup>463</sup> DCFR Avrupa Özel Hukukunun ilkeleri, tanımları ve model Kurallarını içerir. Avrupa Komisyonu tarafından 2005 yılında tamamlanması üstlenilmiştir. DCFR Uygulanabilir bir Avrupa sözleşme hukuku oluşturulması amacına hizmet eder. Bu *soft law* araçları arasından sadece DCFR bir borçlar özel bölümü içermektedir. Aynı zamanda şerhte bazı en çok uygulanan sözleşme örneklerine yer verilmiştir. Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 230-231.

<sup>464</sup> PICC, PECL ve DCFR İngilizce metinleri için sırasıyla bkz: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>, [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf)

<sup>465</sup> Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 238.

<sup>466</sup> Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n35) 244.

<sup>467</sup> Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art. 45 N. 10; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 246.

Genel olarak, hukuk uyumlaştırma projelerinde ve yeni yasa değişikliklerinde<sup>468</sup> sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının sınırlandırılmasına ilişkin üç farklı yöntem kombine olarak kullanılmaktadır.<sup>469</sup>

Bunlardan ilki, borçluya, sözleşmeye aykırılığı gidermeyi teklif etme imkânının diğer bir deyişle “*ikinci servis şansının*” verilmesiyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının engellenmesidir. *Civil law* hukuk sistemlerinde<sup>470</sup> sadece istisnai olarak kabul edilmişse de yukarıda bahsi geçen bu üç metin *common law* hukuk sistemini etkisinde, her sözleşme için borçluya bu ikinci servis şansını tanımaktadır.<sup>471</sup> CISG md. 48<sup>472</sup> hükmüne paralel şekilde düzenlenmiş PICC md. 7.1.4’de de borçlu, masrafları kendine ait olmak üzere, gecikmeksizin, hal ve şartlara uygun tedbirin nasıl ve ne zaman ifa edileceğini bildirerek ademi ifayı düzeltmek için gerekli tedbirleri alabilir meğer ki alacaklının tedbiri reddetmede hiçbir yasal menfaati olmasın demektedir.<sup>473</sup>

İkinci yöntem, alacaklının borçluya süre tanınması ile seçimin alacaklıya bırakılması ile sözleşmenin sona erdirilmesinin engellenmesidir. Bu süre zarfında sözleşmeye aykırılık giderilmediği takdirde sözleşmeden dönülebilecektir.<sup>474</sup> Bu sınırlandırma yöntemi CISG

---

<sup>468</sup>CISG her üç yöntemi de dönme hakkının sınırlandırılması için kullanmaktadır. Serozan ‘Dönmenin Sınırları’ (n 80)

<sup>469</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 247, 248. CISG’den önce; sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırılmasına hukuk uyumlaştırma projelerinden bir diğeri olan ULIS açısından, ULIS md. 25 düzenlemesi de sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırılması bakımından “esaslı ihlali” bir genel ilke olarak kabul etmiştir. Bunun yanında sözleşmeye aykırılığın esaslı olmadığı durumlar için de ULIS md. 27.2’de ek süre tanımak, sözleşmeden dönmek için diğeri bir sınır olarak düzenlemiştir. Yine ULIS md. 44 hükmü de satıcıya sözleşmeye aykırılığı gidermek imkânı tanıyarak üçüncü sınırlamayı getirmiştir. Erkan (n 161) 54.

<sup>470</sup>TBK md 97: “*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin ifası isteminde bulunan tarafın, sözleşmenin koşullarına ve özelliklerine göre daha sonra ifa etme hakkı olmadıkça, kendi borcunu ifa etmiş ya da ifasını önermiş olması gerekir.*”

<sup>471</sup>CISG md. 48 karşılığı olan: PECL md.. 8:104, PICC md.. 7.1.4 ve DCFR md.. III. – 3:201-205 düzenlemelerinin üçü de sözleşmeden dönme hakkı için diğeri bir sınır olarak belli şartlar altında satıcıya sözleşmeye aykırılığı gidermek hakkını tanımıştır.

<sup>472</sup>CISG md. 48 (1) “*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.*”

<sup>473</sup>Süral (n 12) 114.

<sup>474</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 248. Bu düşünce, mehil tayinine ihtiyaç olmayan halleri düzenleyen BK md.107’de de yansımaları bulması itibariyle İsviçre-Türk hukukuna yabancı değildir.



md. 49/1/b ve atıf yaptığı CISG md. 47’de bulunmakta olup paralel bir düzenleme; PICC 7.3.1.3’de; “*ifanın gecikmesi halinde, borçlu md. 7.1.5’te öngörülen ilave sürede ifayı yerine getirmese alacaklı sözleşmeyi feshedebilir*” şeklinde yer almaktadır.<sup>475</sup>

Konumuzu oluşturan dönme hakkını sınırlandıran en temel yöntem olan “esaslı ihlal” şartı hukuk uyumlaştırma metinlerinde genel olarak kabul görmüştür.<sup>476</sup> Buna göre; sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi açısından genel ilke olarak kabul edilmiş olan sınır, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarının esaslı olmasıdır. Borca aykırılığın sonuçlarının “esaslı” olması halinde sözleşmenin sona erdirilebileceği ilişkin düzenlemeler CISG md. 49/f. 1/(a), PECL 9:301 (1)’de, PICC 7.3.1 (1) ve DCFR md. III. – 3:502 bedinde açıkça düzenlenmiştir.<sup>477</sup>

Her üç uyumlaştırma metninde de PICC md. 7.3.1, PECL md. 8:103, DCFR Art. III-3:502/I uyarınca bir tarafın ademi ifası<sup>478</sup> nedeniyle sözleşmenin sona erdirebilebilmesi diğer tarafın ademi ifasının esaslı olmasına bağlamıştır.<sup>479</sup> CISG md. 49 f. 1/a düzenlemesine karşılık sayılabilecek bu düzenleme ile sözleşmeden dönme yaptırımını ve sınırlanması bakımından esaslı ihlal kıstasının benimsendiği görülmektedir.<sup>480</sup>

---

<sup>475</sup>CISG md. 49/f. 1/(b), PECL 9:301 (2) ve PICC 7.3.1 (3), DCFR md. III. – 3:503 düzenlemelerinin sırası ile CISG md. 47, PECL 8:106 (3) ve PICC 7.1.5 düzenlemelerine yapmış olduğu göndermeler ile sözleşmeden dönme hakkının, kullanılması öncelikle süre verilmesine bağlanmıştır. Erkan (n 161) 49, Süral (n 12) 124. Ancak bu hakkın kullanılması için borcun hiç ifa edilmemiş olması gerekir. Eğer mal ayıplı da olsa bir kez ifa edildi ise, bu halde ancak sözleşmeye aykırılığın esaslı olması ihtimaline dayanarak sözleşmeden dönmek mümkün olmaktadır. Diğer yandan, hiç ifa edilmemesi hali başlı başına sözleşmenin esaslı ihlali sayılabilecek bir yoğunlukta ise, örneğin kesin vade varsa bu halde de sözleşme sona erdirilebilir.

<sup>476</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 2; Huber ‘Article 45-49’ (n 167) Art. 49 N. 84; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 230.

<sup>477</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 248.

<sup>478</sup>Ademi ifa, ayıplı ifa ve geç ifa dahil olmak üzere, bir tarafın sözleşme kapsamındaki herhangi bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi olarak tanımlanmıştır (PICC Art. 7.1.1). Dolayısıyla burada ifade edilen "ademi ifa" ("*non - performance*"), CISG kapsamında "sözleşme ihlali" ("*breach of contract*") ile aynı anlamı taşımaktadır; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 232; Sarıkaya (n 37) 28,103ff.

<sup>479</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 236, 237 62ff; Sarıkaya (n 37) 28.

<sup>480</sup>Açıklık (n 67) 40.

### 3. “Esaslı İhlal” Kavramına Getirilen Farklı Yaklaşımlar

CISG’de “sözleşmeye esaslı bir aykırılık” (*fundamental breach*) olarak düzenlenen esaslı ihlal kavramı, PECL, PICC ve DCFR metinlerinde ise “esaslı ifa etmeme” (*fundamental non-performance*) olarak düzenlenmiştir.<sup>481</sup> CISG md. 25 ve PICC md. 7.3.1 hükümleri birbiri ile paralel olmakla birlikte, CISG md. 25’te sadece genel bir düzenleme ile esaslı ihlale yer verilirken, PICC esaslı bir “ademi ifa”nın tespiti için nelerin dikkate alınacağı da aynı hükmün fıkralarında açıkça düzenlenmiş olmakla CISG’den farklılaşmaktadır.

PICC md. 7.3.1. f.2/a’ya göre; sözleşmeyi ihlal eden tarafından öngörülemediği veya makul olarak da öngörülemez olacak şekilde, sözleşmeyi ihlal eden taraf, diğer tarafı sözleşmeden beklediği menfaatten esaslı hususlarda mahrum bırakırsa,<sup>482</sup> bu durum esaslı ihlal sayılmaktadır ve buraya kadar CISG md. 25 hükmüyle benzer şekilde düzenlenilmiştir.<sup>483</sup>

Devam eden fıkralarda ise; PICC md. 7.3.1. f. 2/b’e göre sözleşmede esaslı olarak belirlenmiş bir yükümlülüğün ihlalinin, PICC md. 7.3.1. f. 2/c’ye göre; ifa etmemenin, sözleşmeyi ihlal eden tarafça kasıtlı veya ihmali olarak oluşması halinde<sup>484</sup>, PICC md. 7.3.1. f. 2/d’e göre, ifa etmeme sonucunda mağdur tarafın, sözleşmeyi ihlal eden tarafın ileride ifa etmeyeceği yönünde haklı bir güven kaybı yaratması halinde, PICC md. 7.3.1.f 2/e’ye göre; ifada bulunmayan taraf, sözleşme ortadan kaldırıldığı takdirde ifa

---

<sup>481</sup>Koch, ‘Commentary Art 25’ (n 200) 271; Erkan (n 161) 49; Açıklan (n 67) 40 vd.

<sup>482</sup>Alacaklının, sözleşmenin devam etmesinde herhangi bir menfaati kalmamış olması esaslı ihlal oluşturmakla birlikte burada alacaklının subjektif olarak beklentisi değil sözleşmenin yapısı ve hükümleri dikkate alınarak tespit yapılmalıdır. Liu (n 106) 131.

<sup>483</sup>Buraya kadar PICC ve CISG md. 25 hükmü paraleldir. Burada ihali yaratan tarafın öngörmediği husus, sözleşmeye aykırılığın karşı taraf bakımından esaslı ihlal teşkil edeceğidir. Sözleşmeye aykırılığın oluşması için kusur aranmadığından, kusursuzluğunu iddia edilerek sözleşmenin feshinden kurtulması mümkün değildir. Van Vuuren and Elbi Janse, ‘Termination of International Commercial Contracts for Breach of Contract: The Provisions of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts’ (1998) 15 (2) Arizona Journal of International and Comparative Law 583, 625, 626; Süral (n 12) 123.

<sup>484</sup> Kasıtlı olması karşısında ortaya çıkan olumsuz sonuçlar yeterli ağırlıkta değilse esaslı sayılmayacaktır. PICC Art. 7.3.1. Comment 3 c, Sarıkaya (n 37) 31.

hazırlıkları veya ifa sebebiyle aşırı bir kayba uğramayacak olması halinde<sup>485</sup> olmak üzere ayrıca genel kurala ek olarak esaslı ifa etmemenin kriterleri olarak sayılmıştır.<sup>486</sup>

PECL md. 8:103 uyarınca sözleşme, ancak taraflardan birinin, sözleşme ihlalinin esaslı ifa etmeme teşkil etmesi halinde sona erdirilebilir.<sup>487</sup> PECL’de, PICC gibi CISG’den farklı olarak “esaslı ifa etmeme” (*fundamental non performance*) şeklinde bir düzenlemeye yer vermiştir. PECL md. 8:103 a, b, c fıkralarına göre; bir sözleşme ihlali ancak taraflardan birinin sözleşmede açıkça ihlalin esaslı olduğu belirtilmiş olduğu üç durumda sona erdirilebilecektir.<sup>488</sup>

Buna göre, PECL Art. 8/103.a’ya göre taraflarca sözleşmede özellikle yükümlülüğe tam olarak uyulması belirleyici bir rolde ise, PECL Art. 8/103.c’ye göre; ademi ifa kasıtlı ise ve ifaya güven hususunda bundan sonra şüphe yaratacaksa ve CISG md. 25 ile benzer yaklaşımla düzenlenen PECL Art. 8/103.b’ye göre; sözleşmeyi ihlal eden tarafından öngörülemeyen veya makul olarak da öngörülemeyecek olmadığı sürece, sözleşmeyi ihlal eden taraf, diğer tarafı sözleşmeden beklediği menfaatten esaslı hususlarda mahrum bırakırsa ihlal esaslı kabul edilecektir.<sup>489</sup>

---

<sup>485</sup> İçtihatla bkz: ICC, 28.07.2000, Unilex No: 9797 sayılı kararında bir bilgisayar firması sadece müşterisinin kullanabileceği ona özel bir bilgisayar programı üretmiş ancak bu programı sözleşmede kararlaştırıldığı gibi 31 Aralık’ta değil 31 Ocak’ta teslim edebileceğini bildirmiştir. Müşteri, 31 Ocak’ta da bu programa ihtiyaç duyacaksa ve bilgisayar firmasının programı başkasına satması mümkün değilse, alıcı sözleşmeyi sona erdiremeyecektir. Ancak gecikmeden dolayı zararlarını tazmin edebilir. Bunun yanı sıra hakemler, tarafların arasındaki sözleşme hükümlerine göre Andersen Worldwide Organisation’ın (AWO) birimleri arasında işbirliğini sağlamanın md. 5.1.4 anlamında gayret etme borcu olduğuna ve AWO’nun bunu sağlamak adına gerekli özeni göstermediğine karar vermiştir. Bu nedenle, AWO’nun ihlali, sözleşmenin esaslı ihlalini oluşturduğundan bahisle sözleşmeden dönülebileceğine karar verilmiştir. Nitekim, taraflar arasındaki sözleşme uyarınca AWO’nun asli görevlerinden biri birimleri arasında iş birliğini geliştirmektedir. Öte yandan, hem bu yükümlülüğü yerine getirmemiş hem de böyle bir görevi olduğunu inkâr etmesi ilerde de yerine getirmeyeceği yönünde haklı şüphe oluşturmaktadır. Karar çevirim içi: <http://www.unilex.info/principles/case/668>; Süral (n 12) 124, Dn 514.

<sup>486</sup> Uygulamaya bakıldığında tarafların esaslı ihlal teşkiledecek hususları açıkça kararlaştırdıkları görülmektedir. Süral, (n 12) 123.

<sup>487</sup> PECL md. 8:103: “A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if: (a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract.”

<sup>488</sup> Hossam El-Saghir, ‘Fundamental Breach of Contract: Remarks on the Manner in Which the Principles of European Contract Law may be used to Interpret or Supplement Article 25 of the CISG’ in John Felemegas (eds) *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (Cambridge University Press 2007) 335, 338, Açıklan (n 67) 40

<sup>489</sup> Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 236 Dn 62; El-Saghir (n 488) 339.

DCFR’de ise Art. III - 3:502/II’a göre; genel düzenleme yanında yükümlülüğün ifa edilmemesinin esaslı sayılabileceği iki duruma yer verilmiştir. Bunlardan ilki; DCFR Art. III - 3:502/II.a bendinde düzenlenen; ifanın tamamı ya da belirli kısmına uygulandığı takdirde, ademi ifa alacaklıyı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakıyorsa ve sözleşmenin kurulduğu anda bu neticeyi öngörmemiş ve öngörmesi de makul olarak beklenemez ise, ademi ifa kasten veya ikincisi ise; DCFR Art. III - 3:502/II.b bendinde düzenlenen; düşünülmeden gerçekleştirilen bu ihlal alacaklı için borçlunun gelecekteki ifasına olan güvene kuşku duymasında haklı gerekçe yaratıyorsa esaslılıktan bahsedilebilecektir.

Görüldüğü üzere, CISG md. 25 hükmünden esinlenen metinlerde de “esaslı ihlal” kavramına ilişkin kıstaslar benzer şekilde ortaya koyulmuştur. Şöyle ki, bir sözleşme ihlalinin esaslı kabul edilebilmesi için, diğer tarafın sözleşmeye göre beklemekte haklı olduğu şeyden<sup>490</sup> önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebebiyet vermesi aranmaktadır meğer ki böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun.<sup>491</sup>

Her üç metnin de birbirlerinden ayrıldıkları noktalar olmakla birlikte, CISG’ten ayrıştıkları en önemli nokta; sadece genel bir kriter koymakla yetinmek yerine hangi durumların esaslı ihlal sayılacağı hususunda ek fıkralar düzenleyerek, esaslı ihlale ilişkin kriterlerin daha kapsamlı ve detaylı olarak incelemiş olmasıdır.<sup>492</sup>

Son olarak, CISG md. 25 kapsamında düzenlenene esaslı ihlal kavramının yorumlanmasında bu metinlerden ne ölçüde yararlanılması gereği tartışma konusudur.

---

<sup>490</sup> PECL Art. 8:103 maddesinin şerhinde eser sözleşmelerine ilişkin bir örnekle konu açıklığa kavuşturulmuştur. Şöyle ki; dava konusu şarap mahzenindeki şarapların sürekli olarak belirli bir ısıda tutulması gerekmektedir. Müteahhidin bu yükümlülüğü yerine getirilmesinin önemini bildiği açık olup, aksi halde şarapların bozulacağı ve olumsuzluk oluşacağı da aşikardır. O halde bu sistem gereği gibi çalışmazsa esaslı ihlal oluşacağından söz edilebilir. Ancak dava konusu; bir evin ısı sisteminin kurulması olsa idi ve 20 derecede sabit tutulacağı konusunda anlaşılmuş olsaydı ısı sisteminin bozulması yine de esaslı ihlal olarak değerlendirilemezdi zira ortaya önemli derecede bir olumsuzluk yaratan sonuç bulunmaz. Ancak taraflar ısının önemine ilişkin sözleşme ya da görüşmelerde dikkati çekselerdi ve müteahhidin veya onun yerindeki makul birinin böyle bir sonucun doğacağını öngörme imkânı olsaydı bu durumda esaslı ihlal değerlendirilebilirdi. (PECL Art. 8:103, s. 440-441) Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 249.

<sup>491</sup> Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 249.

<sup>492</sup> Atamer, ‘İfa Engelleri’(n 35) 237 62ff.

Ancak bu metinlerin doğrudan bir başvuru kaynağı olarak görülmemesi gerekir, nitekim kendi içinde bir bütünlük ile oluşturulan hükümdeki kriterlerin doğrudan CISG md. 25'te düzenlenen sisteme dahil edilmesi ve yorumunda kullanılması otonom yorum ilkesine aykırıdır<sup>493</sup>. Öncelikle aranan borçlunun borcuna aykırı davranışıdır. Bu borca aykırılık karşı tarafın sözleşmeden beklediği menfaatlerden onu önemli ölçüde mahrum bırakacak olmalıdır. Bu noktada alacaklının sözleşmeden ne gibi bir beklentisinin olduğunun yorum yoluyla tespit edilmesi gerekir.<sup>494</sup> Bu yorum yapılırken tarafların o yükümlülüğe yükledikleri anlam ve önemden çıkarım yapılabilir. Ayrıca esaslılığın değerlendirilmesinde bu borca aykırılığın riskinin ne derece üstlenilmiş olduğu da önem taşır. Şöyle ki, borçlu sözleşmenin kurulması anında hesaba katamayacağı, kendisine aktarılmayan yahut durumun hal ve şartlarından anlaşılmayan riskleri öngöremeyeceğinden ve öngörmesi de beklenmeyeceğinden bu noktada sözleşmeyi sona erdiremeyecektir.<sup>495</sup>

### C. Esaslı İhlal Kavramına Getirilen Eleştiriler

Buraya kadar da aktardığımız üzere, CISG sistemindeki esaslı ihlal kavramı oluşturulurken, *civil law* ve *common law* hukuk sistemlerinden farklı çözümler bir araya getirilerek,<sup>496</sup> ULIS'te yaşanan olumsuzlukları ortadan kaldıracabilecek nitelikte uluslararası alanda uygulanabilir olan, ticari satım hukuku açısından yeknesak bir düzenleme hedefine uygun esnek bir düzenleme tercih edilmiştir.<sup>497</sup> Bu yolla farklı hukuk sistemlerine entegre olabilecek kadar geniş ancak her somut olayda hakkaniyetin sağlanmasına yetecek oranda da sınırları net çizilmiş bir kavram yaratılması hedeflenmiştir.

---

<sup>493</sup>Sarıkaya (n 37) 31.

<sup>494</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 7 vd; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 249.

<sup>495</sup>Bir borca aykırılığın her halde esaslı sayılacağı iki durum öngörülür: bunlardan ilki: borçlunun sözleşmeyi kasten ihlal etmesi ve borca aykırılık sebebiyle alacaklının borçluya olan güveninin sarsılması ihtimalleridir. Bu durumda borca aykırılığın sonuçlarına ilişkin özel bir araştırmaya girilmeksizin esaslı ihlalin varlığı kabul edilir. Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 249 vd.

<sup>496</sup>Will, 'Article 25' (n 253) Art 25, N.2; Dayıoğlu, *Tazminat* (n18) 36,

<sup>497</sup>Açıklık (n 67) 56.

Sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığı kriterleri oluşturulurken, *common law* hukuk sisteminden ve kısmen de Fransız hukukundan esinlenilmiş ancak yine de bu kavram diğer birçok hukuk sistemine yabancı kalmıştır.<sup>498</sup> Bu bakış açısıyla kökenini oluşturan sistemlerden esinlenerek ama ayrı tutularak düzenlenmiş olan 25. madde hükmündeki esaslı ihlal kavramı doktrinde ve yargı kararlarında da belirtildiği üzere muğlak bir kavram olarak karşımıza çıkmıştır.<sup>499</sup> Zira esaslı ihlalin kriterlerinde geçen; “olumsuzluk” (“detriment”), “önemli ölçüde yoksunluk” (“substantial deprivation”), “makul kişi”, “öngörülebilirlik” (“foreseeability”) gibi kavramlardaki belirsizlik esaslı ihlalin değerlendirilmesinde farklı uygulamalara yol açabilecek olduğundan eleştirilmiştir.<sup>500</sup> Her ne kadar esaslı ihlal türlerinin sayma yoluyla değil bu şekilde genel, kapsayıcı ve soyut bir şekilde ele alınması mantıklı görülse de, uygulamada anlaşılmasının güç olması ve yarattığı muğlak ifade nedeniyle eleştirilerin hedefi olmuştur.<sup>501</sup>

---

<sup>498</sup>Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 186) 85, Björklund (n 186) 335. Bu mihvalde doktrinde “esaslı ihlal” kavramının ulusal hukuklardan bağımsız bir anlama sahip olduğu bu nedenle de kavramın anlamlandırılması noktasında, CISG ilkeleri doğrultusunda otonom şekilde yorumlanması kabul edilmiştir. Öte yandan; İngiliz doktrininde kabul edilen esaslı ihlal kavramı ile CISG sisteminin birbiri ile benzerlikleri olmadığı ileri sürülmüştür. Zeller (n 186) 82,85. Yine Honnold, İngiliz hukukundaki “*fundamental breach*” kavramını CISG sistemi için “*false friend*” olarak tanımlamaktadır. Honnold (n 179) N 181.1. Hatta bazı ülkelerin Konvansiyona katılmada çekingen davranmalarında, esaslı ihlal kavramının mevcut düzenleniş tarzının etkisi olabileceğini ileri sürülmektedir. Zira milletlerarası satım hukukunu yeknesaklaştırma çalışmaları kapsamında düzenlenen metinlerden biri olan ULIS’in yeterli etkiyi sağlayamamasının nedeni olarak endüstriyel ülkelerle sınırlı az sayıda katılımcı olması ve *civil law* hukuk sistemine dahil olan ülkelerin temsilcileri tarafından yapılan baskılar gösterilmektedir. Toker, *Uygulama Alanı* (n 2) 24; Tarman, *Uygulama Alanı* (n 8) 6.

<sup>499</sup>Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 186) 88; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 492; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18)36.

<sup>500</sup>Björklund (n 186) 337; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 185,186; Graffi (n 78). 337; Açıklıkın (n 67) 56. CISG md. 25 hükmünün İngilizce metninde; “fundamental breach” kavramını “substantial” kavramıyla açıklamada bir ikilem/tekrar bulunduğu bahsedilmektedir. Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25 N. 2.1.2; Enderlein and Maskow (n 20) Art. 25 N. 3.2; Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 186) 87; Graffi (n 78) 339. Buna karşın Bridge, CISG md. 25 hükmü altında “*fundamental*” ve “*substantial*” kavramlarının çok farklı manalara geldiğini ve hükümde bu anlamda bir ikilem bulunmadığını ifade etmektedir. Zira hükümde aranan “*substantial deprivation*” (“önemli ölçüde yoksunluk”), “*fundamental*” (“esaslı”) olmaktan uzaktır. Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 920, 52ff.

<sup>501</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 185; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 492; Ulrich Magnus, ‘Beyond the Digest: Part III Articles 25,34,45-52’ in Ferrari F, Flechtner H and Brand R, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention* (Sellier European Law Publishers 2004) 319, 321; Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 186) 88; Grebler (n 159) 408; Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 274) ; 917, 939; Zeytin, *CISG* (n 2) 105; Graffi (n 78) 339; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 36.

O halde eleştirilerin üzerinde toplandığı temel konu; hükmün yeterince net olmaması ve güç anlaşılması nedeniyle karşılaşılabilecek sorunlar üzerinde toplanmaktadır. Bir görüşe göre, her ne kadar farklı ulusal hukuklarda aynı şekilde anlaşılacak bir yapı kurulmaya çalışılmış olsa da genel ve muğlak ifadeler, kavramın güç anlaşılmasına yol açtığından hukuki belirsizlik yarattığından eleştirilmiştir.<sup>502</sup> Esaslı ihlal hükmünün yoruma açık yapısı nedeniyle, somut olaya uygulanırken farklı sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Zira hangi sözleşme ihlalinde esaslı ihlal hükümlerinin devreye gireceğinin öncesinde bilinmiyor olması, somut ihlal gerçekleşikten sonra bu tespitin yapılacak olmasının yarattığı belirsizlik eleştirilmektedir.<sup>503</sup>

Nitekim, esaslı ihlal değerlendirmesinin sonucunda, hâkim kararına gerek olmaksızın, sözleşmenin tasfiyesi sonucuna götüren yaptırımların kullanılmasına imkân doğabilmektedir.<sup>504</sup> Öyle ki taraflara doğacak sakıncaları bertaraf etmeleri için, CISG md. 6 uyarınca esaslı ihlal uygulamasından tamamen vazgeçmelerinin yararlı olacağı tavsiye edilmektedir.<sup>505</sup>

Ayrıca sözleşmenin kurulması sırasında tarafların neyi öngörüp nasıl davrandıkları araştırılarak farazi iradeleri anlamlandırılmaya çalışılmakta ve bu subjektif çekirdek hem La haye öncesi hazırlık çalışmalarında hem de CISG'in kabulünden sonraki aşamada eleştiri konusu olmaya devam etmiştir. Örneğin; CISG md. 25'e göre aranan öngörülebilirliğin, sözleşme kurulduğu sırada mevcut olmamakla birlikte daha sonraki

---

<sup>502</sup>KOCH; henüz bir yargısal incelemeye gidilmeden önce taraflarca hangi hukuki yaptırımın kullanılabileceğinin bilinmesi önem taşımaktadır. Bu da ancak ihlalin esaslı olup olmadığının kolaylıkla tespit edilebilmesi halinde mümkündür. Ancak maddede yer verilen; "olumsuzluk" (*detriment*), "önemli ölçüde yoksunluk" (*substantial deprivation*) veya "öngörülebilirlik" (*foreseeability*) gibi geniş anlamli kavramların, esaslı ihlalinin tespiti noktasında önceden bir değerlendirme yapılmasını zorlaştırdığını düşünmektedir. Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 185,186. Benzer görüşte olan diğer yazarlar: Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 493; Zeller, 'Fundamental Breach' (n 186) 89, Graffi (n 78) 339, Grebler (n 159) 408; Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 917, 939; Pauly (n 159) 229; Dayioğlu, *Tazminat* (n 18) 36.

<sup>503</sup>Björklund (n 186) Art. 25 N.9; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 185, 186. Doktrinde bir görüşe göre, esaslı ihlal yapısının daha belirgin bir zemine yerleştirilebilmesi adına, mahkemelerin benzer özellik gösteren bazı durumlar için ortak alt prensipler kabul etmesi yararlı olabilecektir. Magnus, 'Beyond The Digest' (n 501) 322; Graffi (n 78) 345.

<sup>504</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 186.

<sup>505</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 185.

bir zamanda ancak ihlalden önce öngörülebilir olması halinde ne olacağı belirsiz bırakıldığından eleştirilmiştir.<sup>506</sup>

Zira kavramın içeriğinin yeterince objektif olmamasından dolayı ulusal mahkemelerce hükmün farklı algılanarak yeknesaklığın bozulması mümkün görülmektedir.<sup>507</sup> Nitekim bu belirsizliğin yeknesak uygulamayı bozacak derecede; zamanla somut uyuşmazlığın esaslı ihlal tanımına göre değerlendirilmesinden vazgeçilerek, onun yerine esaslı ihlal kavramının somut olayın niteliklerine göre yorumlanmasına geçileceği tehlikesi nedeniyle eleştirilmiştir.<sup>508</sup>

Bu nedenle, her ne kadar CISG md. 25 hükmü esaslı ihlal ölçütünde ayırt edici kriterler getirmiş olsa da, bu kavramın içinin doldurulmasının yargı kararlarına bırakılması uygun olmamıştır.<sup>509</sup> Buna karşılık bazı görüşler; esaslı ihlal kavramına daha fazla netlik kazandırmak ve yeknesak uygulamanın sağlanabilmesi için, benzer nitelikteki ihlaller için ortak alt prensipler kabul edilmesi gerektiğini savunmuşlardır.<sup>510</sup>

Kanaatimizce, esaslı ihlal kavramı CISG ifa engelleri sisteminin merkezinde yer alan bir kavram olması nedeniyle, sistematik ve aynı zamanda Antlaşmanın genel ilkeleri göz ardı edilmeden otonom olarak yorumlanarak anlaşılmaya çalışılmalıdır.<sup>511</sup> Aslında içerdiği yoruma açık kriterlerin güç anlaşılması bu ifadelerin genelleştirilmeye çalışılan ifadeler olmasından kaynaklanmakta olup milletlerarası ticaretin genel ilkelerine hizmet etmekte ve yeknesak anlayışın bir sonucu olmakta ise de, yerel mahkemelerde farklı uygulamaların önüne geçilmesi için oldukça dikkatli ve özenle yorumlanmalıdır.

---

<sup>506</sup>Öz, CISG metni (n 1) 13.

<sup>507</sup>Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 235.

<sup>508</sup>Enderlein and Maskow (n 20) 70.

<sup>509</sup>Enderlein and Maskow (n 20) Art. 25 N2.4; Salinger (n 177) 24.

<sup>510</sup>Magnus, 'Beyond The Digest' (n 501) 322; Graffi (n 78) 345.

<sup>511</sup>Magnus, 'Beyond The Digest' (n 501) 321; Graffi (n 78) 339.



## İKİNCİ BÖLÜM

### ESASLI İHLALİN GENEL DOKTRİNİ VE ESASLILIĞI ETKİLEYEN FAKTÖRLER

#### I. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NDE “ESASLI İHLAL”İN ŞARTLARI

CISG'in “Mal Satımı” başlıklı III. Kısmı'nın “Genel Hükümler” başlıklı birinci bölümünün ilk maddesi olan CISG md. 25'te esaslı ihlalinin tanımı düzenlenmiştir. Buna göre; *“Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun.”*

Bu hüküm uyarınca, bir sözleşmenin esaslı olarak ihlal edildiğinden bahsedebilmek için yukarıda sayılan üç şartın birlikte gerçekleşmesi aranmaktadır. Öncelikle bir yükümlülüğe aykırı davranış olması (sözleşme ihlali), bu aykırılığın bir olumsuzluğa sebep olmuş olması, bu olumsuzluğun karşı tarafı beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakıyor olması ve ortaya çıkan sonucun makul bir kişi tarafından öngörülebilir olması kavramları üzerinden esaslı ihlalin oluşup oluşmadığı her somut olay bazında sözleşmenin yorumu ile yapılmaktadır.<sup>512</sup>

Bununla birlikte, salt md. 25'in şartlarının değerlendirilerek bir sonuca varılması da yeterli görülmemektedir. Zira esaslı ihlal hükmünün ifa engelleri sistemindeki merkeziyeti bu kavramın ilgili olduğu diğer maddelerle birlikte sistematik olarak yorumlanmasını gerekli kılmaktadır.<sup>513</sup> Bu nedenle esaslı ihlal şartları incelenirken

<sup>512</sup>Björklund (n 186) Art. 25 N. 9; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 185-188; Babiak (n 167) 9; Liu (n 106) 3; Graffi (n 78) 338; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 132.

<sup>513</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 5; Björklund (n 186) Art. 25 N. 11; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 490; Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 186) 81; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 298; Zeytin, *CISG* (n 2) 75; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 131.

özellikle ilgili olduğu CISG md. 46/II (alıcının malın yenisini ile değişimi talep hakkı), 48/I ve 49/I (a), md. 51/II (sözleşmeden dönme), md. 73/1-2 (art arda mal teslimi öngören sözleşmelerde dönme hakkı), md. 64/I (a) (satıcının sözleşmeden dönme hakkı), md. 72/I ( tarafların öncelenmiş sözleşme ihlali nedeniyle sözleşmeden dönme hakkı), md. 70 (hasarın geçişi) hükümleri ile bir arada değerlendirilerek anlaşılmamıştır.

Esaslı ihlal hükmü yukarıda yorum ilkelerine değinilirken de belirtildiği üzere içeriğinin anlaşılmasında sistematik yorum yanında, yeknesak uygulamanın sağlanabilmesi için, otonom yorum yönteminin kullanılması özellikle önem taşır.<sup>514</sup>

Basit ihlal halinde, tazminat ve bedelde indirim, esaslı bir ihlal halinde sözleşmeden dönme veya malın yenisi ile değişimi gibi<sup>515</sup> kısmen veya tamamen tasfiye sonucunu doğuracak yaptırımların uygulanmasının kapsamını aralayacak olan esaslı ihlalin değerlendirmesinde, CISG md. 7/I’de yer alan yükümlülüğe uygun olarak ulusal hukuklardaki kavramlara başvurulmamalıdır. Ayrıca CISG md. 25’in yapısı oldukça karmaşık olup esaslı ihlalin oluşup oluşmadığının tespiti için esaslı ihlal kavramına özelliğini veren şartların ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

Aşağıda esaslı ihlal hükmü incelenirken, bu şartların içeriği ve işlevi aydınlatılmaya çalışılmıştır. Sözleşmenin ihlali halinde uygulanacak yaptırımın belirlenmesinde en önemli kriter, sözleşmenin esaslı ihlal edilmiş olması ön koşuldur. Dolayısıyla öncelikle bir sözleşme ihlalden bahsedebilmek için gerekli şartların ortaya konulması ile sözleşme ihlali tanımlanmıştır. Sonrasında sırasıyla, “haklı menfaatin gerçekleşmesini engelleyecek derecede olumsuzluk” ve “menfaat kaybının öngörülebilir olması” şartlarının oluşup oluşmadığının tespiti için somut duruma uygulanan genel kabul görmüş değerlendirmelerden bahsedilecektir.

---

<sup>514</sup>Björklund (n 186) 335; Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 186) 85; Lubbe (n 112) 444,447, Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 237.

<sup>515</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 490-491; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 292; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 127, 130.

## A. Sözleşme İhlali

CIGS md. 25 kapsamında esaslı bir ihlalden bahsedebilmek için, sözleşmenin ihlal edilmiş olması ön koşulu öncelikli olarak aranmaktadır.<sup>516</sup> Söz konusu “sözleşme ihlali”; taraflar arasındaki satım sözleşmesinden doğan bir yükümlülüğün ihlalden kaynaklanabileceği gibi<sup>517</sup> CISG kapsamında düzenlenen bir yükümlülüğün ihlali neticesinde de ortaya çıkabilir.<sup>518</sup>

Ayrıca tek bir yükümlülüğün ihlal edilmiş olması, gerekli koşulların varlığı halinde esaslı ihlali kabul etmek için yeterli olmaktadır. Tek bir yükümlülük ihlalinin esaslı ihlalin kabulü için yeterli olmadığı ve birden fazla yükümlülüğün ihlal edildiği durumlarda ise bu ihlallerin tümü birlikte değerlendirilir.<sup>519</sup> Ek olarak, ihlalin geçici

---

<sup>516</sup>Björklund (n 186) 339; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 216; Schroeter (n 159) Art. 25 N. 13, 15; Schlechtriem, *Uniform Sales Law* (n 20) 57; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 421) 493; Zeytin, *CISG* (n 2) 106; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 36; Kaşak (n 185) 339;Yelkenci, *Dönme* (n 166) 35.

<sup>517</sup> Schroeter (n 159) Art. 25, Para 14; Björklund (n 186) Art. 25 N. 16; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 261; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 42) 390; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 298; Zeytin, *CISG* (n 2) 106. İçtihatlarda bu yönde bkz: Oberlandesgericht Frankfurt, 17.09.1991 tarihili, CISG-Online: 28: Satıcı tarafından alıcıya özel üretilen “M” harfi taşıyan ayakkabıların izinsiz fuarda satışa sunulması ve yapılan ihtara rağmen satışa devam edilmesi nedeniyle, sözleşmeye aykırılık olan bu durum esaslı ihlal kabul edilmiştir. Yine başka bir kararda Oberlandesgericht Frankfurt, 16.09.1991 tarihli, CISG-Online: 26 sayılı kararda taraflar arasındaki tek satıcılık sözleşmesine rağmen satıcının alıcı dışında başka kişilere de malı satması halinde sözleşmesel bir yükümlülüğünün ihlal edildiği yönünde karar kurulmuştur. Yine Oberlandesgericht München, 02.03.1994 tarihli, CISG-Online No: 108 sayılı kararına konu olayda Olayda İsvaçli satıcı, kararlaştırılan şekilde sözleşme konusu malları Alman alıcı adına Yugoslavya'daki üçüncü bir şirkete teslim etmiştir. Alıcının Yugoslavya'daki şirkete fatura göndermesi üzerine bu şirket, teslim edilen malların kötü kalitede olduğunu beyan etmiştir. Alıcı, teslim edilen malların kendisine iade edilmesini istediğinde ise Yugoslavya'daki şirket bunu reddetmiş ve malların alıcıya ait olmadığını beyan etmiştir. Olayda, satıcının sözleşmede kararlaştırılan ifa yerine riayet etmesi karşısında, alıcı malların mülkiyetini kazanamamış olsa dahi satıcının zaten sözleşmeye uygun hareket etmiş olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle sözleşme konu malların üçüncü bir şirkete teslim edilmesi esaslı ihlal olarak görülmemiştir. Benzer yönde: Tribunale di Forli, 11.12.2008 tarihli, CISG-Online No: 1729.

<sup>518</sup>Schroeter (n 159) Art. 25, Para 13; Schlechtriem, *Uniform Sales Law* (n 20) 286; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 261; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 493; Enderlein and Maskow (n 20) Art. 25 Para 3.3; Zeytin, *CISG* (n 2) 106; Peacock (n 153) 100; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 36; Kaşak (n 185) 339, Babiak (n 167) 127; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 298. İçtihatlarda bu yönde bkz: Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-Online No: 1729. Sözleşmeden dönme hakkına sahip olunmamasına rağmen sözleşmeden döndüğüne ilişkin beyanda bulunması da bu anlamda "sözleşme ihlali" oluşturabilir. Landgericht Kassel, 21.09.1995, CISG-Online No: 192.

<sup>519</sup>Schroeter (n 159) Art 25 Para 13, n 20 (d); Björklund (n 186) Art. 25 N. 11; Kanişlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 69; İçtihatla bu yönde bkz: Cour de Cassation, 26.05.1999 tarihli CISG-Online No: 487: “Satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesinin ve ayrıca malları teslim etme borcunda gecikmesi birlikte değerlendirilerek esaslı ihlal şartlarının oluştuğu gerekçesi ile sözleşmeden dönülmesinin mümkün olduğu yönünde karar verilmiştir.” Björklund (n 186) Art. 25 N. 11. Benzer yönde: “Ancak her koşulda esaslı ihlal için birden fazla yükümlülüğün ihlali gerekmemektedir.” Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online No: 135.

veya sürekli olması arasında<sup>520</sup> ya da genel işlem şartına aykırılıktan doğması<sup>521</sup> arasında bir ayırım gözetilmez.

O halde öncelikle tarafların arasında anlaşarak kabul ettikleri satış sözleşmesi hükümlerine ve CISG'in emredici hükümlerine aykırılıklar sözleşme ihlali yaratmaktadır denilebilir. Öte yandan, uluslararası sözleşmelerde taraflar, sözleşme müzakereleri, zımnî anlaşmalar, teamül ve alışkanlıklar gibi farklı kaynaklardan gelen hukuki yükümlülüklerle donatılmıştır.<sup>522</sup>

Tam bu noktada akla gelebilecek soru ise, taraflar arasındaki ilişkinin uluslararası niteliğinden dolayı, taraflara etki eden ulusal hukukların ya da başka uluslararası kuralların da ihlalin oluşumuna bir kaynak oluşturup oluşturamayacağıdır. Yani taraflar arasındaki sözleşme ya da CISG hükümleri dışında başka kurallara aykırılıklar da CISG md. 25 uyarınca sözleşme ihlali oluşturabilirler mi?

Bu yükümlülüklerin hangileri, hangi durumlarda CISG'e göre sözleşmenin ihlali kapsamında değerlendirilmelidir sorusu; md. 25'in düzenlemesinde yer alan "Sözleşme ve Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinin" ihlali halinde atfıyla cevaplandırılabilir. Nitekim, sözleşme içeriği haline gelmediği sürece, herhangi bir başka hukuk normuna aykırılık taşıyan bir eylem "sözleşme ihlali" olarak değerlendirilemeyecektir. Sonuç olarak diyebiliriz ki, CISG md. 25 kapsamında "sözleşme ihlali" oluşturacak kaynaklar sınırlı olup, buna ancak CISG hükümleri ve taraflar arasındaki kabul edilen sözleşme hükümleri veya sözleşmeye dahil edilerek sözleşmenin parçası haline gelen kaynaklar gösterilebilir.<sup>523</sup>

---

<sup>520</sup>Schroeter (n 159) Art 25 Para 13; Erdem, 'Viyana Satım Sözleşmesi' (n 119) 78; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 133.

<sup>521</sup>Schroeter (n 159) Art 25 Para 25; Erdem, 'Viyana Satım Sözleşmesi' (n 119) 78; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 133.

<sup>522</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 14.

<sup>523</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 14. Bu sonuca varılırken göz önünde bulundurulması gereken diğer hükümler şu şekilde sıralanabilir: CISG md.. 49/I.a: "*Satıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa...*"; CISG md. 64/I.a: "*Alıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğanyükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa...*"; CISG md. 45/I: "*Satıcı, sözleşmeden*

Nihayetinde, öncelikle tarafların sözleşme konusu malların belirli standartları karşılaması hususunda bir anlaşmaya varmış olup olmadıkları aranacaktır.<sup>524</sup> Bunun yanı sıra, ihlal edilen hususun, CISG md. 35/2 hükmü gereğince satıcıya yüklenen bir borç olarak kararlaştırılıp kararlaştırılmadığının tespiti yapılmalıdır.<sup>525</sup>

Üzerinde durulması gereken önemli bir konu ise, alıcının ülkesindeki hukuki düzenleme ve standartları sağlayamayan malların teslimi halinde söz konusu aykırılıkların CISG kapsamında bir ihlal yaratıp yaratmadığıdır. Bu soruna ilişkin yerleşik içtihat yol gösterici olmaktadır. Nitekim aynı standartların satıcının da ülkesinde geçerli olduğu hallerde veya alıcının bu standartlara satıcının dikkatini çekerek satıcının uzmanlığına güvenebileceği hallerde veya olayın özel koşulları gereği malların teslim edildiği ülkedeki ilgili standartların satıcı tarafından bilindiği ya da bilinmesinin gerektiği durumlarda, alıcının ülkesindeki bu kurallara aykırılıklar, yerleşik içtihatlarla da CISG kapsamında sözleşmenin ihlali olarak kabul görmektedir.<sup>526</sup>

---

*veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse..."; CISG md. 61/I: "Alıcı sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse..."*

<sup>524</sup> Magnus, 'Beyond the Digest' (n 501) 334.

<sup>525</sup> CISG md. 35(2): "Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, mallar ancak aşağıdaki hallerde sözleşmeye uygun sayılırlar: (a) aynı türden malların mutlak olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler; (b) sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler; meğerki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılınsın..", Karşı görüş: Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 201, 206.

<sup>526</sup> Bundesgerichtshof, 08.03.1995, CISG-online: 144 sayılı karara konu Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen bu karar özellikle önem taşımakta olup olayda; İsviçreli satıcı, Alman alıcıya sözleşme konusu gıda ürünlerini teslim etmiş ancak yapılan testlerde bu ürünlerin Alman sağlık makamlarınca önerilenden daha fazla kimyasal madde içerdiği ortaya çıkmıştır. Mahkeme, söz konusu standartlara uyulması hususunda taraflarca açık veya zımni bir anlaşmaya yer verilmediğini saptadıktan sonra, olayda bu standartlara uyulmasının CISG md. 35/II.a ve 35/II.b uyarınca da beklenemeyeceğini belirtmiştir. Nihayetinde mahkemenin kararına göre; satıcının buna benzer tespiti kolay olmayan hukuki düzenlemelerden haberdar olmasının kendisinden beklenemeyeceği belirtilmiştir. Yukarıda izah edilen nedenlerle "sözleşmeye aykırılık" oluşmadığını belirten Mahkeme, esaslı ihlale ilişkin iddiaları da bu gerekçelerle reddetmiştir. Yanı sıra kararda, alıcının ülkesindeki standartların bilinmesinin aranacağı bazı durumların altı çizilmiştir. Buna göre; aynı standartların satıcının da ülkesinde geçerli olduğu haller, alıcının bu standartlara satıcının dikkatini çekerek satıcının uzmanlığına güvenebileceği haller veya olayın özel koşulları gereği malların teslim edildiği ülkedeki ilgili standartların satıcı tarafından bilindiği ya da bilinmesinin gerektiği haller olarak gösterilmiştir.

United States District Court for the Eastern District of Louisiana, 17.05.1999, CISG-online No: 387 sayılı kararında United States District Court for the Eastern District of Louisiana tarafından görülen uyuşmazlıkta ise davacı, tahkim heyeti kararının onaylanmasını talep etmiştir. Şöyle ki olayda: Davalı İtalyan radyoloji malzemeleri üreticisi, Louisiana'daki bir pazarlama şirketine verilmiş (davacı) mamografi üniteleri için ABD'de tek satıcılık haklarını vermiştir. Sözleşme gereği, ABD güvenlik

Taraflar arasındaki sözleşme ve CISG ile kabul edilen yükümlülüklerin ihlali dışında, CISG md. 9 uyarınca; taraflar arasında kabul gören teamüller ve yerleşmiş alışkanlıklara ilişkin ihlaller de, sözleşmenin bir parçası haline gelmekle bağlayıcılık kazanmakta ve CISG kapsamında sözleşmenin ihlal olarak değerlendirilmektedir.<sup>527</sup> Ayrıca, CISG md. 8'in ışığında sözleşmenin içeriğinden taraf iradelerinin yorumu ile ihlalin sözleşmeye dahil olan bir yükümlülük olup olmadığının tespiti yapılarak, CISG kapsamında bir sözleşme ihlalinde bahsetmek mümkün olmaktadır.<sup>528</sup>

Sonuç olarak buraya kadar özetleyecek olursak, sözleşme konusu malların belirli resmi standartlara uygun olması konusunda taraflarca anlaşmaya varılması halinde bu

---

standartlarına uymanın yükümlülüğü taşımaktadır. Taraflar arasında çıkan uyuşmazlık tahkime götürüldüğünde uygun olmayan mallar nedeniyle tazminat ödenmesine karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde: ABD güvenlik standartları ile Tahkim yargılamasında satıcı, esaslı bir sözleşme ihlali bulunmadığı gerekçesiyle alıcının sözleşmeden dönme hakkı olmadığını iddia etmiş ve Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen 08.03.1995 tarihli kararı örnek göstermiştir. Nitekim, bu olayda söz konusu kararda bahsi geçen üçüncü istisnai durumun yani olayın özel koşulları gereği malların teslim edildiği ABD'deki ilgili standartların satıcı tarafından bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi şartının gerçekleşmiş olduğunu kabul ederek satıcı aleyhine tazminata hükmedilen ilgili kararın istisnai durumun şartlarını taşıyor olması nedeniyle onaylamıştır. Yine Landgericht Ellwangen tarafından verilen 21.08.1995 tarihli kararda uyuşmazlığa ilişkin olarak taraflarca yapılan açıklamaları dikkate alan Mahkeme, sözleşme konusu malların, alıcının ülkesindeki gıda güvenliği kurallarına uygun olması hususunda tarafların sözleşme kurulurken anlaşma içinde olduğu sonucuna varmış ve ilgili kurallara uygun olmamasına rağmen alıcıya teslim edilen malların, Almanya'da satım imkânı bulunmaması sebebiyle esaslı ihlale sebebiyet verdiğini belirtmiştir. Landgericht Ellwangen, 21.08.1995, CISG-Online: 27. Aynı yönde başka bir kararda: Oberster Gerichtshof CISG md. 35/II/a'ya göre satım konusu ürünlerin aynı türden ürünlerin kesin olarak özgülendiği kullanım amacının genellikle satıcının ülkesindeki standartlara göre belirlenmesi gerektiğini ve bu nedenle alıcının ülkesinde mevcut kamu hukuku hükümlerine uygunluğunun sağlanması gerekmekte olduğunun altı çizilerek ancak bu kuralların satıcının da ülkesinde biliniyor olması veya taraflarca kararlaştırılmış olması veya CISG md. 35/II.b kapsamında satıcıya bildirilmiş olması halinde dikkate alınabileceği belirtilmektedir. Bkz.: Oberster Gerichtshof, 25.01.2006, CISG-Online No: 1223 benzer yönde: Oberster Gerichtshof, 13.04.2000, CISG-Online No: 576. Aynı yönde Zivilgericht Basel-Stadt, 01.03.2002, CISG-Online No: 729 tarihli kararında: Basel Stadt mahkemesinde verilen karara konu olayda Belçikalı satıcı, İsviçreli alıcıya genetiği ile oynanmış soya fasulyesi içeren ürün satmıştır. Bu ürünlerin teslim tarihinde İsviçre'de satış imkânının bulunmadığı sonradan anlaşılmıştır. Sözleşme öncesi görüşmeler dikkate alındığında genetiği değiştirilmiş ürünlerden arı mal teslim etme taahhüdünün varlığı sabit görülmüştür. Bu gerekçe ile mahkemece sözleşmenin ihlal edilmiş olduğu ve bu ihlalin esaslı ihlal oluşturduğu kanaatine varılmıştır.

<sup>527</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 15, Björklund (n 186) Art. 25 N. 16, Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 493. Bu yöndeki içtihat: CIETAC, 21.07.1997, CISG-Online: 1071: Uluslararası ticari teamüle göre alıcının, malların tesliminden önce akreditife ilişkin yükümlülüğünü icra etmesi kendisinden beklenilmekte olduğundan sözleşmeye göre ürünlerin teslimi için belirlenen sürecin başlangıcından önce bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sözleşme ihlali olarak değerlendirilmiştir.

<sup>528</sup> Bu yöndeki içtihat: Oberster Gerichtshof, 11.03.1999, CISG-Online No: 524 sayılı karara göre; alıcıya tanıtımı yapılan "süper hafif" bisikletlerin sözleşme konusu içinde yer alıp almadığının değerlendirilmesi yapılarak hüküm kurulmuştur. Audiencia Provincial de Barcelona, 28.04.2004 tarihli kararı, CISG-Online No: 931: Alıcının taahhüt altına girdiği işin teslimi için gerekli olan kullanılması gereken malzemelerden haberdar edilmesi gerektiğinin tespitinin md. 8/II'ye başvuru ile hüküm kurulmuştur.

standartlara aykırı mal teslim edilmesi bir "sözleşme ihlali" oluşturacaktır. Burada unutulmaması gereken nokta, CISG md. 8 ve md. 9 hükümleri uyarınca, sözleşme görüşmeleri, alışkanlıklar ve teamüllerin de dikkate alınarak sözleşme içeriğinin belirlenmesinin önemidir.<sup>529</sup> Bununla birlikte ayrıca, ilgili standartlara uyulmasının CISG md. 35/2 gereği satıcıya yüklenen bir borç olup olmadığının da incelenmesi gerekmekte olup bu kapsamda değerlendirilmesi halinde ihlalin oluştuğunu kabul etmek gerekir. Bu şekilde sözleşme içeriği olarak kabul edilmeyen ihlallerde ise, yaptırımların *lex fori*'nin atıf yaptığı ülkenin borçlar hukuku kurallarına göre belirlenmesi gerekir.<sup>530</sup>

Daha önce de belirtildiği üzere, CISG md. 25 sözleşme ihlali türlerini sayma yoluna gitmemiştir. Bunun bir sonucu olarak da, asli ve yan edim yükümlülüğü ayrımı yapmamaktadır.<sup>531</sup> Dolayısıyla hem asli edim yükümlülüklerinin hem de yan edim yükümlülüklerinin ihlali esaslı ihlale yol açabilir.<sup>532</sup> Dolayısıyla aykırılık; tüm satım sözleşmelerinde asli olarak belirtilen; malın veya belgelerin zamanında, tam ve sözleşmeye uygun olarak teslim edilmemesi, ödemenin zamanında ve uygun gerçekleştirilmemesi ve malların teslim alınmaması gibi ihlallerden kaynaklanabileceği gibi<sup>533</sup> ayrıca tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları bir yan edim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle de oluşabilir. Söz gelimi: rekabet yasağı, bilgi verme yükümlülüğü, işletme sırlarının saklanması, marka ve fikri mülkiyet haklarının gözetilmemesi,<sup>534</sup> bazı ülkelerde ithalat ve ihracat yapmaktan kaçınma yükümlülüğü<sup>535</sup>,

<sup>529</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 201 - 206, 211; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 36.

<sup>530</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 298-299.

<sup>531</sup>Ancak konunun anlaşılır kılınması açısından Türk/İsviçre Hukukunda kullanılan asli ve yan edim kullanımlarına yer verilmiştir.

<sup>532</sup>Schroeter (n 159) Art. 25, N 15; Schlechtriem and Butler (n 28) 99; Björklund (n 186) Art. 25, N, 42; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 298; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 390; Huber and Mullis (n 18) 233; Alejandro M Garro 'Cases, Analyses and Unresolved Issues in Articles 25-34, 45-52' in Ferrari F, Flechtner H and Brand R, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention* (Sellier European Law Publishers 2004) 362 367, Lui (n 107) 20, Graffi (n 78) 338; Lookofsky (n 96) 117; Atamer 'İfa Engelleri' (n 35) 241, 242; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 302; Erdem, 'Viyana Satım Sözleşmesi' (n 119) 78; Zeytin, *CISG* (n 2) 106; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 28; Erkan (n 161) 61; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 36; Kaşak (n 185) 339; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 69. İctihatta bu yönde bkz: Bundesgerichtshof 03.04.1996 CISG-Online No135, Oberlandesgericht Köln, 08.01.1997, CISG-Online: 217.

<sup>533</sup>Schroeter (n 159) Art. 25, N 1; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 494; Erdem, 'Viyana Satım Sözleşmesi' (n 119) 78; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 298; Toker, 'Esaslı İhlal' (n 187) 224.

<sup>534</sup>ICC International Court of Arbitration, 1995 tarihli, CISG-Online: 526.

<sup>535</sup>Cour d'Appelle Grenoble, 22.02.1995, CISG-Online: 151.

tek satıcılık sözleşmesine riayet edilmesi gereken hallerde oluşan ihlallerde sözleşmenin esaslı ihlaline yol açabilir.<sup>536</sup>

Bu noktada herhangi bir asli edim yükümlülüğünün yan edimlerin ihlaline göre daha kolay esaslı ihlal oluşturabildiği söylenebilir. Zira asli edim yükümlülükleri borç ilişkisinin hukuki niteliğini oluşturmaktadır.<sup>537</sup> Bunun yanı sıra asli edim yükümlülüklerinin sözleşmeye uygun biçimde yerine getirilmesini amaçlayan yan edim yükümlülükleri açısından bu kadar kolay bir sonuca varmak mümkün değildir.<sup>538</sup>

Bazı yazarlar, ancak belirli şartların oluşması halinde yan edim yükümlülüklerinin esaslı ihlal yaratabileceğini savunurlar. Buna göre; SCHLECHTRIEM, yan edim yükümlülüğünün satım hukuku kavramı altında değerlendirilmesini veya taraflarca CISG'e tabii tutulmuş olmasını aramıştır.<sup>539</sup> FERRARI ayrıca sinallagma ilişkisiyle yakından bağlantılı olmasını ve CISG'e tabi bir yükümlülük olmasını aramıştır.<sup>540</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre SCHROETER, taraflar arasındaki sözleşmenin CISG md. 4'e göre, CISG'in uygulama alanına giriyor olması koşulu ile ihlal edilen yükümlülüğün asli ve yan edim olmasını önemsemeksizin, taraflar arasındaki sözleşmeden ya da CISG hükümlerinden kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlal edilmesini yeterli görmektedir.<sup>541</sup>

---

<sup>536</sup>Schroeter (n 159) Art. 25, N 15. İçtihatlarda bu yönde bkz: Tribunale di Forli, 11.12.2008 tarihili CISG-Online No: 1729, Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online No: 135.

<sup>537</sup>Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 33; "Asli borç" ifadesi ile Oğuzman and Öz (n 66) 5, Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 42; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 36.

<sup>538</sup>Yelkenci, *Dönme* (n 166) 36,

<sup>539</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 7. Schlechtriem CISG uygulama alanına girdiği sürece, satım hukuku kavramı altında değerlendirilebilmesi şartıyla bu kapsamda değerlendirilmeye alınacağını savunur. İçtihatla bu yönde: Bundesgericht, 15.09.2000 tarihli CISG-Online: 770 sayılı kararda sözleşme ihlalinin, sözleşme konusu mallara veya semenin ödenmesine ilişkin asli borçlara yönelik olması gerektiği şeklinde bir intiba uyandıran ve yan edim yükümlülüklerinin ihlal edilmesinin ancak asli edim yükümlülüklerinin ifası üzerinde bir tesiri var ise esaslı ihlale sebebiyet verebileceğini belirten İsviçre Federal Mahkemesi kararı bu bakımdan isabetli bulunmamaktadır. Ancak sözleşmenin temel içeriğine ilişkin olması koşulu ile ihlalin kabul edildiği diğer kararlar: Tribunal Cantonal du Valais, 27.04.2007 tarihli CISG-Online NO: 1721, Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-Online No: 1729, Stockholm Tahkim Merkezi, 05.04.2007 CISG-Online No: 1521.

<sup>540</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 390. Yan edim yükümlülüğünün malların değişim ve ticareti ile sıkı bir bağlantı olmasını aramaktadır.

<sup>541</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 15, Aynı görüşte: Huber and Mullis (n 18) 326. Zeytin, *CISG* (n 2) 106, Nitekim CISG md. 45/I'e göre "Sözleşmenin Satıcı Tarafından İhlali Halinde Alıcının Sahip Olduğu



CISG md. 25 kapsamında aranan “sözleşme ihlali” şartı, esaslı ihlalin varlığı için gerekli olan diğer koşullardan önemli bir noktada ayrılmaktadır. Şöyle ki ihlalin derecesi/ağırlığı yani hükümlerin ne derecede ihlal edildiğinin “sözleşme ihlali” şartının gerçekleşmesinde belirleyici bir rolü yoktur. Önemli olan esaslı ihlalin ön koşulu olan, bu ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Bir nevi bu şartın varlığı saptandıktan sonra esaslı ihlalin diğer değerlendirme testlerine geçilmektedir.<sup>542</sup> Aynı şekilde sözleşme ihlalinin kasten veya ihmâl sonucu gerçekleşmesinin de bir önemi bulunmamaktadır.<sup>543</sup> Nitekim CISG md. 25 uyarınca esaslı ihlal objektif bir kavram olarak düzenlendiğinden kast, ihmâl gibi subjektif davranışları değerlendirmeye almadan ihlalin varlığı araştırılmalıdır.<sup>544</sup>

Diğer bir soru ise; borcun ifasının alacaklının eylemleri nedeniyle gerçekleştirilemediği durumlarda ihlalin varlığından bahsedilip bahsedilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Nitekim söz konusu ihlalin alacaklının bir eylem ya da eylemsizliğinden kaynaklanması halinde bu ihlali esaslı saymak mümkün olmayacaktır, meğki alacaklının kendi yükümlülüklerinin ihlali açısından bir aykırılık yaratmasını.

---

*Hukukî İmkânlar*” ı düzenlerken sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden “herhangi birini” yerine getirmemize diyerek bir ayrıma gitmemiştir. CISG md. 61’de benzer bir düzenleme bulunur. Bu yönde içtihat: Federal Court of Australia, South Australia Registry, 28.04.1995, CISG-Online No: 218 kararına göre, taraflar arasında satım sözleşmesinde mülkiyeti saklama kaydına ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Uyuşmazlıkta mahkeme öncelikle hükmün geçerliliğini -CISG md. 7/II’ye göre - araştırmış sonrasında satım konusu malların mülkiyeti üzerinde doğuracağı etkiyi ve CISG md. 4 gereği uygulanması gereken ulusal hukuku araştırmıştır. Sonuç olarak hükmün taraflar arasında kuruluşunun ve içeriğinin CISG’in uygulama alanı içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve alıcı tarafça bu hakkın reddedilmesinin esaslı ihlal oluşturduğuna karar vermiştir. Zafer Zeytin, ‘Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Sözleşmenin Esaslı İhlali’, (2014) 9(100) Terazi Hukuk Dergisi 642, 647.

<sup>542</sup>Schroeter (n 159) Art. 25, Para 13, Huber and Mullis (n 18) 214, 215.

<sup>543</sup>Bu anlamda UNIDROIT ilkeleri md. 7.3.1. (2) (c) ‘nin CISG md. 25’in yorumunda dikkate alınmaması gerekir. Nitekim CISG md. 25 anlamında “esaslı ihlal” varlığına karar vermek için UNIDROIT ilkelerinin md. 7.3.1.2’de yer alan hal ve şartların varlığı değerlendirmeye alınabilir. Detaylı bilgi için: Süral, (n 12) 215; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 38, Koch, ‘Commentary Art 25’ (n 200) 124.

<sup>544</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 Para 19. Aksi görüşte içtihat kararı Oberlandesgericht Hamburg, 14.12.1994, CISG-Online 216: Kastı ihlaller her zaman esaslı olarak değerlendirilmelidir. Diğer bir görüş kasten ihlalin taraflar arasındaki güven ilişkisini zedeleyerek alıcının gelecekteki ifaya olan güvenini sarsması halinde esaslı ihlal oluştuğunu savunur. Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 394. Söz gelimi, ard arda teslimli bir satım sözleşmesi söz konusuysen satıcının kasten bir malın teslimi gerçekleştirmemesi halinde diğer şartların da gerçekleşmesi ile esaslı ihlalin varlığından bahsedilebilir. Ancak tek başına sözleşmenin kasten ihali esaslı ihlale dayanak oluşturmaz. Yelkenci, *Dönme* (n 166) 38. Aksi görüşte: “Bir borca aykırılığın her halde esaslı sayılacağı iki durum vardır: bunlar, borçlunun sözleşmeyi kasten ihlal etmesi ve borca aykırılık sebebiyle alacaklının borçluya olan güveninin sarsılması ihtimalleridir. Bu durumda ayrıca borca aykırılığın sonuçlarına ilişkin özel bir araştırmaya girilmeksizin esaslı ihlalin varlığı kabul edilir.” Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 250.

Nitekim bu halde CISG md. 60 anlamında alacaklının esaslı ihlal yaratan ihlalden söz etmek gerekecektir.<sup>545</sup> Ayrıca edimin ifa edilememesinde alacaklı tarafın eylem/eylemsizliği yanında borçlunun da yükümlülüklerine aykırı davranışları söz konusu ise bu halde ihlalin esaslı sayılıp sayılmayacağı sınırını çizecek olan hüküm CISG md. 80 olmaktadır.<sup>546</sup> Buna göre, borçlunun yükümlülüğünü ifa edememiş olması, alacaklının davranışlarından kaynaklandığı nispette borçluyu sorumluluktan kurtaracaktır.

Her ne kadar alıcının davranışları borçluyu sorumluluktan kurtarsa da teorik anlamda bir sözleşme ihlalinin varlığından bahsetmek mümkündür. Nitekim sözleşme ihlalinin

<sup>545</sup> Schroeter (n 159) Art. 25, Para 13, 15; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 493. CISG md. 60: "Alıcının teslim alma borcu (a) satıcının teslimi gerçekleştirebilmesi için kendisinden makul olarak beklenebilecek her türlü eylemde bulunmayı ve (b) malları fiilen devralmayı kapsar."

<sup>546</sup> CISG md.. 80: "Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz." Schroeter (n 159) Art. 25, Para 13, 18. Bu yönde içtihat kararları Bkz: Oberster Gerichtshof, 06.02.1996 tarihli CISG-Online No: 224 sayılı dava konusu olayda bedelin ödenmesi için taraflarca akreditif açılmasına kararlaştırılmıştır. Ancak satıcı bu bilgiyi alıcıyla paylaşmamış alıcı da akreditifi açmamıştır. Bilgilendirmenin yapılmaması nedeniyle akreditif açılmadığı ortadadır. Dolayısıyla mahkemece alıcının yükümlülüğüne aykırı davranışında diğer tarafın da kusurlu olduğu sonucuna varmıştır. Bu durumda yüküleme yeri bilgisi olmaksızın akreditif açma imkânı olup olmadığı araştırılmamıştır. Nitekim satıcının yüküleme yerini bildirme görevini yerine tam olarak getirdikten sonra alıcının akreditif açma yükümlülüğünün doğacağı belirtilmiş ancak mahkemece CISG md. 80 hükmü gözetilerek, akreditif açılmamasının satıcının eylemsizliğinden kaynaklandığının altı çizilerek satıcının akreditif açılmamasına dayanarak ileri sürdüğü taleplerini redderek hükme bağlamıştır. Benzer yönde United States District Court for New Jersey, 04.04.2006, CISG-online NO: 1216 sayılı kararına konu olayda; ilk sözleşmenin şartlarının değiştirilmesi hususunda taraflar arasında ikinci bir anlaşma yapılmış; fakat Mahkeme bu ikinci anlaşmanın hüküm doğurmadığını kabul etmiş ve tarafların ilk anlaşmayla bağlı olduğu kabulü üzerinden sonuca ulaşmıştır. İlk anlaşmaya göre, **sözleşme konusu malların 10-20 Eylül tarihleri arasında teslim edilmesi gerekmekteydi**. Alıcı, diğer maddelerle karıştırarak sözleşme konusu malları Eylül ayı içerisinde piyasaya sunmayı amaçlamıştır. Ayrıca teslimatın alıcının da onay vereceği bir gemi vasıtasıyla yapılması kararlaştırılmış; fakat makul olmayan şekilde bu onaydan imtina edilemeyeceği öngörülmüştür. Satıcı tarafından tutulan gemiyi alıcı reddetmiş ve ayrıca teslimatın kararlaştırılan periyotta yapılamayacağı anlaşılmıştır. Seçilen gemiyi kabul edilemez bulan alıcı, teslimatın ancak dubalar kullanılmak suretiyle yapılabileceğini, 24 Eylül'den geç olmamak üzere malları kabul edeceğini belirtmiş ve ayrıca semenin indirilmesini talep etmiştir. Satıcı, gerçekleştirmesi oldukça zor olsa da teklifi kabul etmekten başka alternatifini hissettiğini ifade etmiştir. Malları taşıyan gemi 22 Eylül'de teslimatın yapılacağı limana ulaşmış; fakat satıcı bu tarihte dubaları temin edememiştir. Alıcı, 24 Eylül'de teslimatın yapılmaması sebebiyle Eylül ayında bu malları piyasaya sunmadığını ve ancak sonraki tarihlerde gerçekleşen alımlar ile Ekim ayında dağıtım yapabildiğini belirterek zarara uğradığını savunmuştur. Mahkeme, tarafların ilk anlaşmayla bağlı olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, alıcının söz konusu gemiyi reddetmesinin makul olmadığına ve bu sebeple alıcı tarafından sözleşmenin ihlal edildiğine kanaat getirilmiştir. Esaslı ihlal değerlendirmesi yapan Mahkeme, alıcının Ekim ayında satım yapması dolayısıyla uğradığı olumsuzluğun esaslı ihlale yol açabileceğine değinmiş; fakat satıcıya isnat edilebilen gecikmenin iki gün olduğunu vurgulamıştır. Buna göre alıcı, söz konusu gemiyi reddederek 22 Eylül'deki teslimatı engellemeseydi, Eylül ayı içerisinde bu malları pazara sunabilecekti. Belirtilen gerekçelerle Mahkeme, 10 - 20 Eylül tarihleri arasında malları teslim edemeyen satıcının sözleşmeyi ihlal ettiğini; fakat satıcının iki günlük gecikmesinin esaslı ihlale yol açmadığını belirtmiştir. Karar incelemesi için Sarıkaya (n 37) 104,105 36ff.

varlığının tespitinde, tarafların ihlalin oluşmasına neden olan davranışlarının ölçüsü/ağırlığı değil CISG md. 79'a benzer bir yaklaşımın benimsenmesi gerekmektedir. Buna göre, sözleşme ihlalinin oluşumu için, objektif bir bakış açısıyla değerlendirilmesi gereken sözleşme içeriğine uygun bir ifanın yapıp yapılmadığı noktası olmalıdır.<sup>547</sup> O halde toparlamak gerekirse, sorular şu şekilde olmalıdır: 1. Alacaklının ve borçlunun ifanın gerçekleşmemesindeki payları nedir? Payları ne olursa olsun ayırıklılık sözleşme ihlalini doğurur yeter ki sözleşme içeriğinde bulunsun, tarafların sorumluluklarına gidilememesinin bir önemi bulunmamaktadır. 2. Eğer md. 80 anlamında sorumluluğa gidilebiliyorsa o halde md. 25 anlamında esaslı ihlalin diğer şartları da sağlanmış mıdır? Eğer diğer şartların da sağlandığından emin isek bu halde esaslı ihlal oluşmuştur diyebiliriz.

Benzer şekilde, borçlunun ifayı reddetme hakkına sahip olması ya da ifayı askıya alma hakkının bulunması durumunda esaslı ihlalin varlığından bahsedilemez.<sup>548</sup> Söz gelimi, taraflardan biri CISG md. 71 uyarınca<sup>549</sup> diğer tarafın ödeme güçsüzlüğü nedeniyle ifadan kaçınıyorsa, yani "ifayı askıya alma hakkından" faydalanıyorsa diğer taraf sözleşmenin ihlal edildiği iddiasında bulunamayacaktır.<sup>550</sup> Benzer şekilde alıcının da, CISG md. 71'e başvurarak ifayı askıya alma hakkını kullanması halinde, alıcı tarafından sözleşmenin esaslı olarak ihlal edildiğinden bahsedilemeyeceğinden, satıcı CISG md. 64 /1 (a)'ya göre sözleşmeden dönemez.<sup>551</sup>

Yine ifanın borçluya yüklenemeyecek sebeplerle sekteye uğradığı başka durumlara örnek olarak, sözleşmenin ihlaline sebep olan durumun üçüncü bir kişi tarafından

<sup>547</sup>Schwenzer, 'Commentary 80' (142) Art. 80, Para 7-10; Sarıkaya (n 37) 105.

<sup>548</sup>Schroeter (n 159) Art. 25, Para 17; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 493; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 261; Zeytin, *CISG* (n 2) 106; Kaşak (n 185) 340; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 134.

<sup>549</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 Para 18; Zeytin, *CISG* (n 2) 106. CISG md. 71/I: "*Taraflardan biri, sözleşmenin kurulmasından sonra, karşı tarafın; (a) ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik nedeniyle, veya (b) sözleşmeyi ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları nedeniyle yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir.*"

<sup>550</sup>İçtihatla bu yönde Bkz: Bundesgerichtshof, 27.11.2007, CISG-online No: 1617 kararına göre Mahkeme, alıcının malları teslim alma borcunu yerine getiremeyeceğini açıkladığına kanaat getirmiş olmakla satıcının CISG md. 71/I b'ye göre kendi yükümlülüklerini askıya alabileceğini ve alıcının ise esaslı ihlal iddiasında bulunma hakkının olmadığı sonucuna varmıştır.

<sup>551</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 Para 18; Kaşak (n 185) 340. İçtihatla bu yönde Oberlandesgericht Hamm, 22.09.1992, CISG-Online: 57.

yaratılmış olması ya da tamamen borçlunun kontrolü dışında gerçekleşmiş ya da gerçekleşmemiş olması durumları buna örnek gösterilebilir.<sup>552</sup> Ancak bu hallerde de “sözleşme ihlalinin” oluşma kriterleri çerçevesinde düşünmek ve sözleşme ilişkisine dahil olan yükümlülüklerden birinin yerine getirilip getirilmediğini sorgulamak gerekir. İfanın gerçekleşmeme nedenleri ve sorumluluk hukuku kurallarına dayanarak, CISG md. 79’a göre, ihlalin varlığını araştırmak yersiz olacaktır<sup>553</sup> zira ihlal ya vardır ya da yoktur kadar kesin bir noktadadır. Dolayısıyla CISG md. 79 hükmü neticesinde borçlunun sorumluluğuna gidilemiyor olması sözleşmenin ihlal edilmiş olduğu tespitini etkilemeyecektir.<sup>554</sup> Bu durum sadece borçlu tarafı tazminat külfetinden kurtarır ancak esaslı ihlalinin varlığı halinde karşı tarafın sözleşmeden dönme ya da malların iadesi gibi esaslı ihlal şartına bağlanan haklarını kullanmasına engel teşkil etmeyecektir.<sup>555</sup>

Koruma yükümlülüklerinin ihlali ise kural olarak CISG md. 25 kapsamında değerlendirilmez ve esaslı ihlale yol açmaz. Koruma yükümlülükleri, CISG bağlamında “sözleşme dışı yükümlülükler” olarak nitelendirilmektedir.<sup>556</sup> Bu nedenle bir koruma yükümlülüğünün esaslı ihlale yol açabilmesi ancak bu yükümlülüğün sözleşmenin içeriğine dahil edilmesi veya md. 8 ya da md. 9 uyarınca sözleşme içeriği olarak kabul

---

<sup>552</sup> Schroeter (n 159) Art. 25 Para 13; Kaşak (n 185) 340. İçtihatla bu yönde bkz: ICC, 01.01.1995 tarihli CISG-online No: 526 sayılı kararı: Alıcıya karşı yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için anlaşmaya varılan tedarikçinin davranışlarından satıcının esaslı ihlal sorumluluğunun sınırı hakkında. Yine aynı yönde ICC, 1995 tarihli, CISG-Online-No: 526 kararına göre: Avusturyalı satıcı kimyasal tarım ürünlerinin gönderimi için Ukraynalı tedarikçisine başvurmuştur. Ancak teknik sebeplerden ötürü tedarikçi bu borcu yerine getirememiştir. Bu halde İsviçreli alıcının borçlunun esaslı ihlaline dayanması mümkün görünmüştür.

<sup>553</sup> Enderlein and Maskow (n 20) Art. 25 Para 1; Erdem ‘Dönme’ (n 34) 866; Kaşak (n 185) 340; Sarıkaya (n 37) 103.

<sup>554</sup> Enderlein and Maskow (n 20) Art. 25 Para 1; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 261.

<sup>555</sup> İçtihatla bu yönde bkz: Oberlandesgericht Hamm, 12.11.2001 tarihli CISG-Online: 1430: CISG md. 49/1/a kapsamında sözleşmeden dönebilmek için satıcının sözleşmeden veya CISG'dan doğan bir borcunu ifa etmemesinin esaslı ihlale yol açması gerekir ayrıca CISG md. 79/5 e göre satıcının ifa etmemeden doğan sorumluluğuna gidilip gidilmeyeceği bu konuda ilgisiz kalmaktadır. CISG md 79 (1) *“Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmeden dolayı sorumlu tutulmaz.”* CISG Md. 79 (5) *“Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.”*

<sup>556</sup> Schroeter (n 159) Art. 25 Para 17 Sözleşme benzeri koruma yükümlülükleri Alman Hukuku tarafından haksız fiil hukukunun kusurlarının aşılması için geliştirilmiştir Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 299. Tarafların borç ilişkisinin konusunu oluşturan edimle ilgili ifa menfaati dışında kalan diğer mal ve kişi varlığı değerlerine zarar vermeme, bunların korunması yükümlülüğüne koruma yükümlülüğü denir. Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 41,42.

edilebilmesinin mümkün olması ile olabilir.<sup>557</sup> Ayrıca CISG md. 9/2'ye başvurularak yapılacak tespit ile,<sup>558</sup> tarafların kişi ve malvarlığı değerlerini korumaya yönelik olarak düzenlenen ve ilgili olduğu ticari sektörde uygulanagelen bilindir teamüllerin ihlalinin de CISG kapsamında sözleşme ihlali olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Ayrıca haksız fiil de sözleşme dışı yükümlülüklerdendir. Haksız fiil ne derece ağır olursa olsun, CISG kapsamında sözleşmesel ihlalin gerçekleşmesi için, bunun sözleşmesel yükümlülük olarak sözleşme içine dahil edilmesi gerekir. Söz gelimi, ürün ulusal ve uluslararası güvenlik standartlarını sağlamadığından bu standartlara göre ayıplı kabul edilse bile taraflar üzerinde anlaşmışlarsa ihlal oluşmayacaktır. Yine söz konusu ürünlerdeki ayıp sözleşmenin ihlalinin oluşturursa ve diğer tarafın mal ve kişi varlığını zarara uğrattırsa dahi bu ihlal md. 25 anlamında esaslı ihlal sayılmayacaktır.<sup>559</sup>

Üzerinde durulması gereken bir başka konusu ise, CISG'in satıcıya tanımış olduğu "aykırılığı giderme hakkı"dır. Bu hak satıcıya vadeden önce CISG md. 34, 37'e göre veya vadeden sonra da CISG md. 48 ile tanınmış olabilir. Vadeden önce teslim edilen belgelerde ve mallardaki mevcut ihlaller; eksikliklerin giderilmesi, mevcut ayıpların tamiri ya da malların yenileri ile değiştirilmesi yahut hukuki ayıpların giderilmesi yolları ile düzeltilebilir.<sup>560</sup> Nitekim daha önce ortaya çıkmış bir sözleşme ihlalinin

---

<sup>557</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 Para 17; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 298-299; Erkan (n 162) 61; Toker, 'Esaslı İhlal' (n 187) 224; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 37. Karşı görüş için Bkz: Sert (n 9) 67. Buna göre, koruma yükümlülüklerinin sözleşme içeriği haline gelmesi halinde esaslı ihlal değerlendirilmesi yapılması için yeterlidir ayrıca ihlalleri halinde esaslı ihlal şartları uygulanacağına dair bir ibare eklenmesine gerek yoktur. Diğer bir görüş; karşı tarafın kişi ve malvarlığı değerlerini korumaya yönelik olan ve milletlerarası ticarete aynı tür uygulayıcılar arasında bilindir kabul edilen ve düzenli olarak uygulanan davranış kuralları mevcutsa bunların ihlali halinde CISG md. 25 uygulama alanı bulacaktır. Sarıkaya (n 37) 98.

<sup>558</sup>CISG md. 9 (2) "*Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır.*"

<sup>559</sup>Schroeter (n 159) Art. 25, Para. 16.

<sup>560</sup>CISG md. 34: "*Satıcının mallara ilişkin vermesi gereken belgeler varsa, bunları sözleşmede öngörülen zamanda, yerde ve şekilde vermesi gerekir. Belgelerin erken verilmesi halinde, satıcı, belgelerin verilmesi için öngörülen ana kadar, belgelerdeki tüm sözleşmeye aykırılıkları gidermek hakkına sahiptir, yeter ki bu hakkın kullanımı alıcı için makul olmayan zahmete veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır.*" CISG md.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 veya malların diğer sözleşmeye aykırılıklarını giderebilir; yeter ki, bu hakkın kullanımı alıcı için makul*

sonuçlarının giderilmesi için gereken davranışların yerine getirilmemesi halinde değerlendirme önem kazanmaktadır. Daha önce ortaya çıkan bir sözleşme ihlali esaslı bir ihlal olabileceği gibi tam tersi şekilde başta basit bir ihlal yaratan durumun sonuçları ortadan kaldırılmaya çalışılırken esaslı ihlal yaratan bir davranış gerçekleştirilmiş de olabilir.<sup>561</sup>

Diğer yandan, satıcının sözleşmeye aykırılıkları gidermesi alıcı açısından ek külfet doğurmadığı sürece alıcı bu hakların kullanımını satıcıya tanımalıdır. Aksi halde, CISG md. 45'te sayılı olan seçimlik haklarını kullanması mümkün olmayacaktır.<sup>562</sup> Ancak buradaki önemli olan husus; sözleşmedeki aykırılığın giderilemeyeceğinin anlaşılması durumunda CISG md. 72'ye göre alacaklının sözleşmeden dönme hakkının doğacak olmasıdır.<sup>563</sup> Bu halde satıcının ihlal yaratan durumu ortadan kaldıramayacağını anlaşılması üzerine ifadan önce bir ihlalin başka bir deyişle “öne alınmış bir esaslı ihlal” in varlığından bahsedilebilecektir.<sup>564</sup> Bu konu üzerinde satıcının sözleşmeye aykırılığı

---

*olmayan zahmet veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır”*

CISG md. 48 “(1) 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.”

<sup>561</sup>İçtihatla bu yönde bkz: Landgericht Baden-Baden, 14.08.1991, CISG-Online: 24 sayılı karara olayda: Satıcının sözleşmeye aykırı mal teslimi sonrasında malların yenilerinin gönderilmesi için anlaşılmalı ancak gönderilen yeni mallarda da ayıpların olduğu tespit edilmiştir. Bu noktada satıcı yüklediğinden daha fazla miktarda mal gönderdiğinden bahisle sözleşme ile anlaşmaya varılan miktarda ayıpsız malın mevcut olduğunu iddia etmiştir. Ancak mahkemece varılan kararda böyle bir mal ayırımına paketlerin tek tek açılarak ulaştırılmasının alacaklıdan beklenemeyeceğini ve bu nedenle dönme hakkını kullanabileceği yönünde hüküm kurmuştur. Yine Oberlandesgericht Köln, 08.01.1997, CISG-Online No: 217: Satılan makinelerin ayıplı çıkması üzerine satıcı ayıbın giderilmesi için makinalarda parça değişimi yapmış ancak taahhüt edilen sürede makinaları teslim etmemiş olduğundan bu durum esaslı ihlal yaratmıştır. Yine Landgericht Ellwangen, 21.08.1995 tarihli, CISG-Online No: 279 sayılı kararında: Satıcı ayıplı malları geri alınmasını kabul etmiş ve ikame mal teslimi yapacağı hususunda alacaklı ile anlaşmıştır ancak bu teslim gerçekleştirilmemiş olduğundan sözleşme esaslı olarak ihlal edilmiştir.

<sup>562</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 346; Zeytin, *CISG* (n 2) 138; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 66; Erkan (n 161) 47.

<sup>563</sup>CISG md. 72 (1) *Sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceği aşikar ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir.* Ancak önemle belirtmek gerekir ki, alıcının CISG md. 72'deki haklarını kullanmaması ve satıcının da vade tarihine kadar gerçekleştirememesi halinde alıcının CISG md. 45'te sayılı seçimlik hakları kullanma imkânı bulunmaktadır. Bu halde de satıcının ifa tarihinden sonra ayrılığı giderme hakkı CISG md. 48'e göre doğmaktadır. Zeytin, *CISG* (n 2) 138; Erkan (n 161) 47.

<sup>564</sup>Schwenzer ‘Commentary 35-41’ (n 134) Art. 37, Para 3.

giderme hakkı başlığı altında ayrıca durulacak olduğundan burada sadece değinmekle yetiniyoruz.<sup>565</sup>

Sonuç olarak, sözleşme ihlali şartının esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken bir ön-şart olduğu söylenebilir. Nitekim bir sözleşme ihlalinin varlığından bahsedilemediği sürece esaslı ihlalin diğer şartlarının değerlendirilmesine geçilmesi yerinde olmayacaktır. Dolayısıyla alıcı veya satıcının sözleşme veya CISG kapsamında bulunan bir yükümlülüğü ihlal etmesi, CISG md. 25 hükmünde öngörülen diğer şartların da sağlanması ile esaslı ihlalin oluşmasına neden olabilir.

## **B. Sözleşmesel Menfaati Engelleyen Önemli Derecede Olumsuzluk**

CISG sisteminde esaslı ihlalin varlığından bahsedilebilmek için aranan ikinci şart; bir tarafın sözleşme ihlalinin diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte olduğu haklı sözleşmesel beklentiden yoksun bırakacak derecede bir olumsuzluğa yol açmasıdır.<sup>566</sup>

Görüldüğü üzere, kullanılmasına imkân verilecek yaptırımların ağır sonuçları karşısında haklı olarak, CISG tarafından, ihlalin ağırlık derecesi değerlendirilmesi için oldukça yüksek bir çita çizilmiştir. İhlalin esaslı bir ihlal olarak değerlendirilebilmesi için ulaşması gereken ağırlığın derecesini belirleyen bu şart esaslı ihlal kavramının adeta özünü oluşturur.<sup>567</sup> Zira bir “sözleşme ihlali”nin varlığı mutlaka aranan bir ön şart olmakla birlikte asıl belirleyici olan ihlalin bizatihi ağırlığı değil, ihlalin ortaya çıkardığı sonuçların ağırlığıdır.<sup>568</sup>

“Önemli derecede olumsuzluk” şeklinde belirlenen şartın zaman içinde geçirdiği değişim “Esaslı ihlal kavramının gelişim süreci” bölümünde detaylı olarak ele alınmış olduğundan burada yalnızca CISG ile bu kavrama açıklık kazandırıldığını ve ULIS md. 10 ve diğer hazırlık metinlerinden farklı olarak “önemli olumsuzluk” yerine “karşı tarafı

<sup>565</sup> **Bkz Tez:** ‘Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkının Esaslılık Üzerindeki Etkisi’ 289 vd.

<sup>566</sup> Schroeter (n 159) Art. 25 Para 34, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 299, Zeytin, *CISG* (n 2) 106.

<sup>567</sup> Björklund (n 186) Art 25, para 12, Yelkenci, *Dönme* (n 166) 39.

<sup>568</sup> İctihat bu yönde: Bundesgericht, 15.09.2000 tarihli, CISG-online No: 770 kararında: İsviçre Federal Mahkemesi ihlalin büyüklüğünün değil, ihale uğrayan taraf açısından bu ihlalin yarattığı sonuçların ağırlığının belirlenerek esaslı ihlal değerlendirilmesi yapılması yönünde karar vermiştir.

sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluk” aranması yönünde yapılan değişiklikle esaslı ihlalin yoğunluk seviyesi arttırdığını ve kavramın subjektif kriterlerden arındırıldığını belirtmekle yetiniyoruz.<sup>569</sup>

Sonuç olarak CISG kapsamında esaslı bir ihlalin varlığından bahsedebilmek için, “karşı tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluk” seviyesine ulaşmış bir ihlal aranmaktadır. Dolayısıyla öncelikle yapılması gereken “haklı olarak beklenen menfaat” ile “sözleşmeden fiili olarak elde edilen menfaat” arasındaki farkın ortaya konulması olmalıdır.<sup>570</sup>

Bu çerçevede ihlalin esaslı sayılabilmesi için önemli bir olumsuzluğa yol açması şartının aydınlatılabilmesi için, öncelikle olumsuzluk kavramının kapsamı ardından karşı tarafın sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatler açıklanmaya çalışılacaktır. Son olarak da ne derecede bir olumsuzluk eşiğinin geçilmesi esaslı ihlal oluşturacaktır sorusuna yanıt aranmak üzere “önemli ölçüde yoksunluk” kriteri araştırılacak, “önemli ölçü” kriterinin belirlenmesine kullanılan yöntemlere yer verilecektir.

## 1. Olumsuzluk Kavramının Kapsamı

### a. Genel Olarak

Tarafların yükümlülük ihlalleri, ancak bir olumsuzluk meydana getirdiği sürece, esaslı olup olmadıkları değerlendirilmesine tabii tutulmaktadır. “Olumsuzluk” (*detriment*) şartı adeta bir filtre görevi görmekte olduğundan bu kavramın aydınlatılması ve hangi hallerin olumsuzluk kavramı altında değerlendirileceğinin ortaya konulması son derece

---

<sup>569</sup> Schroeter (n 159) Art. 25 Para 34; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 299; Ziegel (n 37) 15,16. CISG tarafından belirlen bu eşik, CISG hazırlık çalışmaları ve ULIS metinden farklılık içermektedir. Şöyle ki, ULIS md. 10 esaslı ihlal testi için “*karşı tarafın ihlali ve etkilerini öngörmesi halinde sözleşmeyi akdedip akdetmeyeceği*” referansı kullanılmıştı. 1976 Cenevre taslağında ise ULIS md. 10’un karşı tarafın farazi iradesine dayandığı ve tanımı subjektif kıldığı gerekçesiyle terkedilmiş ve “*karşı taraf aleyhine önemli bir olumsuzluğa yok açıp açmadığı*” ölçütüne yerini bırakmıştır. Viyana taslağı (1977) ve New York Taslağı (1978) bu yaklaşımı benimsemiştir. Ancak nihayet CISG “önemli olumsuzluk” kavramı ile bir nebze daha objektif bir açıklama getirilmiştir. Schlectriem, *Uniform Sales Law* (n 20) 58-59; Tokar, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 137.

<sup>570</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 300; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 40.



önem taşımaktadır.<sup>571</sup> Nitekim ilk şart olan yükümlülük ihlali gerçekleşmiş ancak olumsuzluk kavramı kapsamı içerisinde bir sonuç doğurmamışsa diğer şartların incelemesine geçilmeyecektir.<sup>572</sup>

Ancak “olumsuzluk” kavramına, ne CISG md. 25 hükmünde ne de Sözleşmenin diğer hükümlerinde bir açıklık kazandırılmış değildir. Zira olumsuzluğun ne derece ağırlığa ulaşması gerektiği veya hangi cinsteki olumsuzlukların esaslı ihlal kriterini karşılayacağına ilişkin herhangi bir örnek yahut ayırt edici bir kriter CISG metninde bulunmamaktadır.<sup>573</sup> Ayrıca kavramın milletlerarası satım hukuku doktrini bakımından yeni bir kavram oluşu bu kavramadan ne anlaşılması gerektiğinin yorumunu da zorlaştırmaktadır.<sup>574</sup> Olumsuzluk kavramının diğer dillerdeki karşılıklarına mukayeseli olarak bakıldığında da yine ayırt edici bir kriter veya ortak bir kullanıma rastlanmamaktadır.<sup>575</sup>

Tarihsel sürecine baktığımızda, ilk etapta bu kavramın sözleşmeye eklenmesindeki temel niyet, ULIS md. 10’daki yetersizliğin giderilmesi olmuştur. Taslaklarda sözleşme ihlalinin sebep olduğu mali zararların yerine kullanılmakla birlikte aşağıda da açıklayacağımız üzere “olumsuzluk” kavramının sadece mali zararlardan oluşmadığı çok daha geniş yorumlanması gerektiği genel kabul gören görüştür.<sup>576</sup>

Dolayısıyla bu kavramın anlaşılması için CISG hazırlık çalışmaları kadar tercih edilmesindeki asıl amacın da değerlendirilmesi gerekir.<sup>577</sup> Bu nedenle belki de

---

<sup>571</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 263; Björklund (n 186) Art 25 para 11; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 299; Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25; Leisinger (n 159) 39. İtihat bu yönde: Oberster Gerichtshof, 21.06.2005, CISG-Online: 1047.

<sup>572</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 262; Erkan (n 161) 67.

<sup>573</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 262; Babiak (n 167) 120; Graffi (n 78) 339; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 40; Erkan (n 161) 67.

<sup>574</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, N. 2.1.1.

<sup>575</sup>CISG’nin Fransızca versiyonu “*prejudice*” kelimesini, İspanyolca versiyonunda “*perjuicio*” ve ayrıca Rusça karşılıklarının incelemesi için bkz. Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 262-263; Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, N. 2.1.1

<sup>576</sup>Enderlein and Maskow (n 20) Art 25 N 3.1; Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 919; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 495; Leisinger (n 159) 38; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 37. Konuya ilişkin içtihat: Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006, CISG-Online:1377 kararı.

<sup>577</sup>Babiak (n 167) 119; Sarıkaya (n 37) 112.

“olumsuzluk” kavramından ne anlaşılması gerektiğini ortaya koymak için öncelikle zarar kavramı ile aralarındaki farkı incelemek yol gösterici olabilir.

## **b. Zarar ve Olumsuzluk Kavramlarının Ayrımı Üzerinden Kapsamın Belirlenmesi**

### **i. Mali veya Mali Olmayan Zararların Kapsama Alınması**

Öncelikle “Olumsuzluk” kavramını, CISG md. 74’te<sup>578</sup> düzenlenen “zarar” kavramı ile karıştırmamak gerekir.<sup>579</sup> Zarar sadece parayla ölçülebilir nitelikte olup, bir kimsenin malvarlığı değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanır.<sup>580</sup> Ayrıca kendine özel mahiyeti nedeniyle yerel hukuklardaki; hasar, hanel ve kayıp anlamından da geniş bir kavram olarak, kendi ticari dili ışığında anlaşılıp yorumlanmalıdır.<sup>581</sup>

Bu nedenle daha geniş bir kavram olarak olumsuzluğu; mağdur olan tarafın sözleşmeye yönelik haklı beklentisini boşa çıkararak, bu menfaatlere zarar verecek derecede negatif sonuçlar yaratan durumlar olarak tanımlamak daha uygun düşecektir.<sup>582</sup> Buradan anlaşılması gereken, zararın sadece malvarlığı değerleri ile değil aynı zamanda taraf üzerindeki etkilerinin de değerlendirilerek olumsuzluğun tespit edilmesinin gereği olmalıdır.

CISG’e göre zarar kavramına kıyasla olumsuzluk kavramı doktrinde çok daha geniş kapsamlı olarak benimsenmiş olduğu için ihlal edilen değerlerin malvarlığı değeri olarak

---

<sup>578</sup> CISG md. 74: “*Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. Söz konusu tazminat, ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.*”

<sup>579</sup> Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 390; Graffi (n 78) 33; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 299, Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 37; Kaşak (n 185) 341; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 69.

<sup>580</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 411; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 831; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 392.

<sup>581</sup> Graffi (n 78) 339; Babiak (n 167) 114 vd; Zeytin, *CISG* (n 2) 106; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 40; Erkan (n 161) 67.

<sup>582</sup> Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 390.

tartışmalı olduğu durumlarda dahi ve hatta zararın varlığından emin olunamasa dahi, olumsuzluktan bahsetmek mümkün olabilmektedir.<sup>583</sup>

*WILL* de olumsuzluk kavramının mali kayıplara indirgenemeyeceğini, CISG md. 74'te düzenlenen "zarar" ile eş tutulmaması gerektiğini, ayrıca ulusal hukuklardaki benzer kavramlarla sınırlı bir şekilde ele alınmamasının altını çizmiştir.<sup>584</sup> Ayrıca konuyu şöyle bir örnekle aydınlatmaktadır: Sözgelimi satıcının malları gereği gibi paketlemeyi ve sigortalamayı taahhüt ettiği ancak ihmalî ile yükümlülüklerini yerine getirmediğini varsayalım. Mallar hasara uğramadan satıcı tarafından alıcıya ulaştırılmış ise bu durumda alıcı herhangi bir zarara uğramamıştır ancak bu durumdaki malları üçüncü kişiye satmamış ise bu halde alıcının beklenen menfaati zarara uğramış, malları yeniden satma olanağını kaybetmiş olduğundan olumsuzluk yaratan ihlalden bahsetmek mümkün olacaktır.<sup>585</sup>

Bu durum Türk-İsviçre hukukunun da içinde olduğu bazı yerel hukuk kuralları ile örtüşmez. Zira Türk hukukunda ekonomik nitelikli bir fırsatın malvalığı unsuru olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır.<sup>586</sup>

## ii. Soyut ve Beklenen Dolaylı Zararların Kapsama Alınması

CISG'e göre sözleşme ihlaline uğrayan taraf aleyhine ölçülebilir bir zararın doğması şart değildir.<sup>587</sup> Nitekim, sözleşmenin ifasına duyulan güvenin sarsılması, ihlali esaslılık mertebesine çıkaracak derecede bir olumsuzluk olarak görülmüştür.<sup>588</sup> Bunun yanı sıra,

<sup>583</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 22; Björklund (n 186) Art 25, Para 12; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 262; Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 918; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 495; Graffi (n 78) 339, 340; Leisinger (n 159) 38; *Satıcının Hakları* (n 35) 69; Erkan (n 161) 67. İctihatlarda bu yönde bkz: Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006 tarihli, CISG-Online: 1377, Bundesgericht Almanya, 15.09.2000, CISG-Online: 770.

<sup>584</sup>Will, 'Article 25' (n 253) Art. 25 N. 2.1.1.2.

<sup>585</sup>Will, 'Article 25' (n 253) Art. 25 N. 2.1.1.2; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 263; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 239; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 37; Kaşak (n 185) 342; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 41; Sarıkaya (n 37) 118.

<sup>586</sup>Yelkenci, *Dönme* (n 166) 41.

<sup>587</sup>Björklund (n 186) Art 25, Para 12; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 262; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 495; Graffi (n 78) 339; Zeytin, *CISG* (n 2) 106; Toker, 'Esaslı İhlal' (n 187) 225.

<sup>588</sup>Kaşak (n 185) 342; Sarıkaya (n 37) 114.

söz gelimi; satıcı tarafından malların gereği gibi teslim edilmemesi ve edilemeyeceğinin de anlaşılması üzerine, alıcının kendi müşterisine malları zamanında teslim edemeyeceğini anlaması halinde, henüz kendi borcu muaccel hale gelmese dahi, bir olumsuzluğun varlığından bahsedilebilir. Nitekim borcun ifa edileceğine duyulan güvenin sarsılmış olduğundan bahisle alıcının burada ileride gerçekleşmesini beklediği olumsuzluk objektif bir temelde ispatlanabilir imkândadır.<sup>589</sup>

O halde “olumsuzluk” şartını sağlaması için, ihlalin karşı tarafın mali ve mali olmayan menfaatleri üzerinde yarattığı mevcut olumsuzluğun yanı sıra, bu menfaatler üzerinde fiilen yaratmasını beklediği gelecekteki olumsuzluklar da CISG md. 25 kapsamında değerlendirilebilir.<sup>590</sup> Bu durumda, zararın doğma tehlikesinin bile menfaat kaybına neden olduğu kabul edilmekte olduğundan, bu durum esaslı ihlal için yeterli görülebilmektedir.<sup>591</sup>

Olumsuzluk kriterinin kapsamını belirlemek zarureti devam etmektedir. İhlalin herhangi bir olumsuz sonucu olmadığının saptanması halinde artık esaslılık değerlendirilmesine de gidilmemektedir. O halde olumsuzluktan bahsedebilmek için ihlale uğrayanın en az bir menfaatinin bu ihlal nedeniyle gerçekleşmemiş olması aranmaktadır.<sup>592</sup> Bu halde “olumsuzluk” kavramının kapsamı ile ilgili diğer bir soru ise; mali olmayan bir nevi soyut menfaatlerin de bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Nitekim ticari itibarın zedelenmesi, somut olayın durumuna göre olumsuzluk saymak mümkün görünmektedir<sup>593</sup>. Burada ihlale uğrayan menfaat,

<sup>589</sup>Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 934; Sarıkaya (n 37) 115.

<sup>590</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 22, Björklund (n 186); Art 25, para 12, Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 495, Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25, para 2.1.1.2; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 262; Graffi (n 78) 339; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 135.

<sup>591</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 497; Dayıoğlu, *Tazminat* (18) 33; Özdemir, *TBK ve CISG’e Göre Ayıp* (n 144) 81.

<sup>592</sup>Enderlein and Maskow (n 20) Art 25, N 3.1.

<sup>593</sup>İçithatta bu yönde: Oberlandesgericht Koblenz, 21.11.2007, CISG-Online No: 1733 kararında; satıcıdan teslim aldığı ayakkabıları kendi müşterilerine satan küçük boyuttaki bir işletmenin bu ayakkabı sayısına oranla kendi müşterilerinden aldığı çok az sayıda şikayet varsa, bu tür bir mağazanın müşterileri nezdindeki güvenini kaybetmesi olasılığı göz önünde bulundurularak esaslı ihlalin varlığına kanaat getirilmiştir. Benzer yönde başka bir karar ise: Landgericht Landshut, 05.04.1995 tarihli, CISG-Online No: 193 sayılı kararı: Landgericht Landshut mahkemesinde görülen davada, alıcıya teslim edilen giysilerin yıkandıktan sonra bedenlerinin küçülmesi nedeniyle alıcıdan bu giysileri satın alan sonraki kullanıcıların, giysilerdeki ayıp nedeniyle şikayette bulunacaklarını ya da kendisinden bir daha asla yeni giysi satın almayacakları bildirmeleri esaslı ihlalin oluştuğuna karar getirilmiştir. Benzer yönde:

malvarlığı değerlerinde artış örneğin karın ve üretimin artması şeklinde bir beklentinin karşılanmaması şeklinde oluşabileceği gibi, malvarlığının eksilmemesi, müşteri kaybına uğranılmaması, ticari itibarın korunması, başka bir sözleşme yapma imkânının kaybedilmemesi ya da daha önce yapılmış bir sözleşmenin ifa edilememesi gibi malvarlığının negatif değerlerinin artmaması beklentisi şeklinde de tezahür edebilir.<sup>594</sup> Dolayısıyla tüm bu karşılanmayan beklentilerin karşıtı “olumsuzluk” olarak kabul edilebilecektir.

Ancak, hiçbir şekilde dolaylı olarak dahi mali bir sonuçla ilişkilendirilemeyen soyut kayıpların değerlendirilmesi daha dar bir perspektiften yapılmalıdır<sup>595</sup>. CISG anlamında “olumsuzluk” tanımını yeniden hatırlayacak olursak; bir tarafın sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyin gerçekleşmemiş olmasıdır. O halde hakkı ihlale uğrayan taraf hangi soyut menfaatleri beklemekte haklıdır?

Söz gelimi, CISG’in alanına giren bir satım sözleşmesinde alacaklının, üzüntü duymamak için sözleşme yaptığını söylemek zordur zira buna benzer riskler belli oranda zaten ticari hayatın içinde yer almaktadır. Ancak ağır bir psikolojik çöküntüye uğranılması halinde, sağlığın bu şekilde bozulmasına sebep vermemenin her sözleşmeden beklenebileceği ifade edilebilir. Zira bu durumda da sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörülemezlik savunması gündeme getirmesi olasıdır. Nihayet, sözleşmeden elde edilmesi beklenen menfaatlerin ekonomik/mali özellikleri azaldıkça karşı tarafın öngörülemezlik iddiası daha fazla önem kazanmaktadır. Dolayısıyla CISG’in temelde ticari sözleşmeleri konu alan yapısı gereği, esaslı ihlal yaratabilecek soyut bazda olumsuzlukların alanı sınırlı kalmakta ve dar yorumlanmaktadır.<sup>596</sup>

Doktrinde bugün baskın olan katıldığımız görüşe göre; asgari ahlaki değerler üzerinde açıkça bir anlaşmaya varılmasa dahi CISG md. 9/II hükmü uyarınca zımnen

---

Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006 tarihli CISG-Online No:1377. Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 918, 919.

<sup>594</sup>Leisinger (n 159) 38,86

<sup>595</sup>Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 918.

<sup>596</sup>Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 918, 919.

kararlaştırılan sözleşme hükümleri olarak kabul edilmektedir.<sup>597</sup> Nitekim dürüstlük kuralını temel alınarak, malların üretim sürecinde temel insan haklarının ihlal edilmesi CISG md. 25 uyarınca “olumsuzluk” oluşturur.<sup>598</sup>

### iii. Zararın Hiç Oluşmaması Halinde Olumsuzluk Değerlendirmesi

Esaslı ihlal yaratan olumsuzluğun varlığı için mutlaka bir zarar meydana gelmesi dahi aranmamaktadır.<sup>599</sup> Sözgelimi, alıcının teminat gösterme borcunu ifa etmediği, satıcının da buna karşılık satım konusu malları teslim etmekten kaçındığı bir durumda, satıcının malvarlığında herhangi bir azalma meydana gelmemiş olduğundan zararın varlığından bahsedilememekle birlikte, CISG anlamında bir olumsuzluktan bahsetmek mümkündür. Diğer şartların da sağlanması ile esaslı ihlalin varlığı için mutlaka zararın oluşması beklenilmemektedir.<sup>600</sup>

Bununla beraber, mali zarar olumsuzluğun yoğunluğunun tespit edilmesinde yol gösterici olmaktadır.<sup>601</sup> Ayrıca CISG md. 74 kapsamında tazminat sorumluluğunun doğduğu hallerde tüm zarar kalemleri olumsuzluk kavramına dahil edilebilir.<sup>602</sup>

Sözleşme ihlali gerçekteşmesine rağmen, olumsuzluk yaratan bir durum oluşmadığı hallerde ise, yukarıdaki örnekten devam edilecek olursa sözgelimi; paketleme taahhüdüne uyulmamasına rağmen malların herhangi bir zarara uğramaması halinde

---

<sup>597</sup>Leisinger (n 159) 39.

<sup>598</sup>Leisinger (n 159) 39; Björklund (n 186) 7 N. 23.

<sup>599</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 22; Björklund (n 186) Art 25, para 12; Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25, para 2.1.1.2; Peacock (n 153) 102; Huber and Mullis (n 18) 214.

<sup>600</sup>İçtihatla bu yönde: Oberlandesgericht Düsseldorf, 14.01.1994 tarihli, CISG-Online 119.

<sup>601</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 33; Babiak (n 167) 120; Peacock (n 153) 10; Kaşak (n 185). 341. Karşı görüşe göre, zarar miktarı esaslı ihlalin tespitinde bir ölçü olmamalıdır. Ayrıca ciddi bir mali zararın varlığının her zaman ihlali esaslı hale getirdiği düşünülmemelidir. Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 344; Björklund (n 186) Art 25 N. 12.

<sup>602</sup>Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 918; Sarıkaya (n 37) 114, 74ff.

olduğu gibi, alıcı nezdinde gerçek bir “olumsuzluk” doğmaz ise, esaslı ihlalden bahsetmek de mümkün olmayacaktır.<sup>603</sup>

Benzer yönde doktrinde verilen bir başka örnek ise konuyu şu şekilde açıklamaktadır:<sup>604</sup> Kendi müşterisi ile sülfür oranı % 0.6'nın altında olan yağ satımı konusunda anlaşılan alıcı; kendisini güvence altına almak için satıcı ile aralarındaki sözleşmede; teslim edilecek olan yağdaki sülfür oranının % 0.5'in altında olmasını kararlaştırmıştır. Ancak Satıcı tarafından % 0.55 oranında sülfür içeren yağ teslim edilmesinin bir sözleşme ihlali oluşturmasına karar verilmiş olmakla birlikte alıcı, kendi müşterisine karşı yükümlülüğünü sözleşmeye uygun olarak yerine getirebilmiştir. Buradan hareketle teslim aldığı yağı kendi müşterisine yeniden satabilen alıcı, CISG md. 25 hükmü anlamında olumsuzluğa uğramamaktadır. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, sözleşme ihlaline maruz kalsa dahi, sözleşme ile gerçekleşmesini umduğu menfaati tamamen gerçekleşmiş olduğundan CISG md. 25 anlamında bir olumsuzluk oluşmamıştır. Ancak sülfür oranının düşük olması neticesinde alıcı kendi müşterisine ürünü satamayacak olsa ya da daha az kazanım sağlayacak olsa bu halde olumsuzluğun varlığından bahsetmek mümkün olabilecek idi. Ancak bu durumda da uğranılan olumsuzluğun, CISG md. 25 hükmü kapsamında aranan seviyede bir olumsuzluk yaratıp yaratmadığının araştırılması bir deyişle esaslı ihlal mertebesinde bir olumsuzluğun tespiti yapılacaktır.

O halde sonuç olarak denilebilir ki, öncelikle ihlalin olumsuzluk yaratan bir sonucunun olması beklenir ve “olumsuzluk”un, salt mali kayıp ya da zarar olmasına gerek yoktur zira sözleşme ihlali sonucu bir tarafın uğradığı olumsuzluk yaratan fiili bir durum olması hatta beklenen haklı menfaatinin kayba uğramış olması da yeterlidir.<sup>605</sup>

Buraya kadar olumsuzluk kavramının kapsamı aydınlatılmaya çalışılmıştır. Aşağıdaki başlık altında ise, CISG md. 25'e göre “sözleşme uyarınca hangi beklentilerin haklı

---

<sup>603</sup>Will, 'Article 25' (n 253) Art. 25 N. 2.1.1.2; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 263; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 37; Kaşak (n 185) 342.

<sup>604</sup>Leisinger (n 159) 39; Sarıkaya (n 37) 118.

<sup>605</sup>Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 37; Dayıoğlu, *Satıcının Hakları* (n 35) 69.

menfaat olduğunun kapsamı” çizilerek, bu menfaatlerin hangilerinin “meşru” sayıldığıının ortaya konulması amaçlanmıştır.

## 2. Haklı Sözleşmesel Menfaatin Kapsamı

Bir yükümlülüğün ihlali ve bu durumun ihale uğrayan taraf açısından olumsuz bir sonuç doğurması tek başına esaslılık değerlendirmesi için yeterli değildir.<sup>606</sup> Zira bu olumsuzluk yaratan ihlalin esaslı ihlal seviyesine ulaşabilmesi için, bu olumsuzluğun; ihlale maruz kalan tarafı sözleşmesel beklentisinden önemli derecede yoksun bırakıyor olması gerekir. Görüldüğü üzere, bir ihlalin esaslı olarak değerlendirilmesi noktasında bağlamı yaratan, sözleşme ihlali ya da ihlal sonucu ortaya çıkan olumsuzluğun ağırlığı değil söz konusu ihlal ve olumsuzluk sonucu ihlale maruz kalan tarafta yol açtığı menfaat yoksunluğunun ne ağırlıkta olduğudur.<sup>607</sup>

Öyleyse, esaslılık tespiti için sözleşme ilişkisi kapsamında korunan menfaatlardan yoksunluğun önemli ölçüde olup olmadığının tespitinin yanı sıra menfaati ihlal edilen tarafın hangi beklentilerinin sözleşme kapsamında korunduğunun belirlenmesi gerekmektedir.<sup>608</sup>

İşte tam bu noktada incelenmesi gereken husus ise, ihlale maruz kalanın yoksun kalınan menfaatin karşılanmasını beklemekte ne derece haklı olduğu bir diğer deyişle beklemekte haklı olan menfaatin kapsamının ve meşruluğunun değerlendirmesidir.

Öncelikle referans alınacak kaynak doğrudan CISG md. 25’te gösterildiği üzere sözleşme olmalıdır. Madde’ye göre; “*sözleşme uyarınca beklemekte haklı olunan menfaatler*” den bahsetmektedir. O halde öncelikle açıkça veya zımnen taraflarca

---

<sup>606</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 300; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 135.

<sup>607</sup>Babiak (n 167) 120; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 496; Peacock (n 153) 98.

<sup>608</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 300.



sözleşmede kararlaştırılmış bir yükümlülüğün ihlali beklemekte haklı olunan menfaat kapsamında sayılmaktadır.<sup>609</sup>

Ayrıca beklemekte haklı olunan menfaatlerin kapsamının belirlenmesinde; sözleşmenin yorumunda, taraflarca bağlayıcı olan teamüller ve alışkanlıklar ile sözleşme öncesi müzakereler olmak üzere akdi ilişkiyi çevreleyen tüm faktörler birlikte ele alınmalıdır.<sup>610</sup>

Yanısıra taraflarca bir yükümlülüğe özel önem atfedilerek bu yükümlülüğün ihlalinin, esaslı ihlal seviyesine çıkarılması mümkündür.<sup>611</sup> Önemin tespit edilmesi için, CISG md. 8 uyarınca sözleşmenin yorumlanmasını gerekir nitekim yorum yoluyla ihlal edilen yükümlülüğe verilen önem ve bu hükmün hakkı ihlal edilen tarafın hangi menfaatlerini korumaya hizmet ettiğinin cevabı bulunabilecektir.<sup>612</sup>

Zira tespitin doğru yapılabilmesi için, taraflardan öncelikle beklenen, kendileri için özel önem arz eden yükümlülüklerin altını çizerek karşı tarafın bu hususa dikkatini çekmeleri ve/veya sözleşmede açıkça düzenleyerek neyin kendileri için vazgeçilmez olduğunun belirtmiş olmalarıdır.<sup>613</sup> Söz gelimi, sözleşmedeki yükümlülükler ait özel düzenlemeler,<sup>614</sup> sözleşme konusu malın niteliğine ilişkin özel ifadeler, vadenin özellikle önemli ya da kesin olduğuna dair ibareler bu anlamda dikkate alınmaktadır.<sup>615</sup>

---

<sup>609</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 496; Lorenz (n 183) 6; Enderlein and Maskow (n 20) 113; Babiak (n 167)120; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 499.

<sup>610</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 497, 498; Peacock (n 153) 103; Will, 'Article 25' (n 253) Art. 25 N. 2.1.2.1; Babiak (n 167) 120; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 292; İçtihatlarda bu yönde bkz: Tribunale di Forli, 11.12.2008 tarihli, CISG-Online No: 1729.

<sup>611</sup>Önceden belirlemede serbest olduklarına ilişkin; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 215,216; Ferrari, Fundamental Breach (n 41) 498; Björklund (n 187) Art 25, Para 17.

<sup>612</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 300.

<sup>613</sup>Björklund (n 186) 337, 339.

<sup>614</sup>Tarafların genel işlem şartı koyarak, bu yükümlülüğün ihlalinin esaslılık teşkil edeceğini kararlaştırmaları halinde yorum zorlaşır. Zira bu hükmün geçerliliği tartışma konusu ise CISG md. 4'e göre hükmün geçerli olup olmadığını tespit için uygulanacak hukuk, milli hukuk olmaktadır. Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 498; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 38; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 136. Genel işlem şartına ilişkin sorunlar Sözleşmede açıkça düzenlenmediğinden, milli hukuklara göre bu uyuşmazlıkların çözülmesi gerekecektir. Bu doğrultuda öncelikle genel işlem şartının varlığı tespit edilmek gerekecek, eğer varsa ilgili hükümlerin geçersizliği yine milli hukuka göre tespit edilecektir. Schroeter (n 159) 411. Türk Hukuku açısından, genel işlem şartının varlığının tespiti halinde, ilgili

Böylece söz konusu beklentilerin meşru menfaat mi yani sözleşmeye göre beklenmekte haklı olunan şey mi olduğunun değerlendirilmesi kolaylaşacaktır. Söz gelimi, malların sahip olması gereken kalite standartlarına ilişkin bir hususun altının çizilmesi ve bu yükümlülüğe aykırılığa özel önem atfedilmesi, beklenen menfaatin haklı bir sözleşmesel beklenti olduğu değerlendirmesinin kolayca tespitinin yapılmasını sağlayacaktır.<sup>616</sup> Böyle bir özel önemin atfedildiği durumlarda da salt sözleşme hükümlerine bağlı kalmamak gerekir. Zira sözleşmeyi çevreleyen tüm faktörler yine birlikte değerlendirilerek sonuca varılmalıdır.<sup>617</sup>

Ancak tarafların sözleşmeyi akdetme niyetleri her zaman açıkça sözleşmede yer almayabilir. Bu niyetin açıklığa kavuşturulması için, sözleşmenin yorumlanmasını esas alan temel ilke; CISG md. 8/I-II çerçevesinde sözleşme yorumlanmalıdır. Buna göre; sözleşme yorumlanırken; CISG md. 8/III uyarınca sözleşme görüşmeleri, sözleşme içeriği, teamül ve alışkanlıklar birlikte değerlendirilerek, tarafların bu kapsamda nelere önem yüklemiş olduklarının ve korunması gereken menfaatlerinin ortaya konulması gerekmektedir.<sup>618</sup>

Yanı sıra, CISG md. 9 uyarınca tarafların kendi aralarındaki ticari faaliyetleri dahilindeki teamülleri ile tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği varsayılan milletlerarası ticarete uygulanan yerleşik teamüller de, taraf iradesini tespit etme

---

hükümlerin TBK md. 25 düzenlemesi gereği, aleyhine yazılmış taraf için yok hükmünde sayılacağı sonucuna varılabilir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 301, d.n.100.

<sup>615</sup>Björklund (n 186) 337.

<sup>616</sup>Kaşak (n 185) 342. İçtihatlarda bu yönde bkz: Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006, CISG-Online No: 1377; Cour d'appel de Versailles, 29.01.1998 tarihli, CISG-Online No: 337.

<sup>617</sup>Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 919 tarafından verilen örnekte: Alıcı, satıcının ahşap paketleme ile malı teslim etmesini bu şekilde ahşap malzemeyi kendi ürettiği araçlarda kullanma menfaati içindedir. Söz gelimi bu paketleme yükümlülüğünün sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olması durumunda veya bu yükümlülüğe uyulmasının öneminin akdi ilişkiyi çevreleyen diğer koşullardan anlaşılması ve alıcının iş organizasyonu içindeki yerinin satıcı tarafından biliniyor ya da bilinebilecek olması durumunda alıcının söz konusu ahşap malzemeyi kendi ürettiği ürünlerde yeniden kullanma beklentisi, sözleşmeden beklenebilecek "haklı menfaat" sınıfında değerlendirilmelidir.

<sup>618</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 301; Honnold and Flechtner (n 214) 181.1.

noktasında, beklemekte haklı olunan menfaatler kapsamının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.<sup>619</sup>

Sonuç olarak hangi menfaatlerin beklenilmesinin haklı olduğunun belirlenmesine; ancak sözleşmenin yorumlanması nihayetinde, bu sözleşme ile ulaşılmaması “objektif” olarak mümkün görünen menfaatler saptanarak ulaşılabilir.<sup>620</sup> Dolayısıyla tarafların sözleşmeyi kurarlarken açıkladıkları irade beyanlarına verilen anlamın araştırılmasında ve bu iradelerinin yorumlanmasında özellikle md. 8 en önemli araçlardan biri olmaktadır. Zira sözleşme uyarınca beklemekte haklı olunan menfaatlerin “objektif” olarak tespiti için CISG md. 8/2 hükmünden faydalanılır. Buna göre, taraflar arasındaki sözleşmeye göre doğması beklenmekte olan tüm menfaatler içinden, sözleşmeyi ihlal eden taraf veya bu taraf ile aynı konum ve koşullardaki makul bir kişi için de, henüz sözleşme ilişkisi içine girildiği sırada anlaşılabilir olanlar ihlale maruz kalan tarafın beklemekte haklı olduğu menfaatlerin kapsamını oluşturur.<sup>621</sup>

---

<sup>619</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 497; Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 186) 87; Lorenz (n 183) 8; Graffi (n 78) 339. Sözgelimi; sözleşmede belirtilmemiş olan ve Alıcının ülkesinde geçerli yasal sorumlulukların kapsamı Satıcının ülkesindeki yasal sorumlulukların kapsamı ile aynı olmadığı ve Satıcının da Alıcının ülkesindeki farklı şartları bilmesinin kendisinden beklenemeyeceği, nitekim sözleşmeden de bunun varsayılamadığı gerekçesiyle söz konusu ihlal esaslı ihlal kapsamında değerlendirilmemiştir. Bundesgerichtshof 08.03.1995 tarihli, CISG-Online: 123. Karşı yönde karar. U.S.A District Court, Eastern District of Louisiana 17.05.1999 tarihli, CISG-Online No: 387 sayılı kararı yukarıda ayrıca incelenmişti.

<sup>620</sup> Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 497; Peacock (n 153) 103; Enderlein and Maskow (n 20) Art. 25 N. 3.3; Björklund (n 188) Art 25 N. 14. İhtihatlarda bu yönde bkz: Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006 tarihli, CISG-Online No: 1377, Bundesgericht, 18.05.2009 tarihli, CISG-online No: 1900; Tribunale di Forlì, 11.12.2008 tarihli, CISG-Online No: 1729; Bundesgericht, 28.10.1998 tarihli, CISG-Online No: 413 sayılı kararları. Ayrıca *Bridge* tarafında verilen örnekte: sözleşme konusu malların belirli bir cins ahşap paketleme ile teslimi beklenilmektedir. Nitekim alıcının buradaki amacı, bu ahşap malzemeyi ürettiği araçlarda kullanmaktır. Ancak satıcının böyle bir amaçtan haberi yoktu. Dolayısıyla alıcıya ahşap malzemenin tekrar kullanılabilirliğini taahhüt etmemiştir. Bu nedenle satıcın sözleşmeye aykırı paketlemesi/mal teslimi her ne kadar sözleşmeye aykırılık oluştursa da alıcının bu ahşap malzemeyi yeniden kullanma beklentisi içerisinde olması ve beklediği bu menfaatinin karşılanmaması CISG anlamında haklı sözleşmesel beklenti oluşturmaz. *Bridge*, ‘Fundamental Breach’ (n 274) 919. Bizim de katıldığımız görüşe göre; bu durumda, paketleme yükümlülüğünden beklenen menfaatin önemi tarafların iradesinden anlaşılabilir ise sözleşme uyarınca beklenen (ve beklenmekte haklı olunan) bütün menfaate nazaran, malların öngörülen şekilde paketlenmemesi sebebiyle yoksun kalınan menfaatin, alıcı için arz ettiği önem göz önüne alınmalıdır. Esasen buradaki mesele klasik olarak, yan edim yükümlülüğünün ihlali halinde esaslı ihlal değerlendirmesidir. Ortaya çıkan olumsuzluğun, beklenmekte haklı olunan menfaatlerden "önemli ölçüde yoksunluğa" sebebiyet verip vermediği kıstası ön plana çıkmaktadır. Benzer yönde: Sarıkaya (n 37) 122.

<sup>621</sup> Schroeter (n 159) Art. 25 N. 27; Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) 322, Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 187) 89. İhtihatta bu yönde bkz. Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-Online No: 770.

Örnek üzerinden açıklayacak olursak, bedelin ödenmesi için bir vade belirlenmiş olması halinde bu vadenin belirli vade mi yoksa kesin vade mi olduğunun araştırılması değerlidir.<sup>622</sup> TBK md. 212’de ticari satımlarda malın teslim için belirli vade öngörülmesi halinde kararlaştırılan vadenin satış sözleşmesine kesin vade olduğu karine olarak kabul edilir.<sup>623</sup> Ancak böyle bir düzenlemeye CISG’de rastlanılmamaktadır. Dolayısıyla CISG uyarınca kararlaştırılan vadeye uyulmaması halinde bunun taraflar için ne önem arz ettiği her somut olayda ayrı değerlendirilmeye muhtaçtır.<sup>624</sup>

Başka bir örnekte ise; tarafların her somut olayda söz konusu yükümlülüğe verdikleri önemin tespitinin esaslı ihlal değerlendirmesindeki yerini anlamak üzere aydınlatıcı olmaktadır. Taraflar arasında şarap mahzenindeki havanın belirli bir derecede tutulması için bir eser sözleşmesi imzalanmıştır. Bu sistemin kurulmasının taahhüt edilmesi karşısında, sistemin gereği gibi çalışmaması nedeniyle şarapların bozulması halinde esaslı ihlalin oluşacağı tartışmasızdır. Ancak benzer bir sözleşmede yükümlülük altına girilen mevzu evin ısı sisteminin kurulması ve sıcaklığın 20 derecede tutulması olsa idi ve basit bir arıza nedeniyle evin ısı belirli bir süre 20 derecenin altına düşseydi bu durumda esaslı bir ihlalden bahsetmek mümkün olmayacaktı. Ayrıca yukarıdaki örnekten devam edecek olursak, ısı sisteminin bozulması nedeniyle alıcının evinin bir odasındaki çok ender rastlanan türden çiçeklerinin zarar görmesi de sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Zira taraflar sözleşmede, sözleşme görüşmelerinde ısının belirli bir aralıkta tutulmasının önemine ilişkin bir düzenleme getirmemişlerdir.<sup>625</sup>

İçtihattan bir örnekle açıklamak gerekirse: Fransız Temyiz Mahkemesinin verdiği bir karara konu olayda;<sup>626</sup> Fransız Kot üreticisi firma ile ABD’de yerleşik bir alıcı arasında yapılan sözleşme gereğince belirli miktar kotun satımı ve Güney Amerika ile Afrika’ya gönderimi konusunda anlaşılmıştır. Hem sözleşme öncesindeki müzakereler sırasında hem de sözleşmenin ifasının takibi sırasında, satıcı tarafından defalarca ve ısrarla satılan malların varış yerine ilişkin delil sunulması talep edilmekle birlikte, ikinci bir teslimat

<sup>622</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 301; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 216.

<sup>623</sup>Aral and Ayrancı (n 71) 104; Gümüş (n 71) 43; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 60.

<sup>624</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 301,101ff.

<sup>625</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 301, 102ff (Bu örneğe PECL Art 8, 103 şerhinde yer verilmiştir.)

<sup>626</sup>Cour d’appel de Grenoble, 22.02.1995, tarihli, CISG-Online No: 151.

sırasında malların İspanya'ya sevk edildiği anlaşılmıştır. Temyiz Mahkemesi, CISG md. 8/I'e göre satıcının sözleşme ilişkisine girerken varolan niyetinin ön görüşmelerde açıkça anlaşılabilir olduğunu ve bunun da alıcı tarafından bilinebilir olması gerekçesiyle, CISG'nin 25. maddesi anlamında sözleşmenin esaslı ihlalini teşkil eden haklı bir menfaatin karşılanmadığı sonucuna varmıştır.

Öte yandan, bazı beklentiler zaten “niteliği gereği” haklı sözleşmesel beklentilerdir. Zira bir milletlerarası mal satım sözleşmesinin en azından satım konusu malın niteliği, miktarı ve bedelini içereceğinden, her sözleşmede bu hususlara ilişkin beklenen menfaatlerin olduğu, tarafların herhangi bir yükümlülüğe özel bir önem atfetmedikleri durumlarda da somut olayın özelliklerine bakarak menfaatlerinin kapsamının belirlenmesi yapılmalıdır.<sup>627</sup>

Ayrıca sözleşmeden beklenen haklı (meşru) menfaatin sınırları çizilirken tarafların tacir oldukları gözden kaçırılmamalıdır. Zira tacir sıfatıyla hareket eden tarafların yan edim yükümlülükleri de bu kapsamda değerlendirilebilir. Dolayısıyla özellikle sözleşme ihlalinin esaslılığının tespitinde, sözleşmenin ticari yönünü de dikkate almak ve her olay özelinde yapılacak somut değerlendirme ile asli yükümlülükler dışındaki yan edimlerin de esaslı ihlal oluşturup oluşturmayacağına tespitini yapmak gerekir.<sup>628</sup> Söz gelimi, ihlale maruz kalan tarafın ticari itibar kaybının da dikkate alınması gerektiği önerilmiştir.<sup>629</sup>

Sonuç olarak, CISG md. 25 uyarınca, esaslı ihlal derecesine ulaşan bir olumsuzluğun bulunup bulunmadığı noktasında ihlalin sebep olduğu kaybın miktar olarak çokluğu değil; yarattığı sonuçlar açısından, sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatlere ne derece olumsuz etki yaptığı araştırılmaktadır.<sup>630</sup>

<sup>627</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 300, 301.

<sup>628</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 302. Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 17.09.1992 tarihli, CISG-Online: 28.

<sup>629</sup>Björklund (n 186) Art 25, Para 14.

<sup>630</sup>Björklund (n 186) Art 25, Para 10; Graffi (n 78) 339; Zeller, 'Fundamental Breach' (n 186) 89; Zeytin, *CISG* (n 2) 106; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 134.

Başka bir deyişle, olumsuzluğun kapsamının ve işlevinin ihlalin esaslılık testinden geçebilmesi için saptanması önem arz etse de CISG md. 25 bu olumsuzluğun ayrıca ihlale uğrayan tarafın sözleşmeden beklemekte olduğu haklı menfaatten “önemli ölçüde yoksun bırakacak” şekilde ortaya çıkmasını aramaktadır. Dolayısıyla devam eden bölümlerde, "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatlerin kapsam ve işlevi" ve bu "menfaatlerden önemli ölçüde yoksun" kalma kıstasları incelenmiştir.

### 3. Menfaatten “Önemli Derecede” Yoksunluk

Sözleşme ihlalinin CISG md. 25 uyarınca esaslı olarak nitelendirilebilmesi için, menfaat yoksunluğunun “önemli derecede” olması aranmaktadır. Bu doğrultuda, menfaat yoksunluğunun “önemli” olarak nitelendirilebilmesi için aranan eşiğin açıklığa kavuşturulması önem kazanmaktadır. Önemli olumsuzluğun anlamı; “*sözleşme uyarınca beklemekte haklı olunan menfaatlerden önemli ölçüde yoksun kalınması*” olarak tanımlanmıştır.<sup>631</sup> Böylece esaslı ihlal sonucunu haklı kılan bir menfaat yoksunluğunun ulaşması gereken ağırlık, önemli derecede olumsuzluk kıstası ile belirlenmektedir.

O halde cevap arayan soru şudur: Önemli derece yoksunluk için önemli seviyenin sınırı neye göre belirlenecektir? Nitekim esaslı ihlal değerlendirilmesinin yapılabilmesi için menfaattaki yoksunluğun ulaşması gereken seviyenin ve bu değerlendirme yapılırken hangi ölçütlerin kullanılacağına tespit edilmesi önem taşımakta olduğundan bu başlıktan altında bu soru cevaplandırılmaya çalışılmıştır.

#### a. Önemli Derecede Menfaat Yoksunluğunun Kapsamı

CISG md 25’in düzenlemesindeki, “önemli ölçüde yoksunluk” deyişindeki “önemli ölçü” kriterinin muğlak ifadesi doktrin tarafından eleştirilere maruz kalmıştır.<sup>632</sup> Hükmün lafzına baktığımızda, CISG md. 25 hükmünün devamında, CISG’in İngilizce resmi metninde yer alan “*as substantially to deprive*” ifadelerine karşılık olarak, “önemli ölçüde yoksun bırakacak” çevirisine yer verilmiştir.

<sup>631</sup>Shroeter (n 159) Art. 25 N. 21.

<sup>632</sup>Will, ‘Article 45-52’ (n 167) 211; Graffi (n 78) 339.

Antlaşma'nın resmi İngilizce metninde md. 25 hükmünün, oldukça benzer anlamlara gelen “*fundamental*” ve “*substantial*” sözcüklerinin kullanılmış olması, doktrinde totoloji yapıldığı şeklinde yorumlanmaktadır.<sup>633</sup>

WILL, “Esaslı” (*fundamental*) ihlal kavramının düzenlendiği md. 25’de “önemli ölçüde” (*substantial*) sıfatının da kullanılmasını, totolojik bir intiba yarattığı iddiasıyla yerinde olarak eleştirilmiştir.<sup>634</sup> Nitekim, sözleşme ihlalini karakterize eden “önemli” ve “esaslı” kelimelerinin kullanımı arasındaki totoloji, tanımlanan bir sözcüğün, başka bir sözcükle yeniden tanımlanarak anlamın güçlendirilmesi ve metindeki uyumun sağlanması için kaçınılmaz görünmektedir.<sup>635</sup>

Sözleşmesel beklentiden “önemli derecede” yoksun kalmaya ilişkin ilk değerlendirmeler, 1960 ve sonrasında *common law* hukuk sistemlerinde ağırlık kazanmış olmakla birlikte, İngiltere Temyiz Mahkemesi tarafından verilen, daha önce bahsi geçen<sup>636</sup> *Hong Kong Firm Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kaisha Ltd. kararı*, bu anlamda doktrine ışık tutan kararlardan biri olmuştur. Zira kararda, sözleşmenin esaslı olarak ihlal edildiğine ilişkin değerlendirme, ihlal edilen sözleşme yükümlülüğünün önemine göre değil; ihlal neticesinde alacaklının tüm menfaatinden yoksun kalıp kalınmadığına göre belirlenmiştir.<sup>637</sup>

Esaslı ihlal kavramının tarihsel gelişiminden bahsederken ifade ettiğimiz üzere burada kısaca belirtmek isteriz ki, Antlaşma'nın 1978 tarihli taslağında “haklı beklentiden yoksunluk” kıstasına yer verilmemiştir. Taslakta hüküm; “*Taraflardan birinin sözleşme*

---

<sup>633</sup>Hükümde geçen “*fundamental*” kelimesi ihlali nitelerken, “*substantial*” kelimesi yoksun bırakma fiilini nitelemektedir. Enderlein and Maskow (n 20) 113; Will, ‘Article 25’ (n 253) 212; Graffi (n 78) 339.

<sup>634</sup>Will, ‘Article 45-49’ (n 167) 211. Karşı görüş: “Esaslı” ve “önemli ölçüde” ifadelerinin totoloji yaratmadığı görüşünde: Peacock (n 153) 101.

<sup>635</sup>Enderlein and Maskow (n 20) Art 25, 3.2. “*That repetition seems to have been unavoidable to ensure congruence of the definiens and the definiendum.*” Buna karşın PEACOCK, “Esaslı” ve “önemli ölçüde” ifadelerinin totoloji yaratmadığı görüşündedir. Peacock (n 153) 101

<sup>636</sup>Tez bkz: “Esaslı İhlal Kavramının Gelişim Süreci” 61 vd.

<sup>637</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 293, 294.

*ihlali, diğer tarafta önemli bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esastır;(...)*” şeklinde kaleme alınmıştır.<sup>638</sup>

Taslaktaki hükme “haklı beklentiden yoksunluk” kriterinin eklenmesiyle hükümdeki odak noktasının olumsuzluktan, yoksun kalınan menfaatlere yöneltildiğini söylemek mümkündür. Böylece, esaslı ihlal; meydana gelen olumsuzluğun büyüklüğü veya miktarına göre değil; tarafların sözleşme uyarınca haklı beklentilerinden ne derece yoksun kaldığına göre değerlendirilecektir.<sup>639</sup> Bu doğrultuda yoksunluğun hangi boyuta ulaştığı, yani önemli derecede bir yoksunluğun var olup olmadığı ise, sözleşmesel menfaatlerin bir bütün olarak değerlendirilmesiyle tespit edilebilecektir.<sup>640</sup>

Bunun yanı sıra, 1978 taslağı Sekretarya şerhinde menfaat yoksunluğu yaratan olumsuzluğun öneminin tespitinin kural olarak somut olay temelinde yapılması gerektiği, bununla birlikte sözleşmenin mali/parasal değerinin, mağdur tarafın uğradığı zararın maddi değerinin ya da ihlalin mağdurun diğer ticari faaliyetlerine olan etkisinin değerlendirmeye alınabileceği belirtmiştir.<sup>641</sup>

*BABI*AK, bu yorumdan yola çıkarak, taslağı hazırlayanların basit ve doğal bir şekilde “olumsuzluk” kelimesi ile sözleşmenin parasal değeri ve sözleşmenin sebep olduğu maddi olumsuzluğun kastedildiği sonucuna varmanın mümkün olduğu görüşündedir. Sözleşme ihlaline uğrayan tarafın mali zararının ve faaliyetlerinin sözleşme ihlali ile ne derecede olumsuzluğa uğradığının tespit edilerek, esaslı ihlal değerlendirilmesinin yapılabileceği görüşündedir. Ayrıca yazara göre, Viyana Satım Sözleşmesinin tarafları tüketiciler değil, sözleşmeden beklentileri maddi olarak ölçülebilecek olan doğrudan

<sup>638</sup>Official Records (n 179) 303 vd.

<sup>639</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 496, Babiak (n 167) 120.

<sup>640</sup>Huber and Mullis (n 18) 215, Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 495-496; Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) 322, Peacock (n 153) 102, 103; Kaşak (n 185) 342; İçtihat bu yönde: Tribunale di Forlì, 11.12.2008, CISG-Online No: 1729.

<sup>641</sup>Sekretarya Şerhi, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods Prepared by the Secretariat (“Secretariat Commentary”), UN DOC. A/CONF. 97/5, United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980, Babiak (n 167) 119. Hazırlık konferansında Pakistanlı delege, esaslı ihlalin daha objektif kriterlere dayanması adına, ihlale uğrayan tarafın satım işlemine ilişkin menfaatinin hükme eklenmesi teklif etmiştir. Diğer delegeler ise bu teklif yetersiz görüp, bunun üzerine bu ifade yerine haklı beklentiden yoksunluk kriterinin eklenmesi teklif etmişlerdir. Bu teklif Çalışma Grubu tarafından kabul edilmiştir. Official Records (n 179) 299, 300.



tacirlerdir. Dolayısıyla ihlale maruz kalan tarafın sözleşme kapsamında beklemekte haklı olduğu menfaatlerinin, bu nesnel ölçütlere göre yapılması gerektiği görüşündedir.<sup>642</sup> Kaldı ki uluslararası taşınır mal satımına ilişkin bir sözleşme olarak CISG, asgari olarak ilgili malların türü, malların miktarı ve bedelini içerecektir. Bu nedenle, sözleşmenin tarafları sadece belirli bir tür ve miktarda malın satılması beklentisi içinde değil aynı zamanda belirli bir sabit parasal değeri elde etmeyi de amaç edinmiş kişilerdir. Dolayısıyla sözleşmenin mali değeri ve ihlale uğratılan menfaatin maddi değeri, “önemli olumsuzluk” ölçütünün belirleyici kriterleri olmalıdır görüşündedir.<sup>643</sup>

*BABI*AK’la benzer bir görüşe sahip *PAIVA* da; “önemli ölçüde yoksunluk” kıstası bakımından yapılan değerlendirmede, sözleşmenin taraflar açısından maddi değerinin ve ihlal sebebiyle maruz kalınan maddi yoksunluğun dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Bu çerçevede, ihlale uğrayan tarafın sözleşmeye göre haklı maddi beklentisi ile maruz kaldığı maddi yoksunluk arasındaki fiili farka bakılarak değerlendirme yapılması gerektiğini savunur.<sup>644</sup>

Doktrinde bir grup yazar karşı görüştedir. Şöyle ki, onlar 1978 tarihli Taslak’taki hükmün değiştirilerek Sözleşme metni haline gelmiş olmasının, salt bu Sekretarya Şerhindeki görüşe göre yorum yapılması şeklinde anlaşılabilmesi gerektiğini savunurlar. Bu yazarlar sadece şerhe bağlı kalmanın Sözleşmenin amacıyla bağdaşmadığı görüşündedirler.<sup>645</sup>

*KOCH* da benzer bir görüştedir. Yazara göre, sadece sözleşmenin mali değerinin ve ihlal nedeniyle uğranılan maddi zararın, önemli derecede olumsuzluk eşiğinin belirleyicisi bir unsur olarak kabul etmek; ihlale maruz kalan açısından ağır sonuçlar doğurabilir.<sup>646</sup> Kaldı ki, Sekretarya Şerhinde “*sözleşme uyarınca beklemekte haklı*

---

<sup>642</sup>CISG md. 2 uyarınca “Kişisel veya ailevi ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması..” için uygulanmaz diyerek tüketicileri konu dışı bırakmıştır.

<sup>643</sup>Babiak (n 167) 120.

<sup>644</sup>Paiva (n 183) § 4.2.1.2.1, 4.2.1.5.4.

<sup>645</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 390-391; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 267, 331, 343-344; Lubbe (n 112) 460.

<sup>646</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 267.

*olunan şeyden önemli derecede yoksun bırakacak olumsuzluk*” kriteri değerlendirmesinde somut olay koşullarının dikkate alınması gerektiği belirtilmiş ve maddi zararlar da sadece örnek olarak gösterilmiştir. Zira, şerhte maddi zarar dışında hususların dikkate alınmayacağını gösteren bir sınırlandırma da yoktur.

Bu görüşü destekleyen diğer bir husus ise, yukarıda da bahsedildiği üzere, CISG md. 74 vd hükümleri ile md. 25 hükümleri arasındaki terminoloji farkında gözlemlenebilir.<sup>647</sup>

İçtihatta, Düsseldorf Eyalet mahkemesinin vermiş olduğu bir karar konuya ışık tutmaktadır.<sup>648</sup> Dava konusu uyuşmazlık belirli özellikleri taşıyan ayakkabıların üretimi ve satımı ilişkisine istinaden, davacı tarafın davalı için özel olarak üretilen ayakkabıların onun pazarlama ve satımına ilişkin münhasır hakkını ihlal ederek izinsiz bir şekilde halka açık bir fuarda sergilemesinden kaynaklanmaktadır. Satıcının alıcının münhasır hakkını ihlal edecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü, dolayısıyla belirli bir tasarıma göre üretilmiş ayakkabıların teşhirden kaçınma yükümlülüğüne uymadığı tespit edilmiştir. Üstelik alıcının, ayakkabıların teşhirden çekilmesi ihtarına rağmen, satıcı ürünleri teşhir etmeye devam etmiş, alıcının pazardaki münhasır satıcı olduğu intibasını zedelenmiştir. Somut olayda hâkim maddi bir zararın gerçekleşmesini aramamıştır. Nitekim, önemi ayrıca ihtarla da bildirilen bir yükümlülüğün ihlalinin, alıcının menfaatleri üzerinde yarattığı önemli derecede olumsuzluk, esaslı ihlali oluşumu için yeterli görülmüştür.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, “önemli ölçüde olumsuzluk” kriterinin gerçekleşmesinin sadece sözleşmenin mali değerine ve ihlalin sebebiyet verdiği maddi zarara indirgemek, “olumsuzluk” kavramının dar yorumlanmasına yol açacaktır. Bu nedenle maddi bir zararın tespit edilmesinin “önemli ölçüde” olumsuzluğun

---

<sup>647</sup> Tez Bkz: “Zarar ve Olumsuzluk Kavramlarının Ayrımı Üzerinden Kapsamının Belirlenmesi”129 vd. Zira CISG md. 74’te zarar kavramına yer verilirken md. 25 anlamında esaslı ihlalin varlığı için zararın oluşması aranmamakta, önemli derecede olumsuzluk yaratacak bir ihlal yeterli görülmektedir. Sözleşmenin İngilizce resmi metninde zarar için kullanılan “*damages*” kelimesi ile Sözleşmenin Fransızca metninde kullanılan “*dommages*” kelimesi md. 25 hükmünde yer almamaktadır. Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 186) 89.

<sup>648</sup> Düsseldorf Eyalet Mahkemesi, 24.02.1997 tarihli, Shoes Case, CISG-Online No: 385. Dava konusu uyuşmazlık aynı zamanda ihlal edilen bir yükümlülüğün mutlaka bir asli edim yükümlülüğü olması gerekmediğinin, yan edim yükümlülüğünün ihlalinin de önemli derecede olumsuzluk kriterini sağlaması halinde, esaslı ihlal oluşturacağı yönünde aydınlatıcı bir hüküm içermektedir.

oluşmasında sadece göstergelerden biri olabileceği kabul edilmelidir.<sup>649</sup> Söz gelimi, ticari bir itibar kaybının olumsuzluk olarak değerlendirilmesi yapılırken maddi anlamda kaybın araştırılmasına ihtiyaç duyulması, Sözleşmenin gerek lafzına ve gerek amacına aykırı olacaktır. Zira olumsuzluk sözleşmenin mali değeri ya da maruz kalınan maddi zarardan öte, sözleşmeyi kökten temelsiz bırakan bir olumsuzluk olarak geniş yorumlanmalıdır.<sup>650</sup>

## **b. “Önemli Ölçü” Seviyesinin Belirlenmesinde Kullanılan Yöntemler**

### **i. Daha Hafif Yaptırımlarla Telafi İmkanının Değerlendirilmesi**

Doktrinde ve içtihadta, olumsuzluğun hangi seviyede önemli dereceye ulaştığının tespiti için genel olarak, iki araç benimsenmiştir. Önemli derece olumsuzluğun tespiti için genel kabul gören yöntemlerden biri; yoksunluğun ulaştığı seviyede artık, bedelin indirilmesi veya malın tamiri gibi daha hafif düzeyde yaptırımlar ile hakkı ihlal edilen tarafın tatmin edilemiyor olmasının aranmasıdır. Bir başka deyişle, ihlale maruz kalan tarafın sadece malın yenisi ile değişimi ve sözleşmeden dönme ile tatmin edilebiliyor olması kıstası kullanılarak olumsuzluğun geldiği derecenin belirlenmesinin mümkün olduğu görüşüdür.<sup>651</sup>

İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir karara konu olayda,<sup>652</sup> Alman satıcı/davalı ile İsviç alıcı/davacı arasında Mısır ve Ürdün’e donmuş et tedariki konusunda anlaşma imzalamışlardır. Alıcı ürünlerin sözleşme koşullarına uygun olmadığı, bu nedenle kendi müşterilerini kaybettiği gerekçesi ile etlerin bedelini ödemediğini iddia etmiştir. Mahkemece tartışılan husus; davacının sözleşmeden dönme hakkının olup olmadığı zira

<sup>649</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 267, 331, 343-344.

<sup>650</sup>Ziegel (n 37) 1, 15.

<sup>651</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 496; Björklund (n 186) Art. 25 N. 12; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 351; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 37; Kaşak (n 185) 342. İctihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-Online No: 1900; Tribunale di Forlì, 11.12.2008, CISG-online NO: 1729; Kantonsgericht Zug, 30.08.2007, CISG-Online no: 1722; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-Online NO: 413; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online No: 135. Hamburg Eyalet Yüksek Mahkemesi (Oberlandesgericht), 14.12.1994, Cism-Online No:216, Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi (Oberlandesgericht), 18.01.1994, CISG-Online No:123, Kassel Eyalet Mahkemesi (Landesgericht), 21.09.1995, CISG-Online: 279.

<sup>652</sup>Bundesgericht, İsviçre Federal Mahkemesi, 28.10.1998 tarihli, CISG-Online No: 413.

tazminat ile tatmin edilebilir bir zarar oluşup oluşmadığı noktasında toplanmıştır. Her ne kadar bilirkişiler tarafından, teslimatı yapılan etlerin yaklaşık yüzde 25.5 oranında yağlı ve donu çözülmüş halde olduğu tespit edilmiş olsa da yerel mahkeme tarafından sözleşmeden dönme hakkı kılacak derecede bir aykırılığın oluşmadığı neticesine varılmıştır. Ayrıca Mahkeme dönme yaptırımının CISG uyarınca, ancak belirli şartların sağlanması ile son çare olarak kullanılabilen bir yaptırım olduğunun, somut olayda ancak tüm şartların sağlanması ile kullanılabileceğini belirtmiştir. Somut olayda, etlerin işlenmesi ya da yeniden düşük fiyatla da olsa satımının mümkün olması bu kapsamda değerlendirilmelidir. Yüksek mahkeme yerel mahkemenin kararını kısmen onayarak söz konusu ürünlerin satım imkânı olduğunu değerlendirmesi ışığında davacının dönme hakkının olmadığı kararını verdiğini belirtmiştir. Nitekim ihlale maruz kalan tarafın, kendisine kullanma imkânı verilen yaptırımlar uygulamaya sokulsa dahi, menfaat yoksunluğunu gideremeyecek olması şartıyla, esaslı ihlalin varlığının kabul edileceğini belirtmiş, dava konusu olayda böyle bir olgunun gerçekleşmediği belirtilmiştir.<sup>653</sup>

Benzer şekilde, Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda,<sup>654</sup> Alman alıcı firma ile İtalyan ayakkabı satıcısı arasında satım anlaşması imzalanmıştır. Alman satıcı malların zamanında teslim edilmemesi ve sözleşmede belirtilen şartlara uygun olmadığı gerekçesiyle satım bedelini ödemekten imtina etmiştir. Ancak teslim için kesin bir vade belirlenmediği gibi ayrıca ayakkabıların beklenen standartların altında olduğu ve yeniden satımının mümkün olmayacağı hususları da belirtilmemiştir. Mahkeme, sözleşmede kararlaştırılan şartlardan esaslı olarak yoksun olarak teslim edilen malların, alıcının haklı sözleşmesel beklentilerini karşılamadığı net olmakla birlikte, alıcının maruz kaldığı yoksunluğun bedelin indirilmesi veya tazminat yoluyla giderilebilme imkânının mevcut olması sebebiyle esaslı ihlalin oluşmadığı kanaatine ulaşmıştır.

Şöyle ki, basit ihlaller halinde kullanılabilen hukuki imkânların, ihlale maruz kalan tarafı korumaya yetmemesi halinde esaslı ihlalin varlığından söz etmek makul görülmektedir. Söz gelimi, Sözleşme ihlali nedeniyle uğranılan zararın teslim edilen

---

<sup>653</sup>Federal Mahkeme'nin bu yaklaşımı, sözleşmeden dönme hakkını son çare (ultima ratio) olarak gören Sözleşmenin düzenlenmesiyle de paralellik göstermektedir. Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 596.

<sup>654</sup>Oberlandesgericht, Frankfurt, 18.01.1994 tarihli, CISG-Online No:123.

malların bedelini aşması veya ihlal nedeniyle teslim edilen malların ekonomik bir değerinin kalmaması esaslı ihlal oluşturacak, menfaatten önemli ölçüde yoksunluk olarak değerlendirilebilecektir.<sup>655</sup>

Nitekim bazı yazarlar,<sup>656</sup> Sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın tazminat ile tatmin edilmesi mümkün ise CISG md. 25 hükmü anlamında bir olumsuzluğun oluşmadığı görüşündedir. Ancak *BRIDGE* tarafından diğer yaptırımların zararı tatmin etmemesi nedeniyle sözleşmeden dönülebileceği şeklindeki yaptırım “kazai yaratıcılık” olarak değerlendirilerek eleştirilmiştir. Nitekim esaslı ihlal şartını karşılamadan da kullanılabilen hukuki imkânlar ile maruz kalınan ihlalin tatmin edilebilmesi halinde, artık bir esaslı ihlalden bahsedilemeyeceği yaklaşımı, çok genel olmakla CISG md. 25 ‘in kullanım alanını da sınırlandır düşüncesindedir.<sup>657</sup>

Ancak bizim de katıldığımız *LEISINGER*’in görüşüne göre, esaslılığın değerlendirilmesindeki bu yaklaşım sadece esaslı ihlalin varlığının yerindelik denetiminin, bir nevi sağlamanın yapılmasına hizmet edebilir. Zira uluslararası ticari sözleşmelerde önemli derecede olumsuzluk yaratan pek çok halde tazminat hukuki imkânının kullanılarak, zararın giderilmesi mümkündür. O halde tazminat ile tatmin edilme imkânı olan ihlallerin (derecesi/ağırlığı ne olursa olsun) esaslı ihlal oluşturmayacağını kabul etmek, CISG md. 25 hükmünün işlevsiz kalmasına yol açması mümkündür.<sup>658</sup> *LEISINGER*; alıcının sözleşme uyarınca beklediği şeyden önemli ölçüde yoksun kalıp kalmadığı değerlendirilirken, sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği anın esas alınması gerektiğini ifade etmekte ve satıcı tarafından sonradan tazminat ödenmesi gibi önlemlerin dikkate alınmamasını gerektiği görüşündedir.<sup>659</sup>

Benzer şekilde görüşü paylaşan *PAIVA*’da; CISG md. 25 hükmünün aslen belirli hukuki imkânların kullanımına olanak sağlamaktadır. Dolayısıyla kullanılacak hukuki

---

<sup>655</sup>Leisinger (n 159) 92, 93.

<sup>656</sup>Enderlein and Maskow (n 20) Art 25 N 3.1; Peacock (n 153) 102.

<sup>657</sup>Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 920, 921.

<sup>658</sup>Leisinger (n 159) 86. Ayrıca Birleşik Krallık tarafından sunulan teklifte sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın tazminat hukuki imkânına başvurması mümkün ise ihlalin esaslı sayılmaması gerektiği şeklinde bir kriterin yaratılması teklifi kabul görmemiştir.

<sup>659</sup>Leisinger (n 159) 87.

imkânların tespiti üzerinden bir kıstas belirlemenin, sistemin tersten yorumlanmasına neden olacağını görüşündedir. Zira başvurulabilecek hukuki imkânlar hükmün niteliğini değiştirmemelidir.<sup>660</sup>

## ii. Sözleşmenin Kurulma Amacının Değerlendirilmesi

Doktrinde ve içtihadta, genel olarak daha çok kabul gören diğer ölçüt ise, olumsuzluğun sebebiyet verdiği yoksunluğun, ihlale maruz kalan tarafın sözleşmeyi kurma amacını boşa çıkaracak derecede, bir başka deyişle sözleşmeyi akdetme niyetini konusuz bırakacak nispette bir olumsuzluğa sebebiyet vermesinin aranmasıdır.<sup>661</sup> Nitekim, ihlale uğrayan taraf sözleşmenin ifasından beklediği menfaati ortadan kaldıracak derecede bir olumsuzluğa maruz kalmakta ise, bu halde sözleşmenin esaslı olarak ihlal edildiği, “önemli ölçüde olumsuzluk” seviyesine ulaştığının kabulü gerekmektedir.<sup>662</sup>

Nitekim somut olaydaki ihlalin, sözleşmenin tümüne nüfus etmesi ve sözleşmeyi adeta konusuz bırakacak derecede olumsuzluk yaratması yeterli görülmektedir. Ayrıca sözleşmeden beklenen menfaatlerin, asli veya yan edimin ifası olması, ya da karşılıklı veya karşılıklı olmayan veya bir davranışta bulunma ya da karşı tarafı korumaya yönelik yükümlülüklerin yerine getirilmesi ile sağlanıyor olması fark yaratmamaktadır. Önemli

---

<sup>660</sup>Paiva (n 183) § 3.2.1.3.

<sup>661</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 267, Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 496. Serozan, ‘Dönmenin Sınırları’ (n 80) 211, Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 239.

<sup>662</sup>Enderlein and Maskow (n 20) Art. 25 N 3.1, 3.2; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 496; Björklund (n 186) Art. 25 N. 12; Graffi (n 78) 340; Erdem, ‘Viyanalı Satım Sözleşmesi’ (n 119) 128. Önemli ölçü için; sözleşmesel beklentilerin tamamının veya büyük bir kısmının ortadan kalkması gerektiği görüşündedir. Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) 321; İchtihadta bu yönde: Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi bir kararında, tarafın sözleşmeye ilişkin beklentilerini ciddi şekilde tehlikeye düşüren ihlalin, esaslı ihlal sayılacağını belirtmiştir. Bkz. Oberlandesgericht, 17.09.1991 tarihli, CISG-Online No:28, Tribunal Cantonal du Valais, 27.04.2007 tarihli, CISG-Online No: 1721 sayılı kararında ifaya yönelik hiçbir ilgi duyulmamasından bahsedilmektedir. Ayrıca Landgericht Heidelberg, 03.07.1992 tarihli, CISG-Online NO: 38 sayılı kararında: alıcı tarafından malların satın alınmasındaki amacın, sözleşme ihlali sebebiyle elde edilemez duruma gelmiş olması arandığı belirtilmiştir. Oberlandesgericht Frankfurt, 18.01.1994, CISG-Online: No: 183 sayılı Shoes Case’de; Alman mahkemesi tarafından kadın ayakkabısı satımına ilişkin sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilip edilmediği değerlendirilmesinde, mahkeme, ayakkabılardaki sözleşmeye aykırılığın önemli ölçüde olmaması nedeniyle, satıcının sözleşmesel beklentilerinden mahrum bırakılmayacağı yönünde hüküm kurmuştur. Oberlandesgericht Frankfurt, 18.01.1994, CISG-online:183. Ayrıca İchtihadlarda bu yönde bkz: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-Online No: 1900; Tribunal Cantonal du Valais, 27.04.2007, CISG-Online No: 1721; Handelsgericht Aargau, 05.11.2002, CISG-Online No: 715; Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-Online No: 770; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-Online No: 413; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online No: 135.

olan, taahhüt edilen kişi için taşıyacağı önem ve bu menfaatin tüm sözleşme ilişkisi genelindeki yeridir.<sup>663</sup>

Frankfurt Temyiz Mahkemesinin kararı bu konuyu aydınlatıcı niteliktedir.<sup>664</sup> Dava konusu olayda, İtalyan ayakkabı üreticisi firma ile Alman alıcı firma, belirli özellikleri taşıyan 130 ayakkabının örnek olarak üretimi için anlaşmışlardır. Satıcı ticari bir fuarda, alıcı için üretmiş olduğu bu belli özellikleri olan ve satıcının markasını taşıyan ayakkabıları, alıcının uyarılarını göz önünde bulundurmada sergilemiştir. Satıcının alıcının onayını almadan, ayakkabıların ticari fuarda teşhir etmesi, alıcının sözleşmeden beklediği menfaatleri büyük ölçüde olumsuzluğa uğratmıştır. Mahkemece, davacının ayakkabıların belirli bir marka ile dağıtım ve pazarlanmasına ilişkin münhasırlığın korunmasına ilişkin hakkının sözleşmede vurgulandığına dikkati çekerek, satıcının ürünleri teşhirden kaçınma yükümlülüğüne uymadığını ayrıca alıcının uyarısının göz ardı edilmesinin, sözleşmeye ileride de uyulması konusunda ciddi bir şüphe yarattığını belirtmiştir. Nihayet alıcının sözleşme ile elde etmeyi umduğu menfaat durumu ile sözleşme ihlali neticesinde ortaya çıkan durum karşılaştırıldığında Alman firmanın münhasırlığın korunmasını ilişkin yan edim yükümlülüğüne uyulmamasının önemli ölçüde olumsuzluk yarattığı kanaatine varılmıştır. Zira alıcı firmanın bu ihlal nedeniyle sözleşme yapma niyeti adeta konusuz kalmıştır. Mahkeme yan edim yükümlülüğü ile asli edim yükümlülüğü arasında bir fark gözetmeyerek, somut olayda menfaatin ne derecede ihlal edildiğinin ve sonuçlarının başlangıçtaki sözleşme kurma niyetini ne ölçüde etkilediği ile ilgilenmiştir.

Ayrıca belirtmek isteriz ki, Mahkeme bu noktada, alıcının menfaatlerinin tazminat veya bedelde indirim gibi diğer hukuki imkânlarla telafi edilebilmesini göz önünde bulundurmamıştır. Zira çözüm odaklı yaklaşım, diğer bir deyişle uygulanabilecek hukuki imkânların varlığına göre esaslı ihlalin tespit edilmesi yaklaşımı, yukarıda da açıklandığı üzere ancak olumsuzluğun derecesinin tespit edilmediği, ihlal edilen yükümlülüğün mahiyetinin ve sözleşme menfaatinin zarar görme seviyesinin önemli ölçüde bir olumsuzluk yaratıp yaratmadığının tespit edilemediği hallerde bir çözüm

---

<sup>663</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. Para 19 (c).

<sup>664</sup>Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Marlboro shoes case, 17.09. 1992, CISG-Online: No: 28.

sunabilir. Karara konu olayda ise ihlale maruz kalan tarafın sözleşme yapma amacını konusuz bırakacak derecede bir ihlale maruz kaldığı ve esaslı ihlalin oluştuğu kuşku yaratmamaktadır.

Nitekim esaslı ihlal derecesine ulaşan “önemli derecede” olumsuzluğun tespitinde, araştırılması gereken asıl husus; ihlalin sebep olduğu kaybın miktar olarak çokluğu değil, yarattığı sonucun ağırlığının ne olduğudur. Bir diğer ifade ile ihlal nedeniyle sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatlerin gerçekleşmesinin ne derecede engellendiğidir<sup>665</sup>. O halde ihlale maruz kalan tarafın, ihlal nedeniyle yaşadığı olumsuzluğun sözleşme ile beklediği menfaatler üzerindeki etkisinin/ağırlığının araştırılması gerekir.<sup>666</sup> Bunu tespit etmek için ise fiili duruma bakmak gerekecektir. Şöyle ki satıcının sözleşme yapma niyetinin bir görünümü olan ve sözleşme ile elde etmeyi umduğu menfaat durumu ile sözleşme ihlali neticesinde elde ettiği/edemediği menfaatlerin karşılaştırılması ile somut olaydaki “fiili durum” tespit edilebilecektir.<sup>667</sup>

Sözgelimi, taraflardan birinin malı ifa etmeyeceğine dair kesin bildirim,<sup>668</sup> malların yeniden satımının mümkün olmaması,<sup>669</sup> temelli ifa etmeme durumunun ortaya çıkması,<sup>670</sup> doğası gereği belirli bir zamanda teslim edilmesi gereken ürünün geç

---

<sup>665</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25 N. 2.1.2.2; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 495, 496; Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) 322; Peacock (n 153) 102, 103; Kaşak (n 185) 342. İçtihatlarda bu yönde bkz: Tribunale di Forli, 11.12.2008 tarihli, CISG-Online NO: 1729.

<sup>666</sup>Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) 321.

<sup>667</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 497; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 240; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 69.

<sup>668</sup>İçtihat: Oberlandesgericht Celle, 24.05.1995 tarihli, CISG-Online:152. İfa etmemeye ilişkin özel bir hakkın verildiği durumlar saklı tutulmuştur.

<sup>669</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 119.

<sup>670</sup>Temelli ifa etmeme kavramından; borçlu taraf bakımından yükümlülüğün yerine getirilmesine engel teşkil eden süreklilik arz eden bir ifa engelinin ortaya çıkması ya da borçlunun ifa etmeyeceğini kesin olarak beyan etmiş olması anlaşılmalıdır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 307. İçtihat: Handelskammer, Zürich, 31.05.1996 tarihli, CISG-Online:1291 kararında: teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığın; malların hammaddesinden kaynaklanmış olduğu tespiti ile ilerideki sevkiyatlarda da söz konusu durumun devam edeceğinin net oluşu, sözleşmenin esaslı ihlal edildiğine kanaat oluşturmuştur. Landgericht Ellwangen, 21.08.1995 tarihli, CISG-Online NO: 279: Temelli ifa etmemeye yol açan bir imkânsızlık tespiti yeterli görülmüş, objektif veya subjektif imkânsızlık arasında bir ayırım yapılmamıştır.



teslimi,<sup>671</sup> sözleşmeye aykırılıklar, üçüncü kişilerin zaptı gibi durumlarda sözleşme amacını ortadan kalkmış olduğu kabul edilebilir.

Yine de her somut olayda, sözleşme ihlalinin, bu ihlale maruz kalan tarafın ihlali öngörmüş olsaydı sözleşme ilişkisine girmemiş olacağı ağırlıkta olup olmadığının değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir. Zira ihlale maruz kalan taraf açısından bu olumsuzluğun ne anlam ifade ettiğinin anlaşılması için, somut olaya göre değerlendirme yapılması adeta zorunluluk taşımaktadır.<sup>672</sup>

Avusturya Yüksek Mahkemesi tarafından verilen karara konu olayda;<sup>673</sup> Alıcı ve satıcı arasında *software* satım konusunda anlaşmaya varılmakla birlikte, satıcı tarafından teslim edilen CD-ROM, *software*'in kullanımı için gerekli tüm modülleri sağlamamaktadır. Bu husus satıcıya bildirilmiş olsa da, *software*'in Avusturya'da kullanımı için gerekli donanım sağlanamamıştır zira böyle bir donanım zaten mevcut dahi değildir. Dolayısıyla kısmen uygun mal teslimi yapıldığı kabul edilse dahi, ihlalin sözleşmenin bütünü üzerindeki etkisi göz önünde tutulmadan yerel mahkeme tarafından ihlalin esaslı olmadığı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.

Yine başka bir kararda,<sup>674</sup> Alman yerel mahkemesi tarafından verilen karar somut olayda olumsuzluğun ihlale maruz kalan taraf açısından, sözleşmenin bütünü içindeki yeri ve bu taraf için öneminin ortaya konulmadan hüküm kurulması nedeniyle eleştirilmiştir. Şöyle ki karara konu olayda; Polonyalı bir şirket olan davacı/satıcı ve bir

---

<sup>671</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 215. Ancak böyle bir tespit için, teslim tarihine verilen önemin anlaşılabilir olması gerekir. Sözleşmeden, görüşmelerden, teammüllerden ya da işin doğası gereği ifa tarihi özel önem arz etmelidir. Corte di Appello di Milano, 20 Mart 1998, CISG-Online No:348 kararı: yılbaşı ağaçlarının belirli bir zamanda teslimine ilişkin, ICC International Court of Arbitration, 01/1997, CISG-Online No:749 kararı: yaz sezonunda satılmak üzere alınan mallara ilişkin teslimin geç yapılması esaslı ihlal sayılmıştır. Ontoria, Yüksek Adalet Mahkemesi, 06.10.2003 tarihli, CISG-Online No: 1436 karara konu olayda, Kanadalı alıcı ve Amerikalı satıcı arasında, kutup bölgesinde inşa edilecek bir tesiste kullanılmak üzere vakumlu panel izolasyon malzemesini satım konusunda anlaşmaya varılmıştır. Sözleşmede teslim tarihleri özel olarak belirtilmesi karşısında malların geç teslimi esaslı ihlal olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme, ayrıca sözleşmede özel önem atfedilmiş teslim tarihlerinin kesin vade teşkil ettiğini, daha da önemlisi kutup bölgesinde inşaat yapılabilmesinin ancak yazın mümkün olması ve zamanında teslimin bu mihvalde de önemli olduğundan bahisle esaslı ihlale karar vermiştir.

<sup>672</sup>Björklund (n 186) 338.

<sup>673</sup>Oberster Gerichtshof (Avusturya Yüksek Mahkemesi), 21.06.2005 tarihli, CISG-Online No: 1047.

<sup>674</sup>Landgericht Saarbrücken, 21.06.2004 tarihli, CISG-Online No: 1228 sayılı karar Schroeter (n 159) Art. 25 N. 58, 249ff; Sarıkaya (n 37) 126.

Alman şirketi olan davalı/alıcı arasında Polonya menşeli paletlerin teslimatı konusunda anlaşma yapılmıştır. Kasım 2000 ile Kasım 2001 tarihleri arasında gerçekleştirilen teslimattan sonra, Alman gümrük yetkililerin gümrük incelemesi neticesinde, paletlerde menşe yerinin Polonya olarak gösterilmemesi nedeniyle gümrük vergisi tahakkuk ettirilmiştir. Malların menşe yerinin Polonya olmaması nedeniyle sözleşmeye uygun mal teslim etme yükümlülüğü satıcı tarafından ihlal edildiği gerekçe gösterilerek mahkemece sözleşmenin esaslı ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ancak alıcının somut olaya göre, sözleşmeden gerçekten neyi beklediği ortaya konulmadan bir başka deyişle alıcının maruz kaldığı olumsuzluğun bu menfaatler üzerindeki etkisi/ağırlığı ortaya konulmadan verilen karar yerinde değildir. Şöyle ki Polonya menşeli malların teslim edilmesinin kararlaştırılmış olması ve gümrük vergisi ödemedi bu malların teslimi, alıcının haklı menfaati olarak görülebilir. Ancak somut olay değerlendirilerek; alıcının bu sözleşmenin bütününden beklediği menfaatin ne olduğunun ve bu ihlalin tüm menfaatin gerçekleşmesini ne derecede olumsuz etkilediğinin ortaya konulması gerekirdi. Ancak sözleşmenin bütününden, malların satın alınma amacının doğrudan vergi muafiyeti ile ilişkilendirilmesi yapılsa idi bu halde sözleşmenin tamamı üzerinde beklenen menfaatin önemli ölçüde karşılanmadığından bahsedilebilmesi mümkün olabilirdi.

Nihayetinde, her somut olayda, sözleşme ile gerçekleşmesi umulan menfaat ile gerçekleşen son durum arasındaki fiili duruma bakılması ve ihlale maruz kalan tarafın ihlal edilen menfaatinin sözleşme içindeki ağırlığını belirlemesi doğru tespit yapılması için gereklilik arz eder.<sup>675</sup> Bu tespit yapılırken, öncelikle sözleşmenin metnin yorumlanması ve CISG md. 8 ve 9'a göre sözleşmeyi çevreleyen diğer faktörlerin (sözleşme görüşmeleri, taraflar arasında yerleşik alışkanlık ve teamüller ile, ticari hayatta uygulana gelen ve taraflardan bilmeleri beklenen uluslararası ticari teamüllerin) birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>676</sup>

---

<sup>675</sup>Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 920; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 497.

<sup>676</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 300,301; Kanişlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 68, 69.

### iii. Özel Önem Atfedilen Yükümlülüğün Varlığının Değerlendirilmesi

Tarafların herhangi bir yükümlülüğe özel bir önem atfederek önemli ölçü çitasını belirlemeleri mümkündür.<sup>677</sup> İhlal edilen yükümlülüğe özel bir önem atfedilip atfedilmediği de yine aynı formülle değerlendirilerek tespit edilmeye çalışılmamıştır. Buna göre, sözleşme ve sözleşmeyi çevreleyen diğer faktörler (sözleşme öncesi görüşmeler, yerleşik alışkanlık ve teamüller) birlikte ele alınarak herhangi bir yükümlülüğe özel önemin veriliş verilmediğinin tespiti yapılmalıdır.<sup>678</sup> Bu tespit yapılması esaslı ihlal yaratan “önemli ölçü” de olumsuzluk seviyesinin belirlenmesini kolaylaştıracaktır.<sup>679</sup> Zira korunması gereken menfaatin sınırlarının bu yollarla tespit edilememesi halinde, menfaat kaybının sözleşme ilişki içerisindeki öneminin bu kez objektif olarak takdir edilmesi gerekmektedir.<sup>680</sup>

Söz gelimi, bedelin ödenmesi için tarafların vade belirlemiş olmaları veya ifanın belirlen bu tarihten sonra yapılmasının alacaklı için ifadan beklenen menfaati ortadan

<sup>677</sup>Schroeter (n 159) Art 25, N 21/(a); Graffi (n 78) 340; Peacock (n 153) 103. Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 498; Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) 321, 322; Björklund (n 186) Art 25 N. 14, 17; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 240; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 69, 70. İçtihatlarda bu yönde Bkz.: Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006, CISG-Online No: 1377; Oberster Gerichtshof, 21.06.2005, CISG-Online No: 1047; Zivilgericht Basel-Stadt, 01.03.2002, CISG-Online No: 729 Mahkeme, esaslı ihlal temelinde hüküm kurarken ihlal edilen yükümlülüğe bağlı menfaatin önemli olduğunu ve bu bakımdan alıcının, gıda ürünlerinin genetiği değiştirilmiş yapıdan arı olması hususuna sözleşmede açıkça değinmekte özel önem atfedilmiştir. Tribunale di Busto Arsizio, 13.12.2001, CISG-Online No: 1323.

<sup>678</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 300, 301; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 68. Alıcının kendi müşterisi ile yapmış olduğu sözleşmenin, ancak satıcı ile aralarındaki sözleşmenin bir parçası haline getirilmesiyle nazara alınabileceği yaklaşımı fazla sınırlayıcıdır. Zira alıcının kendi müşterisi ile olan sözleşmesine yönelik olarak satıcı ile aralarındaki sözleşmeden doğan beklentileri, sözleşme öncesi görüşmeler gibi akdi ilişkiyi çevreleyen diğer koşullardan da anlaşılabilir. Oberster Gerichtshof, 21.06.2005, CISG-Online NO:1047.

<sup>679</sup>Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi yakın tarihli bir kararında, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın bu yükümlülüğün ihlalinden sonra ortaya koyduğu davranış şekillerinin de, belirli bir yükümlülüğe özel önem atfedilip atfedilmediği noktasında belirleyici olabileceğini belirtmektedir. Nitakim CISG md. 8/III uyarınca “tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere” olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınarak belirli bir yükümlülüğe verilen bir önem ortaya konulabilir. Oberster Gerichtshof, 21.06.2005 tarihli, CISG-Online No: 1047. Karşı görüş Schroeter (n 159) Art. 25 N. 23 dn. 83, N. 29 dn. 106. Avusturya Yüksek Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararda ise, alıcı ile onun müşterileri arasındaki sözleşmenin satıcı ile alıcı arasındaki sözleşmenin bir parçası haline gelmedikçe önem taşımayacağı ileri sürülmüştür. Oberster Gerichtshof, 21.06.2005 tarihli, CISG-Online No:1047 (soft ware case III)

<sup>680</sup> Zeytin, ‘Esaslı İhlal’ (n 541) 648. “Sözleşmenin amacına ulaşmasının ne derece zorlandığı tespit edilmelidir.”

kaldıracağı şüphesiz ise, yükümlülüğün ihlaline atfedilen bu özel önem esaslı ihlalin tespitini kolaylaştıracaktır.<sup>681</sup>

Ya da başka bir örnekte sözgelimi, taraflarca malların kalitesi, teknik özellikleri ya da belgeli satışlarda ticari örf ve adetlere, teamüllere göre belgelerde uygunluk aranmaktadır. Malların taşıma sigortası yaptırılması esaslı bir yükümlülük olarak sayılır. Alıcının malları ihraç etmek amacıyla satın alması durumunda satıcının taşıması gereken sağlık belgesini veya ihracat lisansı eksikliği esaslı bir yükümlülük ihlali sayılır. Nitekim taraflarca malların belirli bir detayı ya da alt alıcılar için hayati önem taşıyan konular da esaslı ihlal olarak kabul edilebilir.<sup>682</sup>

İtalyan Mahkemesi tarafından verilen bir kararı örnek göstermek gerekirse;<sup>683</sup> İtalyan satıcı ve Ekvatorlu alıcı arasında gıda muhafaza etmek için kullanılan plastik poşetlerin geri dönüşümünü sağlamak üzere endüstriyel makine üretimi için anlaşmaya varılmıştır. Sözleşme öncesi görüşmelerde makinenin verimlilik/üretim düzeyine özel bir önem yüklenmiş ve böylece bu hususun sözleşmenin önemli bir parçası olduğu belirtilmiştir. Hatta satıcıya örnek bir torba dahi gönderilmiş, bu torba cinsinin geri dönüşümü hususunda Avrupalı sanayicilerce sektörde yaşanan önceki problemlere de alıcı tarafından dikkat çekilmiştir. Bu bilgiler dahilinde, somut olayda satıcının, alıcıya makinelerin üretim sürecinde sahip olduğu yüksek performansı garanti ettiği kabul edilmiştir. Dolayısıyla alıcı tarafından tüm önemli noktaların belirtilmiş olması karşısında, yeterli sayıda poşetin geri dönüşüme kazandırılmaması ve makinenin üretim sürecindeki performans düşüklüğü nedeniyle esaslı ihlalin oluştuğuna karar verilmiştir. Bu kararda özellikle mahkeme tarafından, tarafların söz konusu yükümlülüğe atfettikleri özel önemin, ihlalin esaslılığının değerlendirilmesinde nazara alındığı belirtilmiştir

Ancak salt taraflarca bir yükümlülüğe önem arz edilmesi veya bu sonuca varılması kendiliğinden ihlali esaslı hale getirmemektedir. Her zaman “gerçek olumsuzluk” aranmalı başka bir deyişle bu ihlalin sonuçlarının ağırlığına bakılmalıdır. Bu da ancak

---

<sup>681</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 21.

<sup>682</sup>Schroeter (n 159) Art. 25, N. 23.

<sup>683</sup>Tribunale di Busto Arsizio, 13.12.2001 tarihli, CISG-Online: 1323

ihlale maruz kalan tarafın uğradığı menfaat kaybının fiili durumda sözleşmedeki ağırlığının saptanması ile yapılabilir.<sup>684</sup>

#### iv. Aykırılığı Giderme Hakkının Kullanılmasının Değerlendirilmesi

Satıcının bir yükümlülüğü ihlal etmesi ve bu ihlalin fiilen olumsuz bir sonuç yaratmış olması karşısında, CISG md. 48 anlamında vadeden sonra da sözleşmeye aykırılığı giderme imkânı bulunmaktadır.<sup>685</sup> Ancak alıcının uğramış olduğu olumsuzluğun derecesinin, CISG md. 25'in aradığı şartları sağlayacak mertebeye ulaşmasından sonra sözleşmeye aykırılığı giderme iddiası, esaslı ihlalin oluşumunu engellemeyecektir.<sup>686</sup> Başka bir deyişle, bu imkân ihlalin esaslı olarak değerlendirilmesinin önüne geçemeyecektir.

Ancak satıcının sözleşme ihlalinin oluşumundan sonra ve fakat bu ihlalin esaslı bir ihlal seviyesine ulaşmasından önce de aykırılığı giderme imkânı olan durumlar olabilir. Esaslı ihlal seviyesine ulaşmadan evvel aykırılığın giderilmesi yoluyla özellikle alıcının ileriye yönelik olarak beklenen esaslı ihlal iddialarının önüne geçilebilmektedir. Söz gelimi, satıcı sözleşmede kararlaştırılan üretim gücünün altında bir makine teslim etmiş olsun, bu halde alıcının üretim eğrisi zaman içinde azalacaktır. Bu noktada incelenmesi gereken, hangi andan itibaren CISG md. 25 anlamında öngörülen seviyede bir olumsuzluğun oluşmuş olduğu olmalıdır.<sup>687</sup>

Görüldüğü üzere olumsuzluk kavramı statik bir kavram değildir.<sup>688</sup> Bu nedenle de sözleşme ihlalinin başlangıçtaki seviyesinin ilerleyen süreçlerde artabileceği kabul edilmektedir. Nitekim ihlalin ilk oluştuğu zaman yarattığı olumsuzluk belirli bir zaman sonra esaslı ihlal yaratacak bir boyuta ulaşabilir. O halde satıcının bu aykırılığı esaslı ihlal seviyesine ulaşmadan önleme niyetinin veya olanağının olup olmadığı araştırılmalıdır. Eğer CISG md. 48 anlamında, böyle bir imkân ve niyetten

<sup>684</sup>Schroater (n159) Art. 25, N. 21.

<sup>685</sup>CISG md. 48.

<sup>686</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 299; Müller-Chen (n 44) Art 49, N 30-35.

<sup>687</sup>Enderlein and Maskow (n 20) Art. 25 N. 3; Peacock (n 153) 103; Sarıkaya (n 37) 119.

<sup>688</sup>Enderlein and Maskow (n 20) Art. 25 N. 3.

bahsedilebiliyorsa, alıcının artık ileride oluşması beklenen olumsuzluğu objektif bir temelde ispatlaması imkânı kalmayacaktır.<sup>689</sup>

Satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına ilerleyen bölümlerde yer verildiğinden burada önemli ölçüde olumsuzluk seviyesinin belirlenmesi üzerindeki etkisine kısaca değinmekle yetindik.<sup>690</sup>

#### **v. Olumsuzluk Seviyesindeki Değişikliklerin Değerlendirilmesi**

Sözleşme ihlalinin zaman içerisinde sonuçlarının ağırlığı artabileceği gibi tam tersine başlangıçta ağır sonuçlar yaratan bir ihlalin sonuçları sonradan hafif bir ihlal seviyesine inebilir. Bu durum yukarıda bahsedildiği üzere olumsuzluk kavramının dinamik yapısından kaynaklanmaktadır.

Çoğu zaman malların geç teslim edilmesi ilk etapta esaslı ihlal derecesinde bir olumsuzluk yaratmasa da, belirli bir süre bu gecikmenin devam etmesiyle fiili olumsuzluk zamanla artmakta ve esaslı bir ihlal yaratacak düzeye ulaşabilmektedir.<sup>691</sup> Burada önemli olan ileride gerçekleşmesi umulan sözleşmesel beklentinin ne derece varsayımsal olduğunun her somut olaya göre değerlendirilmeye alınmasıdır. Zira ileride ortaya çıkması beklenen menfaatlerin objektif bir zemine dayanması gerekir.

Tam tersi yönde; başlangıçtaki ihlalin tamamen ortadan kalkması ya da etkisinin azalması da mümkündür. Söz gelimi, sözleşme ile satım kararlaştırılan gıda ürünlerinin içeriğinin alıcının ülkesindeki gıda güvenliği kurallarına uygun olmaması halinde ve bu nedenle de alıcının kendi müşterilerine satımının mümkün olmaması halinde esaslı ihlal oluşmaktadır. Hal böyleyken, ürünlerin alıcıya tesliminden kısa bir süre sonra, alıcının ülkesindeki ilgili kuralların değişikliğe uğraması ile bu ürünlerin üçüncü kişilere satım önündeki engel ortadan kalkarsa bu durumda esaslı ihlal yaratan olumsuzluğun ortadan kalktığı söylenebilir. Bu durumda alıcı, ülkedeki gıda güvenliği kurallarının satışa imkân

<sup>689</sup>Müller-Chen (n 44) Art 49, N 30, 35; Sarıkaya (n 37) 119.

<sup>690</sup>Tez bkz: "Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkının Esaslılık Üzerindeki Etkisi" 289 vd.

<sup>691</sup>Zeytin, *CISG* (n 2) 179.

verecek şekilde olumlu yönde değişmesine rağmen sözleşmeden beklenen menfaatinde oluşan azalma/kayıp nedeniyle esaslı ihlale dayanması yine de mümkündür. Örneğin ürünleri satabilse dahi beklediği müşteri sayısının ya da semeninin azaldığını ispat ederek ya da bu malları satımının yasak olduğu süreçte satamamış olmasına dayanarak zaten menfaat kaybına uğramış olduğunu ispatlayarak esaslı ihlal hükümlerine dayanabilir<sup>692</sup>. Ayrıca bu kurallar değişmeden önce alıcı, esaslı ihlale dayanarak haklı şekilde sözleşmeden dönmüş olabilir ve bu riski sözleşmeyi ihlal eden tarafın taşıması gerekir. Burada yapılması gereken esaslı ihlalin oluşma şartına bağlanan yaptırımların kullanılacağı –örneğin dönme beyanının- hüküm doğuracağı ana göre esaslı ihlalin varlığının araştırılması olmalıdır.<sup>693</sup>

Buraya kadar esaslı ihlal yaratan bir olumsuzluğun önemli derecede menfaat kaybı yaratıp yaratmadığının değerlendirilmesi için kullanılan yöntemleri inceledik. Özetle, önemli ölçü seviyesinin belirlenmesinde; ihlalin miktar olarak çokluğu değil ihlalin sonuçlarının ağırlığının nazara alınması önem taşır. Bu ağırlığın değerlendirilmesi ise ancak somut olaya bakılarak fiili durumun tespit edilmesi ile mümkündür. Ayrıca ihlal edilen yükümlülüğe özel bir önem atfedilip atfedilmediği veya diğer seçimlik haklarla telafi edilip edilemeyeceği, edimin ifasının imkânsız olup olmadığı, karşı tarafın yükümlülüğü ifa etmeme niyeti, ileride ifanın gerçekleşeceğine ilişkin güven kaybının olup olmadığı, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmeye aykırılığı gidermeyi teklif edip etmediği gibi hususlar da olumsuzluğun önemli ölçüye ulaşmasının değerlendirilmesinde dikkate alınan kriterler olmaktadır.<sup>694</sup>

CISG sisteminde sözleşmeden dönmenin son çare olarak kabul edilmesi prensibinin bir uzantısı olarak,<sup>695</sup> esaslı ihlal kriterinin sağlanması oldukça güçleştirilmiştir.<sup>696</sup> Ancak bir yandan, esaslı ihlal değerlendirilmesinin yapılmasında kimi zaman takdir payı

---

<sup>692</sup>Sarıkaya (n 37) 120,121.

<sup>693</sup>Sarıkaya (n 37) 121. İtihatla bu yönde bkz: Bundesgerichtshof, 24.9.2012 tarihli kararı CISG-Online NO: 2545.

<sup>694</sup>Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 68.

<sup>695</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 496.

<sup>696</sup>Peacock (n 153) 106.

hâkime bırakılmıştır.<sup>697</sup> Bu durum, ticari hayatta beklenen kesinlik ve tahmin edilebilirlik ihtiyacı karşısında, ticari aktörlerin hangi durumlarda sözleşmeden dönme haklarını kullanabileceğini tam tespit edememeleri sonucunu ortaya çıkmaktadır.<sup>698</sup>

## C. Menfaat Kaybının Öngörülebilir Olması

### 1. Öngörülebilirlik Kavramına İlişkin Genel Açıklamalar

Sözleşmenin ihlali, hakkı ihlale uğrayan tarafı sözleşmeden beklediği menfaatlardan önemli derecede yoksun bırakan bir olumsuzluğa yol açmış olsa da, bu sonucun sözleşmeyi ihlal eden tarafça ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi tarafından öngörülemez olması durumunda, esaslı ihlalin varlığından bahsedilecektir.<sup>699</sup>

CISG md. 25 hükmünde bu husus; “*meğer ki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun*” denilerek açıkça ortaya konulmuştur. Genel kabul gören görüşe göre, öngörülebilirlik kistası esaslı ihlalin varlığı için aranan üçüncü ve son şart olmaktadır.<sup>700</sup>

Hükümde geçen; “öngörü”nün sözlük anlamı, bir olgunun veya olayın geleceğini tahmin etme, ileriye yönelik anlayış olarak açıklanmaktadır.<sup>701</sup> Hükümde yer alan öngörülebilirlik ifadesinin; geçmişte oluşmuş ileriye yönelik tahmin, bilgi veya anlayışı işaret ettiği belirtilebilir.

Buraya kadar sayılan diğer iki esaslı ihlal şartı, sözleşme ihlaline maruz kalan kişide bu ihlalin yarattığı sonuçlara odaklanmakta idi. Ancak öngörülebilirlik şartı, sözleşmeyi

<sup>697</sup>Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 922; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 243; Zeytin, *CISG* (n 2) 106.

<sup>698</sup>Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 922; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 50.

<sup>699</sup>Yelkenci, *Dönme* (n 166) 44.

<sup>700</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25 Para. 2.2.2.1; Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 918; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 303.

<sup>701</sup>Güncel Türkçe Sözlük, sozluk.gov.tr (Erişim: 20.02.2022) Hükümün İngilizce resmi metninde kullanılan “foresee” kelimesi de benzer şekilde, bir olayı, durumu önceden kestirmek manasına gelmektedir. <https://www.merriam-webster.com/dictionary/foresee> (Erişim: 20.02.2022)



ihlal eden tarafın doğrudan ve dolaylı olarak içinde bulunduğu durum ve koşullar dikkate alınarak araştırıldığından, bu ihlalin sonuçlarının, ihlali yaratan tarafça öngörülebilir olması veya öngörmesi beklenen olumsuzluklar olması esaslı ihlal değerlendirmesinin çatısını oluşturur.<sup>702</sup>

Aşağıda detaylı olarak aktarılacağı üzere, öngörülebilirlik şartı, sözleşme ihlaline yol açan sebeplerinin öngörüsünde değil doğrudan ihlalin sonuçlarının öngörülebilirliğinde aranır. Başka bir ifadeyle, önemli olan, bu ihlalin ortaya çıkardığı sonuçların öngörülebilir olmasıdır.<sup>703</sup> Ayrıca konunun önemi ve doktrindeki tartışmalar nedeniyle öngörülebilirliğin, öngörülebilirliğin aranacağı kişi, öngörülebilirliğin aranacağı zaman aralığı, sözleşme içeriği ile bağlantısının ortaya konulması açısından konu olarak sınırı ve görüş birliği sağlanamayan bir husus olarak öngörülebilirliğin esaslı ihlal değerlendirmesindeki işlevi ve ispat külfetine ayrı başlıklar altında değinilmiştir.

## **2. Öngörülebilirlik Değerlendirmesinin Kapsamı**

### **a. Öngörmesi Beklenen Kişi**

Sözleşmenin 25. maddesi uyarınca, menfaat kaybının sözleşmeyi ihlal eden tarafça öngörülmemesi ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi tarafından da öngörülmemesi halinde sözleşmenin esaslı ihlalinden bahsedilemez. Bu nedenle esaslı ihlalin oluşması için menfaat kaybının ihlal eden tarafça (subjektif kriter) ve makul bir kişi tarafından (objektif kriter) öngörülebilir olması gerekmektedir.<sup>704</sup>

Böylece menfaat kaybının öngörülebilirliği yalnızca sözleşmeyi ihlal eden taraf açısından değil aynı zamanda, objektif bir kıstasla, makul bir üçüncü kişi esas alınarak da test edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla hem subjektif bilgi noksanlığının olması, hem de

<sup>702</sup>Honnold and Flechtner (n 214) 183; Açıklalın (n 67) 71.

<sup>703</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 26; Zeytin, *CISG* (n 2) 107. İçtihatlarda bu yönde bkz: Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 02.11.2004 tarihli, CISG-Online No: 1285.

<sup>704</sup>Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 137,138; Toker 'Esaslı İhlal' (n 187) 228.

objektif olarak bilmenin mümkün olmaması halinde esaslı ihlalin varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır.<sup>705</sup>

### **i. İhlal Eden Tarafça Öngörülebilirlik (Subjektif Test)**

Öngörülebilirliğin kişi bazında değerlendirilmesi testlerine daha yakından bakacak olursak; subjektif değerlendirmede, sözleşme ihlalinin yol açtığı olumsuz sonuçların bizzat sözleşmeyi ihlal eden tarafça öngörülmesi aranmaktadır.<sup>706</sup>

Burada asıl olarak aranan, bu kişi tarafından “fiilen öngörmenin” gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğidir.<sup>707</sup> Nitekim sözleşmeyi ihlal eden tarafça, ihlalin sonuçlarını öngörmesini sağlayacak tüm bilgiler edinilmiş olsa bile, bir sebeple oluşabilecek olumsuz sonuçlar öngörülemediği olabilir. Böyle bir durumda subjektif testin uygulanması ile ihlalin sonuçlarının öngörülüp/öngörülemediği tespit edilecektir.

Görüldüğü üzere, subjektif testte, sonuçların öngörülemediği olmasındaki sebeplerinin önemi yoktur önemli olan “gerçekten öngörülemediği olma” durumunun gerçekleşmiş olmasıdır.<sup>708</sup> Dolayısıyla öngörülemediği durumunu, söz gelimi ihlale maruz kalan tarafın paylaşmayı unuttuğu bir bilgiden kaynaklanmış olabileceği gibi,<sup>709</sup> her iki tarafın kontrol alanı dışında gerçekleşmiş sebeplerden, örneğin evrakın postada kaybolması gibi bir sebepten de kaynaklanmış olabilir.<sup>710</sup>

Bunun yanı sıra, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, ihlalin sonuçlarını öngörebilmesi için gerekli olan bilgiye sahip olup olmadığının değerlendirilmesi bu kişi özelinde yapılmalıdır. Dolayısıyla bu kişinin sahip olduğu ticari deneyim ve bilgi ile ticari

---

<sup>705</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 303; Babiak (n 167) 121; Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 918; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 499; Huber and Mullis (n 18) 215; Zeytin, *CISG* (n 2) 132; Toker ‘Esaslı İhlal’ (n 187) 228; Özdemir, *TBK ve CISG’e Göre Ayıp* (n 144) 81.

<sup>706</sup>Björklund (n 186) Art 25, Para 20; Lookofsky (n 96) 115; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 303, Zeytin, ‘Esaslı İhlal’ (n 541) 45; Dayıoğlu, *Tazminat* (n18) 38; Özdemir, *TBK ve CISG’e Göre Ayıp* (n 144) 81.

<sup>707</sup>Sarıkaya (n 37) 141.

<sup>708</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, Nr. 2.2.2.1.

<sup>709</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, Nr. 2.2.2.1; Babiak (n 167) 122.

<sup>710</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, Nr. 2.2.2.1.

yeteneği dikkate alınarak, ilgili sözleşme ihlali ile meydana gelen sonucu öngörüp öngöremeyeceği belirlenmelidir.<sup>711</sup> Böylece sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu ihlalin sonuçlarını öngörüp öngörmemesi onun, sözleşmeyi çevreleyen koşullar hakkındaki bilgi seviyesine göre tespit edilmiş olacaktır.<sup>712</sup>

## ii. Makul Bir Kişi Tarafından Öngörülebilirlik (Objektif Test)

Öngörülebilirliğin sadece bizzat ihlali yaratan kişi bazında aranması yeterli bir sonuç ortaya koymayacağından, hükmü düzenleyenler ayrıca objektif bir değerlendirmeye ihtiyaç duymuşlardır. Nitekim sözleşmeyi ihlal eden tarafın kişisel özelliklerinin ortaya konulması, bu özelliklerin değişken olması ve en önemlisi “fiilen öngörülmenin” gerçekleşmemiş olduğu konusunda her zaman bu kişinin beyanına riayet edilmesinin gerçekçi olmaması karşısında, objektif bir kriter ortaya koymak adeta zaruri olmuştur.<sup>713</sup>

Böylece “aynı konum ve koşullar altındaki makul kişinin” öngörüsü de kritere dahil edilmiştir. Buna göre, makul kişinin belirlenmesinde iki unsur dikkate alınacak ve sözleşmeyi ihlal eden taraf ile “aynı konum” ve “aynı koşullarda” bir kişi varsayımından hareket edilecektir.<sup>714</sup>

Objektif kriterin sağlanmasında, öncelikle “makul kişinin” kim olduğunun değerlendirilmesi gerekir. Bu anlamda, varsayımsal üçüncü kişinin sözleşmeyi ihlal eden kimse ile aynı iş alanında, aynı mesleki ve fikri beceriye sahip, ayrıca dil, din sosyo-ekonomik geçmişi gibi hususlarda benzerlik taşıyor olması aranmaktadır.<sup>715</sup> Bunun yanı sıra, basiretli, dürüstlük kuralına uygun davranışlar da aranan özellikler arasındadır.<sup>716</sup> Ayrıca bu makul kişinin araştırmasında, “aynı konumda bulunma”

<sup>711</sup>Schroeter (n 159) 25, Para 30.; Lorenz (n 183) 8.

<sup>712</sup> Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, Nr. 2.2.2.1; Babiak (n 167) 122.

<sup>713</sup> Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, N. 2.2.2.2.4; Björklund (n 186) Art. 25 N. 21; Lorenz (n183) 8.

<sup>714</sup> Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, N. 2.2.2.2.4.

<sup>715</sup> Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, N. 2.2.2.2.4; Babiak (n 167) 122; Björklund (n 186) Art. 25 N. 21; Yücedağ (n 212) 192.

<sup>716</sup> Zeytin, *CISG* (n 2) 132.

unsuru, daha çok subjektif nitelikte, kişinin sadece ticari konumunu değil, sosyo-ekonomik konumunu da dikkate almaktadır.<sup>717</sup>

“Aynı koşullarda bulunma” unsuru ise, daha objektif nitelikte, kişinin içinde bulunduğu dönemde mevcut ulusal ve küresel piyasa şartları, siyasi, iklimsel ve benzeri etkenlerin, bir başka deyişle ihlale etki eden tüm çevresel motifin birlikte dikkate alınmasını gerektirmektedir.<sup>718</sup>

Nitekim, objektif değerlendirme ölçütünde kullanılan “objektif üçüncü kişi” tanımı, CISG md. 8/III ile de örtüşmekte olduğundan, “aynı koşullardaki makul kişi” kıstasında, olayın tüm koşullarının dikkate alınması makul görülmekte böylece sözleşmeyi ihlal eden tarafın içinde bulunduğu konum ve koşulların, tüm veriler ışığında daha net bir biçimde ortaya konulacağı düşünülmektedir.<sup>719</sup>

O halde sadece sözleşmeyi ihlal eden tarafın kişisel özellikleri değil, o kişi ile aynı konum ve koşullarda bulunan makul bir kişinin de öngörülebilirliği dikkate alınacaktır.<sup>720</sup> Bu doğrultuda hem subjektif bir öngörülebilirliğin tespiti, hem de objektif olarak öngörülebilirliğin mümkün olmaması gerekmektedir.<sup>721</sup>

Başka bir deyişle, sözleşmeyi ihlal eden taraf, bu ihlali kendisi öngörememiş olduğu gibi, aynı konumdaki makul bir kişiden de aynı koşullarda bu sonucu öngörmesi beklenmiyor olmalıdır.<sup>722</sup> Bu nedenle, sözleşme ihlalinin yaratacağı sonuçların ihlal

---

<sup>717</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, N. 2.2.2.2.4; Liu (n 106) 13; Zeytin, ‘Esaslı İhlal’ (n 541) 649; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 39.

<sup>718</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, N. 2.2.2.2.4; Zeytin, ‘Esaslı İhlal’ (n 541) 649; Zeytin, *CISG* (n 2) 132.

<sup>719</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, N. 2.2.2.2.2.

<sup>720</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 264; Lorenz (n 183) 6.

<sup>721</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 303; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 499; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 70.

<sup>722</sup>Lui (n 107) 13; Sarıkaya (n 37) 143.

eden tarafından öngörülemediği ancak makul üçüncü kişi tarafından öngörülebildiği hallerde de sorumluluk doğacağı kabul edilmelidir.<sup>723</sup>

Bir örnekle konuyu aydınlatacak olursak; Avrupa’da faaliyet gösteren büyük ölçekli bir firma, kozmetik üretimi yapan firmalara, AB standartlarına uygun kozmetik üretimini karşılamayan pestisit oranı yüksek meyve özleri teslim etmiştir. Subjektif öngörünün gerçekleşmediğini varsaydığımız ihtimalde, öngörülebilirlik değerlendirmesi ayrıca satıcı ile aynı konum ve koşullardaki makul bir kişinin, öngörülebilirliğine göre yapılacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken Avrupa pazarındaki alelade bir satıcının değil bizzat örnek olaydaki satıcı ile aynı çapta ve deneyimde faaliyet gösteren bir satıcının özellikleri dikkate alınmalıdır. Nitekim satıcının özelliklerinin tam olarak değerlendirmesi bu öngörülebilirliğin araştırmasında daha kesin sonuçlar ortaya çıkmasını sağlayacaktır.<sup>724</sup>

Peki sözleşmeyi ihlal eden kişinin, makul üçüncü kişinin sahip olmadığı özel bir bilgiye sahip olması durumunda, bu bilgi öngörülebilirlik değerlendirmesinde dikkate alınacak mıdır?

Bir görüşe göre, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, makul üçüncü kişinin sahip olmadığı özel bir bilgiye sahip olması nedeniyle öngörebileceği olumsuzluklar sözleşmenin esaslı ihlalinin değerlendirilmesinde dikkate alınmamalıdır. Zira CISG md. 25 hükmündeki "*sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun*" ibaresinde, her iki halin "ve" bağlacı ile birbirine

---

<sup>723</sup>Yücedağ (n 212) 192; Sarıkaya (n 37) 145, 209ff. İçtihatla benzer yönde: Oberster Gerichtshof, 21.06.2005 tarihli kararı, CISG-online: 1047. Avusturya yüksek mahkemesi tarafından verilen karara konu olayda: Alıcı ve satıcı arasında Soft-Ware satım konusunda anlaşmaya varılmakla birlikte, satıcı tarafından teslim edilen CD-ROM, software’in kullanımı için gerekli tüm modülleri sağlamamaktadır. Bu husus satıcıya bildirilmiş olsa da, soft ware’in Avusturya’da kullanımı için gerekli donanım sağlanamamıştır. Sözleşme konusu yazılım ve bunun parçalarının Avusturya’da kullanılacağı net olarak anlaşıldığından, Avusturya içerisinde kullanıma uygun olmayan parçaların teslim edilmesi esaslı ihlal oluşturur nitekim satıcı tarafından objektif olarak öngörülebilir olduğu kabul edilmiştir. Gerechthof’s - Gravenhage, 23.04.2003 tarihli, CISG-Online No: 903 karara konu olayda: Teslim edilen mallara sözleşmeye ve uluslararası standartlara aykırı olması nedeniyle alıcının ülkesinde el konmuştur. Alıcının ülkesinde genel bir kural bulunmasa dahi, satıcının ülkesindeki hukuka göre el koymanın mümkün olması nedeniyle, bu hususun satıcı tarafından öngörülebileceği kanaatine varılmıştır.

<sup>724</sup> Yelkenci, *Dönme* (n 166) 47.

bağlaması, sadece sözleşmeyi ihlal eden tarafın bildiği ihlallerin dikkate alınmasına engel teşkil ettiği düşünülmektedir.<sup>725</sup>

Bizim katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre; *WILL ise*, olumsuzluğu aslında öngörebilecek olan sözleşmeyi ihlal eden tarafın, makul üçüncü bir kişinin olumsuzluğu öngörmeyeceğinden bahisle sorumluluktan kurtulmasına olanak verilmemesi görüşündedir.<sup>726</sup> Bu durumda sadece ihlal edenin bizzat öngörebileceği olumsuzlukların, aslında “fiilen öngörülebilir” olduğu dikkate alınarak, öngörülebilirliğin gerçekleştiği kabul edilmelidir.<sup>727</sup>

Nihayetinde, sözleşmenin ihlali neticesinde ortaya çıkan sonucun öngörülebilirliği hem objektif hem de subjektif ölçüte göre değerlendirilmelidir.<sup>728</sup> Dolayısıyla, sözleşmeyi ihlal edenin, kendi bilgi seviyesi vb. nedenlerle öngörmesinin kendisinden beklenemeyeceği ancak aynı konum ve koşullardaki makul üçüncü bir kişinin öngörebileceği sonuçlar ile sözleşmeyi ihlal edenin deneyim veya özel bir bilgisi nedeniyle öngörebileceği ancak aynı konum ve koşullardaki makul üçüncü bir kişinin öngöremeyeceği sonuçlar da, öngörülebilirliğin değerlendirmesinde dikkate alınarak esaslı ihlalin oluşup oluşmadığının tespitinde belirleyici olacaktır.<sup>729</sup>

## **b. Öngörülmesi Beklenen Zaman Aralığı**

Taslak metinde veya CISG md. 25 hükümde öngörülebilirlik kriterinin değerlendirilmeye alınacağı zaman aralığına ilişkin olarak herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.<sup>730</sup> Bu durum akla şu soruyu getirmektedir: Öngörülebilirliğin varlığı için sözleşmenin kurulma anı mı yoksa ihlalin meydana geldiği an mı esas alınacaktır? Bir diğer ifadeyle, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen gelişme ve olaylar,

<sup>725</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 265.

<sup>726</sup>Enderlein and Maskow (n 20) 115; Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, N 2.2.2.2.4.

<sup>727</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, N 2.2.2.2.4; Huber and Mullis (n 18) 215.

<sup>728</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25, N 2.2.2.2.4; Huber and Mullis (n 18) 215.

<sup>729</sup>Benzer görüşte: Yücedağ (n 212) 193.

<sup>730</sup>Sekretarya Şerhi’nde bu hususla alakalı olarak, hâkimlerin somut olayı değerlendirerek sonuca varacakları ifade edilmiştir. Sekretarya Şerhi (n 179) Art 23 (CISG Art. 25), Para. 5, 44ff.

öngörülebilirlik kriterine ilişkin yapılacak değerlendirmede göz önünde bulundurularak, geniş bir yorum yöntemi mi benimsenecek, yoksa dar yorumla sadece sözleşmenin kurulduğu anda var olan durumla mı sınırlı tutulacaktır?<sup>731</sup>

Esaslı ihlal kavramının gelişim süreçleri incelenirken değinildiği üzere, burada kısaca belirtmek isteriz ki, UNCITRAL taslak grup çalışmasında; ULIS md. 10 hükmünde öngörülebilirliğin “sözleşmenin kurulma anına” göre belirlenmiş olmasından bahisle,<sup>732</sup> CISG’de de benzer bir düzenlemeye gidilmesi gerektiği görüşü yanı sıra, öngörülebilirliğin “ihlal anı” dikkate alınarak değerlendirilmesinin daha doğru olduğunu savunan farklı görüşler ortaya atılmıştır.<sup>733</sup>

Nihayetinde, UNCITRAL Taslak Sözleşmesi hazırlanırken yapılan tartışmalar neticesinde, Sözleşme metninde yazılmak üzere, belirli bir zaman diliminin kararlaştırılmamış olması, bu konudaki kararın mahkemelere bırakıldığı sonucunun çıkarılmasına oldukça müsait görünmektedir. Nitekim taslağın Sekretarya Şerhinde uyuşmazlık halinde mahkemenin; “sözleşmenin akdedildiği an” veya “ihlalin yapıldığı an”ı kabul edebileceği belirtilmiştir.<sup>734</sup> Bu konu Viyana Konferansı esnasında da tartışılmış, sonuç olarak, olumsuz oylara karşın, çoğunluk kararı ile, değerlendirilme anının CISG md. 25 hükmünde yer almamasına karar verilmiştir.<sup>735</sup>

Nitekim ZIEGEL, delegelerin çoğunluğu tarafından somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiği görüşü ile bu hususun mahkemelerin tercihine bırakılmasına karar

<sup>731</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 336; Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 923 Zira bu tespit esaslı ihlale bağlananan sonuçların kullanım alanını daraltacak veya genişletecek olduğundan son derece önem taşımaktadır.

<sup>732</sup>ULIS md. 10. Uyarınca “ *Sözleşmeyi ihlal eden taraf, sözleşmenin kurulması anında, diğer âkidin yerinde bulunan makul bir kişinin sözleşme ihlâlini ve sonuçlarını öngörmüş olsaydı bu sözleşmeyi akdetmeyecek olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse ihlal bu yasa anlamında esaslı sayılır.*” Bu hükme ilişkin açıklamalar için bkz tez: ‘ULIS’e Hazırlık ve ULIS Dönemi’ 65 vd. Ayrıca DCFR Art. III - 3:502/II.a düzenlemesinde, öngörülebilirlik testi bakımından sözleşmenin kurulduğu anın dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca PECL Art. 8:103 düzenlemesinin şerhinde de sözleşmenin kurulduğu an esas alınmıştır.

<sup>733</sup>UNCITRAL, ‘Yearbook 8’ (n 307) 1997’ 31.

<sup>734</sup>Sekretarya Şerhi, (n 179) md. 23 (CISG md. 25), Para 5, 44ff; Toker, ‘Esaslı İhlal’ (n 187) 230.

<sup>735</sup>Tez bkz: ‘Viyana Konferansları Süreci ve Nihai Durum’ 73 vd, Official Records (n 179) 303.

verildiğini belirtmektedir.<sup>736</sup> Benzer şekilde *BABIAC da*, hükmü hazırlayanların bilinçli bir şekilde bu hususun ucunu açık bıraktığını, asıl amacın hükme esneklik kazandırmak olduğunu böylece sonradan gelişebilecek durumlara karşı pozisyon alınmasının kolaylaştırıldığını belirtmektedir.<sup>737</sup> *WILL* de benzer şekilde, katı bir tutum yerine, menfaat dengesinin gözetildiği sonuçlara ulaşmanın esnek yapı gözetilerek amaçlandığını ifade etmektedir.<sup>738</sup> Nitekim, bizim de katıldığımız, metindeki boşluğun bilinçli susma değerlendirildiği görüşe göre, ilgili zaman diliminin hükümde yer almaması hükmü hazırlayanların, somut olayın takdirini mahkemelere bıraktıklarının bir göstergesi olarak kabul edilmelidir.<sup>739</sup>

## **i. Sözleşmenin Kurulduğu An'da Öngörülebilirliği Arayan Görüşün Gerekçesi**

### **a. Menfaat Dengesinin Bozulmaması Gereği**

CISG'de öngörülebilirliğin aranacağı zaman dilimine ilişkin açık bir düzenleme olmayışı, doktrinde farkı görüşlerinin oluşmasına neden olmakla birlikte, bugün hâkim görüş, prensipte öngörülebilirliğin sözleşmenin kurulduğu anın esas alınarak belirlenmesinden yanadır.<sup>740</sup> Bu görüşü savunan yazarlar savlarını iki temel gerekçeye dayandırır.

Bunlardan birincisi; bu görüş taraftarlarına göre, sözleşmenin kurulma anından sonra ortaya çıkan hususlar, öngörülebilirlik değerlendirmesinin dışında kalmalıdır. Zira, esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken sadece tarafların haklı sözleşmesel beklentileri esaslı ihlalin kapsamında olduğundan, baz alınması gereken “sözleşme uyarınca”

---

<sup>736</sup>Ziegel (n 37) 19.

<sup>737</sup>Babiak (n 167) 123.

<sup>738</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25, N 2.2.2.2.5.

<sup>739</sup>Huber and Mullis (n 18) 216; Björklund (n 186) Art. 25 N. 25; Erkan (n 161) 72. Önemli sayıda temsilci, olay özelinden hareket edilmek üzere bu meseleyi karar makamlarına bırakmayı uygun görmektedir. Ziegel (n 37) 19.

<sup>740</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 33; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 498; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 321; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 305; Schlechtriem, *Uniform Sales Law* (n 20) 60; Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) 324, 325; Huber and Mullis (n 18) 216; Björklund (n 186) Art. 25 N. 25; Schlechtriem and Butler (n 28) 98; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 245 vd; Leisinger (n 159) 112, 113; Kanişlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 70; Erkan (n 161) 76,77;Yelkenci, *Dönme* (n 166) 48.



belirlenmiş olan yükümlülüklerdir ve bu meşru beklentiler ancak sözleşme anı referans alınarak tespit edilebilir.<sup>741</sup> Nitekim, esaslı ihlal değerlendirilmesine, sözleşmenin kurulma anından sonra gerçekleşen hususların dahil edilmesi, taraflar arasındaki menfaat dengesini bir tarafın tek yanlı olarak değiştirebilmesine yol açabilecektir.<sup>742</sup> Ayrıca taraflar sözleşmenin kurulma anında, sözleşmesel yükümlülüklerini belirlemiş ve hangi risklerin altına girdiklerini kabul etmişlerdir.<sup>743</sup> Dolayısıyla tarafların sözleşme ilişkisine girerken üstlenecekleri riskleri bilmeleri ve buna göre edim-karşı edim dengelerini oluşturmaları öngörülebilirlik ilkesinin yegane amacı olmakla, bu da öngörülebilirliğin en geç sözleşme kurulduğu ana kadar tespiti ile mümkün görülmektedir. Sözleşmenin kurulması anından sonra ulaşılan veya ulaşılabılır olan bilgiler sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörüsünün değerlendirmesinde dikkate alınmamalıdır.<sup>744</sup>

## b. Sözleşmenin Sistemik Yorumu Gereği

Ayrıca bu yazarlar, sözleşme anının, öngörülebilirliğin değerlendirmesinde esas alınması gerektiğinin ikinci gerekçesi olarak, sözleşmenin sistematiğini göstermektedirler<sup>745</sup>. Şöyle ki, CISG’de, tarafların bilmesi/bilmesinin gerekmesi,

<sup>741</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 266; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 499; Björklund (n 187) Art. 25 N. 26.

<sup>742</sup>Björklund (n 187) Art. 25 N. 26; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 500; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 266; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 245, 246.

<sup>743</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 321, 322; Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) 324, 325; Huber and Mullis (n 18) 216; Björklund (n 186) Art. 25 N. 26.

<sup>744</sup>Enderlein and Maskow (n 20) 300; Ulusu (n 93) 98,99. Ancak bu noktada, sözleşmenin kurulduğunun anın doğru tespit edilmesi önemli olduğundan, CISG’in “sözleşmenin kurulması”na ilişkin hükümlerin yer aldığı Kısım II ‘nin yorumunda CISG md. 8 dikkate alınmalıdır. Bun maddeye göre; tarafların iradesinin veya makul bir kişinin anlayışının tespitinde “*tarafların sözleşme sonrası davranışları*”nın dikkate alınması gerektiğini düzenlemektedir. Sözgelimi, tarafların icap ve kabul beyanı ile sözleşmeyi kurduğunu varsayalım. Alıcı ürün paketlemek amacıyla satın aldığı makineyi tuz paketlemek için de kullanacağını sözleşme kurulduktan sonra ama ifadan önce satıcıya bildirmiştir. Ancak satıcı makineyi yine de aynı şekilde göndermiştir. Bu durumda henüz sözleşme ifa edilmeye başlamadan önce alıcının verdiği bu bilgiyi ve satıcının bu bilgi karşılığında hiçbir tepki vermemesini md. 8 kapsamında “sözleşme sonrası davranış” olarak nitelendirirsek, bu durumda satıcının sözleşmenin kurulması anındaki “fiilî bilgi”si tespit edilirken, sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında bu “sözleşme sonrası davranış” da dikkate alınacaktır. Dolayısıyla alıcının satıcıya vermiş olduğu bu bilgi de, bir sözleşme hükmü olarak, satıcının sözleşmenin kurulması anındaki öngörüsünün tayininde belirleyici olacak ve bu zararların satıcı bakımından sözleşmenin kurulması anında öngörülebilir olduğuna hükmedilecektir. Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 186) 102; Ulusu (n 93) 99. Aynı yönde bkz: Schroeter (n 159) Art 25, Para 33.

<sup>745</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 322; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 305.

öngörmesi/öngörmesinin gerekmesi gibi kriterlerin kullanıldığı diğer sözleşme maddelerinde de, sözleşme anının belirleyici olacağı açıkça ifade edilmiştir. Sözleşme’de, CISG md. 31.b, md. 42/II.a, md. 73/3, md. 74 ve md. 79/I hükümlerinde sözleşmenin kurulma anı değerlendirilmeye alınan zaman aralığı olarak belirlenmiş olduğundan<sup>746</sup> bu görüşü savunan yazarlara göre, CISG’in diğer maddelerindeki bu uygulama nazara alınarak, sözleşmenin sistematik yorumu gereği, kıyas yolu ile CISG md. 25’in de aynı şekilde yorumlanması gerektiğini savunmaktadırlar.<sup>747</sup>

Nitekim, CISG sisteminde, öngörülebilirlik testine, sözleşmenin esaslılığının tespit edilmesi dışında tazminat borcunun sınırlandırılmasında da başvurulmaktadır.<sup>748</sup> Zira, CISG md. 74 hükmünde öngörülebilirlik değerlendirmesi bakımından açıkça sözleşmenin kurulma anına değinilmektedir.<sup>749</sup> *HUBER*’e göre, CISG md. 74 hükmünde nazara alınan bu zaman dilimi; öngörülebilirliğin sözleşmenin kurulduğu an’a göre değerlendirilmesi sonucunu doğuracak şekilde, CISG md. 7/II bağlamında genel bir ilke olarak kabul edilebileceği görüşündedir.<sup>750</sup> *LEISINGER* da, sözleşme ihlali halinde kolaylıkla başvurulabilen tazminat sorumluluğunun sınırlanması bakımından sözleşmenin kurulduğu an dikkate alınmış olduğundan, sözleşmeden dönme bakımından da mantıken bu zaman diliminin gözetilmesi gerektiğini düşünmektedir.<sup>751</sup> Bunun yanı sıra *BRIDGE*, hem tazminatın hem de sözleşmeden dönmenin taraflar arasındaki

---

<sup>746</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 245. Örneğin md. 31/b “..malın bulunduğu yerin sözleşmenin kurulduğu anda bilinmesi..”, md. 42/2(a) “..alıcının üçüncü kişilerin hakları konusunda sözleşmenin akdi anında bilgi sahibi olması, md. 73/3 “..ard arda teslimli sözleşmede sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için sözleşmenin kurulduğu sırada malların bir bütün olarak anlam ifade ettiğinin anlaşılması halinde”, md. 74 “.. ancak sözleşmenin kurulması sırasında öngörülebilir olan zararların tazmini”, md. 79(1) “sözleşmenin kurulması anında hesaba katılmayacak bir engelin varlığı halinde tazminattan kurtulma” açıkça sözleşmenin kurulma anını işaret eden diğer maddeler olduğundan sistematik yorumlanmalıdır. Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 245. Ayrıca Magnus, CISG md. 35/II.b hükmüne göre “alıcının, özel beklentilerini sözleşmenin kurulduğu anda satıcıya iletmesi gerekmektedir”. Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) 324, 325.

<sup>747</sup>Benzer görüş: Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 321, 332; Leisinger (n 159) 112, 113; Schroeter (n 159) Art. 25 N. 32; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 245; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 306-307; Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 923, 926; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 500; Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) 324, 325; Garro (n 532) 364; Huber and Mullis (n 18) 216; Björklund (n 186) Art. 25 Para. 26; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 70.

<sup>748</sup>Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 40.

<sup>749</sup>CISG md 74.

<sup>750</sup>Huber and Mullis (n 18) 216.

<sup>751</sup>Leisinger (n 159) 112.

pazarlıkta belirleyici olduğunu belirterek her iki hükümde aranan öngörülebilirlik testinde aynı zaman diliminin esas alınmasının makul olacağını ifade etmekte; ancak bu görüşün CISG'in hazırlık çalışmaları tarafından desteklenmediğini de eklemektedir.<sup>752</sup> *SCHLECHTRIEM* de benzer şekilde CISG'in taraflar arasındaki sözleşme kapsamındaki haklı beklentiler çevresinde şekillendiğini bu nedenle tazminat hükümlerinde yer alan sınırlamanın esaslı ihlal için de uygulama alanı bulabileceğini savunmaktadır.<sup>753</sup> Aynı görüşü savunan *KOCH* da, uluslararası ticaretteki risklerin, sözleşmenin kurulma anına göre belirlendiğini, CISG md. 74'teki tazminata ilişkin hükümde ve art arda teslimli satışlara ilişkin sözleşmeden dönme yaptırımının bakımından md. 73(3) hükmünde<sup>754</sup>, sözleşmenin kurulma anına atıf yapmış olmasının bu görüşün bir uzantısı olduğunu ve esaslı ihlal değerlendirmesinin de benzer şekilde yapılması gerektiğini savunmaktadır.<sup>755</sup>

Nitekim, bu hususta uygulamada görüş birliği olduğunu söylemek güç olmakla birlikte Almanya Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, malların teslimatının gecikmesi üzerine, alıcının geç teslimat yerine malları hiç teslim almamayı tercih etmesi ve bu hususun satıcı için sözleşmenin kuruluşu sırasında öngörülebilir olduğunun kabul edilmesi ile, öngörülebilirliğin ilgili zaman dilimi açısından sözleşmenin kurulma anı itibarıyla arandığı görülmektedir.<sup>756</sup>

Öte yandan, CISG md. 74 üzerinden yapılan tüm bu değerlendirmeler aslında farklı amaca hizmet etmektedirler. Şöyle ki, esaslı ihlalin tespit edilmesinde başvuru olan öngörülebilirlik kriteri ihlalin, ihlale maruz kalan tarafın haklı olarak beklediği

---

<sup>752</sup>Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 926.

<sup>753</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 15; Schlechtriem, *Uniform Sales Law* (n 20) 60; Schlechtriem and Butler (n 28) 98.

<sup>754</sup>CISG md 73/3 "Münferit bir teslimata ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan eden alıcı, aynı zamanda, gerçekleşmiş teslimatlara ve gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak da sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir, yeter ki teslimatlar arasındaki bağlantı nedeniyle bunlar artık sözleşmenin kurulması sırasında taraflarca öngörülen amaç doğrultusunda kullanılmayacak olsun." **Tez bkz:** 'CISG'de Ardı Ardına Teslimli Sözleşmeler' 391 vd.

<sup>755</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 321-322, 332.

<sup>756</sup>Düsseldorf Eyalet Yüksek Mahkemesi, Oberlandesgericht, 24.04.1997 tarihli, CISG-Online: 385, Aynı yönde bkz. Çin Uluslararası Ekonomi ve Ticaret Tahkim Merkezi, 18.08.1997 tarihli, CISG-Online: 1073 sayılı kararı, Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi, Oberlandesgericht, 12.11.2001 tarihli, CISG-Online:1430 sayılı kararı.

menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmasına neden olan olumsuzluğa ilişkin iken CISG md. 74 uyarınca aranan öngörülebilirlik; ihlal sonucu doğan zararların öngörülebilirliğine ilişkin olmaktadır. Bu hükümde düzenlenen öngörülebilirlik kıstasının konusu, CISG md. 25 hükmünde yer verileden farklıdır.<sup>757</sup>

Bizim de katıldığımız görüşe göre; CISG md. 74'deki hüküm üzerinden CISG md. 25'te düzenlenen öngörülebilirlik kıstasının değerlendirilmesine uygun değildir. Zira CISG md. 25'in sonuçları dönme ve malın yenisi ile değişimi gibi ağır yaptırımlara olanak verirken, CISG md. 74 basit ihlaller de dahi başvurulabilecek bir tazminat yükümlüğü düzenlemektedir. Bu nedenle tazminat sorumluluğun açıkça sözleşmenin kurulduğu an ile sınırlandırılması makul görünmektedir. Ancak esaslı ihlal değerlendirilmesinde dikkate alınacak öngörülebilirliğin aranacağı zaman diliminin istisnai durumlarda dürüstlük kuralı çerçevesinde genişletilmesi mümkün olmalıdır.<sup>758</sup>

Bir sonraki başlıkta sözleşmenin kurulma an'ı yanında sözleşme ihlalinin gerçekleşme an'ının da sözleşme ihlalinin sonuçlarının öngörülebilirliği aranacak zaman dilimi olarak esas alan görüş ve gerekçelerine yer verilmiştir.

## ii. İhlal An'ını da Öngörülebilirlikte Esas Alan Görüşün Gerekçesi

Yukarıda açıklandığı üzere, CISG md. 74'ten yola çıkarak öngörülebilirlikte aranacak zaman diliminin sözleşmenin kurulma an'ı olarak kabul edilmesi görüşü eleştirilmiştir. Zira *HONNOLD*'a göre; esaslı ihlal değerlendirilmesi sırasında, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin nasıl etkilendiği araştırılmaktadır. Nitekim bazı durumlarda, sözleşmenin kurulma anında bir tarafın farkında olmadığı kendi menfaatlerinin

<sup>757</sup>Schlechtriem, *Uniform Sales Law* (n 20) 96, Atamer, 'İfa Engelleri' (n35) 243; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 46, Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 40, CISG md. 74'te yer alan öngörülebilir zararlarla sınırlı sorumluluk aslında kusurusuz sorumluluk ilkesinin tamamlayıcısı niteliğinde olmaktadır. CISG md. 74 hükmündeki öngörülebilirliğin konusuna ilişkin detaylı bilgi için Bkz: Ullus (n 93) 129 vd.

<sup>758</sup>Benzer yönde Honnold and Flechtner (n 214) 183. Aksi halde, dürüstlük kuralı bu sorumluluğun genişletilmesine izin vermesine rağmen ihlale maruz kalan tarafın, ne tazminat isteyebilmesi ne de esaslı ihlale bağlı yaptırımlara başvurabilmesi gibi bir durum ortaya çıkabilirdi. . Kaşak, istisnai olarak dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda sözleşme kurulma anından sonra gönderilen bilginin dikkate alınabileceğini savunmaktadır. Kaşak (n 185) 347.

olabileceğini, bu nedenle sözleşmenin kurulma an'ı yanında, ihlalin gerçekleşme anının da dikkate alınması gerektiği savunmaktadır.<sup>759</sup>

Kaldı ki sözleşmenin kurulma anının öngörülebilirlik için aranan zaman dilimi olması gerektiğini düşünen yazarlardan bazıları ayrıca istisnai durumlarda sözleşmenin kuruluşundan sonra aktarılan bilginin de dikkate alınabileceği görüşündedirler.<sup>760</sup>

*SCHLECHTRIEM*, sözleşmenin kurulmasından sonra taraflardan birinin belirli bir yükümlülüğe sonradan özel bir önem atfetmesi, bu hususu karşı tarafa bildirerek karşı tarafın da onayını alması kaydı ile artık bu yükümlülüğün ihlalinin yarattığı olumsuz sonuçların diğer tarafça öngörülebilir olduğunu savunmaktadır.<sup>761</sup> Benzer şekilde *ENDERLEIN and MASKOW* da, öngörülebilirliğin değerlendirme anı bakımından sözleşmenin kurulma anının esas alınması gerektiğini ifade etmekle birlikte, istisnai hallerde sözleşmenin kurulma anından sonra karşı tarafa aktarılan bilginin ancak ihlale konu borcun ifasına ilişkin ön hazırlıklara başlandığı veya başlanması gereken zamana kadar iletilmesi koşuluyla değerlendirmeye alınacağını belirtmektedir.<sup>762</sup> *PEACOCK* ise, esasen sözleşmenin kurulma anının değerlendirmeye konu edilmesi gerektiğini, istisnai olarak, sözleşmenin kurulmasından sonra ancak ihlalden önce gerçekleşen hususların da göz önünde bulundurulabileceğini belirterek; bu hususta mahkemenin somut olaya göre değerlendirme yapması gerektiğini ifade etmektedir.<sup>763</sup> *BJÖRKLUND* ise, istisnai olarak sözleşmenin kurulmasından sonra iletilen bilginin, ifaya başlanmadan önce iletilmesi ve taraflar arasındaki rizikoların paylaşımını değiştirmemesi halinde değerlendirmeye alınması gerektiğini savunmaktadır.<sup>764</sup>

---

<sup>759</sup>Honnold and Flechtner (n 214) 277-278.

<sup>760</sup>Schroeter (n 159) Art 25 Para 33; Will, 'Article 25' (n 253) Art. 25 N. 2.2.2.2.5; Enderlein and Maskow (n 20) Art. 25 Para 4.3; Honnold and Flechtner (n 214) 277-278; Magnus, 'Beyond the Digest' (n 501) 324, 325; Björklund (n 186) Art. 25 N. 26 dn. 77; Peacock (n 153) 105; Graffi (n 78) 341; Zeytin, *CISG* (n 2) 107; Dayıoğlu, *Tazminat* (n18) 40.

<sup>761</sup>Schroeter (n 159) Art 25 Para 33; Benzer görüş: Dayıoğlu, *Tazminat* (n18) 40; Kaşak (n 185) 347.

<sup>762</sup>Enderlein and Maskow (n 20) Art 25, Para 4.3.

<sup>763</sup>Peacock (n 153) 105.

<sup>764</sup>Björklund (n 186) Art. 25 Para 26, 77ff.

Farklı bir görüşte olan *GRAFFI* ise; sözleşme ihlalini gerçekleştiren taraf, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir bilginin farkındaysa, bir şekilde haberdar olduğu bu bilginin, dürüstlük kuralı gereği esaslı ihlal değerlendirmesinde dikkate alınması gerektiğini savunur.<sup>765</sup> *WILL* de benzer görüşü savunarak; taraflardan biri belirli bir yükümlülüğe sonradan özel önem atfettiğini karşı tarafa bildirilmemiş olsa dahi, sözleşme kurulmasından sonra bu yükümlülüğün önemi karşı bu tarafça öğrenilmiş ise, öngörülebilirliğin gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre sözgelimi; satıcı teslim edilecek malın belirli biçimde etiketlenmesinin önemli olduğunu ancak bu şekilde alıcının ülkesinde satılabilme imkânı bulunduğunu başkaca kaynaklardan öğrenmiş ise artık bu halde, sözleşmenin kurulduğu an'da verilmeyen bu bilgiyi daha sonra bir şekilde elde etmiş olduğundan, ihlalin sonuçlarının esaslı olduğunu öngöremediği savunmasında bulunamamalıdır.<sup>766</sup>

*ATAMER* ise, tam aksi görüştedir. Şöyle ki; böyle bir örnekte satıcının sözleşme kurulması sırasında bu yükümlülüğü bilmediğinden, daha sonra da kendisine alıcı tarafından bildirilmediğinden ve bu nedenle onay da verememiş olmasından yola çıkarak, bu yükümlülüğün sözleşme içeriği haline gelerek sözleşmesel menfaat dengesini bir taraf aleyhine bozacak şekilde değiştirilmesinin, sözleşmenin esaslı ihlali değerlendirmesi dışında tutulması gerektiği belirtmektedir.<sup>767</sup>

*HONNOLD*'a göre, sözleşmenin kurulmasından sonra karşı tarafa aktarılan bilginin dikkate alınması mümkün görülmektedir. Ancak iletilen bu bilginin karşı tarafa ulaştığı zaman açısından değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmektedir. Yazar bu durumu şu örnekle açıklamaktadır. Söz gelimi; taraflar 100 çuval pirincin satımı konusunda anlaşmaya varmış olsun. Alıcı, yeni siparişte pirincin özellikle yeni çuvalarda teslimini bildirmiş olsa da satıcı, elindeki sağlam ama kullanılmış çuvaları göndererek bedelde belirli bir indirim yaparak bu teslimatı gerçekleştirmiştir. Satıcının kaliteli ama

---

<sup>765</sup>Graffi (n 78) 341.

<sup>766</sup>Will, 'Article 25' (n 253) Art. 25 N. 2.2.2.2.5

<sup>767</sup>Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 246, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 307. Bu durumda ancak satıcının alıcıyı uyarmamış olmasının, buna ilişkin koruma yükümlülüğünün sözleşmede kaynağının bulunması ile, bir tazminat sorumluluğuna yol açacağını görüşündedir. Ayrıca benzer görüşte Björklund istisnai olarak borcun ifasına başlanmadan önce iletilen bilginin, taraflar arasındaki riziko dağılımını değiştirmedeği sürece, değerlendirmeye tabi tutulabileceği görüşündedir. Björklund (n 186) Art 25, Para 26 Dn 77.

kullanılmış çuvalarla teslimatın yapılacağını belirtmesi üzerine alıcı, sözleşmeden dönmüştür. Bu örnekte yazar, alıcının ifadan önce pirincin mutlaka yeni çuvalar içinde teslim edilmesini bildirmesine karşın satıcının kullanılmış çuvalarda teslimatı gerçekleştirmesi halinde sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmiş olacağını ancak söz konusu bildirim ifa gerçekleştikten sonra yapılmış olması halinde, esaslı ihlalin varlığından söz edilemeyeceğini savunur. Zira öngörülebilirlik ilkesi, normal şartlarda öngörülemeyecek olan “ifanın detaylarına ilişkin”, satıcıya özel önem verme imkânı sağlanması amacıyla tasarlanmıştır.<sup>768</sup> ZEYTİN de, ilgili yükümlülüğün ifasından önce gerçekleşmesi koşulu ile sözleşmenin kurulması an’ında ya da sonradan aktarılan bilgilerin esaslı ihlal için aranan öngörülebilirliğin değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiği görüşündedir.<sup>769</sup>

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen bir karara konu olayda,<sup>770</sup> sözleşme taraflar arasında 2 Mart 1994 tarihinde imzalanmış sözleşme uyarınca malların 25 Mayıs ve 5 Haziran tarihlerinde gönderilmesi taahhüt edilmiştir. Buna karşın, satıcı tarafından 5 Haziran’da teslimat gerçekleştirilmemiş, bunun üzerine alıcı tarafından 27 Haziran tarihinde satıcıya, ikame mal satın almak zorunda kalındığı bildirilmiştir. Kararda, “zararın sözleşmenin karşı tarafınca veya aynı durumda bulunan makul kişi tarafından ihlalde bulunduğu sırada öngörülebilmelidir.” demekle,<sup>771</sup> sözleşme kurulma an’ı sonrasında gönderilen 27 Haziran tarihli bildirim değerlendirme kapsamına alınmıştır. Görüldüğü üzere kararda, alıcının sonraki açıklamaları dikkate alınarak sözleşmenin kurulduğu an değil, sözleşme ihlalinin gerçekleştiği an, zaman dilimini olarak değerlendirilmiş ve bu sonradan gelişen olumsuzluğun da ihlali gerçekleştiren tarafça öngörülebilir olduğuna hükmedilmiştir.

ICC tahkim yargılamasına konu olan bir olayda da, sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan bildirimlerin dikkate alındığı sonucu çıkarmak mümkündür. Hakem heyeti, uyuşmazlık konusu kimyasal gübrenin taşınacağı paketlerin üzerinde yer alan

<sup>768</sup>Honnold and Flechtner (n 214) 183. Ayrıca bkz Enderlein and Maskow (n 20) Art 25, Para 4.3; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 246, Dayıoğlu, *Tazminat* (n18) 40, 49ff.

<sup>769</sup>Zeytin, *CISG* (n 2) 107.

<sup>770</sup>Bundesgericht, İsviçre, 15.09.2000, CISG-Online No: 770.

<sup>771</sup>Shroeter (n 159) Art 25, Para 32,120 ff.

açıklamalardan satıcının, bu malların alıcının kendi müşterileri için sipariş edilmiş olacağını zaten bildiğini belirtmiştir. Ayrıca alıcı teslimatın gecikmesinin kendi müşterisine karşı onu zor durumda bıraktığına ilişkin satıcıya bildirimde bulunduğu da göz önünde bulundurarak, teslimatın gecikme olmaksızın yapılmasına özel önem atfedilmiş olması nedeniyle paketleri teslim borcunda gecikmenin esaslı ihlal olarak değerlendirilmesi kanaatine varılmıştır.<sup>772</sup>

Bizim katıldığımız görüşe göre, gerek hükümde açıkça bir düzenleme getirilmesinden kaçınılmış olması, gerekse sistematik yoruma göre CISG’teki benzer konuları düzenleyen maddelerden devşirme bir kural yaratmanın uygun düşmeyeceğine ilişkin katıldığımız görüşler uyarınca, en makul yaklaşımın somut olayın özelliklerinden aksi çıkarılmadıkça, sözleşmenin kurulma anının öngörülebilirliğin değerlendirilmesinde öncelikle esas alınması olmalıdır. Zira CISG’de öngörülen sözleşmesel sorumluluk sisteminin temelinde yatan sözleşme serbestisi ilkesi doğrultusunda, tarafların haklarının ve yükümlülüklerinin belirlenmiş olduğu temel metin taraflar arasında mevcut sözleşmedir.<sup>773</sup> Nitekim tarafların sözleşmenin kurulması anında sözleşmesel borç altına girmekte ve risk paylaşımını en geç bu aşamada yaptıkları düşünüldüğünde en makul yaklaşım bu gibi görülebilir.<sup>774</sup>

Ancak, bazı istisnai durumlarda, CISG md. 7(1) hükmü uyarınca dürüstlük kuralı gereğince, sözleşmenin kurulma anından sonra ortaya çıkan bilgilerin de öngörülebilirlikte dikkate alınması gerekebilir.<sup>775</sup> Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan yeni bilgilerin dikkate alınması, bu yeni durumun diğer tarafça gözetilerek ifade bulunulacağına onaylanması halinde ya da henüz sözleşme kurulurken sonradan

---

<sup>772</sup>ICC, 01.01.1995, CISG-Online No: 526.

<sup>773</sup>Björklund (n 186) 338; Uлуу (n 93) 83.

<sup>774</sup>Aynı görüşte; Uлуу (n 93) 99.

<sup>775</sup>Ayrıca belirtmek isteriz ki; öngörülebilirlik değerlendirmesi, geçmişe yönelik olarak yapılacağından, sözleşmenin kurulma anının tespiti oldukça önem taşıdığı unutulmamalıdır. CISG ikinci kısımda düzenlenen “Sözleşmenin kurulması”na ilişkin hükümlerin yorumlanmasında, CISG md. 8’e başvurulmaktadır. Bu maddeye göre; tarafların iradesinin veya makul bir kişinin anlayışının tespitinde “tarafların sözleşme sonrası davranışları”nın da değerlendirilmesi gereklidir demektir. “Sözleşmenin kurulması anı” ifadesinin 8. madde bağlamında değerlendirilerek, “sözleşmenin ifa edilmeye başladığı an” olarak yorumlanmanın daha doğru olduğu ileri sürülmektedir. Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 186) 94.



ortaya çıkabilecek yeni hususların taraflarca gözetileceğinin baştan kabul edilmiş olması halinde, öngörülebilirlik testinde bu zaman aralıkları da dikkate alınmalıdır.<sup>776</sup>

Sonuç olarak; prensipte sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut durumun esas alınması gerektiği; ancak CISG md. 25 hükmünün istisnai hallerde, sözleşmenin kurulmasından sonra karşı tarafa aktarılan bilgileri de kapsamına alabilecek esnekliğe sahip olduğu ifade edilebilir. CISG md. 7/I hükmü, Sözleşme hükümleri yorumlanırken bu hükümlere milletlerarası ticaretteki dürüstlük kuralına uygun anlamın verilmesini gerektirmektedir. *MAGNUS*'un görüşüne paralel olarak, istisnai durumlarda dürüstlük kuralı gereğince, menfaat dengesinin somut olaya göre değerlendirilmeye alınması söz gelimi, sonradan aktarılan bilgi ve talebin, satıcı tarafından yerine getirilmemesi halinde, üretim durması ve büyük kayıplar yaşanacak olması karşısında, bu talep karşı tarafça kolayca yerine getirilebilecek durumda ise öngörülebilirliğin araştırılması yerinde olacaktır.<sup>777</sup>

Bir örnekle açıklayacak olursak; taraflar havayolu firmasının uçaklarının klima sisteminde kullanılmak üzere 5000 adet hepa filtrenin satım konusunda 07 Ekim 2019 tarihinde anlaşmışlar ve teslimat tarihini 1 Mayıs 2020 olarak düzenlemişlerdir. Ancak 11 Mart 2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü tarafından Coronavirüs “salgın” olarak ilan edilmiştir. Yeni yapılan düzenleme ile birlikte alıcı, satıcıya, Coronavirüs salgını sebebiyle filtreleri en geç 1 Mayıs'ta teslim alması gerektiğini aksi halde havayolu şirketinin uçuşları gerçekleştiremeyeceğini bildirmiştir. Satıcı ise en erken 6 Mayıs 2020 tarihinde teslimatı yapabileceğini bildirmiştir. CISG'e göre, malların tesliminde 5 günlük bir gecikmenin esaslı ihlal olarak değerlendirilebilmesi için, bu olumsuzluğun yarattığı sonuçların alıcı tarafından öngörülebilir olması gerekmektedir. Olayda, sözleşmenin kurulma anında bu gecikmenin uçuşların gerçekleştirilememesine yol açacağına öngörülmesi satıcıdan beklenemez kaldı ki alıcı da teslim tarihine özel bir önem atfetmemiştir. Satıcının sözleşmenin kuruluşu anındaki öngörüsü, filtrenin teslim edilmesinde kısa süreli bir gecikmesinin, zarara uğraması halinde havayolu firmasına tazminat ödemekle sınırlı kalacağı kadardır. Ancak alıcının sonradan yapmış olduğu

---

<sup>776</sup>Sonradan gerçekleşen değişikliklerin yalnızca karşı tarafın onay vermesi durumunda etkili olabileceği yönünde ayrıca bkz: Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 246; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 499.

<sup>777</sup> Magnus, 'Beyond the Digest' (n 501) 325, 26ff.

bildirimle satıcı, artık sözleşme ihlalinin esaslı ihlali haklı kılan sonuçlara yol açabileceğini öngörebilecek duruma gelmiştir.

Prensip olarak havayolu firması, sözleşmenin kuruluşu anında satıcı için öngörülebilir olmayan bir olumsuzluk sebebiyle esaslı ihlale dayanamaz. Ancak kanaatimizce örnekteki gibi bir istisnai durumda, öngörülebilirliğin değerlendirilmesi bakımından sözleşmenin kurulma anının dikkate alınması dürüstlük kuralı ile bağdaşmayabilir. Bu konunun CISG’de düzenlenmediği, bir başka deyişle bilinçli susmanın söz konusu olduğu da göz önünde bulundurularak, dürüstlük kuralı çerçevesinde, somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapmak yerinde görülmektedir. Fikrimizce, bu yönde bir yaklaşım, CISG’in ticari hayatın etkinliğini koruma prensibi ile paralel olup ayrıca hükmü hazırlayanların istediği esnekliği öngörülebilirlik üzerinden sağlamanın da bir yolu olmaktadır.

Zira filtrelerin zamanında teslim edilmemesi telafi edilemez bir olumsuzluk yaratmaktadır. Nitekim somut olayın şartlarına göre bu araştırmalar sonucunda dürüstlük kuralı gereği, sözleşmenin kuruluş anına sıkı şekilde bağlı kalmamız makul karşılanamıyorsa, öngörülebilirliğin yeni gelişen olaylar çerçevesinde geniş yorumlanarak aranması yerinde olmaktadır. Ayrıca burada, menfaat dengesi gözetilerek, satıcının bu klima filtrelerinin erken teslim etmesinin kendisinden beklenmesi karşısında yeni durumun onun açısından da sonuçlarının değerlendirilmesi gerekir. Satıcı için yeni bir külfet yaratmamalıdır. Zira böyle bir durumda erken teslim için ekstra bir bedel ödenmesi de teklif edilebilir.

Ancak bu bilginin aktarılmasına rağmen, artık borçlunun edimini sözleşmeye uygun ifa etmesi zaten mümkün değilse veya bu ifa, borçlu için de ağır koşullarla mümkün olabilecekse, geç aktarılan bilginin değerlendirmede dikkate alınmaması gerekir. Yanı sıra, öngörülebilirlik kriterinde, sözleşmeyi ihlal edenin öngörüsü sadece ihlale maruz kalan tarafın verdiği bilgilerle sınırlı değildir. Örnekteki olayda, pandemi nedeniyle uçuşların yapılması için, uçaklara hepa filtre takılması zorunluluğu sektörden takip edilebilecek bir bilgidir. Dolayısıyla dış kaynaklardan edinilebilecek bir bilgilerin de öngörülebilirliğin değerlendirilmesinde dikkate alınması gerekebilir.

Bu olasılıklar dışında borçlunun, muhtemel olumsuzluğu dürüstlük kuralı içinde kolaylıkla önleyebilme olanağı kalmamışsa bu olumsuzluğu sonradan öngörmesine sonuç bağlamamak gerekir.<sup>778</sup>

Akla gelebilecek başka bir soru ise; sonradan aktarılan bir bilginin hükmün niteliğini değiştirerek alelade bir vadeyi kesin vade haline getirip getirmeyeceğidir. Başka bir örnekle açıklayacak olursak; sözgelimi, alıcı ile satıcı üç aylık yaz sezonu boyunca mağazada belirli ürünlerin satım konusunda anlaşmışlardır. Alıcı sonradan kendi alıcıları ile yeni bir sözleşme yaparak malları toptan satacağını ve bu nedenle de malların hepsini ilk teslim tarihinde satıcıdan talep etmiştir. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir hususun dürüstlük kuralınca değerlendirilmeye alınması ancak sözleşmeden haklı olarak beklenen bir menfaatin kapsamında olması ile mümkün olabilir. Öncelikle burada öngörülebilirlikten bahsedebilmek için, bu menfaatin sözleşme kurulurken satıcı tarafından anlaşılabilir olması gerekmektedir. Bir başka deyişle alıcının sözleşmeden haklı beklentisi, perakende satış olduğundan, malların hepsinin teslim gününde teslimatı satıcı tarafından öngörülemez niteliktedir. Her ne kadar, sonradan aktarılan bu bilgi doğrultusunda malların teslimi satıcı için ayrıca bir güçlük yaratmasa da alıcı sırf toptan satış imkânını kaybetti diye esaslı ihlalin oluştuğundan bahsedilemez. Burada satıcının öngörebileceği alıcının sözleşmenin kurulması sırasındaki (perakende satış) menfaati olmalıdır, başka menfaatleri kaybetmesi değerlendirilmeye alınmayacaktır. Sonuç olarak, yeni bir menfaatin elde edilmesine hizmet eden bildirimler bu kapsamda değerlendirilemez. Aksi halde başlangıçta alelade kararlaştırılmış olan vade tarihinin niteliğinin değiştirilerek onun kesin vadeli bir işlem haline gelmesine yol açacaktır. Bu durum ise sözleşme hükümlerinin ağırlığının tek taraflı olarak değişmesine neden olacağından kabul edilmesi mümkün değildir.<sup>779</sup>

---

<sup>778</sup> Benzer yönde Sarıkaya (n 37) 164 vd.

<sup>779</sup> Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 246; Sarıkaya (n 37) 166, 275ff. Alacaklı tarafından sonradan gelen bilgiler sözgelimi alacaklının kendi alıcılarına geç ifa halinde cezai şart ödeyecek olması yönünde anlaşma yapması gibi, bu bilgiler verilmiş olmasaydı esaslı ihlal yaratmayacak bir ihlali esaslı hale getirmeyecektir. Schroeter (n 159) 25 Para 33.

### c. Öngörülmesi Beklenen Konu

Öngörülebilirliğin kapsamının belirlenmesinde, öncelikle CISG md. 25'in yorumundan yola çıkılmalıdır. Buna göre, “*sözleşme uyarınca beklemekte haklı olunan şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep olma*”nın öngörülebilmesi gerekmektedir.<sup>780</sup>

Hükümdeki, “sözleşme uyarınca” ibaresi, öngörülebilirlik şartının varlığının tespitinde sözleşmenin yorumlanmasını gerektirir.<sup>781</sup> Buradan anlaşılması gereken, ihlal edilen yükümlülüğün öneminin ve ihlale maruz kalan nezdindeki anlamının doğru ortaya koyulması gereğidir. İhlalin sonuçlarının, ihlal eden tarafça öngörülmüş sayılması için öncelikle, söz konusu ihlalin esaslı sayılacağına ilişkin, sözleşmede açık bir hükmün var olup olmadığına eğer yok ise de bu kez sözleşme görüşmelerinde bir yükümlülüğe özel önem atfedilip atfedilmediğine bakılması gerekir.<sup>782</sup> Dolayısıyla, öngörülebilirliğin tespitinde CISG md. 8/II ve III'ün göz önünde bulundurularak sözleşme ve sözleşme öncesi görüşmelerin yorumu<sup>783</sup> ile ihlal edilen yükümlülüğün, sözleşme ihlaline maruz kalan taraf için taşıdığı önemin ortaya konulması önem taşımaktadır.<sup>784</sup>

Nitekim ihlale maruz kalan taraf, kendisi için önem arz eden bir yükümlülüğün öngörülebileceği iddiasını ancak bu beklentinin önemi karşı tarafça anlaşılabilir durumdaysa ortaya atabilir.<sup>785</sup>

Bu açıdan bakıldığında, öngörülebilirlik temelinde, ihlal edilen yükümlülüğün, ihlale maruz kalan açısından öneminin, sözleşmeden veya sözleşme görüşmelerinden açıkça

---

<sup>780</sup>UNCITRAL, ‘Uncitral Digest’ (n 56) 114. Öngörü kelimesinin Türk dil kurumunda birçok anlamı bulunmakla birlikte, bu çalışmada bir işin ilerisini kestirme veya bir işin nasıl yol alacağını önceden anlayarak ona göre davranmak anlamında kullanılmıştır. www.tdkterim.gov.tr, çevirim içi, 10.02.2022.

<sup>781</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 26; Atamer, ‘İfa Engelleri’ 244; Graffi (n 78) 340, Leisinger (n 159) 105; Dayioğlu, *Tazminat* (n18) 39; Kaşak (n 185) 344. İctihatta bu yönde: Oberster Gerichtshof, 21.06.2005 tarihli, CISG-Online: 1047 sayılı kararı.

<sup>782</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 29; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 227; Graffi (n 78) 339.

<sup>783</sup>Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 186) 84.

<sup>784</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 27.

<sup>785</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 27. Benzer şekilde sözleşmeye uygun malları teslim almanın öneminin sözleşmeden anlaşılabilirliği durumlarda hal böyledir. Sarıkaya (n 37) 146.

anlaşamadığı durumlarda önem taşımaktadır.<sup>786</sup> Aslında sözleşme ihlalinin, sözleşme ile beklenen haklı menfaatten, önemli ölçüde yoksun bırakacak nispete bir olumsuzluk yaratıp yaratmadığı araştırılırken öngörülebilirlik değerlendirmesi de yapılmaktadır.<sup>787</sup>

Dolayısıyla yukarıda da belirtildiği gibi, bir yükümlülüğe özel önem atfedildiğinin sözleşmede ya da sözleşme görüşmelerinde önemine dikkat çekilerek belirtilmesi halinde, sözleşmeyi ihlal eden taraf; aynı konum ve koşullardaki makul bir üçüncü kişinin, bu yükümlülükler uylmamanın önemli ölçüde olumsuzluk yaratacağını öngöremeyeceği ve bu sebeple de esaslı ihlal iddiasına dayanılamayacağı iddiası dinlenilmeyecektir.<sup>788</sup> Dolayısıyla ne objektif ne de subjektif ispat, esaslı ihlal değerlendirmesinin üzerine geçemeyecektir.

Söz gelimi, taraflarca sözleşmede ya da sözleşme öncesi görüşmelerde ifa zamanının kesin vade olarak kararlaştırılmış olması durumunda bu vadeye uylmaması halinde artık öngörülemezlik iddiasına dayanmak mümkün değildir<sup>789</sup> Zira sözleşme ile ya da sözleşme öncesi görüşmelerde açıkça özel önemin belirtilmesi ile bu yükümlülüğün ihlali haklı sözleşmesel beklentide önemli derecede ölçüde olumsuzluğa yol açmaktadır. Dolayısıyla aynı konum ve koşullar altındaki makul üçüncü kişi açısından da bu ihlal öngörülebilir nitelik taşımakta olduğundan, sözleşmeyi ihlal eden kişi öngörülemezlik iddiasında bulunamayacaktır.<sup>790</sup>

Uygulamadan bir örnekle konuyu aydınlatmak gerekirse; Basel Temyiz Mahkemesinin verdiği karara konu olayda;<sup>791</sup> İsviçreli alıcı ile Belçikalı satıcı arasında vejetaryen şnitzel üretimi için gıda şekillendirici ürünlerin satım konusunda anlaşmaya varılmıştır. Alıcı, teslim edilen mallardaki en küçük bulaşmanın dahi bu malların üretimine engel

---

<sup>786</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 28; Björklund (n 186) Art 25, Para 21; Atamer 'İfa Engelleri' (n 35) 244; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 39; Kaşak (n 185) 344.

<sup>787</sup>Benzer görüşte bkz. Schroeter (n 159) Art 25 Para 28; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 301 100ff, Kaşak (n 185) 344.

<sup>788</sup>Schroeter (n 159) Art. 25, N 12; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 229; Graffi (n 78) 340; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 304; Toker, 'Esaslı İhlal' (n 187) 230; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 39; Kaşak (n 185) 344.

<sup>789</sup>Schroeter (n 159) CISG Art. 25, N 27.

<sup>790</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 229; Schroeter (n 159). 25, N 28.

<sup>791</sup>Appellationsgericht Basel-Stadt, 22.08.2003 tarihli, CISG-Online No: 943.

olduğu, malların GDO’lu organizmalardan ari olması gerektiğine özel bir önem yüklendiğinin sözleşmeden anlaşıldığından bahisle sözleşmeden dönme talebi mahkemece haklı bulunarak, ihlalin esaslı olduğu kanaatine varmıştır. Zira satıcının teslim edilen mallardaki kaçınılmaz ve küçük boyuttaki kusurun sonuçlarının sözleşme ilişkisinin başında öngörülemez iddiası reddedilmiştir. Özetle şu çıkarımı yapmak mümkündür: Özel bir önem atfedilen bir yükümlülük bulunması halinde, sonucun öngörülemediği iddiası alanı oldukça daralmaktadır.

Aslında bu şekilde, sözleşmeyi ihlal eden tarafa öngörmesi gereken geniş bir bağlam yaratılmış, sadece sözleşmesel yükümlülükleri ihlali değil, aynı zamanda ihlal sonucu diğer taraf nezdinde oluşan olumsuz sonuçların,<sup>792</sup> başka bir deyişle mahrum kaldığı sözleşmesel beklentilerinin ağırlılığının<sup>793</sup> öngörülebilir olup olmadığını araştırmış olması kendisinden beklenilmiştir.<sup>794</sup>

Bazı istisnai durumlarda, sözleşmede özel önem atfedilmiş bir yükümlülüğün ihlal edilmesi, ihlale maruz kalan tarafın diğer tarafa açıklayamadığı kendine özgü sebeplerden dolayı esaslı ihlale neden olan sonuçlara yol açmış olabilir. Böyle bir durumda, ihlalin öngörülebilirliğinin değerlendirmesi yapılırken sözleşme ve sözleşme öncesi görüşmelerin yorumu yeterli olmayabilir. Bir örnekle açıklayacak olursak; A ve S arasında, 100-120 kutu (S’nin temin edebildiği miktarda) birinci kalite kutunun siparişi konusunda anlaşma yapılmış, A ürünleri ancak birinci kalite olması halinde Ü’ye satabileceğini siparişte belirtmiştir. S, 100 adet birinci kalite kutu yanında ayrıca 10 kutu orta kalite kutu teslim etmiştir. Ancak bu kutular Ü tarafından kabul edilmemiş ve A’dan hiçbir kutu almamaya karar vermiştir.

Öncelikle olayda, S tarafından gerçekleştirilen bir “sözleşme ihlali” bulunmaktadır. İkincisi, A, kendi müşterisine satış yoluyla karından yoksun kalmak ve itibar kaybına uğramış olmak üzere, CISG md. 25 anlamında olumsuzluğa uğramıştır. Üçüncü şart öngörülebilirlik ise daha fazla değerlendirmeye muhtaçtır. Nitekim olayda, A, Ü’ye hiçbir şey satamamış, beklediği menfaatten bütünüyle yoksun kalmıştır ki bu durumun

<sup>792</sup>Honnold and Flechtner (n 214) 148.

<sup>793</sup>Huber and Mullis (n 18) 216.

<sup>794</sup>Enderlein and Maskow (n 20) 114; Schroeter (n 159) Art 25, N 36.

ne kendisi ne de S açısından öngörülemez olduğu ortadadır. Burada A tarafından verilen siparişte kutuların özellikle birinci kalite olmasına özel önem atfedilmiş olması da, sırf hükme bakılarak bu sonucun öngörülebileceği sonucunu çıkarmaya yetmez. Zira kutuların sadece 10 tanesi orta kalite iken Ü 'ye geri kalan 100 kutunun da satılamayacağı öngörülemezdi. Böyle bir durumda; eğer Ü'nün bu konudaki özel hassasiyeti A tarafından sözleşme öncesi görüşmelerde S'ye açıklanmış olsa idi, olumsuzluk objektif olarak öngörülebilir duruma gelecekti.<sup>795</sup>

O halde yükümlülüğün kendine özgü hassasiyetler taşıması nedeniyle, ihlalin sonuçlarının sadece sözleşme hükümlerine bakılarak öngörülmesinin, satıcı tarafından mümkün olmadığı durumlar olabilir. Bu gibi durumlarda, ihlal eden tarafça esaslı ihlal yaratan durum, ancak bu yükümlülüklerin ihlali halinde ortaya çıkabilecek özel durumlar konusunda tarafların özellikle dikkatinin çekilmesi halinde mümkün olmalıdır.<sup>796</sup>

### **3. Öngörülebilirliğin Niteliği ve İşlevi**

Öngörülebilirlik şartının işlevinin tam olarak ne olduğuna ilişkin Doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. CISG hazırlık çalışmalarında, öngörülebilirlik şartının işlevine ilişkin pek çok tartışma yer almış, aşağıda öngörülebilirliğin işlevine ilişkin tartışmaların toplandığı üç temel görüş aktarılmaya çalışılmıştır. Bu farklılıklar; özünde öngörülebilirliğin hukuki niteliğine ilişkin farklı yaklaşımların benimsenmesinden doğmakta ve pratikte ispat yükünün kimde kalacağının belirlenmesi için önem taşımaktadır. İspata ilişkin incelemeler ise ayrıca bir sonraki başlıkta yer almaktadır.

CISG'in, 1976 Cenevre (md. 9), Viyana (md.8 ) ve 1978 New York (md 23) taslak metinlerinde sadece "önemli olumsuzluk" a yer verilerek, bu kıstasın esaslı ihlal bakımından objektif bir kriter olduğu belirtilmiş ve öngörülebilirlik kıstasının ise hükmün sadece subjektif yönünü tamamlayan bir kriter olduğu belirtilmişti. Daha sonra yapılan değişiklikle CISG md. 25 hükmünde; "alacaklıyı sözleşmeden haklı olarak

<sup>795</sup>Örnek için Bkz Sarıkaya (n 37) 148,149, 221ff.

<sup>796</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 29; Enderlein and Maskow (n 20) Art 25, N 4.1.

beklediği menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakacak olumsuzluğun” öngörülebilirliği aranmıştır.<sup>797</sup> Dolayısıyla hükme eklenen “haklı beklenti” öngörülebilirlik kriterini esaslı ihlalin tespitinde tekerrür yaratan bir konuma itmiştir. Bu nedenle de, zaten gözetilmiş olan öngörülebilirlik kriterinin ikinci defa gözetilmesinin gerekip gerekmediği ve işlevinin ne olacağı belirsizlik yaratmıştır.<sup>798</sup>

#### a. **Subjektif Kurtuluş Kanıtı Olarak Nitelendiren Görüş**

Öngörülebilirlik kriterini, “subjektif kurtuluş kanıtı” olarak nitelendiren ve öngörülebilirliğin asıl olarak işlevinin, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, esaslı ihlal oluşumunu engellemesi için ona sunulmuş bir imkân olarak değerlendiren ilk görüşün taraftarlarına göre; öngörülebilirlik şartı esaslı ihlal incelemesinde ayrı bir şart olarak incelenmemelidir.<sup>799</sup> Nitekim, sözleşmesel yükümlülüğün ihlal eden tarafın, karşı tarafı haklı sözleşmesel menfaatlerinden önemli derecede yoksun bırakması halinde, bu sonucun, öngörebileceği adi bir karine olarak kabul edilir. Bu yaklaşımın en önemli sonucu ise şu olmaktadır: İhlale maruz kalan tarafın esaslı ihlalin ilk iki şartını ispatlaması halinde aksi ispat edilinceye kadar, ayrıca öngörülebilirliğin ispatlamasına gerek kalmamaktadır. Ancak adi karine oluşu, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, bu sonucu öngöremediği savunmasını ispatıyla, esaslı ihlal oluşumunu engellemesine olanak vermektedir.<sup>800</sup>

Bu görüşe göre, öngörülebilirlik kriterini CISG md. 79 hükmünde yer alan tazminat sorumluluğundan kurtulma imkânı ile kıyaslayarak,<sup>801</sup> öngörülebilirliğin gerçekleşmiş

---

<sup>797</sup>Grebler (n 159) 408; Schroeter (n 159) Art. 25 N. 35; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 304,305, Yelkenci, *Dönme* (n 166) 44,45.

<sup>798</sup>Erkan (n 161) 72.

<sup>799</sup>Babiak (n 167) 118; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 264; Erkan (n 161) 72.

<sup>800</sup>Babiak (n 167) 118, 121; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 264, 265; Zeytin, *CISG* (n 2) 107; Graffi (n 78) 340; Leisinger (n 159) 38. İhtihatlarda benzer bkz: Bundesgericht, 28.10.1998 tarihli kararında, CISG-Online No: 413: Öngörülebilirlik kıstasının esaslı ihlalin yarattığı sonuçlardan "aklanmaya" sebep olacağı belirtilmiştir. Cour d'appel de Grenoble, 04.02.1999 tarihli, CISG-Online No:443: alıcı tarafından teslimatın ileri tarihe alınmasının yaratacağı sonuçlar kendisi tarafından bilinmeyeceğinden bahisle, öngörülebilirlik kıstasını, esaslı ihlal değerlendirilmesine istisna/muafiyet olarak göz önüne alınmıştır.

<sup>801</sup>CISG md. 79 (1) “*Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya*



bir esaslı ihlalin sonuçlarını engellediğini, ancak esaslı ihlalin varlığını etkilemediği ileri sürülmektedir.<sup>802</sup>

## b. Esaslı İhlalin Olumsuz Şartı Olarak Nitelendiren Görüş

Bizim de katıldığımız doktrindeki çoğunluk görüşü ise, ikinci bir görüş olarak; öngörülebilirlik kriterinin, esaslı ihlalin “olumsuz bir şartı” olarak, diğer şartların incelenmesinden sonra değerlendirilmesi gerektiğini ve amacının ispat yükünün düzenlenmesi olduğunu savunur. Bu görüşe göre, öngörülebilirlik kriterinin, esaslı ihlal incelemesindeki işlevinin, ek bir filtre getirerek, sözleşmeyi esaslı olarak ihlal ettiği iddiası ile karşı karşıya olan tarafa, ortada bir esaslı ihlal olmadığını ispatlama imkânı tanımaktadır.<sup>803</sup> O halde ihlal sonucu meydana gelen sonuçların öngörülemez olduğunun, sözleşmeyi ihlal eden tarafça ispatlanması halinde, ihlal esaslı ihlal olarak nitelendirilemeyecektir.<sup>804</sup> Dolayısıyla sözleşmeyi ihlal eden taraf ancak, sözleşme ihlalinin sebep olduğu sonuçların öngörülebilir olmadığını ispat edilebildiği nispette sorumluluktan kurtulma imkânına sahip olacaktır.<sup>805</sup>

Bu görüşün oluşmasına zemin hazırlayan süreç, esaslı ihlal hükmünün taslak çalışmalarındaki Mısır *delegesinin teklifinin reddedilmesi ve Filipinler delegesinin teklifi ile hükme “meğer ki” (unless) ifadesinin eklenmesiyle şekillenmiştir*<sup>806</sup>.

---

*engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmeden dolayı sorumlu tutulmaz.”*

<sup>802</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 264; Babiak (n 167) 118.

<sup>803</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25, N 2.2.2.1; Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 386. 355; Björklund (n 186) 341; Graffi (n 78) 340; Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 186) 90; Enderlein and Maskow (n 20) 178, Huber and Mullis (n 18) 215.

<sup>804</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25, Para. 2.2.2.1; Graffi (n 78) 341, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 303; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 499.

<sup>805</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25 N. 2.2.2.1; Honnold and Flechtner (n 214) 183, Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) 325; Peacock (n 153) 104; Björklund (n 186) Art. 25 N. 19, 24; Huber and Mullis (n 18) 215; Zeytin, *CISG* (n 2) 107; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 39; Kanişlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 71. İçtihatlarda bu yönde bkz: Davalı başka kaynaklardan elde edebileceğinden yanlış menşe yerini gösteren ve kaliteyi belirtmeyen belgelerin, esaslı ihlal yaratacağını belirtmiş ve aksini ispat yükü ihlal eden üzerinde bırakılmıştır. Bundesgerichtshof, Alman Temyiz Mahkemesi, 04.1996 tarihli, CISG-Online: 135; Frankfurt Am Main Temyiz Mahkemesi, 18.01.1994 tarihli, CISG-Online: 123; ICC International Court of Arbitration, 01.06.1999, CISG-online: 705 Uyuşmazlık konusu olayda tahkim mahkemesi CISG md. 25 hükmüne göre, davalıya öngörülebilirliğe ilişkin kurtuluş ispatı getirmesine olanak tanımıştır.

<sup>806</sup> Delegelerin görüşleri için bkz. A/CONF. 97/C.1/SR.12. 5.

Hükümdeki meğer ki ifadesi ile hükmün yeniden şekillendirildiği, bu değişikliğin öngörülebilirliğin ispatının ihlale maruz kalan tarafa bırakılmasındaki hakkanî olmayan sonucun önüne geçilmesi için yapıldığı belirtilmiştir.<sup>807</sup>

### **c. Olumsuzluk Kıstasının Bir Unsuru ve Tamamlayıcısı Olarak Nitelendiren Görüş**

Öngörülebilirlik kriterinin, olumsuzluk kıstasının bir unsuru ve tamamlayıcısı olarak işlev gördüğünü savunan üçüncü görüş ise; öngörülebilirliğin olumsuzluktan bağımsız düşünülemeyeceği görüşünü savunmaktadırlar.<sup>808</sup>

Bu görüşün temeli yukarıda bahsi geçen taslak çalışmaları ile hükmün son hali arasındaki farklılıkla CISG md. 25 hükmüne, “ihlale maruz kalanın sözleşmeden haklı olarak beklediği menfaat” kriterinin eklenmesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre, sözleşmeyi ihlal eden tarafından öngörülebilir olmayan menfaatlerin, diğer tarafça “haklı beklenti” olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Nitekim, sözleşmeden haklı olarak beklenen menfaatin değerlendirilmesi yapılırken bu menfaatin, ihlal eden tarafça öngörülebilir olup olmadığı zaten hesaba katılacağından, her iki unsur birbirinden bağımsız düşünmek mümkün değildir<sup>809</sup>.

Olumsuzluk ve öngörülebilirlik kriterlerinin iç içe geçtiğini savunan, benzer görüşteki yazarlar; esaslı ihlal değerlendirilmesi yapılırken öncelikle sözleşme uyarınca beklenen menfaatlerin kapsamının ortaya konulması sonra da bu menfaatleri önemli ölçüde yoksunluğa uğratan bir olumsuzluk yaratıp yaratmadığının araştırması yapıldığını, bu menfaatlerin kapsamının ihlal eden tarafça sözleşme ilişkisine girerken açıkça anlaşılması gerektiğini belirtirler. Bu açıklığın olmadığı hallerde haklı menfaatlerin CISG md. 8/ II ve III uyarınca objektif bir bakış açısıyla ortaya konulması

<sup>807</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25 N. 2.2.1; Huber and Mullis (n 18) 215, Honnold and Flechtner (n 214) Art 25, N 183; Peacock (n 153) 104; Babiak (n 167) 121; Björklund (n 186) Art. 25 Para 24; Zira Türkçe metindeki “meğer ki” ifadesi ile inglizce metindeki “unless” ifadesi de ispat yükünün yer değiştirdiği sonucunu çıkarmaya müsaittir.

<sup>808</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 11, 35. Benzer yönde: Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 304, 305.

<sup>809</sup>Grebler (n 159) 408; Schroeter (n 159) Art 25 N. 11, 35; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 304, 305, Yelkenci, *Dönme* (n 166) 44,45.

gerekmektedir.<sup>810</sup> Öngörülebilirlik araştırmasında da benzer şekilde “aynı konum ve koşullardaki makul bir kişinin” ortaya çıkan sonuçları öngörüp öngöremeyeceği araştırılmaktadır. Dolayısıyla beklenen menfaat meşru olduğu ölçüde diğer tarafça da öngörülebilir olduğunun kabul edilmesi gerekir.<sup>811</sup>

Bu görüşün bir devamı olarak *SCHLECTRIEM*; CISG md. 25’teki metnin lafzından yola çıkarak; öngörülebilirlik kriterinin aslında, yükümlülüğün taşıdığı önemin sözleşmeden veya sözleşme görüşmelerinden anlaşılmadığı durumlarda işlev kazandığını belirtmektedir. Zira yükümlülüğün ihlale maruz kalan tarafından taşıdığı önemin sözleşmede açıkça belirtildiği ya da sözleşmede açıkça belirtilmese dahi sözleşme görüşmelerinde açıkça ortaya konulduğu durumlarda, öngörülemezlik iddiası değerlendirilmeye alınmayacaktır.<sup>812</sup> Nitekim bu durumda öngörülemezlik iddiası esaslı ihlalin varlığının önüne geçememektedir.

O halde açıkça sözleşmede veya sözleşme görüşmelerinde bir yükümlülüğünün önemine dikkat çekilmemiş olması halinde, bu yükümlülüğün önemi sözleşmenin yorumlanmasıyla tespit edilecektir. Bu yorumun yapılabilmesi için, ihlale maruz kalan tarafın, sözleşmeden beklediği menfaatleri, önemli derecede yoksun bırakan olumsuzluğun, diğer tarafça öngörülebilir olup olmadığı değerlendirmesi ile nihayet “öngörülebilirlik kriteri” işlev kazanacak ve esaslı ihlalin değerlendirilme şartlarından biri olarak yerini bulacaktır.<sup>813</sup>

Ancak bu halde, öngörülebilirlik işlevi, esaslı ihlalin şartlarından bir olarak görüldüğünden, ispata ilişkin bölümde detaylı olarak üzerinde durulacağı üzere, esaslı ihlalin varlığını iddia eden taraf, yükümlülüğün ihlali ve sözleşmeden haklı olarak

---

<sup>810</sup>Schroeter (n 159) Art 25 Para, 28,29; Zeytin, *CISG* (n 2) 107.

<sup>811</sup>Leisinger (n 159) 103; Erkan (n 161) 72.

<sup>812</sup>Schroeter (n 159) Art 25 Para, 28,30; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 304,305; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 45.

<sup>813</sup>Schroeter (n 159) Art 25 Para, 12-14; Huber and Mullis (n 18) 216; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 46.

beklediği menfaatten önemli derecede yoksun kaldığı şartları yanı sıra, öngörülebilirliği de ispat etmek zorunda kalacaktır.<sup>814</sup>

## D. Esaslı İhlalin Şartlarında İspat Külfeti

### 1. Genel Olarak

İspat külfetinin CISG’de ele alınan konulardan biri olup olmadığı tartışmalıdır. Görüşlerden biri, ispat külfeti konusunun CISG’de düzenlenmemiş konulardan biri olduğundan bahisle, usul hukukuna konulardan biri olan ispatın milli hukuklara başvurularak *lex fori*’ye göre ya da mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuka göre (*lex causae*)’ye göre çözülmesi gerektiğini belirtmektedirler.<sup>815</sup>

Bizim de katıldığımız daha genel kabul görmüş diğer görüş ise, ispat külfetinin CISG’de zımnen de olsa düzenlenmiş konulardan biri olduğunu savunur.<sup>816</sup> Nitekim CISG’e hâkim yorum ilkeleri, CISG’de düzenlenmiş konulara ilişkin olup da açıkça düzenlenmemiş hususlarda milli hukuklara başvurmadan önce, CISG’in dayandığı temel ilkelere başvurulması gereğini savunur. O halde milletlerarası uygulamalar arasında yeknesaklığın sağlanması adına, CISG’de açıkça düzenlenmeyen konularda doğrudan milli hukuklara başvurulmadan önce CISG’in temel ilkelerinden yararlanılmalıdır (CISG md 7). Bu kapsamda, iddiayı ortaya atan tarafın bu iddiasını ispatla mükellef olduğu kuralı gereği, taraflar hakkını dayandırdığı maddi olguları ispatla yükümlüdür.<sup>817</sup>

---

<sup>814</sup>Öngörülebilirliğin ispatı hakkında detaylı bilgi için bkz: Schroeter (n 159) Art. 25 para 36.

<sup>815</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 499; Will, ‘Article 25’ (n 253) 214; Huber and Mullis (n 18) 346. Ancak bu yaklaşım kabul edildiği takdirde sözleşmeyi ihlal eden tarafa, esaslı ihlalden subjektif bir kaçış olanağı sunulmuş olacağı görüşü hakkında Schroeter (n 159) 411; Enderlein and Maskow (n 20) 114. ICC, 26.03.1993, CISG-Online No:71.

<sup>816</sup>Schroeter (n 159) Art 25 Para, 34,35.

<sup>817</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 34; Zeytin, *CISG* (n 2) 107; Kaşak (n 185) 352. İçtihatlarda bu yönde Bkz: Landgericht Saarbrücken, 02.07.2002, CISG-Online No: 713; Zivilgericht Basel-Stadt, 01.03.2002, CISG-Online No: 729; Oberlandesgericht Innsbruck, 01.07.1994, CISG-Online No: 107.Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 258; Graffi (n 78) 340; Açıklan (n 67) 77.

## 2. Sözleşme İhlalinde İspat Yükü

İspat yükü sözleşme ihlalinin varlığını iddia eden taraf, bu iddiasını ispatla mükelleftir.<sup>818</sup> Buna karşın, malın ayıplı teslimi halinde, malın ayıbının teslim anında tespit edilerek teslim almaktan imtina edilmesi yahut maldaki ayıbın sonradan ortaya çıkması halinde de, gerekli bildirimlerin yapılmış olması ile, ispat yükü yer değiştirmektedir.<sup>819</sup>

## 3. Sözleşmesel Menfaati Engelleyen Önemli Ölçüde Olumsuzluğun İspatı

İhlal nedeniyle menfaati zarar gören tarafın ispat etmesi gereken birden fazla olgu bulunur. Şöyle ki, öncelikle sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaati ortaya koyması gerekmektedir. Ardından bu menfaatin diğer tarafça ihlal edildiğini ve CISG md. 25 anlamında bir “olumsuzluk” ile karşı karşıya kaldığını ispatlamalı ve sonrasında ise bu olumsuzluğun yol açtığı yoksunluğun, onun sözleşmeden beklediği menfaati önemli ölçüde kaybettirdiğini ispatlamalıdır.<sup>820</sup>

Yukarıda değinilmiş olduğundan burada kısaca belirtmek isteriz ki, ihlal edilen yükümlülüğe özel önem atfedilmiş olması esaslı ihlal oluşumunda yeterli görülmez. İhlale maruz kalan tarafın bu özel yükümlülük yanında ayrıca ihlal nedeniyle uğradığı “gerçek olumsuzluğu” ortaya koyması gerekir. Bu hususta şüphe halinde ispat yükünün, esaslı ihlal iddiasında bulunan tarafta olacağını belirtmek gerekir. Burada ancak belirli

<sup>818</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 34; Zeytin, *CISG* (n 2) 107; Kaşak (n 185) 352. İçtihatlarda bu yönde Bkz: Landgericht Saarbrücken, 02.07.2002, CISG-Online No: 713; Zivilgericht Basel-Stadt, 01.03.2002, CISG-Online No: 729; Oberlandesgericht Innsbruck, 01.07.1994, CISG-Online No: 107.

<sup>819</sup>UNCITRAL, ‘Uncitral Digest’ (n 56) 115; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 244. İçtihatlarda bu yönde bkz: Landgericht Berlin, 15.09.1994, CISG-Online No: 399 kararda mahkeme teslim alınan mallardaki ayıba ilişkin ispat yükünün alıcıda bulunması karşısında, iddia edilen ayıpların alıcı tarafından eksiksiz biçimde bildirildiğini belirtmiştir. Üst derece mahkemesi belirli şikayetler öne sürüldüğünde, hasarın intikali anında malların sözleşmeye uygunluğunun satıcı tarafından gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir.

<sup>820</sup>UNCITRAL, ‘Uncitral Digest’ (n 56) 115; Schoeter (n 159) Art 25 Para 35; Björklund (n 186) Art. 25, Para, 19; Babiak (n 167) 121; Lookofsky (n 96) 79; Leisinger (n 159) 108; Zeytin, *CISG* (n 2) 107; Kaşak (n 185) 352. İçtihatlarda bu yönde: Stockholm Ticaret Odası tahkim enstitüsü, 05.04.2007, ICC International Court of Arbitration, 01.06.1999, CISG-Online No: 705; CISG-Online NO: 1521; Tribunal Cantonal du Valais, 21.02.2005, CISG-Online NO: 1193; Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-Online No: 709; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online No: 135; Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 18.01.1994, CISG-Online No: 123.

yükümlülüklerin öneminin sözleşmeyi çevreleyen faktörlerden anlaşılabilmesi halinde esaslı ihlalin ispatını kolaylaşmaktadır.<sup>821</sup>

Öte yandan, ihlale maruz kalan tarafın menfaat kaybı nedeniyle uğramış olduğu mali zararını ispat etmesi kendisinden beklenmemektedir. Zira önemli olan sözleşmeden beklenen menfaatin ne ölçüde tatminsiz bırakıldığıdır. Dolayısıyla “önemli ölçü” seviyesinin aşıldığının ispatı için ölçülebilir zarar aranmamaktadır.<sup>822</sup>

#### 4. Öngörülebilirlikte İspat Külfeti

Esaslı ihlalin şartları açısından bakıldığında; sözleşme ihlali ve ihlal sonucu önemli ölçüde menfaat kaybının ispat yükü, ihlale maruz kalan tarafta iken, menfaat kaybının öngörülemez olduğunun ispatı, sözleşmeyi ihlal eden tarafa bırakılmış olduğu, tartışmalı olmakla birlikte genel olarak kabul görmektedir.<sup>823</sup>

Ancak hükümde açık bir düzenleme olmaması doktrinde, öngörülebilirlik şartına ilişkin ispat külfetinin kime ait olacağı hususunu tartışmalı hale getirmiş ve temelde üç farklı görüş ortaya atılmıştır. Bu farklılıklar özünde öngörülebilirliğin hukuki niteliğine ve işlevine ilişkin yukarıda bahsi geçen,<sup>824</sup> farklı yaklaşımların benimsenmesinden kaynaklanmaktadır.<sup>825</sup>

<sup>821</sup>Schroeter (n 159) Art. 25, Para 35.

<sup>822</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 22 Dn 75. Naklen: İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında; malların belirli bir tarihte teslim edilmemiş olması sebebiyle alıcı, kendi müşterilerine karşı yükümlülüklerini yerine getirememiş bu nedenle başka satıcılardan daha kötü standartlarda mal temin etmek zorunda kalmıştır. Bu halde tek başına yarattığı sonuçlar özelinde ihlalin sonuçları esaslı ihlali haklı kılmaktadır. Alıcının ayrıca müşterilerine karşı ödediği tazminatı ya da diğer zararlarının ekonomik değerini ispat etmesi gerekli değildir. Ayrıca alacaklının sözleşmenin ifasından beklediği menfaate ulaşamaması durumunda maddi zararın tazmin edilmesi ihtiyacı doğmaktadır. Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-Online No: 770.

<sup>823</sup>Schroeter (n 159) Art 25. Para 35, 36; Babiak (n 167) 121; Björklund (n 186) Art. 25 para. 19; Honnold and Flechtner (n 214) 209; Graffi (n 78) 340; Zeytin, *CISG* (n 2) 107; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 39; Lookofsky (n 96) 119. İçtihatı bu yönde: Tribunale di Vigevano, 12.07.2000, CISG-Online No: 493, ICC Haziran, 1999 tarihli, CISG-Online No: 705, Güney Afrikada üretilen kobaltın gerekli sertifikayı ve nitelikleri taşımadığı için satılamayacağı öngörülemediğini satıcı ispatlayamamıştır. Zira ihlale ilişkin öngörülebilirlik diğer kaynaklardan elde edilebilir durumdadır. Benzer yönde Bundesgerichtshof, Alman Temyiz Mahkemesi, 03.04.1996, CISG-Online No: 135.

<sup>824</sup>Bkz [tez](#): ‘Öngörülebilirliğin Niteliği ve İşlevi’ 182 vd.

<sup>825</sup>Erkan (n 161) 73.

Böylece öngörülebilirliği “olumsuz şart” olarak gören genel kabul gören görüş oluşmuş; hükümdeki meğerki (*unless*) cümle yapısı ile hükmün yeniden şekillendirilerek ispat yükünün yer değiştirdiği, sözleşmeyi ihlal eden taraf üzerinde bırakıldığını kabul edilmiştir.<sup>826</sup> Nitekim ispat yükünün ihlale maruz kalan tarafta bırakılmasının hakkânî bir sonuç ortaya çıkarmayacağı düşüncesi ile bu değişikliğin yapıldığı, dolayısıyla sözleşmeyi ihlal eden tarafın ancak, sözleşme ihlalinin sebep olduğu sonuçların öngörülebilir olmadığını ispat edilebildiği nispette sorumluluktan kurtulma imkânı taşıdığı belirtilmektedir.<sup>827</sup>

Nitekim bu görüş taraftarları; öngörülebilirlik kriterinin esaslı ihlal incelemesinde, ek bir filtre işlevinde kullanılmak üzere, sözleşmeyi esaslı olarak ihlal ettiği iddiası ile karşı karşıya olan tarafa, kurtuluş imkânı olarak getirilmiş olduğunu kabul etmektedirler. Bu yaklaşımın doğal bir uzantısı olarak, öngörülebilirlik açısından ispat yükünün yer değiştirildiği kabul edilmektedirler. Bu yolla sorumluluktan kurtulma imkânına kavuşacak olan taraf (sözleşmeyi ihlal eden taraf), ihlalin sonuçlarının öngörülemez olduğunu ispatlamalıdır.<sup>828</sup> Nitekim sözleşme ihlalden mağdur olan tarafın, diğer tarafça ihlalin sonuçlarının öngörülebilir olduğunu ispatlamasının kendisinden beklenilmesinin adaletsiz olacağı da belirtilmiştir.<sup>829</sup> *HONNOLD* da benzer

---

<sup>826</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25 N. 2.2.1; Huber and Mullis (n 18) 215; Honnold and Flechtner (n 214) Art 25, N 183; Peacock (n 153) 104; Babiak (n 167) 121; Björklund (n 186) Art. 25 N. 24; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 264. Zira Türkçe metindeki “meğer ki” ifadesi ile inglizce metindeki “unless” ifadesi de ispat yükünün yer değiştirdiği sonucunu çıkarmaya müsaittir.

<sup>827</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25 N. 2.2.1; Huber and Mullis (n 18) 215; Björklund (n 186) Art. 25 N. 19, 24; Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) 325; Peacock (n 153) 104; Zeytin, *CISG* (n 2) 107; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 39; Kanişlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 71. İçtihatlarda bu yönde bkz: Davalı başka kaynaklardan elde edebileceğinden yanlış menşe yerini gösteren ve kaliteyi belirtmeyen belgelerin, esaslı ihlal olarak belirtmiş ve aksini ispat yükü ihlal eden üzerinde bırakılmıştır. Bundesgerichtshof, Alman Temyiz Mahkemesi, 04.1996 tarihli, CISG-Online: 135; Frankfurt Am Main Temyiz Mahkemesi, 18.01.1994 tarihli, CISG-Online: 123; ICC International Court of Arbitration, 01.06.1999, CISG-online: 705 Uyuşmazlık konsu olayda tahkim mahkemesi CISG md. 25 hükmüne göre, davalıya öngörülebilirliğe ilişkin kurtuluş ispatı getirmesine olanak tanımıştır.

<sup>828</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25, N 2.2.2.1; Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 386. 355; Björklund (n 186) 341; Graffi (n 78) 340; Zeller, ‘Fundamental Breach’ (n 186) 90; Enderlein and Maskow (n 20) 178, Huber and Mullis (n 18) 215.

<sup>829</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25, N 2.2.2.1

bir yaklaşımla, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, neyi öngörebileceğini ispat edebilmesi açısından, daha iyi bir pozisyonda bulunduğunu ifade etmektedir.<sup>830</sup>

Öngörülebilirliğin “Subjektif Kurtuluş Kanıtı” olduğunu savunan; *KOCH VE BABIAK* ise, öngörülebilirlik kriterinin esaslı ihlalin kurucu şartlarından biri olmadığını, esaslı ihlal iddiasına dayanan tarafın, diğer tarafın ihlalin sonuçlarını öngörmüş olduğunu ispatlaması gerekeceğini ileri sürmektedir.<sup>831</sup> Nitekim, esaslı ihlalin oluşması için ilk iki şartın (sözleşme ihlali ve haklı menfaati önemli ölçüde yoksun bırakan olumsuzluk) yeterli sayılmış bu nispette öngörülebilirlik kriteri esaslı ihlal incelemesinde bir şart olarak değerlendirilmemiştir. Sadece sözleşmeyi esaslı olarak ihlal eden tarafa bu ihlalin sonuçlarından korunmak için bir imkân vereceği belirtilmektedir.<sup>832</sup>

*SCHLECHTRIEM* ise aksine, öngörülebilirlik kriterinin esaslı ihlalin kurucu şartlarından biri olduğunu, bu nedenle esaslı ihlal iddiasına dayanan tarafın esaslı ihlalin tüm şartlarını ispatlaması gerektiğinden bahisle, ispat külfetinin ihale maruz kalan tarafın üzerinde bırakılması gerektiği savunmaktadır.<sup>833</sup>

Zira bu görüşe göre, öngörülebilirlik şartının işlevi incelenirken değindiğimiz üzere öngörülebilirlik “olumsuzluğun tamamlayıcısı” olan bir kriterdir. Ayrıca öngörülebilirliğin işlevi konusundaki belirsizliğe dikkat çekerek; ispat yükünün hangi tarafta olacağına ilişkin, ihlale uğrayan tarafın haklı sözleşmesel beklentisi tespit edilirken öngörülebilirliğin zaten dikkate alındığını ancak ihlale sebep olan tarafın öngöremeyeceği hiçbir menfaatin, sözleşmenin koruma alanında kaldığından bahisle sözleşme korunan haklı menfaat sayılmayacağından, bu kriterin hükümde tekerrür yarattığını belirtilmektedir.<sup>834</sup>

---

<sup>830</sup>Honnold and Flechtner (n 214) 183, 11ff.

<sup>831</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 264; Babiak (n 167) 118.

<sup>832</sup>Babiak (n 167) 118; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 264, 265; Erkan (n 161) 71.

<sup>833</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 5, 26.

<sup>834</sup>Erkan (n 161) 71. Bu yönde bkz Schroeter (n 159) Art 25, Para 5; Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 935; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 303,304.



*ZIEGEL*, hükme eklenen “önemli ölçüde yoksun bırakacak” (“as substantially to deprive”) ifadesi ile “*quasi-fundamental breach*” testinin getirildiği görüşündedir.<sup>835</sup> Bu test, ihlale maruz kalan tarafın aleyhine menfaat dengesini bozan bir ispat yükü yüklenmiş ve hakkı ihlale uğrayan taraf menfaatinden “önemli ölçüde” (“*substantially*”) yoksun kaldığını ispat etmek için, neredeyse esaslı ihlalin varlığını ispat etmek durumuna düşmüştür.<sup>836</sup>

İhlale maruz kalan tarafın üzerinde bırakılan iç içe geçmiş bu ispat külfetleri karşısında bir grup yazar, CISG md. 25 hükmündeki öngörülebilirlik kriterinin gerekliliğine şüphe ile yaklaşmakta ve önemli ölçüde olumsuzluğun aranmasına rağmen tekerrüre düşerek, öngörülebilirlik testi yapılmasını, ihlale maruz kalan taraf açısından ekstra bir yük olarak görmektedirler.<sup>837</sup> Ayrıca bu durumun doğal bir sonucu olarak, ihlale maruz kalan tarafın sözleşmesel menfaatlerin kapsamını ve meşruluğunu ortaya koymasından sonra, diğer tarafça, ihlalin sonuçlarının öngörülebilir olmadığını ispat etmesi oldukça güçtür.<sup>838</sup> Ancak eleştirilere rağmen öngörülebilirlik kriteri md. 25’te yerini almıştır.

*SCHLECHTRIEM* ise, öngörülebilirliğin olumsuzluk kriterinin tamamlayıcısı olduğu fikrine ek olarak, öngörülebilirlik kriterinin, sözleşmenin yorumlanması ihtiyaç duyulan hallerde işlev kazandığını belirterek, ispat konusunda üzerinde durulması gereken başka

---

<sup>835</sup>Ziegel (37) 15.

<sup>836</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25, para. 2.1.2.2; Ziegel (37) 15: Ziegel görüşünü şu örnekle açıklamaktadır: Sözleşme konusu malların %10’luk kısmının tesliminin zamanında yapılmadığını bir örnekte hükmün taslak hali kabul edilse idi: Esaslı ihlalin varlığı için yalnızca “önemli bir olumsuzluk” aranacağı için; alıcı sözleşme konusu malların %10’unun teslim edilmemesinin önemli bir olumsuzluğa sebebiyet verdiğini bunun da esaslı ihlal oluşturduğunu daha kolay ispat edebilecekti. Ancak hükmün son hali göz önüne alındığında, yalnızca malların %10’unun teslim edilmemesi nedeniyle “sözleşmesel beklentiden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa” maruz kalındığını ifade etmek her zaman mümkün olmayacaktır. Ziegel’e göre, uygulamada, sözleşmesel beklentiden önemli ölçüde yoksun kalınmasının yalnızca malların %50’sini aşan bir ihlalin söz konusu olması haline bağlandığı dahi görülmektedir. Hükümde yapılan değişiklik ile ihlale maruz kalan tarafa ağır bir ispat yükü yüklenmiştir ve bu nedenle de Sözleşmenin bu konuda bir “quasi-fundamental breach” testinin uygulanmasının kabul edildiğini savunmaktadır.

<sup>837</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 5; Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 924, 925; Leisinger (n 159) 103, 104; Huber and Mullis (n 18) 216. Karşı görüşte olan *WILL*, olağandışı durumlarda her iki tarafın menfaatlerinin dengelenmesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25 N. 2.2. Bir önceki bölümde değinildiği üzere; CISG md. 25’in taslak metninin ilk halinde “önemli bir olumsuzluk” esaslı ihlal bakımından objektif bir kriter olarak belirtilmiş, “öngörülebilirlik” ise subjektif bir kriter olarak hükme eklendiği kabul edilmişti ancak hükmün bugün ki halinde eklenen “haklı beklenti” kriteri ile, öngörülebilirlik şartını esaslı ihlal değerlendirmesinde tekerrür yaratmaktadır.

<sup>838</sup>Huber and Mullis (n 18) 216.

bir hususa dikkat çekmiştir. Konuyu üç ihtimalde incelemek gerekirse; birinci ihtimalde, ihlal edilen yükümlülüğe özel bir önem atfedilerek, bu yükümlülüğe aykırılık halinde bu ihlalin esaslı ihlal sayılacağına sözleşmede açıkça düzenlenmesi halinde, öngörülebilirlik kıstasının kendiliğinden gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekecektir. İkinci ihtimal, sözleşmede açıkça belirtilmemesine rağmen, sözleşme görüşmelerinde bir yükümlülüğe özel önem atfedilmesi halidir.<sup>839</sup> Bu iki ihtimalde de öngörülemezliğin ispat edilmesi mümkün değildir zira öngörülemezlik iddiasının esaslı ihlalin önüne geçmesi mümkün değildir.<sup>840</sup> Son ihtimalde ise, taraflarca sözleşmede ya da sözleşme görüşmelerinde belirli bir yükümlülüğe önem verildiği açıkça belirtilmemişse, bir yükümlülüğe özel bir önem atfedilmiş olduğu ancak sözleşmenin yorumu ile tespit edilebilir.<sup>841</sup>

İlk iki ihtimalde, sözleşmede bir yükümlülüğe ya da ifa şekline ilişkin önem açıkça belirtilmişse, söz gelimi ifa tarihi için kesin vadenin belirlenmiş olması, ifa tarihini esaslı nokta haline getirmektedir dolayısıyla olumsuzluğun doğması halinde bunun öngörülemediğinin ispatı mümkün olmayacaktır. Yine sözleşme müzakereleri sırasında söz gelimi; alıcı kendisinin satıcı olduğu ticari ilişkilerinde müşterilerinin beklentileri konusunda bilgilendirdiyse ya da kalite belgesi ya da ihracat lisansı olmaz ise sözleşme ilişkisine hiç girilmeyeceği belirtmiş ise<sup>842</sup> yahut sözleşme öncesi görüşmelerde ihlal halinde oluşabilecek zarara vurgu yapılmışsa, bu şekilde yapılan atıfla, artık bu yükümlülükler dikkatin çekilmiş olduğu kabul edilir. Sonuç olarak önemi artan bu yükümlülüklerin öngörülemezliğine dayanarak sorumluluktan kurtulma imkânı bulunmamaktadır.<sup>843</sup>

---

<sup>839</sup> Schroeter (n 159) Art 25, para 28, 29.

<sup>840</sup> Yelkenci, *Dönme* (n 166) 45.

<sup>841</sup> Schroeter (n 159) Art 25, para 29,30.

<sup>842</sup> Benzer yönde içtihat: Oberlandesgericht, 21.06.2005, CISG-Online: 1047. Alıcının kendi müşterisine karşı geç ifade cezai şart kararlaştırılmış olduğundan, satıcıyı da kendi müşterilerine ilişkin yükümlülükleri konusunda aydınlattığından ifa tarihinin öngörülebilir olduğu kabul edilmiştir. Yine aynı kararda; alıcı ile müşterisi arasındaki sözleşme uyarınca, sözleşmenin bir parçası haline geldiği kabul edilmiştir.

<sup>843</sup> Schroeter (n 159) Art 25, Para 28, 29, 104ff, 105ff.

Üçüncü ihtimalde ise, atfedilen özel önem ancak sözleşmenin yorumlanması ile belirlenebilmektedir. Bu görüşe göre; ihlale maruz kalan taraf, bu yükümlülüğün öneminin sözleşmeyi ihlal eden tarafça bilindiğini veya bilinmesi gerektiğini ispat etmek zorundadır. Böyle bir özel önem atfedildiğini ispat, hakkı ihlal edilen tarafa düşmektedir. Bu görüşünün temelinde; karşı tarafın bilgisinin tanık veya diğer delillerle ispatlanması mümkün iken, bilgi sahibi “olmamanın” ispatlanmasının neredeyse imkânsız olduğunu ifade eden düşünce yatmaktadır.<sup>844</sup>

Öngörülebilirlik kriterinin aslında bu varyasyonda işlev kazandığı daha önce belirtilmişti. Nitekim, sözleşmeyi ihlal eden açısından olumsuzluğun öngörülebilir olup olmadığı sadece sözleşmenin yorumu ile tespit edilmektedir. Diğer iki ihtimalin aksine öngörülebilirlik kıstası burada, sözleşmedeki açık hükmün ve sözleşme görüşmelerindeki atfın yerini almaktadır.<sup>845</sup> Burada söz konusu yükümlülüğünün öneminin öngörülebilirliği araştırılırken sorulması gereken; CISG md. 8/II ve 8/III anlamında aynı durumda, ekonomik veya ticari sektörün aynı dalında hareket eden makul bir kişinin söz konusu yükümlülüğü fark edip farketmeyeceği olmalıdır. Zira objektif kriterlere göre yükümlülüğün öngörülebilir olması halinde subjektif kriterlere göre (kişinin bilgisizliği, hatalı tahmini vb.) nedeniyle öngörülemez olması, sözleşmeyi ihlal eden tarafı sorumluluktan kurtarmayacaktır.<sup>846</sup>

Ancak bu ihtimalde, bir yükümlülüğün önemi objektif olarak öngörülebilir değilse sözleşmeyi ihlal eden tarafça bu önemin bilindiğinin varsayılması için ifa tarihinden

---

<sup>844</sup>Leisinger (n 159) 109, 110; Sarıkaya (n 37) 167, 279ff.

<sup>845</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 12,14; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 304, Yelkenci, *Dönme* (n 166) 45.

<sup>846</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 30,36. Zararın büyüklüğü aynı sektörde çalışanların bu olumsuzluğa vereceği önemi göstermesi açısından önemlidir. İçtihatla bu yönde: Milono, 20.03.1998 tarihli, CISG-online: 348: sezonluk malların gönderilmesi kararlaştırılmış ise sezon sonuna kadar sürecek gecikme alıcı açısından önemli yükümlülük ihlalidir. Oberlandesgericht Hamburg, 28.02.1997 tarihli, CISG-Online: 261: INCOTERMS’in bazıları ifa zamanını esaslı hale getirir. CIF klotu CISG sözleşmesinde vadeyi kesin vade haline getirir. Oberlandesgericht, 21.06.2005, CISG-Online: 1047: Yazılımın Avusturya’da kullanılması mümkün değildi. Ürün alıcının ülkesine sunulup dağıtım yapılacağından, teknik sebeplerle kullanılamaması halinde doğan zararlar, mahkemece öngörülebilir bulunmuştur.

önce bu öneme vurgu yapılması ya da diğer kaynaklardan bu önemin öğrenilmiş olması gerekmekte olup, bu durum ihlale maruz kalan tarafından ispatlanmalıdır.<sup>847</sup>

Cevaplanması gereken başka bir soru ise; ihlalin yarattığı olumsuzluğun zaman içinde artması halinde doğmaktadır. Zira yükümlülüğü ihlal eden tarafın, kendisinden öngörmesi beklenen “esaslı ihlal yaratacak derecede” olumsuzluk yaratan sonuçtur. Bir başka deyişle, esaslı ihlali haklı kılan kapsamdaki olumsuzluğun öngörülebilir olması kendisinden beklenilmektedir. O halde ihlalin yarattığı olumsuzluk zaman içinde arttığında, normal derecede olumsuzluk yaratan sonuç başlangıçta ihlal eden tarafça öngörülebilmiş ancak sonradan olumsuzluk derecesinin artması ve esaslı ihlal yaratacak seviyeye ulaşması halinde bu yeni sonuç öngörülebilmiş olabilir. Bu durumda sözleşmeyi ihlal edenin, artarak etkisini güçlendiren yeni sonucun öngörülemeyecek olduğunu, öngörülebilirlik kıstasına dayanarak ispatlaması ve sorumluluktan kurtulması mümkündür.<sup>848</sup>

Bunun yanı sıra, yalnızca ihlale maruz kalanın kontrol alanında bulunan ve borçlu tarafından bilinmesi beklenmeyen hususlar da bu benzer şekilde değerlendirilmelidir.<sup>849</sup>

Sonuç olarak, bizim de katıldığımız görüşe göre, öngörülebilirlik şartı, esaslı ihlalin diğer iki şartından farklı olarak, sözleşmeyi ihlal eden tarafın doğrudan ve dolaylı olarak içinde bulunduğu durum ve koşullar dikkate alınarak araştırıldığından, bu ihlalin

---

<sup>847</sup>Schroeter (n 159) Art 25, para 31. İçtihatla Oberlandesgericht Frankfurt, 17.09.1991 CISG-Online: 28 Karara göre alıcının tüm malların aynı anda teslim edilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin açık beyanı olduğundan..”

<sup>848</sup>Turku Court of Appeal, 18.02.1997 tarihli, CISG-Online No: 1297. Devalüasyonun alıcı nezdinde yarattığı olumsuzluğun satıcı tarafından öngörülebilir olmadığına yerel mahkemece karar verilmesi karşısında, malın tesliminde satıcının gecikmesinden önce devalüasyonun gerçekleşmesi nedeniyle yüksek mahkemece değerlendirmeye alınması hatalı görülmüştür. Ancak malların tesliminin gecikmesinden sonra ancak alıcı tarafından bedelin ödenmesinden önce devalüasyon gerçekleşseydi bu halde satıcı olumsuzluğun öngörülebilir olmadığı iddiasında bulunması mümkün olabilirdi.

<sup>849</sup>Buna duruma örnek olarak Fransa Yüksek mahkemesi tarafından verilen karar gösterilebilir. Dava konusu olayda; alıcının sözleşme konusu portakal suyunu teslim almakta gecikmesi satıcı için stok sorunu yaratmış ve raf ömrü göz önüne alınarak portakalların konsantre hale getirilerek muhafaza edilmek zorunda kaldığını beyan etmiştir. Mahkemece, sözleşmeden ya da sözleşme görüşmelerinden bu hususun anlaşılmadığı, satıcının malların dayanıksızlığına ve teslim tarihinin geçirilmesinden bir süre sonra konsantre hale getirilmesi zorunluluğunun, sözleşmeden dönme beyanından önce anlaşılmadığının, bu sebeplerle de alıcının esaslı ihlale yol açan olumsuzluğu öngörmesinin kendisinden beklenemeyeceğine karar verilmiştir. Esaslı ihlal oluşmadığı yönünde karar verilirken öngörülebilirlik testinin ağırlıklı olarak nazara alındığı anlaşılmaktadır. Cour d'appel de Grenoble, 04.02.1999 tarihli, CISG-Online No: 443.

sonuçlarının, ihlali yaratan tarafça öngörülebilir olması veya öngörmesi beklenen olumsuzluklar olması esaslı ihlal değerlendirmesinin çatısını oluşturur.<sup>850</sup> Bu nedenle, ihlal eden üzerinden düzenlenmiş öngörülebilirlik kriteri ek bir filtre görevi görerek, esaslı ihlalin sonuçlarından kaçınmak için sözleşmeyi ihlal eden tarafa bir kurtuluş imkânı getirmektedir. Ayrıca hem CISG md. 25'in lafzında yer alan “meğer ki” ifadesinden hem de öngörülebilirliktense öngörülemezliğin ispatının hayatın olağan akışında daha makul açıklanabilir olması gerekçesi ile uygulama ve doktrindeki genel görüşe katılmak mümkündür. Kaldı ki, zaten hakları ihlal edilmiş olan tarafa bir de bu ihlalin öngörülebilir olduğunu ispat etmesi için bir külfet yüklemek hakkaniyetle bağdaşmayacaktır.

İspat külfetinin sözleşmeyi ihlal eden taraf üzerinde olduğu genel kabul gördüğü üzere, bu kez de akla şu gelmektedir. Sözleşmeyi ihlal eden tarafın, ihlalin öngörülemez olduğunun kanaatini yaratması için ispatlaması gereken hususlar nedir?

Şöyle ki, sözleşmeyi ihlal eden tarafın ispatlaması gereken aslında iki husus bulunmaktadır. Hem sözleşme ihlalinin yarattığı sonuçları kendisinin öngörmediğini (subjektif kriter) hem de “aynı konum ve koşullardaki makul bir kişinin” (objektif kriter) de ihlalin yaratacağı sonuçları öngöremeyeceğini ispat etmelidir.<sup>851</sup> Görüldüğü üzere, subjektif ve objektif test birbirine alternatif olarak değil, sözleşmeyi ihlal eden tarafça ispatlanması gereken iki ayrı husus olarak düzenlenmiştir.<sup>852</sup>

Bir görüş göre, sözleşmeyi ihlal eden tarafın ispat külfetinin, objektif olarak öngörülebilme ile sınırlı olması, subjektif öngörülebilirliğin ispat külfetinin ise, ihlale maruz kalan tarafta bırakılması gerektiğini savunur. Bu görüşün gerekçesi olarak, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, kendisi açısından sonuçların öngörülemediğini ispatı noktasında kesin kanaat yaratmasındaki güçlükle açıklanmaktadır.<sup>853</sup>

<sup>850</sup>Honnold and Flechtner (n 214) 183; Açıklalın (n 67) 71.

<sup>851</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25, N 2.2.2.1; Peacock (n 153) 104, 105; Kanişlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 70, 71; Toker, *Uygulama Alanı* (n 2) 23.

<sup>852</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art. 25 N. 2.2.2.

<sup>853</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) Art 25, 2.2.2.1.

Bir başka görüş ise, kesin bir kanaat oluşturmanın yaratacağı güçlüğü gerekçe göstererek, ispat külfetinin yer değiştirmesinin, ihlale maruz kalan üzerinde fazla yük bırakacağını belirtmektedir.<sup>854</sup>

Uygulamada sırf bu nedenle ispat yükünün yer değiştirmesi ve ihlale maruz kalan tarafa bırakılması da uygun düşmediğinden, subjektif öngörülebilirlikte asgari düzeyde kanaat oluşturması yeterli görülmüştür. Sonuç olarak, sözleşme ihlalinin objektif olarak öngörülebilir olmadığı, ihlal eden tarafından ispatlanması halinde, ayrıca subjektif olarak kendisi tarafından da öngörülemezliğine ilişkin belirli bir düzeyde bir kanaat yaratmışsa, bu halde ihlale maruz kalan taraf, bu ihlalin sonuçlarının subjektif anlamda öngörülebilir olduğuna ilişkin ispat vasıtası sunması kendisinden beklenebilecektir.<sup>855</sup>

## **II. ESASLI İHLAL DEĞERLENDİRMESİNE ETKİ EDEN FAKTÖRLER**

### **A. Esaslı İhlale Sonuç Bağlayan CISG Hükümlerinin Varlığı**

Esaslı ihlalin ifa engelleri sistemindeki merkezi konumu esaslı ihlal kavramına birçok maddede atıf yapılmasından kaynaklanmaktadır. Bu atıfların hepsinde, hükümlerin belirli sonuçlara ulaşabilmesi için, CISG md. 25'teki esaslılık şartlarının sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle esaslı ihlal değerlendirmesine sonuç bağlayan bu hükümlerindeki şartların gerçekleşmesi esaslı ihlal değerlendirmesine etki eden faktörlerin başında gelmektedir. Konumuz açısından önemi nedeniyle üçünü bölümün sonunda, esaslı ihlal değerlendirmesinin önem kazandığı diğer haller başlığı altında detaylı olarak bu hüküm ve sonuçlar incelendiğinden tekrardan kaçınmak üzere burada değinilmeyecektir.

CISG md. 49/I (a) hükmü ile; Satım sözleşme ve CISG'den doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin esaslı ihlal olarak değerlendirilmesi halinde alıcıya sözleşmeden dönme hakkı verilmiş, aynı hukuki imkân CISG md. 64/I.a ile satıcıya

---

<sup>854</sup>Sarıkaya (n 37) 169 285ff.

<sup>855</sup>Sarıkaya (n 37) 169 ve orada Gruber, MünchKommBGB, Art 25, N. 47.

tanımıdır.<sup>856</sup> CISG md. 46/II hükmü ile; satıcı tarafından sözleşmeye aykırı mal teslim edilmiş olması, esaslı ihlal olarak değerlendirilebildiği surette alıcının malın yenisi ile değiştirilmesini talep etmesi mümkündür.<sup>857</sup>

Dönme hakkını düzenleyen özel hükümler olarak esaslı ihlal değerlendirmesinin önem kazandığı diğer hükümler:

CISG md. 51'de; sözleşme konusu malların sadece bir kısmının teslimi halinde veya teslim edilen malların bir kısmının sözleşmeye aykırılık taşıması halinde, alıcının yukarıda bahsi geçen seçimlik haklarını, malların eksik veya aykırı olan kısma ilişkin olarak kullanabilecektir.<sup>858</sup>

Görüldüğü üzere, CISG md. 51/I kapsamında, teslim edilmeyen kısmın veya sözleşmeye aykırı teslim edilen kısmın, sanki ayrı bir satım sözleşmesinin konusuymuş gibi değerlendirilmesi ile esaslı ihlale ilişkin şartların yerine gelip gelmediği de bu kısımlar nazara alınarak yapılmaktadır.<sup>859</sup>

CISG md. 51/II hükmüne göre ise; satıcının sözleşme konusu malları eksik teslim etmesi veya teslim edilen malların bir kısmının sözleşmeye uygun olmaması sözleşmenin bütününe tesir edecek nispette bir esaslı ihlal teşkil ediyorsa alıcı,

---

<sup>856</sup>CISG md. 49/I: "Alıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: (a) Satıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa veya..." CISG md. 64/I: "Satıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: (a) Alıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa, veya..." CISG Madde 64 (1) Satıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: (a) Alıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa, veya..."

<sup>857</sup>CISG md. 46/II: "Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı ancak bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturması ve 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimini isteyebilir."

<sup>858</sup>CISG md. 51/I: "Satıcı malların yalnızca bir kısmını teslim etmiş ise veya teslim edilmiş malların yalnızca bir kısmı sözleşmeye uygun ise, 46 ilâ 50. maddeler eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısım için uygulanır." Honnold'un verdiği örnekte; 100 çuvalın 10 çuvalı vadesinde teslim edilmediğinde bu 10 çuvalın eksikliği esaslı ihlal oluşturacak nispette ise alıcı bu 10 çuvala ilişkin olarak sözleşmeden dönebilecektir ya da bu kısma ilişkin olarak malın yenisi ile değiştirilmesini talep edebilecektir. Dolayısıyla CISG md. 46 ile 50 arasında düzenlenen haklar, CISG md. 51'e göre sadece teslim edilmeyen veya sözleşmeye aykırı teslim edilen mallar açısından uygulanabilecektir. Honnold and Flechtner (n 214) 316.

<sup>859</sup>Honnold and Flechtner (n 214) 316.

sözleşmenin tamamını ortadan kaldıracak şekilde dönme hakkını kullanabilecektir.<sup>860</sup> Ancak burada alıcıya sadece dönme hakkının tanınmış olması dikkat çekicidir. Bunun yanı sıra, alıcının sözleşmenin bütünü anlamında esaslı ihlal yaratan kısmi ifa nedeniyle, sözleşmeye uygun ifası teklif edilen kısmı da teslim almaktan kaçınma hakkı bulunmaktadır.<sup>861</sup>

CISG md. 72/I, sözleşmeden dönmenin özel olarak düzenlendiği hükümlerden biri olarak; öne alınmış sözleşmeye aykırılığın esaslı olması halinde sözleşmeden dönülmesi düzenlenmiştir.<sup>862</sup> Buna göre, sözleşme ihlali henüz gerçekleşmeden önce, ancak gerçekleşmesinin şüphesiz beklenmesi halinde, CISG md. 25 kriterleri vadeden önce gerçekleşecek bu ihlalin değerlendirilmesinde kullanılmaktadır.<sup>863</sup>

CISG md. 73 ise; art arda teslimli satışlardaki sözleşmeden dönmeyi özel olarak düzenlemektedir. Art arda teslimli sözleşmelerdeki teslimatlardan birinin eksik ya da sözleşmeye aykırı yapılması sözleşmenin bütünü üzerinde esaslı ihlal oluşturması halinde, CISG md. 49/I ve md. 64/I hükümlerinin sonuçlarını doğurmakla birlikte, bu teslimatın sadece ilgili teslimat açısından esaslı ihlal oluşturması halinde de ise bu teslimata ilişkin olarak sözleşmeden dönülebilir.<sup>864</sup>

---

<sup>860</sup>CISG md. 51/II: "*Eksik veya sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi halinde alıcı sözleşmenin tamamının ortadan kalktığını beyan edebilir.*"

<sup>861</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 42; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 302; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 341. Yukarıdaki örnekten devamla; 10 çuval pirinci teslim edilmemesi ya da sözleşmeye aykırı teslimi, alıcının sözleşmenin tamamından beklemekte olduğu haklı menfaatinin önemli ölçüde yoksunluğa uğrattığı ve bu durum satıcı için öngörülebilir idiyse, 90 çuval teslim edilmiş olsa dahi alıcı sözleşmenin tamamından dönebilir. Alıcının teslim edilmeyen kısmı başka yollardan temin etme imkânı varsa, bu halde eksik teslim sözleşmenin bütünü açısından esaslı ihlal yaratmayacaktır. Landgericht Heidelberg, 03.07.1992, CISG-Online: 38.

<sup>862</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 310; Björklund (n 186) Art. 25 Para 30, CISG md. 72/I: "*Sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceği aşikar ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir.*"

<sup>863</sup>Detaylar için bkz : 'Esaslı İhlalin Öncelenmiş Borca Aykırılıkta Etkisi' 379 vd.

<sup>864</sup>Detaylar için bkz : 'CISG'de Ardı Ardına Teslimli Sözleşmeler' 390 vd.



Son olarak; CISG md. 70 hükmüne göre; ihlalin esaslı olması halinde alıcı, CISG md. 67, md. 69 hükümlerine göre hasarı alıcıya geçmiş olsa da, mallar zayi veya zarar görse bile esaslı ihlale bağlanan seçimlik haklarını kullanabilir.<sup>865</sup>

## **B. Sözleşmenin Esaslı İhlal Değerlendirmesine Etkisi ve Bu Etkinin Sınırı**

Sözleşmeye aykırılık halinde, ihlalin etkilerinin ve sonuçlarının değerlendirilmesinde, diğer esaslılık değerlendirmesinde dikkate alınacak faktörlerden önce, öncelikli sözleşmede açıkça düzenmiş bir hükmün varlığı araştırılmaktadır.<sup>866</sup> Taraflar arasındaki sözleşme hükümleri, esaslılık değerlendirmesinde birincil olarak ele alınmaktadır.<sup>867</sup> O nedenle sözleşme sadece yükümlülük yaratmamakta aynı zamanda bu yükümlülüklerin alacaklı açısından ne derecede önemli olduğunun tespitine ışık tutmaktadır.<sup>868</sup>

Sözleşme serbestisi ve taraf iradelerinin üstünlüğü ilkesinin doğal bir uzantısı olarak, tacir olan tarafların karşılıklı olarak kabul ettikleri sözleşme metninin, tarafların iradelerinin ortaya konulmasında öncelikli kaynak olması yerinde bir yaklaşımdır.<sup>869</sup> Nitekim CISG md. 6 uyarınca taraflara; CISG md. 12 saklı kalmak şartıyla, Antlaşma hükümlerine istisna getirebilme veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirme konusunda bir serbesti tanınmıştır.

Bu nedenle tarafların basiretli ve öngörülü davranarak, kendileri için önem arz eden hususları sözleşme metnine dahil ederek, mümkün olduğu ölçüde kendileri için esaslı olabileceğini düşündükleri yükümlülüklerle ilişkin iradelerini açıkça ortaya koymaları, bu yükümlülüklerin ihali halinde, bu ihlallerin esaslı olarak değerlendirilecek olmasından dolayı önem taşımaktadır.<sup>870</sup>

---

<sup>865</sup>Detaylar için bkz: ‘CISG’de Hasar Riskinin Geçişi’ 372 vd.

<sup>866</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 216.

<sup>867</sup>Huber and Mullis (n 18) 217.

<sup>868</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 21(a).

<sup>869</sup>Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) s.321.

<sup>870</sup>Schroeter (n 159) Art 25 Para 21(a); Graffi (n 78) 339. Zira esaslı ihlalin şartlarını incelediğimiz bölümde değindiğimiz üzere, tarafların sözleşmede bir yükümlülüğün ihlalinin, “esaslı” olduğunun altını çizmesi; esaslı ihlal kriterlerinin varlığının sorgulanmasında önemli bir rol almaktadır. Şöyle ki, ihlale

Bunun yanısıra tarafların bir yükümlülüğün ihlalinin esaslı olduğunu sözleşmede açıkça belirtmeleri, sözleşmede belirtmemekle birlikte sözleşme görüşmelerinde önemi vurgulamaları ya da ne sözleşmede açıkça kaleme alınmış ne de sözleşme görüşmelerinde altı çizilmiş olmamakla birlikte, sözleşmeyi çevreleyen diğer faktörler (tarafların içinde bulunduğu koşullar, ticari teamüller ve alışkanlıklar) dikkate alındığında sözleşmenin yorumu ile bu sonucun çıkarılabilmesi halinde, bu yükümlülüğün ihlalinin esaslı olduğu sonucuna varılabilir.<sup>871</sup>

Başka bir görüş ise, sadece sözleşme hükümlerine ya da sözleşmenin yorumu ile ihlal edilen yükümlülüğe verilen önem üzerinden, esaslı ihlalin gerçekleştiğini söylemenin mümkün olmayacağı görüşünü savunur. Zira esaslı ihlal sonucunun oluşması için ayrıca esaslı ihlali haklı kılacak derecede bir olumsuzluğun “gerçekten” ortaya çıkması gerekir.<sup>872</sup> Zira önemli olan ihlalin ortaya çıkardığı sonuçtur bu nedenle ihlal edilen yükümlülüğün asli veya yan edim olup olması –sebebinin ne olduğu ile ilgilenilmez- , kendisine özel önem atfedilmiş bir yükümlülük olup olmadığının önemi yoktur. Aksi halde esaslı ihlal sonucu bağlanmış her yükümlülüğün ihlalinin kendiliğinden esaslı ihlale yol açacağını kabul etmek gerekirdi ki bu durum hükmün lazfına ve amacına uygun düşmezdi.<sup>873</sup>

*ATAMER*'in haklı deyişine göre; sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın beklemekte haklı olduğu menfaatler ile “fiilen elde edilen” durum karşılaştırılmalıdır.<sup>874</sup> Bu halde “gerçek” bir olumsuzluğun doğmuş olmasının aranması, CISG md. 25'in sözleşmeden

---

maruz kalan tarafın beklediği menfaatin sözleşme uyarınca meşru bir menfaat olarak tanımlanmasında, haklı menfaatin sözleşme ilişkisi içerisindeki öneminin belirlenmesinde ve öngörülemezlik iddiasının önüne geçmesinde, taraflar arasındaki sözleşme öncelikli hep referans noktası olmaktadır.

<sup>871</sup>Schroeter (n 159) Art 25, para 22,23,28,29. Yazara göre taraflarca ifa tarihi kararlaştırılmış ve bu ifa tarihi, ifa zamanını esaslı hale getirmişse, o tarihte teslimatın alınmasındaki sözleşmesel menfaat o kadar esaslıdır ki zararın doğup doğmadığına bakılmaksızın ifanın gecikmesi durumunda esaslı ihlalin olduğu kabul edilmelidir. Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 215; Schroeter (n 159) Art. 25 N. 4, 23; Huber and Mullis (n 18) 214, 217; Björklund (n 186) Art. 25 N. 17; Leisinger (n 159) 41, 102.

<sup>872</sup>Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 934; Lubbe (n 112) 447, 448; Peacock (n 153) 103; Paiva (n 183) § 3.2.5.1 - 3.2.5.4.

<sup>873</sup>Lubbe (n 112) 448; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 42,43.

<sup>874</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 242.

dönmeyle sınırlandıran anlayışı ile paralellik göstermektedir<sup>875</sup>. Böylece dönme ve malın yenisi ile değişimi haklarının kullanım alanı daraltılmıştır.

Öte yandan, sözleşmede kararlaştırılmayan bir ihlalin de, esaslı ihlal yaratması her zaman mümkündür. Nitekim özel önem atfedilmiş bir yükümlülüğün ihlalinin esaslı ihlal sonucu doğurmama ihtimali olduğu gibi, alalade bir ihlalin de ağırlık kazanarak esaslı ihlale dönüşmesi mümkündür.<sup>876</sup> Zira CISG md. 25'in temelini; hükümlerin önemi değil, sözleşme ihlalinin sonuçları ve bu sonuçların öngörülebilir olup olmadığı oluşturmaktadır olduğundan,<sup>877</sup> yükümlülüğün ne olduğundan çok ihlalin yol açtığı/sebeplendiği sonuçlar, esaslı ihlalin konusunu oluşturmaktadır.<sup>878</sup>

O halde sonuç olarak; her somut olayı takdir etmek durumunda olan hakkimin başlıca kaynağı taraflar arasındaki sözleşmedir. Bu halde öncelikle sözleşme ve sözleşme görüşmelerinde açıkça düzenlenen bir yükümlülük ihlali varsa, yükümlülüğün ihlali halinde bu ihlalin maruz kalan açısından sonuçlarının ağırlığını anlamak için “fiili duruma” bakılmalı, sözleşme ve sözleşme öncesi görüşmelerde böyle bir önem açıkça belirtilmemişse, bu kez de sözleşmeyi yorumlayarak özel bir önem taşıyıp taşımadığının tespitinden sonra ihlalin sebep olduğu sonuçların ağırlığına göre karar vermelidir.<sup>879</sup>

---

<sup>875</sup>Söz gelimi, sözleşmede yükümlülüklerin yerine getirilmesi bakımından kesin bir vadenin belirlenmiş olması halinde, yükümlülüğün belirlenen tarihten sonra yerine getirilerek bu vadeye uyulmaması halinde, çoğunlukla bu ihlalin esaslı ihlale yol açması mümkündür. Ancak her durumlarda, sözleşmenin geç ifası, esaslı ihlal sonucunu doğurmayabilir zira sadece kesin vadenin kararlaştırılmış kendiliğinden esaslı ihlalin oluşumu için yeterli değildir. Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 309; Enderlein and Maskow (n 20) 113; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 503; Sarıkaya (n 37) 176. Zira esaslılık tespiti için bu geç vadenin, gerçekten diğer tarafı beklemekte haklı olduğu menfaatinden önemli ölçüde yoksun bırakıp bırakmadığının, bir başka deyişle “gerçek bir olumsuzluk” yaratıp yaratmadığının tespit edilmesi gerekir. Dolayısıyla şunu söylemek mümkündür ki; ifanın kesin vade olarak belirtilen tarihten sonra yapılması halinde bu sözleşme ihlaline rağmen, karşı taraf sözleşmeden beklediği menfaati elde etmişse, bu durumda esaslı ihlal oluştuğu kabul edilemez. Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 29; Graffi (n 78) 340, 378; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 43, Bundesgericht, 15.09.2000 tarihili, CISG-Online: 770: Sözleşme ihlalinin büyüklüğü değil, bu sonucun alacaklı açısından yarattığı olumsuzluğun belirleyici olması gerektiği belirtilmiştir. İfadan beklenen menfaate ulaşlamamışsa, bu halde maddi tazminat ihtiyacı doğduğu kabul edilmiştir.

<sup>876</sup>Lubbe (n 112) 447,448. İçtihat: Oberlandesgericht, Münih, 2.3.1994, CISG-Online: 108; Huber and Mullis (n 18) 217

<sup>877</sup>Lubbe (n 112) 446.

<sup>878</sup>Enderlein and Maskow (n 20) Art 25, N 3.3; Peacock (n 153) 103.

<sup>879</sup>Lubbe (n 112) 446. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse; bir düğün organizasyonu firması ile çiçek aranjmanı için anlaşılmış ve düğün tarihi de kesin vade olarak sözleşmede açıkça belirtilmiş olsun. İlk

Esaslı ihlalin şartlarını incelediğimiz bölümde detaylı olarak ele alındığı üzere,<sup>880</sup> “önemli ölçüde” olumsuzluğun tespitinde esaslı ihlali değerlendirirken kullanılan yöntemlerden biri; sözleşme amacını ortadan kaldıracak, adeta ihlale maruz kalan taraf için sözleşmenin konusuz kalmasına yol açacak nispette bir ağırlığın aranmasıdır.<sup>881</sup> Sözleşmenin mali/parasal değeri<sup>882</sup> dikkate alınmakla birlikte, mali zararın doğduğu her durumda esaslı ihlal sonucuna varmak mümkün olmadığından somut olaya göre bir değerlendirme yapılmalıdır.<sup>883</sup> Sözgelimi, taraflardan birinin malı ifa etmeyeceğine dair

---

ihhtimalde düğün tarihinde çiçeklerin tesliminin geç yapılması halinde, ihlale maruz kalan tarafın beklemekte olduğu haklı menfaatten yoksun kalacak nispette bir gerçek bir olumsuzluğun var olduğu şüphesizdir. Benzer şekilde sözleşme görüşmelerinde de ifa tarihine özel önem verildiği belirtilmişse yine öngörülemezlik savunması dinlenmeyecek esaslı ihlalin varlığı kabul edilecektir. Hatta böyle bir özel önemin sözleşme ya da sözleşme görüşmelerinden açıkça çıkarılamaması halinde dahi, düğün tarihinden sonra süslemelerin bir öneminin kalmayacağı yorumu ile kesin vade kararlaştırılmış olduğu çıkarımı yapılarak, esaslı ihlal sonucuna varmak mümkün olacaktır. Ancak, satıcının ifada geciktiğini ve ancak düğünün de başka bir nedenle iptal edildiğini varsayalım. Bu halde sözleşmede ya da sözleşme görüşmelerinde açıkça düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın, “gerçek bir olumsuzluktan” bahsedilemeyeceği için var olan sözleşmeye aykırılığı, CISG md. 25 anlamında sözleşmenin esaslı ihlali olarak saymak mümkün olmayacaktır. Benzer şekilde, yağmur nedeniyle düğünün iç mekana alınması ve iç mekanda bu çiçek aranjmanının uygulanması mümkün değil ise, yine ifanın gecikmesi sözleşmesel aykırılık yaratacak ancak “gerçek” bir olumsuzluk olmadığından sözleşmenin esaslı ihlalden bahsedilemeyecektir. Başka bir örnekle açıklayacak olursak; sözleşmede malların satın alınma amacının açıkça belirtilmiş olması karşısında, sözgelimi satıcının malları sözleşmede belirtilen şekilde ambalajlamamış olması sözleşmeye aykırılık olmakla birlikte, alıcının malları satın alma amacı da dikkate alınmalıdır. Eğer ambalajlama yükümlülüğü, malların hasarsız şekilde teslimini hedefliyor ve mallar ambalajlanmamış olmasına rağmen hasarsız olarak alıcıya teslim edilmişse, ihlal esaslı sayılmayacaktır. Ancak ambalaj eksikliği sebebiyle alıcı malları yeniden satma fırsatını kaçırmışsa ve yeniden satma amacını sözleşme ilişkisi dahilinde diğer tarafa açıkça bildirmişse, mallar hasarsız teslim edilmiş olsa bile ihlal esaslı olarak nitelendirmek gerekir. Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 75, Schlechtriem, *Uniform Sales Law* (n 20) 60. Taraflar, özel önem atfedicileri yükümlülüğünün her durumda esaslı ihlal yaratacağını kararlaştırmışlarsa bu durumda CISG md. 25 uygulamasından ayrıldıklarının kabulü gerekecektir. Sarıkaya (n 37) 178.

<sup>880</sup> Detaylı inceleme için bkz: ‘Sözleşmenin Kurulma Amacının Değerlendirilmesi’ 147 vd.

<sup>881</sup> Enderlein and Maskow (n 20) 114; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 239.

<sup>882</sup> Babiak (n 167) 118; UNCITRAL, Sekretarya Şerhi, (n 179) 101. buna göre; “(m)eydana gelen zararın esaslı olup olmadığının tespitinde, her olayın özellikleri, örneğin sözleşmenin parasal değeri, ihlal sonucu meydana gelen parasal zarar veya ihlalin zarar gören tarafın diğer ticari faaliyetlerine ne kadar etkisi olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.” Denilerek, ihlalin esaslı olup olmadığının değerlendirmesinde sözleşmenin toplam değeri ve ihlale maruz kalan tarafın katlanmak zorunda kaldığı para/mali kaybının da dikkate alınması gerektiği kaleme alınmıştır.

<sup>883</sup> Babiak; sekreteryaya şerhindeki atfa dayanarak parasal kaybın ve zararın dikkate alınmasını belirtirken Babiak (n 167) 118; Koch ve Schlechtriem; parasal kaybı tek başına esaslılık değerlendirmesi için yeterli görmez. Bizim de katıldığımız görüşe göre; mali zarar her somut olaya göre değerlendirilerek, sözleşmesel beklentinin tespitinde sadece bir gösterge olarak kullanılmalıdır, yoksa esaslı ihlalin bir kriteri olarak değil. Zira henüz zarar meydana gelmeden de gerçekleşme olasılığı varken de esaslı ihalden bahsetmek mümkündür. Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 220. 391; Schroeter (n 159) Art 25, Para 22. Bu konudaki tartışmalar yukarıda için **Bkz tez:** “Mali veya Mali Olmayan Zararların Kapsama Alınması” 129vd.

kesin bildirim,<sup>884</sup> malların yeniden satımının mümkün olmaması,<sup>885</sup> temelli ifa etmeme durumunun ortaya çıkması,<sup>886</sup> doğası gereği belirli bir zamanda teslim edilmesi gereken ürünün geç teslimi,<sup>887</sup> sözleşmeye aykırılıklar, üçüncü kişilerin zaptı gibi durumlarda sözleşme amacını ortadan kalkmış olduğu kabul edilir.

Görüldüğü üzere, CISG md. 25 uyarınca yapılacak esaslı ihlal değerlendirmesinde sözleşme hükümleri tek başına esaslı ihlalin varlığı için belirleyici olmamakta, ihlalin yarattığı sonuçların da dikkate alınması gerekmektedir.<sup>888</sup> Sözleşmenin ihlal nedeniyle adeta sözleşmenin konusuz kalması ve sözleşme yapma amacının yitirilmesi söz konusu ise esaslı bir ihlalin varlığından bahsetmek mümkündür.<sup>889</sup> O halde CISG md. 25; bir

<sup>884</sup> İçtihat: Oberlandesgericht Celle, 24.05.1995 tarihli, CISG-Online:152. İfa etmemeye ilişkin özel bir hakkın verildiği durumlar saklı tutulmuştur.

<sup>885</sup> Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 119.

<sup>886</sup> Temelli ifa etmeme kavramından; borçlu taraf bakımından yükümlülüğün yerine getirilmesine engel teşkil eden süreklilik arz eden bir ifa engelinin ortaya çıkması ya da borçlunun ifa etmeyeceğini kesin olarak beyan etmiş olması anlaşılmalıdır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 307. İçtihat: Handelskammer, Zürich, 31.05.1996 tarihli, CISG-Online:1291 kararında: teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığın; malların hammaddesinden kaynaklanmış olduğu tespiti ile ilerideki sevkiyatlarda da söz konusu durumun devam edeceğinin net oluşu, sözleşmenin esaslı ihlal edildiğine kanaat oluşturmuştur. Landgericht Ellwangen, 21.08.1995 tarihli, CISG-Online No: 279: Temelli ifa etmemeye yol açan bir imkânsızlık tespiti yeterli görülmüş, objektif veya subjektif imkânsızlık arasında bir ayırım yapmamıştır.

<sup>887</sup> Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 215. Ancak böyle bir tespit için, teslim tarihine verilen önemin anlaşılabilir olması gerekir. Sözleşmeden, görüşmelerden, teammüllerden ya da işin doğası gereği ifa tarihi özel önem arz etmelidir. Corte di Appello di Milano, 20 Mart 1998, CISG-Online No:348 kararı: yılbaşı ağaçlarının belirli bir zamanda teslimine ilişkin, ICC International Court of Arbitration, 01/1997, CISG-Online No:749 kararı: yaz sezonunda satılmak üzere alınan mallara ilişkin teslimin geç yapılması esaslı ihlal sayılmıştır. Ontoria, Yüksek Adalet Mahkemesi, 06.10.2003 tarihli, CISG-Online No: 1436 karara konu olayda, Kanadalı alıcı ve Amerikalı satıcı arasında, kutup bölgesinde inşa edilecek bir tesiste kullanılmak üzere vakumlu panel izolasyon malzemesini satım konusunda anlaşmaya varılmıştır. Sözleşmede teslim tarihleri özel olarak belirtilmesi karşısında malların geç teslimi esaslı ihlal olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme, ayrıca sözleşmede özel önem atfedilmiş teslim tarihlerinin kesin vade teşkil ettiğini, daha da önemlisi kutup bölgesinde inşaat yapılabilmesinin ancak yazın mümkün olması ve zamanında teslimin bu mihvalde de önemli olduğundan bahisle esaslı ihlale karar vermiştir.

<sup>888</sup> Graffi (n 78) 340; Lubbe (n 112) 447. Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 502. Rusya ICA, 21.12.2004 tarihli, CISG-Online No: 1187 kararında teslim edilmesi gereken aracın üretiminin 1988'den eski olmaması gerektiği belirtilmiş ancak 1981 üretim yılı olan araç teslim edildiği için esaslı ihlale hükmedilmiştir. Burada bir sözleşmeye aykırılık olduğu kesin olmakla birlikte, ihlalin esaslı olup olmadığı ihlalin sonuçlarına göre karar verilmeliydi.

<sup>889</sup> İçtihat bu yönde: Ödemenin akreditif veya diğer vesaik mukabili ödeme yöntemleriyle ödeneceği öngörülmüş olması karşısında alıcının zamanında akreditif açmamış olması nedeniyle esaslı ihlal olarak kabul edilmiştir. Avusturya Temyiz Mahkemesi, 1996 tarihli, CISG-Online No:587; Sözleşmede belirlenmiş ek yükümlülüklerin ihlali de, örneğin sözleşmede yer alan münhasırlık düzenlemesine aykırılık da esaslı ihlal sayılmıştır. Oberlandesgericht Koblenz, 31.01.1997, CISG-Online No:256. Yeniden ihracat yasağına uyulmaması ihlalin esaslı olduğu görüşü: Cour d'Appel de Grenoble

yandan taraflar arasındaki sözleşmeyi esaslı ihlal değerlendirmesinde birincil kaynak olarak kullanırken bir yandan da taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin sahip olduğu etkiyi sınırlandıran bir düzenleme getirmiştir.

### C. Ek Süre Tanıma İmkânının Esaslı İhlal Üzerindeki Etkisi

CISG md. 45/III hükmü uyarınca,<sup>890</sup> sözleşmenin ihlal edilmesi üzerine alıcının seçimlik haklarından birisine başvurması halinde satıcıya mahkeme ya da hakem tarafından ayrıca ek süre verilmemektedir.<sup>891</sup> Sözleşme uyarınca bir tarafın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, bu yükümlülüklerini yerine getirilmesi için, diğer tarafça kendisine “ek süre” (*nachfrist*) verilebilir.<sup>892</sup> Bu imkân, CISG’in md. 47/I ve md. 63/I maddelerinde hüküm altına alındığı üzere, tarafların birbirlerine makul uzunlukta bir ek süre tanıma imkânından bahsedilmiş ancak “ek süre vermek” bir zorunluluk olarak getirilmemiştir.<sup>893</sup>

Her türlü sözleşme ihlalinde ek süre verilmesi mümkün olabilmekle birlikte sadece borcun muaccel olmasından sonra ek süre verme imkânından bahsedilebilir.<sup>894</sup> Malın geç teslimi gibi maldaki ayıp nedeniyle de karşı tarafa ek süre tanımak mümkün

---

22.02.1995, CISG-Online No:151; malların nakliye edildiği konteynerlerin geri iadesinin yapılmaması Oberlandesgericht Köln 08.01.1997, CISG-Online No:217.

<sup>890</sup>CISG md. 45/III: “Alıcı, sözleşmenin ihlâl edilmesi halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan birine başvurduğu takdirde, satıcıya, bir mahkeme veya hakem tarafından ek süre tanınmaz.”

<sup>891</sup>Honnold and Flechner (n 214) 278 İhlal edilen yükümlülüğün kaynağının taraflar arasındaki sözleşme veya CISG olması bu durumda önem taşımaz. Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 46.

<sup>892</sup>Müller-Chen (n 44) Art 47, Para 12; Huber, ‘Article 45-49’ (n167) Art 47 Para, 6, Zeytin, *CISG* (n 2) 171, Erkan (n 161) 113, Yelkenci, *Dönme* (n 166) 53, Nachfrist kurumu; Alman BGG md. 326’da düzenlenmiş bu kavram CISG’de de kullanılan bir kavram halini almıştır. Ancak her iki düzenleme arasındaki en önemli fark CISG’de alıcı ek süre vermek zorunda değildir. Ek süre vermeden de seçimlilik haklarına başvurabilir. Detaylı bilgi için Bkz: Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 46 dn 4.

<sup>893</sup>CISG md. 47 (1) “Alıcı satıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre tanıyabilir.” CISG md. 63 (1) “Satıcı alıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre verebilir.”

<sup>894</sup>Müller-Chen (n 44) Art 47, Para 11; Huber, ‘Article 45-49’ (n167) Art 49, Para, 53; Zeytin, *CISG* (n 2) 17; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 53, Erkan (n 161) 113. Bir ek süresinin tarafa dönme hakkı kazandırması ancak süre verildiği anda teslim etmeme durumunun mevcut ve Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 337. Ayrıca vadeden önce sözleşmeden dönme imkânı için vadeden önce sözleşmeden dönme hakkının incelenmesi gerekir (CISG md. 72). Bildirim herhangi bir şekilde bağlanmamıştır. (CISG md. 11) Ancak CISG md. 27 kapsamında olup gönderilmekle hüküm ifade eder. Buna göre; bidirim koşullara uygun bir araçla yapıldığı sürece, bidirimin satıcıya ulaşması sırasında yaşanan gecikmeler, alıcıyı bu hakka dayanma hakkında mahrum bırakmaz. Yelkenci, *Dönme* (n 166) 53.

olmakla birlikte aradaki fark belirli yükümlülüklerin ihlalinde ek süre tanımadan, dönme hakkından yararlanılamıyor olunmasıdır.<sup>895</sup> Ayrıca verilen sürenin yeterli açıklıkta<sup>896</sup> ve makul uzunlukta olması gerekir.<sup>897</sup> Bir diğer altı çizilmesi gereken husus ise; alıcının ek süre nedeniyle haklarının askıda olduğu bu dönemde sadece tazminat hakkı bulunmakta olup ancak ek sürenin sonuçsuz kalması halinde diğer seçimlik haklarına kavuşabilmektedir.<sup>898</sup>

O halde, alıcı satıcının asli yükümlülüklerini ihlali halinde, ek süre tanımak yoluyla ayrıca esaslı ihlal şartlarını sağlamasına gerek olmadan, normal şartlarda esaslı ihlale dayanması gereken dönme hakkına başvurabilecektir.

Şöyle ki, ek süre verme imkânına ilişkin hükümler, CISG md. 49/I ve md. 64/I'de yer almaktadır ve dönme hakkının kullanılmasına ilişkin, asli yükümlülüklerini ihlal eden tarafa sunulan bir imkân olarak görülmektedir.<sup>899</sup> Yakından inceleyecek olursak; ek süre verilmiş olmasına karşı, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi; satıcının malları teslim etmemesi (teslim için kendisinden beklenen davranışlardan kaçınması da

<sup>895</sup>Müller-Chen (n 44) Art 47, Para 5; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 335.

<sup>896</sup>Müller-Chen n 44) Art 47, Para 5; Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 47, Para 5; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 337;Yelkenci, *Dönme* (n 166) 55.

<sup>897</sup>Müller-Chen (n 44) Art 47, Para 5; Huber, (Article 45-49) (n167) Art 47 8; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 337, Para 5. Alıcının gereğinden kısa bir ek süre tanıması halinde bildirim tamamen geçersiz olmaz makul olan süreye eklenir ve bu süre sonunda sözleşmeden dönme hakkının varlığından bahsedilebilir. Bu konu hakkında Doktrindeki tartışmalar için bkz Yelkenci, *Dönme* (n 166) 56.

<sup>898</sup>Bu tespitin diğer bir sonucu, alıcının verilen ek süre boyunca, tazminat dışındaki diğer seçimlik hakları kullanma imkânı da bulunamaktadır. Müller-Chen (n 44) Art 47, Para 18; Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 49, Para 12; Zeytin, *CISG* (n 2) 211. Aynı zamanda çelişkili davranış yasağının bir sonucudur. Serozan, "Dönme Sınırları" (n 80) 213. Bu düzenleme ile ifa çabasında masraf yapmak zorunda kalacak satıcı korunmak istenilmiştir. CISG md. 47/II: "Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda satıcıdan bir bildirim almadıkça, alıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz. Ancak bu yüzden alıcı, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez." CISG md. 63/II: "Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda alıcıdan bir bildirim almadıkça, satıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz. Ancak bu yüzden satıcı, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez." Ancak esaslı ihlalin en başından bu yana olduğu tespit edilse dahi, bu sürede esaslı ihlalin sağladığı dönme ve malın yenisi ile değişimi gibi yaptırımlara başvuramaz. Enderlein and Maskow (n 20) Art. 47 N. 5; Kaya (n 112) 53.

<sup>899</sup>CISG md.49 f.1: "Alıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: ... (b) Teslim etmeme durumunda satıcı, alıcı tarafından 47. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde malları teslim etmez veya verilmiş süre içinde bunları teslim etmeyeceğini açıklarsa. CISG md. 64 f.1: Satıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: ... (b) Alıcı, satıcı tarafından 63. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde semeni ödeme borcunu yerine getirmez veya malları teslim almaz veya verilmiş süre içinde bunu yapmayacağını açıklarsa.

dahil olarak) ya da teslim etmeyeceğini bildirmesi haline, satıcının dönme hakkını kullanabilmesi ise; alıcının semeni ödemeyeceği ve/veye malları teslim almadığı veya almayacağını bildirdiği hallerine özgülenmiştir.<sup>900</sup> O halde, alıcının esaslı ihlale ilişkin haklarını kullanması açısından önem taşıyan tek hal, kesin vadeli olmayan işlemlerde satıcının ifa etmeme hali olmaktadır.<sup>901</sup>

Bu durumda başka bir soru ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeden dönme için ek süre tanınması her durumda aranacak mıdır ya da başka bir deyişle asli yükümlülüklerin ihlali dışında başka ihlallerde, dönme hakkı nasıl sağlanacaktır? CISG md. 25 anlamında esaslı ihlalin şartlarının oluştuğu anlaşılıyorsa ayrıca ek süre tanınmasına gerek olmadan sözleşmeden dönülebilir.<sup>902</sup> Ancak, asli yükümlülüklerin ihlali dışında söz gelimi malın ayıplı teslimi halinde, bu ayıp esaslı ihlal seviyesinde değerlendiriliyorsa ek süre verilmesine gerek olmadan sözleşmeden dönülebilmekle birlikte esaslı ihlal seviyesinde bir ihlal yoksa bu durumda alıcının tazminat hakkı saklı kalmak üzere, sadece malın tamir edilmesini talep etme hakkı kabul edilecektir. Dolayısıyla bu halde süre verilse dahi doğrudan esaslı ihlal mertebesine çıkan bir ihlalden bahsedilemez.<sup>903</sup>

Öte yandan, tarafların asli yükümlülüklerini ihlal etmelerinin esaslı ihlalle sonuçlandığı durumlarda, örneğin vadesinde malların teslim edilmemesi halinde alıcı, ya da örneğin alıcının vadesinde malları teslim almamasında satıcı, ifada gecikmenin esaslı ihlal oluşturduğu andan itibaren ek süre vermeye gerek olmaksızın sözleşmeden dönebilir.<sup>904</sup> Dolayısıyla ek süre tanıma hakkını sözleşmeden dönme için genel bir ön-koşul olarak

---

<sup>900</sup>Huber, 'Article 45-49' (n167) Art 49, N 50.

<sup>901</sup>İfanın hiç gerçekleşmediği durumlarda kesin vade kararlaştırılmamışsa, ilk aşamada esaslı bir ihlal olduğundan bahsedilemez. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 336.

<sup>902</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 Para 10. İçtihatlarda bu yönde bkz: Oberlandesgericht Koblenz, 21.11.2007 tarihli, CISG-Online No: 1733.

<sup>903</sup>Schroeter (n 159) Art. 35 N. 44, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 336 ve 401, Yelkenci, *Dönme* (n 166) 51, Ancak tamir için süre verildiği süreçte ihlal ağırlaşarak esaslı ihlal oluşturursa artık bu andan itibaren alıcının sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 335,336.

<sup>904</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 335. İçtihatlarda bu yönde bkz: Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-Online No: 770.



değil, sözleşmeden dönme hakkını tamamlayıcı, bağımsız bir düzenleme olarak<sup>905</sup> nitelendirilmek gerekir.<sup>906</sup>

Ancak içtihatla hatalı kararlara rastlanılmaktadır. Şöyle ki, malların geç teslimi esaslı ihlal oluştursa dahi ancak alıcının satıcıya ek süre vererek sözleşmeden dönebileceği yönünde mahkeme kararlarına katılmak mümkün değildir.<sup>907</sup> Her ne kadar bu kararlarda teslimin salt geç yapılmasından dolayı sözleşmeden dönülememesinin CISG md. 47 düzenlemesinin altında yatan sebep olduğu vurgulansa da,<sup>908</sup> öncelikle incelenmesi gereken vadede yapılmayan ifanın, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatlerde önemli nispette bir olumsuzluk yaratan esaslı bir ihlale yol açıp açmadığı olmalıdır.

Peki sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığının tartışmalı olduğu durumlarda ek süre vermenin ihlalin esaslılığı üzerindeki etkisi ne olmaktadır? Zira CISG md. 25'e göre esaslı ihlal eşiğinin hangi hallerde aşıldığının tespiti her zaman kolay olmadığından böyle bir ihtimalin ortaya çıkması da mümkün görünmektedir. Bunun yanı sıra, esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönme beyanında bulunan tarafın bu aşamada kendi yükümlülüklerini yerine getirmemesinin onun açısından esaslı ihlal oluşuma riski de bulunmaktadır. O halde, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın, esaslı ihlalin varlığının muğlak olduğu durumlarda diğer tarafa ek süre vererek, ihlale belirgin bir nitelik kazandırması ve bu riskten kaçınması kendisi için en mantıklı yol olarak görülebilir.<sup>909</sup>

---

<sup>905</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 10, Graffi (n 78) 242

<sup>906</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 10.

<sup>907</sup>Frankfurt temyiz mahkemesi dava konusu olayda, malların sözleşmede öngörülen vadede teslim edilmemiş olması halinde, esaslı ihlal değerlendirmesi yapmadan satıcıya ancak ek süre verildikten sonra sözleşmeden dönülebileceğini yönünde kanaatimizce hatalı şekilde hüküm kurmuştur. Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 18.01.1994 tarihli, CISG-Online: 1733, Benzer yönde Düsseldorf mahkemesi kararında satıcı, sözleşme konusu kumaşların bir kısmını karşılaştırıldan farklı bir renkte teslim etmiş, mahkeme alıcının ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönebileceğini ve bu süre içinde satıcının borcu ifa etmemesi veya sözleşmenin ifa edilmeyeceğinin satıcı tarafından belirtilmesi halinde CISG md. 49/I.b uyarınca sözleşmeden dönebileceğini belirtmiştir. Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.02.1994 tarihli, CISGOnline: 115; Başka bir kararda; malların teslim edilmemesi veya geç teslim edilmesi hallerinde, ek süre tanınmaksızın, esaslı ihlal sebebiyle CISG md. 25 hükmüne dayanarak sözleşmeden dönme imkânı olmadığı yönündeki karar eleştirilmiştir. Oberlandesgericht München, 01.07.2002 tarihli, CISG-Online: 656.

<sup>908</sup>Sekretarya Şerhi, (n 179) Art 42, N 4.

<sup>909</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 11; Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 931; Will, 'Article 25' (n 253) Art 47, N. 2.1.1; Huber, 'Article 45-49' (n167) Art 49 N. 50; Graffi (n 78) 341; Lookofsky (n 96) 130; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 50; Açıklan (n 67) 100; İçtihatlarda bu yönde bkz: Tribunale di Padova,

Ayrıca bu imkânın kullanılması ile sözleşmenin esaslı olduğunu ispat zorunluluğu da ortadan kalkacaktır.

Burada dikkat edilmesi gereken tek husus, dönme imkânına kavuşulabilmek adına niteliği mulak olan bir ihlalin esaslı ihlal haline getirilmesi için ek süre verme yolunun seçilmesi halinde, diğer seçimlik haklarının kullanımının askıya alındığının unutulmamasıdır. Bu durumun tek istisnası, bu ek süre içerisinde yeni bir esaslı ihlalin oluşması halidir.<sup>910</sup>

Özetlemek gerekirse, esaslı ihlalin varlığının yanı sıra, asli yükümlülüklerin ihlalinde de ek süre tanımak koşulu ile sözleşmeden dönülebilir. Dolayısıyla sözleşmeden dönme için ihlalin mutlaka esaslı olması aranmadığı gibi bu ek süre sonunda da esaslı ihlal yaratmış olması aranmayacaktır yeter ki hükümlerde sayılı asli yükümlülüklerden biri ihlal edilmiş olsun. Dolayısıyla sorumuz şu şekilde cevap bulmaktadır; ek süre aracılığıyla bu ihlallere bağlanan sonuçlar bu ihlallerin niteliğini değiştirmez yani onların esaslılığına etki etmez. Zira CISG md. 49/I (b) hükmünde esaslı ihlal sonucu olmasa da sözleşmeden dönme imkânı veren bir mekanizma yaratılmıştır ve aslında ek süre sonunda esaslı ihlalin oluştuğu kabul hükümde de düzenlenmemiştir. Ancak aksi kabul edilseydi dahi bu iki görüş pratikte bir fark yaratmayarak aynı amaca hizmet ederek sözleşmeden dönme hakkı verecek idi.<sup>911</sup>

O halde başka bir çıkarım da şu olmalıdır ki; asli yükümlülükler dışında kalan diğer sözleşme yükümlülüklerin ihlalinin, esaslı ihlalin koşullarını sağlanmaması halinde sözleşmeden dönülmesi mümkün değildir. Bu durumda borçluya ek süre tanınması yolunun seçilmesi de sözleşmeden dönme hakkı vermez sadece ek süre zarfında ihlalin

---

11.01.2005 tarihli, CISG-Online No: 967; Tribunale di Padova, 31.03.2004, CISG-Online No: 823; Tribunale di Padova, 25.02.2004 tarihli, CISG-Online No: 819.

<sup>910</sup>Söz gelimi, alıcının malları teslim almak için tanınan ek sürede, bedeli ödeme borucunun ihlal etmesi halinde. Enderlein and Maskow (n 20) Art 63, N5. Ya da bu süre zarfında ağır ayıplı malların teslimi örnek gösterilebilir. Enderlein and Maskow (n 20) Art 47, N5.

<sup>911</sup>Magnus, 'Avoidance' (n 115) 435; Paiva (n 183) § 3.2.1.1; Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 930; Sarıkaya (n 37) 187.

hala giderilmemiş olması ve bu nedenle ihlalin esaslı ihlal seviyesine ulaştığının ve md. 25'te aranan şartları karşıladığının ispatı ile sözleşmeden dönme mümkün olabilir<sup>912</sup>.

#### **D. Borçlunun Kusurunun ve Sözleşmeye Duyulan Güvenin Esaslılığa Etkisi**

CISG, *common law* hukuk sisteminin etkisinde kalarak sözleşmesel yükümlülükleri garanti sorumluluğu (kusursuz sorumluluk) kapsamında değerlendirmiş ve kusuru ya da kusurun derecesini esaslı ihlal değerlendirmesi kapsamının dışında tutmuş,<sup>913</sup> Türk/İsviçre Hukukunda bulunan kusur, kast, ihmal gibi kavramlara yer verilmemiştir.<sup>914</sup> Yukarıda CISG ifa engelleri sisteminin genel özellikleri anlatılırken kusursuz sorumluluk esasına yer verildiği üzere, burada tekrardan kaçınmak üzere, borçlunun kusurlu ihlalinin doğrudan ihlalin esaslılığına etkisi olup olmadığı ve ifaya olan güvenin sarsılmasının nasıl değerlendirileceğinin incelemesini yapmayı uygun gördük.<sup>915</sup>

Öncelikle bir sözleşme ihlaline kasten sebebiyet verilmesi, ihlalin esaslılığına doğrudan etki etmemektedir.<sup>916</sup> Kasıtlı bir sözleşme ihlali, kendiliğinden esaslı ihlale yol açmadığından, ayrıca CISG md. 25 uyarınca esaslı ihlal şartlarının oluşup oluşmadığının somut olaya göre tespit edilmesi gerekir.<sup>917</sup> O halde, esaslı ihlalin

---

<sup>912</sup>Enderlein and Maskow (n 20) Art 64, N 41. Bu sürenin verilmiş olması, sözleşmenin ifasına olan güvenin kaybedildiği durumlarda esaslı ihlal yönündeki kanatın oluşmasını destekleyici olabilir. Söz gelimi satıcının mallardaki sözleşmeye aykırılığı gidererek esaslı ihlalin oluşmasını engelleme şansı olan durumlarda daha önce tanınmış olan ek sürede de bunun başarılammış olması değerlendirmede dikkate alınabilir. Will, 'Article 25' (n 253)

<sup>913</sup>Lookofsky (n 96) 117.

<sup>914</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 291; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 235; Sert (n 9) 82; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 28,

<sup>915</sup>Detaylı bilgi için bkz: "Kusur Kavramı ve Kusursuz Sorumluluk Esası" 26vd.

<sup>916</sup>Yelkenci, *Dönme* (n 166) 38. Sözleşmenin kasten ya da ihmalen ihlal edilmiş olmasını esaslı ihlalin tespiti açısından dikkate alan UNIDROIT ilkeleri md. 7.3.1 (2) c'nin, CISG md. 25 değerlendirmesinde yeri bulunmaz. Koch, 'Commentary Article 25' (n 200) 124.

<sup>917</sup>Björklund (n 186) Art. 25 N. 15; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 343, 345; Schroeter (n 159) Art. 25 N. 19; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 507; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 300.

oluşması için kusur aranmadığı gibi, kusur ile meydana gelen her ihlalin de esaslı ihlal oluşturduğu söylenemez.<sup>918</sup>

Buna karşılık, sözleşmenin kasten ya da ihmalen ihlal edilmiş olması, taraflar arasındaki güven ilişkisini bir başka deyişle geleceğe ilişkin olarak ifaya olan inancı sarsıyorsa bu halde esaslı ihlal olduğundan bahsedilebilir.<sup>919</sup> Bu durumun meydana gelmesi sözleşmeyi ihlal eden tarafın hala yerine getirmesi gerekli olan yükümlülüklerin bulunması halinde daha fazla ön plana çıkmaktadır.<sup>920</sup> Zira söz konusu kusurlu davranışın, alıcının sözleşme ilişkisine olan güveninin sarsılmasına gerçekten yol açması gerekir. Dolayısıyla sadece bu güven ilişkisine hala ihtiyaç duyulan durumlarda, güvenin sarsılmasının CISG md. 25 kapsamında bir “olumsuzluk” yarattığı söylenebilir.<sup>921</sup> Nitekim sözleşme ilişkisinden beklenmekte olan haklı menfaatlerin önemli ölçüde yoksunluğa uğraması olarak değerlendirilebilecek nispette bir “olumsuzluk” bu güven kaybı ile meydana gelmelidir. Kusur burada sadece güvenin kaybolmasının bir işareti olarak algılanmalı, güven kaybı da gerçek bir “olumsuzluk” yaratmalıdır.<sup>922</sup>

Söz gelimi, art arda teslimli bir satım sözleşmesinde, teslimatlardan birinin kasten yerine getirilmemesi durumunda, somut olaya göre, esaslı ihlalin varlığı kabul edilebilir.<sup>923</sup> O halde sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusur ya da ihmali değil, bu

---

<sup>918</sup>Björklund (n 186) Art. 25 N. 15; Serozan, ‘Dönmenin Sınırları’ (80) 210.

<sup>919</sup>Björklund (n 186) Art. 25 N. 15; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 346,347; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 507; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 38.

<sup>920</sup>Björklund (n 186) Art. 25 N. 15; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 346,347; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 507; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 38.

<sup>921</sup>Avusturalya Federal Mahkemesi, 28.04.2995, CISG-Online No: 218 sayılı kararına konu olayda, alıcı sözleşme bedelini ödemekte gecikmiş olduğu sırada aynı zamanda başka mahkeme kararı ile kayyum atandığı tespit edildiğinden, satıcının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kaldığını ve ifaya olan güvene ihtiyaç duyulmaya devam ettiği aşıkardır, esaslı ihlale hükmedilmiştir.

<sup>922</sup>Ayrıca sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının bulunması halinde, ancak satıcıya olan güvenin kaybolması nedeniyle bu aykırılığın giderileceğine dair bir inanç kalmadıysa ve bu aykırılığın giderilmemesi önemli ölçüde bir olumsuzluğa yol açacak ise, yine esaslı ihlalin kabulü gerekir. Leisinger (n 159) 100.

<sup>923</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 300, 94ff; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 38.

davranışlarının diğer tarafın menfaatleri üzerinde yarattığı etkinin sonuçlarının ağırlığına göre esaslı ihlalin oluşup oluşmadığının tespiti yapılmalıdır.<sup>924</sup>

Daha önce incelenmiş olan; *Malboro Shoes Case*<sup>925</sup> davasında; İtalyan ayakkabı üreticisi ile Alman alıcı arasında yaşanan husumette; mahkemece alıcının münhasır pazarlama hakkının ihlal edilerek, uyarılara rağmen ayakkabıların fuarda teşhirine devam edilmesi, esaslı ihlal olarak değerlendirmiştir. İsbetli olarak, alıcının izni olmadan, satıcının ayakkabıları üçüncü kişilere satmayacağı konusunda ve sözleşme hükümlerine bağlı kalacağına alıcının duyduğu güvenin sarsılmış olması mahkemenin bu yönde kanaatinin oluşmasında etkili olmuştur.

Sonuç olarak, sözleşme ihlalinin kasıtlı olup olmadığı, bizzat önemli olmamakla birlikte,<sup>926</sup> “haklı olarak beklenen şeyden” ne ölçüde yoksun kaldığı değerlendirilirken dikkate alınmalıdır.<sup>927</sup>

Sözleşmeye olan güven kaybının esaslı ihlale yol açacak nispette bir olumsuzluğa yol açması nedeniyle sözleşmeden dönülmesi CISG md. 49 ve 64’teki genel dönme hükümleri dışında, dönme hakkının özel olarak düzenlendiği; öncelenmiş borca aykırılığa ilişkin CISG md. 72 ve art arda teslimli satım sözleşmelerine ilişkin CISG md. 73/II’sine göre de mümkündür.<sup>928</sup> Nitekim ilk durumda, ifanın muaccel hala gelmesinden önce sözleşmenin ifa edileceğine ilişkin güven sarsılmışsa ya da ikinci halde; teslimatlardan birinin yapılmaması diğerlerinin de gereği gibi yerine getirileceğine ilişkin şüphe yaratıyorsa, ihlalin esaslı olduğu kabul edilebilir.<sup>929</sup> İleriki

<sup>924</sup>Björklund (n 186) Art. 25 N. 15; Zeytin, ‘Esaslı İhlal’ (n 545) 647.

<sup>925</sup>Marlboro shoes case, Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Court of Appeal Frankfurt am Main,17.09.1992, CISG- Online: 28.

<sup>926</sup>Zira taraflardan birinin yetersiz olması da bu kapsamda değerlendirilebilir. Leisinger (n 159) 100.

<sup>927</sup>Leisinger (n 160) 99.

<sup>928</sup>CISG md. 72 (1) “Sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceği aşikar ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir. “CISG md. 73 (2) “Taraflardan birinin münferit teslimatlardan herhangi birine dair yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi, karşı taraf açısından, gelecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edileceğine dair ciddi bir gerekçe teşkil ettiği takdirde, karşı taraf, makul bir süre içerisinde sözleşmenin ileriye dönük olarak ortadan kalktığını beyan edebilir.”

<sup>929</sup>Sarıkaya (n 37) 182.

bölümlerde art arda teslimli satışlara ve öncelenmiş borca aykırılığı ayrıca değinileceğinden burada kısaca değinmekle yetiniyoruz.

### **E. Esaslı İhlal Şartlarının Yorumlanmasına İlişkin Önerilerin Değerlendirilmesi**

Esaslı ihlalin ilk iki şartı olan, “sözleşme ile beklenen menfaatten yoksunluk” ve “önemli ölçüde olumsuzluk”, sözleşme ihlaline maruz kalan açısından aranan şartlar olarak karşımıza çıkmaktayken, “öngörülebilirlik” şartı sözleşmeyi ihlal eden açısından düzenlenerek, CISG md. 25’in kapsamı aydınlatılmaya çalışılmıştır. Esaslı ihlal kavramının, genel hükümler altında düzenlendiğini ve CISG ifa engelleri sisteminde merkezi ve belirleyici bir rol üstlendiğini daha önce belirtmiştik. Bu nedenle esaslı ihlalin yukarıda sayılı şartları CISG’de ilgili olduğu tüm hükümlerde aynı şekilde uygulanmasını gerektirmektedir.<sup>930</sup> Bundan kasıt; bu hükmün, sadece sözleşmeden dönmeye ilişkin olarak düşünülmemesi gerektiği, malın yenisi ile değiştirilmesi, kısmi ihlallerde yapılacak değerlendirmede (CISG md. 51/I, md. 73/I) aynı şekilde uygulanması gerektiğinin altının çizilmesidir.<sup>931</sup>

Kavramın tanımında yer alan ifadelerin mulaklığı nedeniyle hangi hallerde esaslı ihlal oluşabileceğinin tespitini yapmanın her zaman kolay olmadığı yönünde yapılan eleştirilere daha önce yer vermiştik.<sup>932</sup> Nitekim sözleşmeden dönme gibi sözleşme ilişkisini sona erdirecek bir yaptırımın kullanılmasının esaslı ihlal şartını gerektirmesi ve

<sup>930</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 346.

<sup>931</sup>Ancak uygulamada sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için, sebep sonuç ilişkisi tersine çevrilerek, esaslı ihlal kriterlerinin zorlaştırıldığı görülmektedir. Uygulamada sözleşmeden dönmeye makul olup olmadığı takdir edilerek esaslı ihlal hakkında karar verildiği görülmekte ve eleştirilmektedir. Zira CISG md. 25 malın yenisi ile değişimi için de bir ön koşul getirmiştir sadece dönme hakkı için değil. Ayrıca dönme, malın yenisi ile değişimi gibi yaptırımlar, CISG’de başkaca şartlara da bağlanmış olabileceğinden, sadece esaslı ihlalin oluşmasına hasredilmemesi hatalıdır. Dönmeye son çare olması yaklaşımının da etkisi ile, CISG md. 25’in şartlarının eşiği yükseltilecek şekilde, sadece olağanüstü hallerde uygulanması ihlale maruz kalanın diğer haklarını (malın yenisi ile değişimi gibi ) kullanmasının önüne geçerek, konumunu zayıflatmaktadır. Bir nevi esaslı ihlal işlev kaybı yaşamaktadır. Eleştirilen kararlardan bazıları: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-Online: 1900 (sözleşmeden dönmeye makul olmaması temel alınarak esaslı ihlal değerlendirilmesi yapılması hatalıdır.), Handelsgericht des Kantons Aargau, 05.11.2002 tarihli, CISG-Online: 715, Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-Online: 709, München, 27.02.2002 tarihli, CISG-Online: 654; Tribunale di Forlì, 11.12.2008 tarihli, CISG-Online: 1729. Benzer yönde: Leisinger (n 159) 26,27; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 379; Zeytin, *CISG* (n 2) 178

<sup>932</sup>Eleştiriler için **Bkz tez**: “Esaslı İhlal Kavramına Getirilen Eleştiriler” 108 vd; Björklund (n 186) 337; Graffi (n 78) 337.

esaslı ihlalin varlığının da farklı yorumlanma ihtimalinin bulunması ve bu nedenle ne zaman kullanılabileceğinin yarattığı belirsizlik, hukuki güvenlik zaafiyeti yaratmaktadır.<sup>933</sup> Zira hangi sözleşme ihlallerinin esaslı ihlale yol açacağı önceden bilinmediğinden, ancak somut olayda esaslı ihlalin şartları değerlendirilerek bu belirlilik sağlanmaya çalışılmaktadır.<sup>934</sup>

Bu amaçla, hükümdeki “haklı sözleşmesel beklenti”, “makul kişinin öngörüsü” gibi alt ayrımlar esaslı ihlal değerlendirmesini objektifleştirme çabaları olarak yer almakla birlikte, kesin kanaatin oluşması için, esaslılık değerlendirmesinde, somut olaya bakılarak taraflar özelinde, subjektif değerlendirme yapılması da adeta bir zorunluluk taşımaktadır.<sup>935</sup>

Esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken, uluslararası ticaretteki farklı uyumsuzluklara uygulanabilecek kadar esnek bir yapı amaçlanmıştır.<sup>936</sup> Böylece hâkime yorum konusunda bir esneklik tanınmış olmakla birlikte, dürüstlük kuralının, sözleşen tarafların davranışlarıyla bağlantılı olarak yorumlanması ve uygulanması gerekliliğinin altı çizilmiştir.<sup>937</sup>

Dürüstlük kavramı; CISG md. 7’de geçen otonom yöntemle yorumlanmalı<sup>938</sup>, uluslararası ticaretteki dürüstlük kavramı üzerinden anlamlandırılması yapılmalıdır. Sözleşmenin ayakta tutulması, taraf iradelerine öncelik verilmesi, zararın azaltılması ve sözleşmenin ayakta tutulması gibi sözleşmenin genel ilkelerinin, uluslararası ticarete özgü ilkeler ışığında dürüstlük kuralı anlamlandırılarak, esaslı ihlal değerlendirmesi yapılmalıdır.<sup>939</sup> Özellikle esaslı ihlal kavramının ifa engellerinde merkezi konumu ile

---

<sup>933</sup>Björklund (n 186) 337.

<sup>934</sup>Björklund (n 186) 337.

<sup>935</sup>Peacock (n 153) 104.

<sup>936</sup>Zeytin, ‘Esaslı İhlal’ 645.

<sup>937</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 209; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 96.

<sup>938</sup>Felemegas (n 440) 14; Açıkalin (n 67) 47.

<sup>939</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 208, 209; Sarıkaya (n 37) 44.

genel bir hüküm olarak düzenlenmesindeki amacın, sözleşmenin ayakta tutulması olduğu unutulmadan yorum yapılması önem taşımaktadır.<sup>940</sup>

Sonuç olarak; hem CISG'in genel politikası gözetilerek (dönmenin son çare olması) hem de esaslı ihlal tanımında yer alan objektif ve subjektif unsurlar gözetilerek esaslı ihlal değerlendirilmesi yapılmalıdır. Somutlaştıracak olursak; hâkim/hakem önüne gelen uyuşmazlıkta öncelikle sözleşme ihalini tespit edecek ardından bu sözleşme ihlalinin olumsuzluk meydana getirip getirmediğine bakacaktır. Olumsuzluğun varlığı sabit ise bu halde, sonucun ihlale maruz kalanın sözleşmesel menfaatlerinden onu ne derecede yoksun bıraktığının tespiti yapılacaktır.

Dolayısıyla burada olumsuzluğun araştırmasında bakılan; objektif olarak “zarar” değil subjektif yaklaşımla ihlale maruz kalanın sözleşmesel beklentilerinden ne oranda yoksun kaldığı olmaktadır. Yanısıra, objektif bir yaklaşımla bu beklentilerin meşruluğu, haklı beklenti olup olmadığı da değerlendirilmektedir. Bu yoksunluğun esaslı ihlal derecesine ulaşan nispette olması halinde ve öngörülebilirlik şartının da gerçekleşmemiş olması halinde esaslı ihlalin varlığına hükmedilebilecektir. Yine öngörülebilirlik şartında da hem subjektif olarak sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörüsü hem de objektif olarak aynı konum ve koşullardaki makul bir üçüncü kişinin öngörüsü aranmıştır. Bu şartların her biri soyut ve genel geçer olmakla, esaslı ihlal incelenmesinde somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasının önemi ayrıca vurgulanmıştır.<sup>941</sup>

Buraya kadar yapılan açıklamalardan, esaslı ihlalin değerlendirmesinde pek çok faktörün birlikte değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Bu nedenle esaslı ihlal kavramının değerlendirilmesinde hükmün şartlarının yorumlanmasına etki etken faktörler sıralanmış ve bunların değerlendirilmesine ilişkin öneriler getirilmiştir.

---

<sup>940</sup> CISG'de yorum ilkelerine yer vermiş ancak yorum yöntemlerinden hangilerinin kullanılacağına açıkça yer vermemiştir. Hem *common law* hem de *civil law* hukuk sistemlerinde arasında yaygın olarak kabul edilen yöntemlere başvurularak; öncelikle hükmün lafzi olarak yorumlanması, sonrasında bu yorum tek başına yeterli görülmeyle, hükmün arkasındaki amacın araştırılarak, *ratio legis* ile desteklenmesi ayrıca hazırlık tarihçesine bakılarak metnin anlamının açıklığa kavuşturulması önemli görülmektedir. Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 205; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 97, 98; Zeytin, *CISG* (n 2) 73.

<sup>941</sup> Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 186.



Doktrinde WİLL, esaslı ihlalin tespitinde; “önemli olumsuzluk” ve “öngörülemezlik” şartlarına göre yapılacak değerlendirmenin ihlalin esaslılık ölçümü için yeterli olduğunu belirtmektedir.<sup>942</sup> Bunun yanısıra KOCH, esaslı ihlalin tespitinde kullanılacak diğer faktörlerin yanısıra özellikle “sözleşme ihlalinin sonuçlarının ağırlığının” ve ihlale maruz kalan tarafın sözleşmeden dönme veya malın yenisi ile değiştirilmesi dışında başkaca yollarla, ihlalin sonuçlarını giderme imkânının olup olmadığının dikkate alınması gerektiğinin önerisini sunmuştur.<sup>943</sup>

Bir sonraki bölümde, hangi durumlarda esaslı ihlal oluştuğunun öngörüsünü sağlayabilmek adına uluslararası ihlallerde sıklıkla gerçekleşen ihlallere ve mahkemelerin yerleşik içtihatlarına yer verilecektir.

---

<sup>942</sup>Will, ‘Article 25’ (n 253) 209.

<sup>943</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 351.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### CISG KAPSAMINDA SÖZLEŞMEYE AYKRILIĞIN FARKLI GÖRÜNÜM BİÇİMLERİNDE ESASLI İHLAL VE TÜRK BORÇLAR KANUNUNDAKİ BENZER DÜZENLEMELERİN KARŞILAŞTIRILMASI

#### I. SATICININ TİPİK SÖZLEŞMEYE AYKRILIKLARININ ESASLI İHLAL SAYILDIĞI DURUMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

##### A. Genel Olarak

CISG'in üçüncü kısmının ikinci bölümünde satıcının yükümlülükleri düzenlenmektedir. CISG md. 30 satıcının asli borçlarını düzenlerken, birinci ayırım "malların ve belgelerin teslimi," ikinci ayırım CISG md. 31-44 arasında malların "sözleşmeye uygunluğu ve üçüncü kişilerin hak ve talepleri", üçüncü ayırım ise CISG md. 45-52 arasında, sözleşmenin satıcı tarafından ihlali halinde "alıcının sahip olduğu hukuki imkânları" düzenlemekte ve son olarak CISG md. 71-88 arasında hem alıcı hem satıcı açısından "ortak yükümlülükler"e yer verilmektedir.<sup>944</sup> CISG md. 30'da sayılanlar dışında satıcının taraflar arasındaki sözleşmeden, teamüllerden veya taraflar arasındaki alışkanlıklardan ve dürüstlük kuralından kaynaklanan yükümlülükleri olabilir. Bu halde CISG md. 45 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Sonraki bölümlerde satıcının bu yükümlülüklerini ihlalinin hangi durumlarda esaslı sayıldığıın tespiti için; satıcının malları teslim borcuna aykırılığında, malın sözleşmeye uygun olmayan tesliminde ve satıcının diğer yükümlülüklerinin ihlalinde esaslı ihlal değerlendirilmesinin nasıl yapıldığı üzerinde durulacaktır.

<sup>944</sup> Sekretarya Şerhi (n 179) Art 28 N 1; Zeytin, *CISG* (n 2) 114; Erkan (n 161) 18,19.

Nitekim CISG'in benimsediği yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışı, her bir sözleşme ihlalin görünüm biçimine göre, bir başka deyişle hukuki olgulara göre sonuç bağlanması yöntemini tercih etmediğinden, tek bir esaslı ihlal örneği verilmesi mümkün değildir.<sup>945</sup>

Öte yandan doktrinde esaslı ihlalin anlaşılabilirliği açısından esaslı ihlalin görünüm biçimleri kategorize edilmeye çalışılmıştır. Bu noktada, Türk/İsviçre Borçlar hukukunun kategori biçimi kullanılarak, hem uygulamada sıklıkla karşılaşılan esaslı ihlale yol açan çeşitli sözleşmeye aykırılık hallerine yer verilmesinin, hem de her iki düzenleme arasındaki farklılıkların ortaya konularak, konunun daha iyi anlaşılması sağlanmaya çalışılmıştır.

Daha önce değinildiği üzere, esaslı ihlal değerlendirmesi, sözleşme ihlalinin tüm görünüm şekillerine aynı şartlarla uygulanmaktadır. Ancak yine de, sözleşmeye aykırılıkların tasniflendirilmesi ve belirli prensiplerin belirlenmesine ihtiyaç duyulmakta zira basit ihlal/esaslı ihlal ayrımı her zaman aynı netlikle saptanamamaktadır. Bu nedenle, öncelikle ve her zaman göz önüne alınması gereken, sözleşmeye aykırılık halinde, CISG md. 25'deki şartların, somut duruma uygulanması ile sonuca varılması gereği olmalıdır.<sup>946</sup>

## **B. Satıcının Malları Teslim Etme Yükümlülüğü**

Satıcının malı teslim yükümlülüğü sözleşmeden kaynaklanan ilk yükümlülük olarak CISG md. 30'da düzenlenmiştir.<sup>947</sup> Teslimin tanımı verilmemekle birlikte, CISG md. 31-33 maddeleri arasında teslim yeri, zamanı ve teslimin şekline ilişkin düzenlemelerle teslimin üç boyutu ortaya konulmuştur.<sup>948</sup> Buna göre, teslimin yerine getirilmiş sayılması için öncelikle taraflar arasındaki sözleşmede belirlenmiş olan ya da CISG uyarınca belirlendiği yöntemle, teslimin doğru yer ve zamanda gerçekleştirmiş olması

<sup>945</sup>Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41.

<sup>946</sup>Her ne kadar CISG sisteminde asli-yan edim yükümlülüğü ayrımı yapılmassa da Türk/İsviçre Hukukundan aşına olunan bu kavramdan yararlanılarak konunun açıklanması yoluna gidilmiştir.

<sup>947</sup>CISG md. 30 “*Satıcı sözleşmede ve bu Antlaşmada öngörüldüğü şekilde malları teslim etmek, onlara ilişkin belgeleri vermek ve malların mülkiyetini geçirmekle yükümlüdür.*”

<sup>948</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 134; Zeytin, *CISG* (n 2) 150.

aranır.<sup>949</sup> CISG md. 31'den yola çıkarak, somut olaya göre, teslim alıcının malı kabul edebilmesi için satıcı tarafından yapılması gerekli tüm davranışlar olarak tanımlanabilir.<sup>950</sup> Hüküm, aksine bir sözleşme olmadıkça, teslimin içeriğini ikili bir ayrımla düzenlenmektedir. Buna göre; gönderme borcu içeren mesafeli satışlarda; satıcı taşınması gereken mallarda bunları alıcıya ulaştırmak üzere ilk taşıyıcıya vermeye, gönderme borcu içermeyen aranacak borçlarda ise malları alıcının tasarrufuna hazır etmekle yükümlüdür.<sup>951</sup> Görüldüğü üzere hüküm, tamamen satıcı perspektifinden düzenlenmiş olup, teslimin gerçekleşmesi için alıcının davranışlarının teslim üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.<sup>952</sup> Başka bir deyişle, malların geçişi için, satıcının bazı hallerde malı hazır bulundurması bazı hallerde ise malı ilk taşıyıcıya vermesi yeterli olmakta,<sup>953</sup> satıcı üzerine düşenleri gerçekleştirdikten sonra, alıcının kabulünün, mülkiyeti ya da zilyetliği gerçekten kazanmış olup olmamasının bir önemi yoktur.<sup>954</sup>

Bu yaklaşım CISG'yi, TBK ve *civil law* hukuk sistemlerinden farklılaştırır. CISG mülkiyeti intikal sorununu ve zilyetliğin naklini uygulama alanı dışında bırakır<sup>955</sup> ve sadece satıcının teslim borcunu ön plana çıkarır. Daha önce ifade edildiği gibi, önemli

<sup>949</sup> Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 49, N 51, Ercüment Erdem, 'Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu' in Yeşim M. Atamer, *Milletlerarası Mal Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (1st edn, Oniki Levha 2008) 105 108; Erkan (n 161) 20.

<sup>950</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 134, Zeytin, *CISG* (n 2) 150; Erdem, 'Teslim Borcu' (n 949) 107, Erkan (n 161) 20.

<sup>951</sup> CISG md. 31 "Satıcı malları belirli başka bir yerde teslim etmek zorunda değilse, teslim borcu aşağıdaki gibidir: a) satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vermek; b) önceki bendin kapsamına girmeyen hallerde; sözleşmenin, ferdan belirlenmiş mallara veya belirli bir stoktan karşılanacak nev'en belirlenmiş mallara veya imal edilecek veya üretilecek mallara ilişkin olması ve tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya orada imal edileceğini yahut üretileceğini bilmeleri durumunda malları bu yerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak; c) diğer hallerde, sözleşmenin kurulduğu sırada satıcının işyerinin bulunduğu yerde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak"

<sup>952</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 13, 16ff.

<sup>953</sup> Söz gelimi; malın zilyetliğinin zaten alıcıda bulunması (kısa elden teslim) örneğin numeleri incelemek üzere daha önce teslim edilmiş olması halinde, satıcının teslim borcunu gerçekleştirdiği kabul edilir. Mülkiyet geçişinin anlaşma ile sağlanması yeterlidir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 134 16ff. Erkan (n 161) 20.

<sup>954</sup> Erdem, 'Teslim Borcu' (n 949) 60; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 135- 136.

<sup>955</sup> Her ne kadar "mülkiyeti geçirme borcu" CISG md. 30'da asli bir yükümlülük olarak sayılmışsa da, sonraki maddelerde bu borcun ayrıntılarına yer verilmediğini görüyoruz. CISG md. 4/1(b) ye göre satılan malın mülkiyetinin devrine ilişkin konular CISG'in düzenleme alanı dışında bırakılmıştır. Erkan (n 161) 19 Dn. 5.

görülen satıcının teslimine ilişkin eylemi olduğundan, teslim eyleminin yapıldığı ancak zilyetliğin ya da mülkiyetin geçirilmediği durumlarda da, CISG'e göre satıcının teslim borcunu yerine getirdiği kabul edilir. Söz gelimi, satıcının malları alıcıya ulaşması için ilk satıcıya teslim etmesi halinde olduğu gibi.<sup>956</sup> Dolayısıyla CISG'e göre, malın zilyetliğinin alıcıya geçebilmesi için satıcının üzerine düşen eylemleri tamamlamış olup olmadığı önem arz etmekte olup, zilyetliğin edinilmesi alıcının inisiyatifine bırakılmış bir husustur.<sup>957</sup> Teslim eylemine atfedilen önemin bir başka sonucu ise, malın sözleşmeye aykırı olduğu durumlarda, teslimin sözleşme ve CISG hükümlerine uygun şekil, zaman ve yerde yapılıyor olması şartı ile CISG'e göre teslim gerçekleşmiş sayılır.<sup>958</sup>

CISG md. 30 uyarınca, alıcının mallar üzerindeki tasarruflarını kısıtlayan ve malları teslim almasının buna bağlı olduğu belgelerin teslim edilmemesi de malların teslim edilmemesi ile aynı kapsamda değerlendirilir.<sup>959</sup>

### **C. Satıcının Malları Teslim Etme Yükümlülüğünü İhlali**

Satıcının malları teslim etme yükümlülüğünü ihlali; satıcının malları hiç teslim etmemesi bir başka deyişle temelli ifa etmemesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi satıcının malları geç tesliminde de gerçekleşmektedir. Satıcının malları hiç teslim etmemesinin gerçekleştiği en klasik hal; Türk/İsviçre hukukundaki “ifa imkânsızlığı” durumu ve borçlunun teslim etmeme yönündeki iradesini kesin olarak açıkladığı

<sup>956</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 135,136, Erdem, ‘Teslim Borcu’ (n 949) 60, Erkan (n 161) 19.

<sup>957</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 138, Karacan Hatice, ‘Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonunda (CISG) Satıcı Açısından İfa Yeri ve İfa Zamanı (TBK ile karşılaştırmalı olarak)’ (2007) 2 (3-4) EÜHFD 243, 249,252. Mal üzerindeki mülkiyetin alıcıya sağlanıp sağlanmadığı sorusuna cevap üye devletlerin milletlerarası özel hukukuna göre uygulanacak olan hukuka göre belirlenecektir. Söz gelimi borçlandırıcı sözleşmenin yanında mülkiyetin nakli konusunda aynı akit arıyorsa, bu durumda, satıcı mülkiyetin geçirilmesine ilişkin irade açıklamasını CISG md. 30'a göre gerçekleştirmekle yükümlüdür. Zeytin, *CISG* (n 2) 151.

<sup>958</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 136, Erdem, ‘Teslim Borcu’ (n 949) 111, Erkan (n 161) 20, İçtihat: Tribunal Supreme, İspanya, 17.01.2008 tarihli, CISG-Online: 1640, Landsgericht Stuttgart,04.06.2002, CISG-Online: 909.

<sup>959</sup> Detaylı inceleme için bkz tez: “CISG’de Belgelerin Eksik veya Yanlış Teslimi” 330 vd; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 51, Erkan (n 161) 21.

durumlardır.<sup>960</sup> Satıcının malları geç teslimi de CISG'e göre sözleşme ihlali oluşturmakla, TBK'da borçlunun temerrüde düşmesi haline denk düşmektedir. Aşağıda satıcının malları hiç teslim etmemesi halinde, CISG'e göre esaslı ihlal değerlendirilmesi ve sonrasında TBK'daki paralel ve farklılık içeren düzenlemelere yer verilmiştir.

## 1. Satıcının Malları Hiç Teslim Etmemesi Halinde Esaslı İhlal

### a. CISG'de Edimin Temelli İfa Edilmemesi

Öncelikle malın hiç teslim edilmemesi bir başka deyişle temelli ifa edilmemesi durumunda, sözleşme ihlaline maruz kalan taraf, sözleşmeden beklemekte olduğu menfaatlerinden tamamen yoksun kalmaktadır. Bu durumun sözleşmeyi ihlal eden tarafından öngörülebilecek olması halinde ise esaslı ihlalin tespiti kolaylıkla yapılabilmektedir.<sup>961</sup> Sözleşme ile kararlaştırılan mal üzerinde tasarruf yapılmasını sağlayacak belgelerin satıcı tarafından tesliminden imtina edilmesi de aynı kapsamda esaslı ihlal olarak değerlendirilmektedir.<sup>962</sup>

<sup>960</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 49 N. 6; Schroter (n 159) Art. 25, Para 37, Huber and Mullis (n 18) 227; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 501; Erkan (n 161) 83, Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41; Kaşak (n 185) 347,348; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 59.

<sup>961</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 49 para. 6; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 308; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 247; Magnus, 'Avoidance' (n 115) 433; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 392; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41; Kaşak (n 185) 348, Esaslı ihlalin gerçekleşmesi kesin olmamakla birlikte büyük olasılık dahilinde gören yazar: Schroeter (n 159) Art. 25 N. 37, Esaslı ihlalin gerçekleştiğini "çoğunlukla" kabul eden yazar: Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art. 49, Para 32 Bizim de katıldığımız görüş alacaklının menfaatinin mahrum kalacağı ve bunun öngörülebileceğinin kesin olduğunu savunur. Aynı yönde: Yelkenci, *Dönme* (n 166) 59 145ff. İhtihatlarda bu yönde bkz: CIETAC tarafından verilen bir kararda ise, Sözleşme konusu malların bir kısmının makul sayılamayacak derecede bir gecikme ve teslimi gereken kısmın da henüz üçte birinin teslim edilmemiş olmasından bahisle esaslı ihlal varlığı yönünde hüküm kurulmuştur. CEITAC; 23.04.1995 tarihli, CISG-Online No: 1031 Yine başka bir kararda; satıcının sözleşmede seri numaraları belli malların üçüncü kişiye satıldığını bildirilmesi üzerinde, ifanın imkânsızlaşması sebebiyle, alıcının ek süreye gerek olmaksızın sözleşmeden dönebileceği belirtilmiştir Oberlandesgericht Celle, 24.05.1995 tarihli, CISG-Online No: 152. Dava konusu olayda, Sözleşme konusu malların alıcıya teslim edilmemesinin gerekli belgelerin sunulmamış olması göstermiş olsa da, satıcının malların teslimine ilişkin bilgiye haiz olduğunu zira menşe ibaresinin imalatçı tarafından temin edilmesinin gerektiğini bu nedenle esaslı ihlal oluşmadığı yönünde hüküm kurmuştur. Barselona, 12.02.2002 tarihli, CISG-Online No: 1324. Benzer yönde diğer kararlar: LG Ellwangen, 21.08.1995 tarihli, CISG-Online: 279; ICC, 01.03.1999, CISG-Online No: 708; CIETAC, 18.08.1997, CISG-Online No: 1073.

<sup>962</sup>Detaylı inceleme için bkz tez: "CISG'de Belgelerin Eksik veya Yanlış Teslimi" 330 vd; Zeytin, Esaslı İhlal (n 541) 12, Yelkenci, *Dönme* (n 166) 51; Erkan (n 161) 21.

Nitekim bu durumlarda, satıcının vadesi gelen malı teslim etmeyeceğini açıkça bildirmiş olması durumundaki gibi,<sup>963</sup> CISG md. 25 anlamında bir olumsuzluğun ortaya çıkacağı kesin görülmekle, bu durumun borçlu tarafından öngörülemediğinin ileri sürülmesi de mümkün değildir. Bu halde, dönme hakkının kullanılması açısından md. 49/I/a uyarınca, alıcı herhangi bir süre vermeye gerek olmaksızın esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönebilir.<sup>964</sup> Bunun yanı sıra, bir önceki bölümde incelendiği üzere<sup>965</sup>, CISG md. 49/I/b istisnai düzenlemesi ile, satıcının malları teslim etmemesi veya teslim etmeyeceğinin anlaşılması üzerine, alıcı tarafından kendisine ek süre tanınarak, ayrıca esaslı ihlal değerlendirmesine gerek duyulmaksızın sözleşmeden dönebilmesi mümkündür.<sup>966</sup>

Peki satıcının malları hiç teslim etmeyeceği nasıl anlaşılacaktır? Zira “hiç teslim etmeme” ile “geç teslim etme” arasındaki fark bazı durumlarda belirsizleşmektedir. Vadesi gelmesine rağmen teslim edilmeyen malların ancak “geç” ifasından bahsedilebilir. Zira bu halde borçlunun geç de olsa teslim etme iradesi olduğu öncelikle kabul edilir.<sup>967</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre, malların hiç teslim edilmeyeceği ancak borçlunun iradesine bakılarak, bu yöndeki bildirimine göre anlaşılabilir.<sup>968</sup> Satıcının ifadan kaçınmaya ilişkin davranışları ve beyanlarının anlamının yorumlanmasında, CISG md. 8’den yararlanılmalı ve bu yolla ifadan temelli kaçınma niyeti olup olmadığı ortaya konulmalıdır.<sup>969</sup> Bu iradenin anlaşılması için uzun süre beklemek alıcı nezdinde ekonomik belirsizlik yaratırken, sürenin kısa tutulması da satıcının “aslında ifayı yeterli zaman olsa gerçekleştireceği” yönündeki itirazlarına sebep olabilir.<sup>970</sup> Satıcının iradesinin netleştirilemediği bu gibi durumlarda, alıcı için

<sup>963</sup>İçtihat bzk Oberlandesgericht, Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online: 261.

<sup>964</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 47 N. 1, Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 319, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 335, Yelkenci, *Dönme* (n 166) 59.

<sup>965</sup>Bkz tez: “Ek Süre Tanıma İmkânının Esaslı İhlal Üzerindeki Etkisi” 205 vd.

<sup>966</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 49 N. 16; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 49.

<sup>967</sup>Yelkenci, *Dönme* (n 166) 59, İçtihat bzk Landgericht Münih, 20.02.2002 tarihli, CISG-Online: 712 sayılı kararında önceki teslimatlara ilişkin ödemelerin yapılması koşulu ile ifanın gerçekleştireceği belirtildiğinden bu durum malın hiç teslim edilmemesi olarak görülmemiştir.

<sup>968</sup>Yelkenci, *Dönme* (n 166) 59, Erkan (n 161) 84

<sup>969</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 501.

<sup>970</sup>Padova Tribunal, 11.01.2005, CISG-Online: 967.

başvurulacak en güvenli yol CISG md. 47'ye dayanarak verilecek ek süre sonunda CISG md. 49/1/b uyarınca esaslı ihlalin araştırılmasına gerek duyulmadan sözleşmeden dönülmesidir.<sup>971</sup>

Malların hiç teslim edilmemesi halinde esaslı ihlal oluşumu için borçlunun kusuru aranmaz önemli olan ortaya çıkan olumsuzluğun sözleşmeden beklenen menfaatleri önemli ölçüde yoksunluğa uğratacak seviyeye ulaşmasıdır.<sup>972</sup> Nitekim malların hiç teslim edilmemesi istisnai bir durumdur ve gerçekleştiği en klasik halin; Türk/İsviçre hukukundaki “ifa imkânsızlığı” ve borçlunun teslim etmeme yönündeki iradesini kesin olarak açıkladığı durumlar olduğunu belirtmiştik.<sup>973</sup>

Öncelikle ifa imkânsızlığı durumunu inceleyecek olursak; sözleşme ile kararlaştırılan malın teslim edilmesinin imkânsız hale gelmesi, ihlale maruz kalan tarafın sözleşme yapma amacını adeta konusuz bırakır. Bu halde CISG md. 30'a göre, satıcı malı teslim etme yükümlülüğünü ihlal etmiş olduğundan alıcının, sözleşmeden beklediği menfaatin gerçekleşme imkânı kalmamış olur ve esaslı ihlalin varlığı aşikâr hale gelir.<sup>974</sup>

Burada malın hiç teslim edilmemiş olması, hem kusurlu (subjektif) ve kusursuz (objektif) imkânsızlıktan kaynaklanabileceği gibi, her iki halde de esaslı ihlal söz konusu olacaktır.<sup>975</sup> Daha önce değinildiği üzere, objektif imkânsızlık halleri esaslı ihlalin oluşmasına engele değildir.<sup>976</sup> Ayrıca malın tesliminin subjektif nedenlerle

<sup>971</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 49 N. 6; Erkan (n 161) 84.

<sup>972</sup>Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 247.

<sup>973</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 49 N. 6, Schroeter (n 159) Art. 25, Para 37; Huber and Mullis (n 18) 227, Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 501; Erkan (n 161) 83; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41; Kaşak (n 185) 347,348; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 59.

<sup>974</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 247; Zeytin, ‘Esaslı ihlal’ (n 545) 11,12; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 237) 141,

<sup>975</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 37; Müller-Chen (n 44) Art. 49 N. 6; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 501; Huber and Mullis (n 18) 227; Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art. 49 N. 32, Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 247; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41, Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 141, Erkan (n 161) 82, Kaşak (n 185) 348, Açıklık (n 67) 107. İçtihatlarda bu yönde: Oberlandesgericht Düsseldorf, 18.11.1993 tarihli, CISG-Online : 92.

<sup>976</sup> Sözleşmeyi ihlal eden tarafın mücbir sebebe dayanması halinde de esaslı ihlal iddiasında bulunulabilir. Objektif ve subjektif imkânsızlık ayrımı gözetilmez. Bu ayrımın önemi sadece tazminat alacağı açısından vardır. Zira objektif imkânsızlıkta, risk satıcının etki alanı dışında gerçekleştiği durumlarda alıcının CISG md. 79 /5'e dayanarak tazminat hakkı yoktur. Ancak yine de alıcı dilerse sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. Zeytin, *CISG* (n 2) 12; Kaşak (n 185) 348.



imkânsızlaşması halinde de, alıcının sözleşmeden beklediği menfaatin gerçekleşmesi imkânı yine ortadan kalkmakta olduğundan sözleşme ihlali esaslı kabul edilir.<sup>977</sup> İmkânsızlığa alacaklının sebep olması durumunda ise, CISG md. 80 kapsamında imkânsızlık yaratan durum nedeniyle oluşan ihlal esaslı olarak değerlendirilmemelidir.<sup>978</sup>

Subjektif imkânsızlığın başlangıçta olması durumunda; bu imkânsızlığın kesinleşerek ifanın temelli imkânsız hale gelmesi ve benzer şekilde sonradan oluşan subjektif imkânsızlıkta ise; vadesinde ifanın taşıdığı önem ve ifa için ne kadar süre beklenilmesi gerektiği ve bu bekleyişin ifanın gerçekleşeceğine olan objektif güveni ne ölçüde etkilediğinin araştırılarak esaslı ihlal değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir.<sup>979</sup> Başka bir deyişle, somut olayda, geç ifa ile imkânsızlık arasındaki ayrımın netleşmesi ile kesin bir ifa imkânsızlığı olduğu kanısına varıldığı takdirde ihlali esaslı kabul etmek gerekir.<sup>980</sup> Dolayısıyla imkânsızlığın önceki/sonraki imkânsızlık ayrımına gidilmemekte, sözleşme/vade öncesinde ya da sonrasında gerçekleşmiş olması esaslı ihlalin değerlendirmesinde bir fark yaratmamaktadır.<sup>981</sup>

Ayrıca kısmi imkânsızlık halinde ise, CISG md. 51/III' göre kısmi ifa ve CISG md. 73'e göre art arda teslimli sözleşmeler kapsamında, ifa edilemeyen kısım, sözleşmenin bütünü üzerinde esaslı ihlal oluşturacak şartları taşımadığı sürece, sadece ifa edilmeyen

---

<sup>977</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 37; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 399; İçtihatla bkz: Satıcının çalınmış arabayı satmış olduğu ve bu sebeple mülkiyeti alıcıya geçirmek imkânının sözleşmenin yapılması sırasında dahi mümkün olmaması kesin ifa etmeme hali olarak görülmüş ihlalin esaslı olduğu yönünde hükü kurulmuştur. Freiburg, 22.09.2002, CISG-Online: 711. Satıcının seri numaraları belirli olan parçaları üçüncü bir kişiye satıp devrini gerçekleştirmesi halinde esaslı ihlalin olduğu zira temelli bir ifa etmeme durumunun varlığının kesin olduğunun kanaatine varılmıştır. Oberlandesgericht Celle, 24.05.1995, CISG-Online: 152

<sup>978</sup>Zira CISG md. 80 uyarınca malları teslim etme borcunun, alıcının eylemleri/eylemsizliği ile imkânsız hale gelmesi halinde, alıcının sözleşmeden dönmesi engellenmektedir. O halde böyle bir durumda, CISG md. 80 hükmü izin verdiği sürece, imkânsızlık yaratan durum nedeniyle sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır. Sarıkaya (n 37) 195 8ff.

<sup>979</sup>Kaşak (n 185) 348, Gündoğdu (n 124) 336. İçtihatla bu yönde: Alıcı tarafından, sipariş edilen malların, belirlenen vadede teslimatının yapılamadığının bildirilmesi, ifadan temelli kaçınma olarak görülmemiştir. Oberlandesgericht Dusseldorf, 10.2.1994, CISG-Online:115.

<sup>980</sup>Zeytin, *CISG* (n 2) 12.İçtihatla bkz: Ellwangen yerel mahkemesi, 21.08.1995, CISG-Online: 279,

<sup>981</sup>Müller-Chen (n 44). 49 N. 6; Serozan, *Dönmenin Sınırları* (n 80) 211; Gündoğdu (n 124) 338, 339, Bingöl (n 112) 291; Erkan (n 161) 84. TBK hükümlerinden farklı olarak, başlangıçtaki imkânsızlık sözleşmenin geçerliliği üzerinde bir etki oluşturmamakta, ifa engeli olarak görülmektedir.

kısım açısından esaslı ihlal varlığından bahsedilebilir.<sup>982</sup> Her iki durumda da borcun bölünebilir olup olmadığı ve kısmi teslimin alıcı tarafından kabul edilip edilmediği araştırılmalıdır.<sup>983</sup>

Hiç ifa etmemenin görüldüğü ikinci hal ise; satıcının “haklı sebebi” olmaksızın, malları teslim etmeyi kesin olarak reddetmesi sonucu oluşan esaslı ihlal halidir.<sup>984</sup> Dolayısıyla satıcının malı teslim etmeyeceğini kesin bir biçimde beyan ettiği durumlar<sup>985</sup> ile satıcının sözleşmede hiçbir şekilde yer verilmemiş olmasına rağmen, ifayı gerçekleştirmeyi bazı şartlara bağlaması söz gelimi; ön ödeme, fiyat artışı ve benzeri talepleri de temelli ifa etmeme beyanı olarak kabul edilmekte olup, bu durumlarda da ihlalin esaslı olduğu sonucuna varmak gerekir.<sup>986</sup> Bununla beraber, satıcının ifa için

---

<sup>982</sup>Björklund (n 186) Art 25, Para 30; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 308; Yelkenci, ‘Esaslı İhlal’ (n 358) 1361,1363; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41; Gündoğdu (n 124) 338. Oberlandesgericht Düsseldorf, 24.04.1997 tarihli, CISG-Online:385 Kısmi ifaya ilişkin: İçtihatla Bkz: Oberster Gerichtshof, 21.06.2005, CISG-Online: 1047.

<sup>983</sup>Erkan (n 161) 84.

<sup>984</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 49 N. 6; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 501; Magnus, ‘Avoidance’ (n 115) 433; Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art. 49 N. 32; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 307; Kaşak (n 185) 347; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 141, İçtihatlarda bu yönde bkz: Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-Online No: 1729 sayılı kararında alıcı tarafından geçilen siparişin inkar edilmesi ve siparişe uygun mal tesliminin yapılmaması sebebiyle esaslı ihlale hükmedilmiştir.

<sup>985</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 para. 37; Müller-Chen (n 44) Art. 49 para. 6; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 344; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 392; Huber, ‘Article 45-49’ (n 167), Art. 49 para. 32, Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 307; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 60. Grenoble Temyiz Mahkemesi, 21.10.1999, CISG-Online No: 441 sayılı kararda henüz şartları oluşmamasına rağmen satıcının sözleşmeden döndüğünü beyan ederek ifadan kaçınması, esaslı ihlalin yönünü değiştirir satıcı tarafından sözleşmenin esaslı olarak ihlal edildiğine karar verilmiştir. Benzer yönde: Oberlandesgericht München, 15.09.2004, CISG-Online No: 1013 Oberlandesgericht Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-Online No: 385, Brandenburg, 05.2.2013, CISG-Online: 2400, CIETAC, CISG-Online: 1031, OLG Celle, 24.05.1995 tarihli, CISG-Online: 152.

<sup>986</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 49 para. 6; Schroeter (n 159) Art 25, Para 37, Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art. 49 para. 32; Erkan (n 161) 83. İçtihatla bu yönde: ICC, 20.12.1999 tarihli, CISG-Online: 1646 sayılı kararda: sözleşmede kararlaştırılan indirim oranlarının tek taraflı olarak değiştirilmesi ve teslim şart koşulması esaslı ihlal olarak görülmüştür. Yine, Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21.3.1996 tarihli, CISG-Online:187 sayılı dava konusu olayda satıcı daha önce yapmış olduğu indirim miktarlarının azaltılması kararını tek başına aldığı gibi malın teslimini de indirimin belirli oranda geri çekilmesine bağlamış olduğundan, esaslı ihlalin olduğu yönünde karar kurulmuştur. Ancak sözelimi indirimin kaldırılması alıcıya bir teklif olarak sunulmuş olsaydı, bu halde bu durum , malların temelli ifa edilmemesi olarak görülemezdi. Teklifin kabul edilmemesi halinde ifanın yapılmayacağı şeklindeki bir uyarı ise, ifadan temelli kaçınma anlamı taşımamalıdır. Benzer yönde: CEITAC, 18.08.1997, CISG-Online:638.

koştuğu ek şartların değerlendirilmesinde, CISG md. 8 ve CISG md. 9'a göre, taraflar arasındaki yerleşmiş uygulamalar, ticari teamül ve alışkanlıklar dikkate alınmalıdır.<sup>987</sup>

Bunun yanısıra, vadeden önce ifanın kesin olarak reddedilmesi halinde ise, CISG md. 72 hükümlerine göre esaslı ihlal değerlendirmesi yapılacaktır.<sup>988</sup>

Önemle belirtmek gerekir ki, ifa etmemenin esaslı olarak kabul edilebilmesi için, bu ihlalin mutlaka “hiç ifa etmeme” sınıfına sokulması gerekmez. “Hiç teslim etmeme” gibi “geç teslim” in de koşulları çerçevesinde esaslı ihlal oluşturduğu durumlarda, her iki tanım arasındaki ayrımın bir önemi kalmamaktadır. Başka bir deyişle, geç ifanın zaman içinde, ihlalin boyutunu esaslı bir seviyeye getirdiği durumlarda, bu ayrım belirsizleşmektedir. Belirleyici olan, vadenin dolması karşısında, sözleşme konusu malların teslim edilmemiş olmasının, alıcının sözleşme ile beklemekte haklı olduğu menfaatlerinden önemli ölçüde yoksun kalmasına yol açmasıdır. Bu nedenle belirleyici olan, ihlalin ortaya çıkardığı sonuçların ağırlığıdır.

Olasılıklar üzerinden gidersek, öncelikle ifade gecikme ilk anda esaslı ihlale yol açarsa tespitite sorun olmayacak, esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönmek mümkün olacaktır.(CISG md. 49/I/a) Örneğin, satın alınan belirli yarış atlarının teslimden önce ölmesi halinde, geç ifanın imkânsızlıktan kaynaklandığı bu durumda, hiç ifa etmemenin tespiti zor olmamaktadır. Ancak ifa imkânlı olmasına rağmen borçludan kaynaklanan sebeplerle gerçekleştirilmemesinde, örneğin, satış yapılan ülkedeki yasal koşulları sağlamakla yükümlü olan satıcının, teslimi bu nedenle gerçekleştirememiş olması şeklindeki bir subjektif ihlalde, bu iradenin “hiç ifa etmeme” olup olmadığının tespiti araştırma gerektirmektedir.<sup>989</sup> Burada sorulması gereken soru şu olmaktadır: Satıcının vadesinde teslimatı gerçekleştiremediği ancak bu gecikmenin de başlı başına esaslı

---

<sup>987</sup>Müller-Chen (n 44) Art 49, Para 6, Schroeter (n159) Art 25, Para 37, Erkan (n 161) 83.

<sup>988</sup>İçtihatla bu yönde: ICC, CISG-Online: 749 Hakem satıcının sezonda teslim edilmesi gereken malları zamanında ifa edemeyeceğini kesin vadeden önce bildirmişse, öne alınmış bu sözleşme ihlali esaslıdır. Benzer yönde: Grenoble Temyiz Mahkemesi, 21.10.1999 tarihli, CISG-Online: 441.

<sup>989</sup>Alıcının kendi müşterilerine teslimi için vade günü gelmemesi halinde henüz ihlalden dolayı olumsuzluğa uğramadığı bu nedenle de esaslı ihlalin oluşup oluşmayacağı net olmadığı bir durum düşünülmelidir. CISG md. 47 'e göre süre verilerek sözleşmeden dönme hakkı saklıdır. Subjektif objektif imkânsızlık ayrımı için Bkz Oğuzman and Öz (n 66) 595 vd, Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1176 vd, Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 229.

ihlale yol açmadığı bu gibi hallerde, “hiç ifa etmeme” ye dayanarak esaslı ihlal iddiasında bulunulabilir mi? Bu sorunun cevabı, yukarıda açıkladığımız üzere, somut olayda, borçlunun iradesinin CISG md. 8 ve 9 kapsamında tespit edilmesi ve CISG md. 25’in şartlarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesiyle ulaşılabilir. Bir başka ifade ile, teslimin gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğinin muğlak olduğu durumlarda (örnek olayda satıcının yasal belgeleri temin ederek ifayı geç de olsa gerçekleştirmesi ihtimalindeki gibi); ifada gecikme süresinin uzamasının alıcının menfaatlerini ne derece olumsuz etkilediği (örneğin malların teslimini ne kadar süre bekleyebilir), ayrıca alıcının ifanın gerçekleştirileceğine dair “objektif güven”ni ne derece sarstığının değerlendirilmesi gerekir. Alıcının bu güvenden haklı görülebilir ölçüde yoksun kalması da CISG md. 25 anlamında önemli ölçüde olumsuzluk oluşturabilir zira “güven” kaybı sözleşmeden haklı olarak beklenen şeylerin kaybı dâhilinde sayılmaktadır.<sup>990</sup>

O halde, satıcının vade tarihinde malı teslim etmemesi ve sonrasında da teslim ilişkine bir istek göstermemesi alıcının ifaya olan güvenini sarstığından, CISG md. 25 kapsamında sözleşmeden haklı olarak beklediği menfaatlerinin önemli ölçüde olumsuzluğa uğradığından bahsedilebilir.<sup>991</sup>

Bu konuya örnek olarak, İtalyan Padova mahkemesinin kararı gösterilebilir<sup>992</sup>. Olayda satıcı haftalık olarak belirli sayıda tavşanı alıcıya tedarik etmektedir. Ancak kendi işletmesindeki hijyen koşullarını sağlayamadığı için besicilerden tavşan alamamış bu nedenle de alıcıya tedarik etmekte geç kalmıştır. Alıcının tüm uyarına rağmen satıcının tedariki sağlamadaki isteksizliği ve ifa için beklenen geçen bu sürenin alıcı için ağır külfet yaratmaya başlaması, sözleşmenin esaslı ihlal edildiğinin belirleyicileri olmuş, malın geç teslim yahut hiç teslim etmeme sınıflandırılması üzerinde durulmamıştır.

---

<sup>990</sup> İctihatta: CIETAC, 18.08.1997 tarihli, CISG-Online: 1073. Satıcı malın tesliminde gecikmiş ve alıcı tarafından kendisinde yeni vade günü tayin edilmiştir. Ancak satıcı bu yeni vadeden önce malın fiyatının yükseltilmesini talep etmiştir. İkinci vade tarihinde de satıcının gecikmesi halinde, ifaya olan güven sarsıldığından bu da aynı zamanda sözleşmeden haklı olarak beklenen menfaatin kaybı olarak değerlendirildiğinden, sözleşmenin esaslı ihlali kabul edilmiştir. Sarıkaya (n 37) 202.

<sup>991</sup> Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 927; Sarıkaya (n 37) 202 36ff.

<sup>992</sup> Tribunale Padova, 11.01.2005, CISG-Online: 967.

Bununla beraber, malın ayıplı olması ya da aliud ifa hallerinde de, malın teslim yükümü yerine getirilmiş sayılmakla bu durumlarda ancak sözleşmeye aykırı mal tesliminden bahsedilebilir.<sup>993</sup> Ancak ayıplı teslim halinde alıcı, bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz üzere, başkaca hukuki imkânlarla kavuşmakta olup, ayıbın giderilmesinin bu imkânlardan biriyle mümkün olmaması halinde esaslı ihlal niteliğini taşıyacağı kabul edilebilir.<sup>994</sup> Aliud de ise ancak, teslim edilen malın nitelikleri sözleşmede kararlaştırıldıktan tamamen farklılık taşıyorsa ve özellikle bu malın teslimi alacaklı için “özel anlam” ifade ediyorsa, bu halde aliud teslimini, “hiç teslim etmeme” olarak saymak ve alacaklının menfaatinde önemli ölçüde yoksun kaldığından bahisle esaslı ihlale karar vermek mümkün görünmektedir.<sup>995</sup> Ayıplı ifa ve aliud ifaya ilişkin açıklamalara ayrı bir başlıkta yer verilecek olduğundan burada kısaca değinmekle yetiniyoruz.<sup>996</sup>

#### **b. TBK’da İmkânsızlık ve Borçlunun Beyanı**

Malların “hiç teslim edilmemesi” istisnai bir durum olmakla birlikte,<sup>997</sup> gerçekleştiği en klasik hal; Türk/İsviçre hukukundaki “ifa imkânsızlığı” durumu bir başka deyişle objektif (kusursuz) ve subjektif (kusurlu) ifa imkânsızlığı ve borçlunun teslim etmeme ya da edememe yönündeki iradesini kesin olarak açıkladığı durumlardır.<sup>998</sup> TBK md. 207 vd’da satım sözleşmeleri hükümleri düzenlenmiş ancak borcun hiç ifa

---

<sup>993</sup>Zeytin, *CISG* (n 2) 150; Abdullah Harun Ataşlar, *Türk Hukuku ve Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Satış Sözleşmesinde Aliud* (1st edn, Yetkin 2020) 68

<sup>994</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 497; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41

<sup>995</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 501; Enderlein and Maskow (n 20) Art 25, Para 3,4; Zeytin, *CISG* (n 2) 150. Aksi görüş için bkz: Will, ‘Article 45-49’ (n 167) Art 46, Para 2.2.1.2.

<sup>996</sup>Detaylı inceleme için bkz Tez: “Satıcının Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Esaslı İhlal” 289 vd, “CISG’de Aliud İfa” s. 322 vd.

<sup>997</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 49 N. 6; Schroeter (n 159) Art. 25 Para 37; Huber and Mullis (n 18) 227; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 501; Erkan (n 161) 83; Dayıoğlu, *Tazminat* (n18) 41; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 59.

<sup>998</sup>Dayıoğlu, *Tazminat* (n18) 41; Erkan (n 161) 83; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 59; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 141.

edilmemesine yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle TBK'daki genel hükümler uygulama alanı bulur.<sup>999</sup>

TBK'da "imkânsızlık" ifa engelleri hukukun merkez kavramı olarak düzenlenmiş ve imkansızlığın meydana geldiği zaman esas alınarak yapılan ayırmada; sözleşmenin kurulmasından önceki, objektif (kusursuz) imkânsızlık TBK md. 27'e göre kesin hükümsüzlük olarak kabul edilmiştir.<sup>1000</sup> Sözleşmenin kurulmasından sonraki objektif (kusursuz) imkânsızlık (TBK md. 136)<sup>1001</sup> ve subjektif (kusurlu) imkânsızlık (TBK md. 112)<sup>1002</sup> hükümlerine farklı sonuçlar bağlanmıştır.<sup>1003</sup> Buna göre; imkansızlık borçlunun kusuru ile oluşmuşsa, borçlu TBK md. 112 anlamında borca aykırılığın tazmininden sorumlu tutulmakta iken borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşan borç ise TBK md. 136 gereği sona erecek ve borçlu borcundan kurtulmuş olacaktır. CISG'de ise, TBK'nın aksine imkânsızlık ayrı bir ifa engeli olarak düzenlenmemiş ve herhangi bir imkânsızlık tanımı yapılmadığı gibi sözleşmeye aykırılığın bir türü olarak veya hukuki yaptırımların belirlenmesinde bir kriter olarak kullanılmamıştır.<sup>1004</sup> O halde CISG sadece sözleşmedeki yükümlülüğün ifa edilmeyecek ya da edilemeyecek olması ile ilgili kalmış ve bu durumda ortaya çıkan olumsuzluğun sözleşmeden beklenen menfaatleri önemli ölçüde yoksunluğa uğratacak seviyeye ulaşmasını aramıştır.

---

<sup>999</sup> Gümüş (n 71) 41,42; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 162; Aral and Ayrancı (n 71) 100; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 52; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 59; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 69.

<sup>1000</sup>TBK md. 27: "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*" Konuda imkânsızlık olup, sözleşmenin butlanı/kesin hükümsüzlüğü hükümlerine tabiidir. Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 179.

<sup>1001</sup>TBK md. 136: "*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşır, borç sona erer.*" Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 179.

<sup>1002</sup>TBK md. 112: "*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*" Kusurlu sonraki imkânsızlıkta borç tazminat borcuna dönüşür. Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 178.

<sup>1003</sup>Vurgulamakta yarar var ki; bu çerçevede objektif ve subjektif imkânsızlık bağlamı değerlendirilmiştir. Objektif ve subjektif imkânsızlık ayırımına karşı çıkan bir görüşün mevcut olmasına rağmen bu ayırım TBK'da hangi hükümlerin uygulanacağını belirlemesi açısından önem taşır. Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1163,1173; Oğuzman and Öz (n 66) 395; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 809; Kaplan (n 66) 152, Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 178 vd. Syrica açıklayıcı bilgi için tablo Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 274.

<sup>1004</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 308; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 160; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 141.

Bu nedenle, TBK'dan farklı olarak sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra meydana gelen bir imkânsızlık olması ya da imkânsızlığın borçlunun kusuru ya da kusursuzluğuna rağmen meydana gelmiş olması esaslı ihlalin değerlendirmesinde bir fark yaratmamaktadır.<sup>1005</sup> Bu nedenle TBK'dan farklı olarak, sözleşme kurulmadan önce oluşan imkânsızlık halinde de sözleşme geçerli olarak kurulmuş sayılır.<sup>1006</sup> Öte yandan değinildiği gibi, TBK md. 27'ye göre ise; önceki imkânsızlık sözleşmenin geçerli doğmasına engel olur ve sözleşme en başından itibaren kesin hükümsüz kabul edilir.<sup>1007</sup>

Yanı sıra, TBK'ya göre önceki imkânsızlık<sup>1008</sup> borçlunun kusurundan ileri geliyor yani kusurlu (subjektif) imkânsızlık söz konusu ise<sup>1009</sup> bu durumda borcun doğduğu ancak ifa edilmediği kabul edilmektedir.<sup>1010</sup> CISG'de ise, kusurlu veya kusursuz imkânsızlık ayırımına önem verilmediğinden, temelli ifa etmeme halinde, sözleşmenin esaslı ihlalinin varlığı kusurdan bağımsız olarak gerçekleşebilir ve sözleşmeden dönülebilmesine imkân yaratır.<sup>1011</sup> Yanı sıra, satıcı edimi ifa etmeyeceğini kesin olarak beyan etmişse yine sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmiş olduğu kabul edilebilir.<sup>1012</sup>

---

<sup>1005</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 49 N. 6; Serozan, 'Dönme Sınırları' (n 80) 211; Gündoğdu (n 124) 3/22, Bingöl (n 112) 291; Erkan (n 161) 84.

<sup>1006</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 308, Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 141.

<sup>1007</sup>Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 849; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1175. Konuda imkânsızlık olup, sözleşmenin butlanı/kesin hükümsüzlüğü hükümlerine tabiidir. Serozan, *Genel Hükümler* (n 66). Şayet imkânsızlık borcun doğumuna sebep oluyorsa ifa imkânsızlığı değil borç ilişkisinin hükümsüzlüğü vardır. Bu imkânsızlıklara borcun konusunda imkânsızlık da denir. Oğuzman and Öz (n 66) 477 Öte yandan, Alman Borçlar Kanununda yapılan revizyonla başlangıçtaki imkânsızlığın sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği yönünde § 311 a BGB hükmüyle değişiklik yapılmıştır. Gündoğdu (n 124) 5/22.

<sup>1008</sup>Önceki imkânsızlık; taraflar arasındaki borç ilişkisinin kurulması aşamasında, sonraki imkânsızlık ise, borç ilişkisi kurulduktan sonra edimin imkânsız hale gelmesidir. Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 849, Oğuzman and Öz (n 66) 477 vd; Kaplan (n 66) 156.

<sup>1009</sup>Subjektif imkânsızlık; borcun borçlu tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmaması karşısında başkaları tarafından hala yerine getirilmesi mümkündür. Objektif imkânsızlıkta ise, borcun borçlu dışında başkaları tarafından da yerine getirilmesi olanaklı değildir. Oğuzman and Öz (n 66) 478; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1176; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 230; Kaplan (n 66) 156.

<sup>1010</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 478; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1176.

<sup>1011</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 308; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 160; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 141, 166.

<sup>1012</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 308; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 141.

Dolayısıyla TBK md. 112 anlamında sonraki kusurlu (subjektif) imkânsızlık<sup>1013</sup> veya TBK md. 136 anlamında sonraki kusursuz (objektif) imkânsızlıktan<sup>1014</sup> kaynaklanan ifa etmemeye bağlanan farklı hükümler CISG’de yer almamaktadır.<sup>1015</sup> Kusurlu imkânsızlık sadece taraflar açısından edimin ifasının imkânsızlaşması olduğundan bu halde aynen ifada direnmenin ne derece makul olduğu tartışılabilirken, kusursuz imkânsızlıkta hiç kimse için ifa edilememe söz konusu olduğundan aynen ifa istenemeyecek ve borç sona erecektir.<sup>1016</sup>

CISG’de ise ifa imkânsızlığı halinde bir görüş; CISG md. 28 uyarınca aynen ifa talebi imkânının ulusal hukuklara bırakılması gerektiği görüşünü savunurken,<sup>1017</sup> imkânsızlık ve aşırı ifa güçlüğüne TBK md. 28 kapsamında olmadığını savunan bir diğer görüş CISG md. 79’un kıyasen uygulanması gerektiğini belirtir.<sup>1018</sup> Bu hükme göre; satıcının sorumluluktan kurtulması imkânı varsa alacaklı aynen ifa talebinde bulunamaz. Bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise, edimin imkânsızlaşması ya da aşırı güçleşmesi halinde CISG md. 7/II’ye göre CISG temelinde yatan ilkelerin de değerlendirmeye

<sup>1013</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 475 vd; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 180; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 849 vd. Borcun ifa edilmemesi kavramına giren durumlar başlığı altında TBK md. 112 düzenleme alanı bulmaktadır.

<sup>1014</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 595 vd; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1097,1098, TBK md. 136 : “*Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır. Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.*” TBK md. 136 uyarınca satıcının kusurundan bağımsız imkânsızlık halinde (objektif imkânsızlık) ise borç satıcının kusurundan bağımsız imkânsızlaştığından alacaklıya dönme hakkı tanınmasına gerek olmadığı görüşündedir. Kusurdan bağımsız kendiliğinden sona eren karşılıklı borçlar bulunmaktadır. Oğuzman and Öz (n 66) 595 vd Bu halde TBK uyarınca borç kendiliğinden sona erdiğinden CISG’den farklı olarak alacaklının dönme beyanında bulunmasına gerek yoktur. Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 166.

<sup>1015</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 595 vd; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 160; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 142, 143.

<sup>1016</sup>Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1097,1098; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 180 vd; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 849 vd; Oğuzman and Öz (n 66) 595 vd; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 676, Sert (n 9) 90; Başoğlu, *Aynen İfa* (n 116) 27 vd.

<sup>1017</sup>Tartışmalar hakkında: Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 370 vd; Yücedağ (n 212) 176 vd.

<sup>1018</sup>Müller-Chen (n 44) Art 46, Para 9, Art 28, Para 14, Bu çözümün kabulü halinde geç ifa ya da ayıplı ifa halinde de CISG md 79’a göre satıcının sorumluluğuna gidilmediği ancak alıcının malın yenisi ile değişim hakkının devam etmesi çelişki yaratacağından bu görüş eleştirilmiştir. Atamer, ‘Article 79-80’ (n 141) Art 79, Para 17. Öte yandan, CISG md 79/5 uyarınca bu hüküm imkânsızlık ve aşırı ifa güçlüğü hallerine uygulanmayacaktır. Başoğlu, ‘Aynen İfa Tarihsel Arka Planı’ (n 116) 356.



alınması gerektiğidir.<sup>1019</sup> Buna göre; özellikle dürüstlük kuralı, CISG md. 37 ve md. 48'e göre satıcının aykırılığı giderme hakkı, CISG md. 66 vd'na göre hasarın geçişine ilişkin kurallar ve md. 79 ve md. 80 hükümleri dikkate alınarak çözüm bulunması görüşüne katılıyoruz.<sup>1020</sup> O halde, edimin ifası imkânsızlaştıysa veya aşırı güçleştiyse, bu durum alacaklının denetimi dışında kalan bir engel olduğundan, malın yenisi ile değişiminin mümkün olmayacağı ortaya konulabilir.<sup>1021</sup>

Türk/İsviçre hukukundaki; ifanın sözleşmenin kurulmasından sonra, kusurlu imkânsızlık nedeniyle gerçekleşmemesi halinde alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanınıp tanınmayacağı tartışmaları CISG'de bulunmamaktadır.<sup>1022</sup> Türk hukukunda hâkim görüşe göre; sonraki kusurlu imkânsızlık bir borca aykırılık hali oluşturduğundan, borca aykırılıkla ilgili TBK md. 112 hükmü uygulanmalı ve kusuruyla borcu imkânsızlaştıran borçlu diğer tarafın uğradığı zarardan sorumlu tutulmalıdır.<sup>1023</sup> Ancak CISG'de her iki durumda borçlu kusursuz olsa da sözleşmeden dönülebilir. Bu durumda dahi edimin ifa edilmemesi hali, genel sözleşmeye aykırılık hükümleri altında değerlendirilmektedir. İhlale uğrayan taraf; aynen ifada ısrarcı olabileceği gibi, tazminat ve bedelde indirim hakkını ayrıca sözleşmenin esaslı ihlalinin varlığı halinde

---

<sup>1019</sup> Huber 'CISG' (n 121) 274, Başoğlu, 'Aynen İfa Tarihsel Arka Planı' (n 116) 356, Özdemir, *TBK ve CISG'e Göre Ayıp* (n 144) 180.

<sup>1020</sup> Atamer, 'Article 79-80' (n 141) Art 79, Para 31, Huber and Mullis (n 18) 194, 195.

<sup>1021</sup> Huber 'CISG' (n 121) 274, Huber and Mullis (n 18) 193; Başoğlu, 'Aynen İfa Tarihsel Arka Planı' (n 116) 356; Yücedağ (n 212) 180,

<sup>1022</sup> Hâkim görüş; borçlunun kusurundan meydana gelen ifa imkânsızlığı halinde borç sona ermez sadece niteliği değişir ve ifası imkânsızlaşan edimin yerini alacaklının zararını tazmin yükümlülüğü alır. (TBK 112) pratik farkı bu görüşün kabulü halinde rehin, kefalet teminatları borca bağlı olarak devam eder. Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1081, Serozan'a göre; satıcının kendi kusuru ile sonraki imkânsızlık yaratmasında TBK md. 112'ye göre alacaklıya dönme hakkı verilmelidir. Serozan, *Alman İfa Engelleri'* (n 68) Para 16, N 13. Oğuzman da, ifası imkânsızlaşan borcun sona erdiği görüşündedir. Bu durumda TBK md. 112 uyarınca kusurlu imkânsızlıkta tazminat borcu doğarken, TBK md. 136 gereği kusursuz imkânsızlıkta tazminat borcu doğmayacaktır. Oğuzman and Öz (n 66) 481. Bazı yazarlar ise, sonraki kusurlu imkânsızlık halinde borçlunun temerrüdü sonuçların uygulanmasını savunur. Tartışmalar için Bkz: Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1178. Son olarak, Alman Medeni Kanun'unda subjektif/objektif imkânsızlık ayrımı kaldırılmıştır.

<sup>1023</sup> Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1098; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 271; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 853; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan and Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa Ve İfa Engeli Haksız Zenginleşme Cilt 3*, (7th edn, Filiz 2016) 647; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 143. Karşı görüş ifası imkânsızlaşan borcun sona erer. Oğuzman and Öz (n 66) 474 vd. Ayrıca bir diğer tartışma tazminatın hesaplanmasına ilişkin doğmaktadır. Mübadele teorisi ve fark teorisi arasındaki ayrım ve tartışmalar için bkz: Oğuzman and Öz (n 66) 481.

sözleşmeden dönme ve şartları sağlıyorsa malın yenisi ile değişimi hukuki imkânlarını kullanabilmektedir.<sup>1024</sup>

Yine de CISG'e göre, bu imkânsızlığın süreklilik arz etmesi önemlidir. Zira imkânsızlığın geçici olması halinde bu imkânsızlığın sebep olduğu ifa engelinin özelliğine ve süresine bakmak gerekecektir. Nitekim CISG yeknesak sözleşmeye aykırılık sistemini benimsediğinden, subjektif imkânsızlığın süreklilik arz ederek esaslı ihlal olarak nitelendirilmesi için bunun giderilemez olması şartını aramaktadır.<sup>1025</sup>

Görüldüğü üzere, CISG'e göre malların hiç teslim edilmemesi halinde esaslı ihlal oluşumu için borçlunun kusuru aranmamaktadır. Bir başka deyişle, imkânsızlığa neden olan olayda, ifa etmeyen tarafın kusursuz olması sözleşmeden dönülebilmesine engel olmayıp sadece alıcının tazminat talebi üzerinde etkilidir.<sup>1026</sup> CISG açısından tek önemli olan; ifa engelinin sebepten soyut, sonuçlarının alacaklının menfaatlerini önemli ölçüde yoksunluğa uğratmış olmasıdır ki, bu da çoğunlukla “malların hiç teslim edilmemesi” halinin esaslı ihlal olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurur.<sup>1027</sup> Başka bir deyişle, imkânsızlık halinde malların ifası mümkün olmayacağından, bu hiç ifa etmeme durumu ihlale uğrayan tarafın sözleşmeden beklediği menfaatlerinin önemli ölçüde yoksunluğa uğratarak esaslı ihlale yol açması çoğunlukla beklenir olandır.<sup>1028</sup>

---

<sup>1024</sup> Gündoğdu (n 124) 9/22. Ayrıca bu durumda malın tesliminin imkânsızlığı alıcının eylem veya eylemsizliğinden kaynaklanmadığı sürece sözleşmeden dönülebilir ya da malın yenisi ile değişimi talep edilebilir. Aksi halde alıcı malı teslim aldığı duruma yakın haliyle iadesini şartını düzenleyen CISG md. 82 hükmüne takılacaktır. Bu durumda imkânsızlıktan satıcı sorumlu olmalı ya da kimseye sorumluluk yüklenilememelidir. Gündoğdu (n 124) 9/22.

<sup>1025</sup> Gündoğdu (n 124) 4/22.

<sup>1026</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 308. Buna göre örneğin TBK md. 136'ye göre borcu sona erdiren durumlar bazı hallerde borçlunun etki alanından kaynaklanabilecek olduğundan CISG md. 79'a göre sorumluluktan kurtulamayacaktır.

<sup>1027</sup> Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 247. TBK'da satıcının satım sözleşmesinden doğan sorumluluğu bir garanti sorumluluğu olarak düzenlenmişse de bu sadece ayıplı ifa halleri için geçerlidir yani temerrüt ve imkânsızlık halinde uygulanmaz dolayısıyla satıcı kusursuzluğunu ispatlamak şartıyla sözleşmeye aykırılığın sonuçlarından kısmen kurtulabilir. Gündoğdu (n 124) 5/22.

<sup>1028</sup> Sert (n 9) 76.

TBK’da ise, sözleşmeden doğan sorumluluk kural olarak kusur sorumluluğu olup borçlu kural olarak her türlü kusurdan sorumludur.<sup>1029</sup> Hükme göre borçlu ancak kusursuzluğunu ispat ederek tazminat yaptırımından kurtulabilir.<sup>1030</sup> O halde seçimlik hakların kullanılması için CISG’te kusur şartı aranmazken TBK’da borçlunun kusuru aranmaktadır. Ancak her iki sistemin paralel olduğu kısım ise; alıcının ancak satıcının kusuru halinde tazminat isteyebilmesidir.<sup>1031</sup>

Sonuç olarak, CISG’de esaslı ihlale sebep olan durumun imkânsızlık veya temerrüt sonucu gerçekleşmiş olması arasında bir fark gözetilmemektedir yegâne önemli unsur ihlalin ortaya çıkardığı sonuçlardır.

## 2. Satıcının Malları Geç Teslim Etmesi Halinde Esaslı İhlal

### a. CISG’de Edimin İfasında Gecikme

Uluslararası satım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarında, malların kimi zaman tesliminde gecikmeler yaşanması için doğası gereği karşılaşılan bir durumdur. Doktrinde ve uygulamada geç teslim halinde ihlalin kendiliğinden esaslı hale gelmeyeceği kabul edilmektedir.<sup>1032</sup> Bu genel kabulün arkasında yatan düşünce; geç teslim nedeniyle oluşan ihlalin, malın ifa edilmesiyle ortadan kaldırılmasının ve yanı sıra bu süre içinde oluşan alıcının zararlarının da tazminat yoluyla giderilebilmesi

<sup>1029</sup>TBK md. 114: “*Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur*” Oğuzman and Öz (n 66) 431, 434; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1199; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 848; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 270 vd.

<sup>1030</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 431,457; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1200; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 853; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 272 vd.

<sup>1031</sup>Kusursuz sorumluluk açısından her iki sistemin birbirine yakınlaşması Türk/İsviçre Hukukunda kabul edilen istisnalara bakılarak tespit edilebilir. Buna göre edim hasarının hala satıcıda olduğu bir çeşit borcunun ifasının imkânsızlığında satıcı kusursuz sorumlu kılınmıştır. Yine; satıcı ayıplı ifada kusursuz olarak sorumludur. Bu istisnalar ile CISG sistemindeki kusursuz sorumluluk esasına yaklaşılmıştır. Serozan ‘Alman İfa Engelleri’ (n 68) Para 11 N 5; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 313.

<sup>1032</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 38; Müller-Chen (n 44) Art. 49 N. 5; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 504; Huber and Mullis (n 18) 225; Magnus, ‘Avoidance’ (n 115) 434; Björklund (n 186) Art. 25 N. 31; Babiak (n 167) 128; Graffi (n 78) 340; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 42; Kaşak (n 185) 351; İctihatta: Oberlandesgericht Düsseldorf, 18.11.1993 tarihli, CISG-Online: 92, Oberlandesgericht Düsseldorf, 24.04.1997, CISGonline: 385, , Oberlandesgericht Düsseldorf 14.04.1997 tarihli, CISG-Online No: 385; Landsgericht München, 20.02.2002, CISG-Online No: 712; ICC International Court of Arbitration, 01.01.1995, CISG-Online No:526. Oberlandesgericht Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online No: 261

imkânının halen mevcut olmasıdır.<sup>1033</sup> Kaldı ki, geç teslimde doğrudan esaslı ihlal sonucunu bağlamak; CISG md. 49 /I (b) yoluyla ek süre vererek sözleşmeden dönme yolunu açan hükmün anlamını yitirmesine neden olurdu.<sup>1034</sup>

Bu sebeple, satıcı tarafından gerçekleştirilen “geç teslimin” hangi hallerde esaslı ihlal yaratacağının ortaya konulması önem taşımaktadır. CISG md. 33’teki teslim zamanına ilişkin düzenlenen hüküm gereği, satım konusu malların tesliminin; sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilen tarihte (meğer ki tarihin belirlenmesi alıcının insiyatifine bırakılmış olsun), teslim tarihine ilişkin taraflar arasındaki sözleşmede bir düzenleme olmaması halinde ise, malların sözleşmenin kurulmasından sonraki makul bir süre içinde teslim edilmesi gerektiği düzenlenmektedir.<sup>1035</sup>

Taraflar arasında, ifa tarihi ile ilgili belirli bir tarih saptanması, işlemi kendiliğinden kesin vadeli işlem haline getirmez.<sup>1036</sup> Bu durumda, tarafların aralarındaki sözleşme ile vade tarihine “özel bir önem” arz etmeleri veya “sözleşmenin yorumu” ile vade tarihinde ifanın, alıcı için özel bir önem taşıdığı sonucuna varılması gerekir.<sup>1037</sup> Bu sonuca varmak için sözleşme yorumlanırken; sözleşmenin lafzı yanı sıra CISG md. 8/3 uyarınca taraflar arasındaki sözleşme hükümleri, alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sözleşme öncesi görüşmeleri<sup>1038</sup> ve sözleşme sonrasındaki davranışları birlikte

<sup>1033</sup>Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) 321.

<sup>1034</sup>Huber and Mullis (n 18) 225; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 397. İçtihatla bkz: Landgericht München, 20.02.2002, CISG-Online: 712.

<sup>1035</sup>CISG md. 33 “*Satıcı malları (a) sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir tarih varsa bu tarihte; (b) sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir zaman dilimi varsa, koşullardan tarih saptama yetkisinin alıcıda olduğu anlaşılmadıkça, bu zaman dilimi içinde herhangi bir anda; (c) diğer tüm hallerde, sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içinde teslim etmek zorundadır.*”

<sup>1036</sup>Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 145.

<sup>1037</sup>Björklund (n 186) Art 25 Para 33; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 504; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 309; Yelkenci, ‘Esaslı İhlal’ (n 358) 1348.

<sup>1038</sup>Preuara di Parma- Fidenza, 24.11.1989, CISG-Online: 316 karara konu olayda sözleşme öncesi görüşmelerde; alıcı malın on beş günlük periyotta teslim edilmesini talep etmekle, satıcı bir hafta içinde teslim edeceğini beyan etmiştir. Ancak teslim tarihi üzerinden 2 ay geçmesi karşısında malların sadece üçte biri teslim edilmişse ek süreye ihtiyaç duyulmaz nitelik ihlal esaslıdır” Bkz Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 249, 123ff.

değerlendirilmelidir.<sup>1039</sup> Bu şekilde kesin vade kararlaştırıldığı sonucuna varılması halinde, satıcının malları geç teslim etmesinin esaslı ihlal oluşturacağı kabul edilir.<sup>1040</sup>

Daha detaylı ele alacak olursak, burada ilk referans noktası taraflar arasındaki sözleşme hükümleridir. Dolayısıyla, esaslı ihlalin belirlenmesi için, öncelikle sözleşme hükümlerinde, vadenin “kesin vade” olarak düzenlenip düzenlenmediğinin tespit edilmesi gerekir.<sup>1041</sup> Zira “kesin vade” nin düzenlendiği kanısına varılması halinde, teslimin bu vade tarihinden sonra gerçekleştirilmesi sözleşme ihlalini esaslı hale getirmektedir.<sup>1042</sup> Uygulamadaki birkaç örnek üzerinden açıklamak gerekirse; söz gelimi, sözleşmede, malların alıcının müşterilerine teslim etmesi gereken bir tarihin altının çizilmesi veya bu durumun sözleşmeden anlaşılması halinde malların geç teslimi esaslı ihlale sebep olacaktır. Benzer şekilde, sözleşme konusu malların doğası gereği bozulabilen şeyler olması veya sadece mevsimlik/sezonluk olarak satımının mümkün olması halinde geç teslimin, esaslı ihlal oluşturacağı kabul edilebilir.<sup>1043</sup>

---

<sup>1039</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 39; Björklund (n 186) Art 25, Para 34; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 504; Huber and Mullis (n 18) 225; Graffi (n 78). 341; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 42; Yelkenci, ‘Esaslı İhlal’ (n 358) 1348. Oberlandesgericht Düsseldorf, 24.04.1997 tarihli, CISG-Online: 385.

<sup>1040</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 38; Müller-Chen (n 44) Art. 49 N 5; Björklund (n 186) Art 25, Para 33, Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 504; Magnus, ‘Avoidance’ (n 115) 434; Kaşak (n 185) 351. İctihatta bkz: Oberlandesgericht Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-Online: 385, Oberlandesgericht Hamm, 12.11.2001 tarihli, CISG-Online: 1430 sayılı kararda: Alıcının malları geç teslim almaktansa hiç teslim almamayı tercih edeceğinin sözleşmenin kurulması sırasında satıcı tarafından bilinir olması nedeniyle esaslı ihlale göre hüküm kurulmuştur. Schroeter (n 159) Art. 25 N 38. Ayrıca benzer yönde sözleşmenin amacının yerinde getirilmesinin teslim için belirtilen süre uyulması olarak görüldüğü kararlar mevcuttur. Bkz: Oberlandesgericht Düsseldorf, 21.04.2004 tarihli, CISG-Online: 915, Oberlandegeriht Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online: 261.

<sup>1041</sup>Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 145.

<sup>1042</sup>Schroeter (n 159) Art 25, N 39; Enderlein and Maskow (n 20) 348; Graffi, (n 78) 340; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 504; Serozan, ‘Dönmenin Sınırları’ (n 80) 211; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 248; Dayıoğlu, *Tazminat* (n18) 42; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 145. İctihatta bkz: Oberlandesgericht Hamburg, 28.02.1997 tarihli, CISG-Online:261. Mahkeme satış sözleşmesinde INCOTERMSe göre CIF in kararlaştırılmış olması nedeni ile vadenin kesin olduğunu ve geç teslimin esaslı ihlal oluşturduğu sonucuna göre hüküm kurmuştur. Rechtbank van Koophandel Kortrijk, 04.06.2004, CISG-Online No:945 sayılı karara konu olayda bir hafta içinde teslim edileceği açıkça bildirilmesine rağmen aracın halen teslim edilmemiş olması ihlali esaslı hale getirdiğinden..” Oberlandesgericht Düsseldorf, 21.04.2004, CISG-Online: 915: Alıcının kendi müşterilerine malı teslim edebilmesi için malın belirlenen tarih aralıklarında teslimi gerekmekte olup aksi hal esaslı ihlal olarak görülmüştür.

<sup>1043</sup>Schroeter (n 159) Art 25, N 39; Huber and Mullis (n 18) 226; Magnus, ‘Avoidance’ ( n 115) 434; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 144; Corte di Appello di Milano, 20.03.1998 tarihli, CISG-Online:430; Oberlasdgeriht Düseldorf, 24.04.1997; CISG-Online: 385, Superior Court of Justice, Ontario, 06.10.2003 tarihli, CISG-Online: 1436. Bununla birlikte günümüzde benimsenen detaylı envanter ve üretim

Ancak burada dikkat çekilmesi gereken husus, kesin vadede gerçekleştirilmeyen teslimin sırf bu nedenle ihlali esaslı hale getirmediği, bu vadeden sonra yapılacak teslimin, alıcının sözleşmeden beklediği menfaatlerin gerçekleşmesini önemli ölçüde olumsuzluğa uğratması halinde esaslılığa karar verilmesi gerektiğidir. O halde, kesin vadesinde ifa edilmeyen malların esaslı ihlal oluşturması için ayrıca ihlalin sonuçlarının CISG md. 25 anlamında olumsuzluk yaratması aranmaktadır.<sup>1044</sup> İctihatın yerleşik uygulamalarında, sözleşmede kesin vade kararlaştırılmış olduğu kanısına varılsa dahi, teslimin vade tarihinden birkaç gün sonra yapılması, alıcı açısından bir olumsuzluk doğurmuyorsa bu halde esaslı ihlal oluşmadığı kabul edilmekte ve tam tersi şekilde uzun süre gecikmelerde de ancak gecikmenin olumsuz sonuç yaratıp yaratmadığına bakarak karar verilmektedir.<sup>1045</sup>

Öte yandan, tarafların vade tarihinin önemini ortaya koymaları için mutlaka belirli ifadeler yer vermeleri gerekmez. Yukarıda bahsedildiği üzere, sözleşme hükümlerinin yorumu ve sözleşmeyi çevreleyen diğer faktörlerin değerlendirilmesi neticesinde, vade tarihine atfedilen özel önem objektif olarak anlaşılabilirse, bu halde bu vadeye uyulmaması, alıcının menfaatlerine ulaşmasını önemli ölçüde olumsuzluğa uğratacak ve esaslı ihlal oluşturacaktır. Nitekim vadenin kesin olup olmadığı belirlenirken, ulusal hukuklardaki “kesin vade” işlem anlayışından değil, belirli bir tarihte yapılmayan ifanın, alıcıyı bu sözleşmeden beklediği menfaatlerin gerçekleşmesinden alıkoyacak nispette

---

planlamaları uyarınca, örneğin “just-intime” üretim yapan bir alıcının malları geç teslim almasının tüm üretim bandını etkileyebileceği, bu sebeple böyle bir durumda geç teslimin esaslı ihlali oluşturacağı yönünde karar verilmiştir. Björklund (n 186) 730; Açıklım (n 67) 122.

<sup>1044</sup>Schroeter (n 159) Art 25 N 39; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 504; Kaşak (n 185) 343.

<sup>1045</sup>İctihatta bkz: Oberlandesgericht München, 08.02.1995 CISG-Online No: 143; tarihli kararda; teslim tarihinde malın teslim edilmemesinin alıcının bu sözleşmeden beklediği menfaatin gerçekleşmesini olumsuz etkilemediği gerekçesi ile esaslı ihlal olmadığı sonucuna varılmıştır, Landgericht Stuttgart, 13.08.1991 tarihli, CISG-Online:33; Landgericht Oldenburg, 27.03.1996 tarihli, CISG-Online: 17, US District Court New Jersey, 04.04.2006 tarihli, CISG-Online: 1216. Landgericht Oldenburg, 27.03.1996 tarihli, CISG-Online: 188 kararında sipariş edilen yazlık ürünlerin vadesinden bir gün sonra geç teslim edilmesi alıcı nezdinde olumsuzluk yaratmadığından esaslı ihlal kabul edilmemiştir. Benzer şekilde Amtsgericht Ludwigsburg, 21.12.1990, tarihili CISG-Online No: 17 tarihili kararda mahkeme satıcının iki gün geç tesliminin malların değerinde bir kayba yol açmadığı gerekçesiyle olumsuz sonuç oluşmadığından esaslı ihlal olmadığı yönünde karar vermiştir. Corte di Appello di Milano, 20.03.1998, CISG-Online:348 sayılı kararda malların alıcı açısından bir olumsuzluk yaratıp yaratmadığına bakılmaksızın karar verilmesi eleştirilmiştir. Sözleşmede kesin vade kararlaştırılmış olsa dahi kesin vadede teslim etmemenin sonuçlarının araştırılması gerekir. Tutku temyiz mahkemesi, 18.02.1997 tarihli, CISG-Online: 1297 sayılı kararında altı hafta geç teslim edilen malların esaslı ihlal oluşturmadığına gerekçe olarak, alıcının toptan satım işi uğraştığından gecikmenin alıcı nezdinde haklı olduğu menfaatten yoksun kalma sonucuna yol açmamış olması gerekçe gösterilmiştir.

olup olmadığının tespiti ile ortaya konulması gerekir. Bu anlamda, belirli bir zaman diliminin gösterilmesi ya da belirli bir tarihe kadar süre verilmesi yeterli görülmektedir.<sup>1046</sup> Dolayısıyla bu tarihin geçirilmesi halinde ifanın imkânsızlaşacak olması gibi mutlak kesin vadeli bir işlemin varlığı aranmamaktadır.<sup>1047</sup>

Öncelikle altını yeniden çizmek isteriz ki, malların geç teslim edilmesi sebebiyle esaslı ihlalin oluşması, sadece sözleşmede kesin vade kararlaştırılmasına veya vade tarihine özel bir önem atfedilmiş olmasına bağlı değildir. Zira alelade düzenlenmiş bir vade de olsa, bu tarihte malın teslim edilmemesi alıcıyı sözleşmeden beklediği menfaatten önemli ölçüde mahrum bırakıyorsa ve bu durumun satıcı tarafından CISG md. 25 kapsamında öngörülebileceği kabul ediliyorsa bu halde de esaslı ihlalin oluşacağı kabul edilir. Alıcının, satıcıya malı belli tarihte başka bir alıcıya veya alıcılara satacağını belirtmesi halinde malın zamanında teslim edilmemesi<sup>1048</sup> ya da söz gelimi, alıcının malları kendi müşterilerine satacağı durumlarda, geç ifa süresince malların piyasa satış fiyatı değiştiyse, bu geç teslimin esaslı ihlal oluşturduğu kabul edilir.<sup>1049</sup> Bu nedenle vadenin kesin vade olarak sözleşmede düzenlenmesi veya sözleşmenin yorumu ile önemin anlaşılması gibi kıstaslar tamamen belirleyici olamaz sadece esaslı ihlalin oluşup oluşmadığının incelenmesine gerek olduğu bir durumu işaret eder. Zira nihayetinde esaslı ihlalin oluşup oluşmadığı yine, CISG md. 25 kapsamında somut olay değerlendirilerek, ihlalin alıcının menfaatleri üzerinde ne ölçüde bir olumsuzluk yarattığının tespit edilmesi gerekir.<sup>1050</sup>

---

<sup>1046</sup> Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 248, 117ff. "Örneğin, 'en geç 2 Martta', '2 Mart iş saatleri içinde' '2 Marttan geç olmamak üzere' şeklinde ifadelerde kesin vadenin düzenlendiği kabul edilir. Oberlandesgericht Hamm, 12.11.2001, CISG-Online: 1430 sayılı kararda "en geç" ifadesi zamanında ifaya verilen önemi gösterir. Ancak "mümkün olan kısa sürede" yeterli görülmemiştir. Oberlandesgericht Düsseldorf, 21.04.2004, CISG-Online: 915 sayılı kararında alıcının "mümkün olan en kısa sürede" ve "ön ödemenin ardından" siparişlerin gönderilmesinin kararlaştırılması önemin anlaşılması için yeterli görülmüştür. Sarıkaya (n 37) 204, 44ff.

<sup>1047</sup> Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 248, 249.

<sup>1048</sup> Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 504; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 145.

<sup>1049</sup> İçtihatla bkz: US District Court New Jersey, 04.04.2006 tarihli, CISG-Online: 1216; Bundesgericht, 15.09.2000 tarihli, CISG-Online:770 sayılı karara konu olayda: Malların bir ay geç teslim edilmiş, bu sırada petrol fiyatlarındaki artıştan dolayı alıcı müşterilerine malı söz verdiği fiyattan satamamıştır. Bir görüşe göre; esaslı ihlalden bahsedebilmek için piyasadaki fiyat artışlarının malın alıcı tarafından değerlendirilmesini tamamen veya ondan beklenilmeyecek derece engellemesi gerekir. Zeytin, 'Esaslı İhlal' (n 541) 651.

<sup>1050</sup> Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 49, N 30; Karşı görüş: Magnus, 'Avoidance' (n 115) 435.

Peki malların teslimi için sözleşmede kesin bir vade düzenlenmemiş ve sözleşmeyi çevreleyen koşullardan da sözleşmenin yorumu ile de bu sonuca varılamıyorsa, bu halde alelaide kabul edilen vadede teslimin yapılmaması, ihlali ne zaman esaslı ihlal seviyesine getirecektir?

Bir görüşe göre böyle bir özel önemin olmadığı, alelaide vadenin düzenlendiği durumlarda, alıcının geç ifa nedeniyle sözleşmeden dönebilmesi ancak CISG md. 47'deki sürenin borçluya tanınması ile mümkündür. Bu durumda satıcı bu süre sonunda ifayı gerçekleştirmezse, CISG md. 49/I(b) uyarınca alıcı sözleşmeden dönebilir.<sup>1051</sup> Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira özel bir önem atfedilmemiş olsa dahi vadesinde yerine getirilmeyen ifanın, esaslı ihlal seviyesinde olumsuz sonuçları doğabilir. Nitekim malların teslim edilmemesi bir kere esaslı ihlale seviyesine ulaştıktan sonra, dönme hakkının kullanılmasından önce ek süre tanınmasına gerek yoktur.

Öte yandan, içtihadta başlangıçta esaslı olmayan bir ihlalin, ifanın uzun süre gecikmesiyle ihlali esaslı hale getirebileceğikabul edilmiştir.<sup>1052</sup> Benzer şekilde doktrindeki genel görüş de; teslimde gecikme süresinin uzamasının ihlali esaslı ihlale yaklaştıran bir durum olarak görmektedir.<sup>1053</sup> Ancak yine de esaslı ihlalin kesin varlığından bahsedebilmek için, bu uzamanın alıcının menfaatleri nezdinde olumsuz sonuçlar doğurması ve onu beklemekte olduğu haklı menfaatten uzaklaştırması gerekir. Dolayısıyla her ne kadar, hayatın olağan akışında alelaide vadelerde bir iki günlük gecikmelerin esaslı ihlal seviyesinde bir olumsuzluk yaratmayacağı varsayılsa da, kısa

---

<sup>1051</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 40. Ancak Schroeter, taraflarca malların teslim zamanına özel bir önem atfedilmemişse satıcının malları teslim borcunda gecikme süresi uzasa dahi alıcının ancak ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönebileceği görüşündedir; Schroeter (n 159) Art. 25 N. 40.

<sup>1052</sup>Bundesgericht, 15.09.2000 tarihli, CISG-Online: 770 sayılı kararında değinildiği üzere İsviçre Federal Mahkemesi tarafından görülen davaya konu olayda, mallar teslim edilmesi gereken tarihten bir ay geç teslim edilmiştir. Bu gecikme nedeniyle alıcının ek süre tanınmasına gerek olmaksızın sözleşmeden dönmesi mümkün olduğu yönünde karar kurulmuştur. Oberlandesgericht München, 01.07.2002, CISG-Online: 656, Bundesgericht, 15.09.2000 tarihli CISG-Online:769, Ukrayna ICC, 18.11.2004, CISG-Online: 1371 sayılı kararında; onbeş ay boyunca geciken ifanın esaslı olduğunu kabul etmiştir. ICC, 24.11.1989 tarihili, CISG-Online: 316 sayılı kararı. ICC International Court of Arbitration, 01.01.1995, CISG-Online No: 526; Pretura di Parma-Fidenza, 24.11.1989, CISG-Online No: 316.

<sup>1053</sup>Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art. 49 N. 31; Müller-Chen (n 44) Art. 49 N. 5; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 505; Graffi (n 78) 341; Huber and Mullis (n 18) 226; Leisinger (n 159) 67; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 309; Yelkenci, 'Esaslı İhlal' (n 358) 1348; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 145.



süren bekleyişlerin de esaslı ihlale yol açması mümkündür. Tüm bu nedenlerden her daim somut olay araştırılmaya muhtaçtır.

## **b. INCOTERMS Klotunun Etkisi**

Uluslararası satım sözleşmelerinde INCOTERMS'e yer verilmesi halinde, İNCOTERMS'in ifa zamanının esaslı hale getirip getirmediği bu nedenle de CISG md. 25 çerçevesinde esaslı ihlale sebep olup olmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre; sözleşmede CIF ve FOB klotunun yer alması, işlemi kesin vadeli hale getirdiğinden, vade, alıcı açısından esaslı bir unsur olmakta ve geç ifa esaslı ihlal teşkil etmektedir.<sup>1054</sup> İctihatta bu görüşe katılan kararlara rastlamak mümkündür. Örneğin Hamburg Bölge Mahkemesi verdiği kararda; satım sözleşmesinde teslim için İNCOTERMS CIF klotunun eklenmiş olmasını vadenin kesin vade olarak belirlenmesi olarak kabul etmiştir.<sup>1055</sup> Doktrinde ise; aksini ispat mümkün olmakla birlikte CIF ve CFR terimlerinin kullanılması halinde bu klotlar aracılığıyla ifa tarihine özel önem atfedilmiş olunacağı<sup>1056</sup> ileri sürüldüğü gibi, bir diğer görüşe göre ise, CIF ve FOB dışındaki klotların kullanılması halinde de, bu klotların vadeye verilen önemi gösterdiğinin ispatlanması halinde, CISG md. 25'e göre esaslı ihlalin oluşabileceği ancak aksini ispatın her zaman mümkün olduğu ifade edilmektedir.<sup>1057</sup>

Diğer bir görüş ise; CIF ve FOB klotları olsa da vadenin geçirilmesinin kendiliğinden esaslı ihlal teşkil etmeyeceğini savunur.<sup>1058</sup> Nitekim ICC nezdinde gerçekleşen bir

---

<sup>1054</sup>Huber and Mullis (n 18) 225; Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 49, Para 29; CIF ve FOB incotermsleri, satım sözleşmesini belgelerle yapılan işlemlerin tabi olduğu unsurlara bağlar ve uluslararası ticari teamüller gereği de bu klotlara uyulmaması ihlali esaslı hale getirdiği kabul edilir. Bu klotların sözleşmede yer aldığı iddia eden taraf ispatla yükümlüdür. Ancak klotun farklı anlamlar taşıdığı ispat imkânı da bulunmaktadır. Schroeter (n 159) Art 25, Para 41.

<sup>1055</sup>Hamburg Bölge Mahkemesi, 28.02.1997 tarihli, CISG-Online: 261.

<sup>1056</sup>Leisinger (n 159) 150.

<sup>1057</sup>Schroeter (n 159) Art 25 Para 41; Aynı görüşte: Zeytin, *CISG* (n 2) 159.

<sup>1058</sup>MAGNUS'a göre; CIF ve FOB klotları vadeyi kendiliğinden kesin hale getirmeye yeterli görülmemektedir. Magnus, 'Avoidance' (n 115) 434; FERRARİ, ifa tarihine verilen önemin CIF klotu üzerinden anlaşılabilmesine fikrine katılmamaktadır. Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 504.

tahkim yargılaması sonucunda, CFR klozuna atf yapılmasının vadeyi kendiliğinden esaslı hale getirmeyeceği belirtilerek somut olayın araştırılmasının gereğinin altı çizilmiştir.<sup>1059</sup>

Kanaatimizce, tarafların bu klozları kullanmasındaki amacın ortaya çıkarılması için sözleşmenin yorumlanması gerekmektedir. Sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin bölümde incelendiği üzere, sözleşmede İNCOTERMS kuralına atf varsa, bu kurallar, CISG md. 6 gereğince, CISG'in konuya ilişkin hükümleri ve bu seçiminin sonuçlarına ilişkin düzenlemenin yerini alabilmekte olduğu belirtilmişti. Böyle bir düzenlemenin kapsamı ve CISG karşısında öncelikli olup olmadığının tespitinin CISG md. 8 ve 9'daki yorumlama ilkelerine göre belirlenmesi gerekir.<sup>1060</sup> Bu durumda, söz gelimi benzer ticari sektörde sürekli bu kurallar çerçevesinde satım sözleşmeleri yapılması gibi,<sup>1061</sup> sözleşmenin diğer maddeleri ve sözleşme öncesi görüşmeler de olmak üzere taraflar arasındaki yerleşik alışkanlık ve teamüllerin ortaya konulması önem taşımaktadır. Ayrıca CISG md. 9/II anlamında ticari teamül olarak kabul edilmeyen durumlarda dahi bu klozlar, tarafların iradesinin yorumlanmasında (CISG md. 8/III anlamında) yedek hukuk kuralı olarak kullanılabilir.<sup>1062</sup>

---

<sup>1059</sup>ICC, Uluslararası Tahkim Mahkemesi, 01.03.1995 tarihli, CISG-Online: 844 sayılı Tahkim heyetinin yargılamasına konu olayda, alıcı sözleşmede CFR (INCOTERMS 1900) klozuna atf yapılmasını işlemi kesin vadeli hale getirdiğini, sözleşmede belirtilen vadenin esaslı bir öneme taşıdığını ve bu sürenin geçirilmesiyle yapılan ihlalin kendiliğinden esaslı ihlal oluşturduğunu iddia etmiştir. Buna karşın Tahkim Heyeti, bu yönde genel bir yaklaşımı benimsemediğini ve CFR klozunun bu etkiyi doğurabilecek bir şart içermediğini belirtmiştir. Buna göre CFR A4 koşulu; malların, belirlen tarihte veya periyotta yükleme limanında gemide teslim edilmesini düzenlemekte fakat teslim süresine ilişkin esaslı bir önemin olduğunun ve ihlalin esaslı ihlale yol açarak alıcıya dönme hakkı vereceğinin belirtilmediğinin altı çizilmiştir. Sözleşmede açıklığa kavuşturulmamış olmakla ayrıca satıcının teminat mektubu sağlama borcu dikkate alınmırsa, salt CFR klozuna yer verilmekle işlemin kesin vadeli hale geldiğine ilişkin bir ticari teamül de olmadığı anlaşılmaktadır zira tarafların bunun aksini kararlaştırabilmeleri mümkündür. Nitekim sözleşmede izin verilen son tarihten 15 gün gecikilmesi sonucu bu teminatın ödenmesi öngörülmüştür. Bu durum, sözleşmede izin verilen son tarihin geçirilmesi halinde esaslı ihlal oluşturacak bir kesin vade olarak anlaşılmadığı yönünde karara varılmıştır. Tam tersine Tahkim Heyeti bu hükmü, alıcının 15 gün sürecek bir gecikmeyi kabule hazır olduğu şeklinde yorumlamaktadır. Karar incelemesi Sarıkaya (n 37) 212.

<sup>1060</sup>Doğan, *Hasarın Geçişi* (n 220) 237.

<sup>1061</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 86.

<sup>1062</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 87; Doğan, *Hasarın Geçişi* (n 220) 237.

Her ne kadar CIF, FOB klotlarında malların teslim edilmesi gereken vadeye özel önem atfedilmiş olduğu düzenlenmiş olsa da<sup>1063</sup> bazı durumlarda bu klotlar sadece hasarın intikali veya ifa yerini düzenlemek için de kullanılmış olabilirler.<sup>1064</sup> Bu nedenle asıl araştırılması gereken, tarafların iradelerinin ortaya konulması için somut olaydaki sözleşmenin yorumlanması ile sözleşmedeki bu klotların taraflar açısından ne gibi yükümlülükler ifade ettiği yorum yolu ile tespitidir.

Bununla beraber, INCOTERMS'in kullanılması sebebiyle vadenin önemli olduğu kanısının oluşması ve aksinin de ispatlanmamış olması halinde, yine de esaslı ihlale hükmedebilmek için bu durumun alıcının beklemekle olduğu menfaatlerini ne ölçüde olumsuz etkilediği ve satıcı tarafından öngörülebilir olup olmadığı belirleyici olacaktır. Geç ifanın yarattığı gerçek olumsuzluk ve bunun öngörülebilir olduğu ortaya konulduktan sonra INCOTERMS'e verilen anlamında uygulama açısından pek bir önemi kalmamaktadır.

### c. TBK'da Temerrüt

Borç imkânlı olmasına rağmen, vadesinin gelmiş veya ihtarla muacceliyet kazandırılmış olması karşısında ifa edilmemiş olması hali temerrüdü oluşturur.<sup>1065</sup> Satıcının temerrüdünü düzenleyen TBK md. 212 gereği, genel hükümler uygulama alanı bulur.<sup>1066</sup> Tüm sözleşmelerde, genel hüküm niteliğindeki TBK md. 117 vd'na göre; borçlunun temerrüde düşmesi alacaklının ihtarına bağlıdır.<sup>1067</sup> Bu durumun istisnası TBK md. 117/II'de düzenlenmiş ve ihtara gerek olmayan haller bu fıkrada sayılmıştır.<sup>1068</sup> Ayrıca, temerrüde düşen taraf gecikme tazminatı ve temerrüt sonrası

<sup>1063</sup>Schroeter (n 159) Art 25, para 41 (CFR bu kapsamda değerlendirilmemiştir)

<sup>1064</sup>Leisinger (n 159) 149; Doğan, *Hasarın Geçişi* (n 220) 236; Sarıkaya (n 37) 213,

<sup>1065</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 459; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1233; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 872; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 195 vd; Kaplan (n 66) 153.

<sup>1066</sup>TBK md. 212: “*Satıcının temerrüdü hâlinde, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır.*”

<sup>1067</sup>TBK md. 117/I: “*Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer.*” Oğuzman and Öz (n 66) 459; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1233; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 872; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 298.

<sup>1068</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 496 vd; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1237 vd; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 876 vd. Ayrıca borçlunun temerrüde düşmesi için” ihtara gerek olmayan haller” düzenlenmiştir.

beklenmeyen hal sonucu oluşan zararlardan sorumludur.<sup>1069</sup> CISG’de temerrüde ilişkin hükümler ayrıca düzenlenmemiş olup, TBK md. 117 veya ticari satımları düzenleyen TBK md. 212’deki hakların kullanımını ihtar şartına bağlayan düzenlemeler de CISG’de bulunmamaktadır.<sup>1070</sup> CISG’e göre; yukarıda bahsedildiği üzere kesin sürenin varlığına kanaat getirildiği takdirde esaslı ihlale dayanarak (CISG md. 48/I(a)), bu kanaat oluşmadığı takdirde ise borçluya ek süre verilerek, bu sürenin sonunda ifanın hala gerçekleşmemiş olmasına dayanarak sözleşmeden dönülebilir (CISG md. 49/I(b)).<sup>1071</sup> Görüldüğü üzere, CISG’de, TBK md. 117’deki temerrüt ihtar düzenlenmemiş sadece esaslı ihlal seviyesinde olmayan geç ifa durumunda sadece ek süre verilerek sözleşmeden dönme hakkı karşı tarafa tanınmıştır.<sup>1072</sup>

Ticari olmayan tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonuçları TBK md. 123-126 arasındaki hükümlere göre belirlenir. Buna göre; borçlunun temerrüdü üzerine, alacaklının md. 123’e göre mehil tayin ederek aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkı yanı sıra mehil sonunda ifanın gerçekleşmemesine bağlı olarak; TBK md. 125/II’e göre; aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçerek, borcun ifa edilmemesinden doğan müspet zararlarının tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararlarının tazmini isteme seçimlik hakları bulunmaktadır.<sup>1073</sup> Müspet veya menfi zararların tazmini için borçlunun kusurlu olarak temerrüde düşmüş olması aranır.<sup>1074</sup>

---

Tbk 117/II’de “*Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak taraflardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur. Ancak sebepsiz zenginleşenin iyiniyetli olduğu hâllerde temerrüt için bildirim şarttır.*”

<sup>1069</sup>TBK md. 118, 119. Açıklamalar için: Oğuzman and Öz (n 66) 520-523 vd; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1247-1251, Bu gecikme tazminatı alacaklının uğradığı müspet zararın bir görünümü olmaktadır. Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 896; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 118 vd.

<sup>1070</sup>Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 148

<sup>1071</sup>Öz, ‘CISG metni’ (n 1) 16,17.

<sup>1072</sup>CISG’de verilen ek süre; TBK md. 123 anlamında bir ek süre gibi görmek mümkün olmakla aynı zamanda borçluya ifaya davet anlamında bir ihtar olarak da değerlendirilebilir. Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 148, 167.

<sup>1073</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 544 vd; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1261 vd; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 891 vd; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 313 vd; Gümüş (n 71) 41; Aral and Ayrancı (n 71) 102, Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 59; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 70; TBK md. 125/II: “*Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.*”

<sup>1074</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 550; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1260 vd; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 942 vd; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 318; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 147.

CISG sisteminde ise borçlunun temerrüdü halinde aynen ifa yerine tazminat şeklinde bir düzenlemeye yer verilmemektedir.<sup>1075</sup>

Konumuz açısından karşılaştırılması önemli olan TBK md. 125/III'e göre; alacaklının sözleşmeden dönme ve menfi (olumsuz) zararlarının tazmini isteyebilme hakkıdır.<sup>1076</sup> Buna göre taraflar, sözleşmeden dönme halinde, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilmektedir.<sup>1077</sup> Menfi zarar sözleşmeden dönmeden sonra alacaklının içinde bulunacağı durum ile bu sözleşme hiç kurulmasaydı alacaklının malvarlığı durumu arasındaki farktır.<sup>1078</sup> CISG'te ise sözleşmeden dönme ile müspet zarar ya da menfi zarar ayrımı yoktur. Her iki zarar türü de birlikte olmadığı sürece istenebilmektedir. Alıcının bu konuda seçim hakkı olduğu kabul edilmektedir.<sup>1079</sup> Aynı zamanda her iki sistemde de temerrüt halinde sözleşmeden dönülebilmesi için borçlunun kusuru aranmamaktadır.<sup>1080</sup>

---

<sup>1075</sup>Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 167,168. İfa imkânsızlığında ifa yerine tazminat hakkı olan borçlunun, CISG'e göre aynı durumda hakları şu şekildedir: alıcı satıcıya ek süre vererek, süre sonunda tazminat isteyebilecektir ancak bu durumda sadece bu süre için tazminat isteyebilir (CISG md. 47/II)

<sup>1076</sup>Vedat Buz, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* (1st edn, Yetkin 2014) 240 vd; Oğuzman and Öz (n 66) 552 vd; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1267 vd; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 933; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 320. TBK md. 125/III'e göre ise; "sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir."

<sup>1077</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 559 vd; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1267 vd; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 933; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 320.

<sup>1078</sup>Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1271; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 933; Oğuzman and Öz (n 66) 560; Türk hukuku ve Yargıtay'da dönmeden sonra ancak menfi zararın talep edilebileceği kabul edilmektedir. Oğuzman and Öz (n 66) 560 vd; Buz (n 1076) 261; Serozan ise yeni dönme teorisini savunmaktadır. Bu konudaki detaylı bilgi için Bkz: Serozan, 'Alman İfa Engelleri' (n 68) Para 17 N 8; Doktrindeki tartışmalar için bkz: Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 169,170; Oğuzman and Öz (n 66) 553 vd; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 323 vd.

<sup>1079</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 451.

<sup>1080</sup>Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1270; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 66) 962; Oğuzman and Öz (n 66) 472 vd; CISG md. 49/I(a) uyarınca, kesin vadenin esaslı ihlal teşkil ettiği durumlarda sözleşmeden dönülebilir, bu durumda borçlunun kusurlu olması aranmaz. TBK'da da temerrüt halinde alacaklının sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanımı için borçlunun kusuru aranmamaktadır. Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 167.

TBK md. 125/III uyarınca alıcının satıcıya borcun ifası için verdiği mehil tayini sonunda dönme hakkını kullanabilmesi için satıcıya durumu derhal bildirmesi ve aynen ifadan vazgeçtiğini beyan etmesi gerekmektedir.<sup>1081</sup> TBK md. 123 uyarınca;<sup>1082</sup> karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin temerrüde düşmesi halinde diğer taraf borcun ifası için süre verebilir ya da süre verilmesini hâkimden isteyebilmektedir.<sup>1083</sup> Bu düzenlemenin bir benzeri CISG md. 49/I/b’de bulunmaktadır. Buna göre; alıcı malların teslim edilmemesi halinde satıcıya ek süre vererek bu süre içinde ifa gerçekleşmezse sözleşmeden dönebilmektedir. Her iki düzenlemede de amaç bu süre zarfında satıcıya ifa etme şansı vererek sözleşmeden dönme hakkını sınırlandırmaktır.<sup>1084</sup>

Ancak TBK md. 125/III uygulamasından farklı olarak CISG md. 49/I/b ile alacaklıya süre vermeksizin esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönme hakkı da tanınmıştır. Buna göre; alacaklı sözleşmesel beklentilerin boşa çıkması, sözleşme ve sözleşmeyi çevreleyen faktörlerden kesin vade kararlaştırıldığı anlaşılmaması ve borçlunun ifa etmeyeceğine dair kesin beyanı uyarınca CISG md. 48/I/a ve md. 63/I/a’ya göre ek süre vermeksizin esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönebilmektedir. Bu hükmün karşılığı ise TBK md. 124’de kendini bulmaktadır. TBK md. 124 uyarınca borçlunun içinde bulunduğu durum ve tutumdan süre verilmesinin etkisiz olacağını anlaşılması,<sup>1085</sup> gecikme nedeniyle borcun ifasının alacaklı için yararsız kalması halinde,<sup>1086</sup> belirli bir zaman veya belirli bir süre içinde ifanın gerçekleşmemesi üzerine artık ifanın kabul edilmeyeceğinin sözleşmeden anlaşılması halinde, alıcı satıcıya mehil

---

<sup>1081</sup>Buz (n 1076) 239 vd; Oğuzman and Öz (n 66) 552; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1266 vd; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 935; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 317.

<sup>1082</sup>TBK md. 123 “*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun süre verilmesini hâkimden isteyebilir.*”

<sup>1083</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 539 vd; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1261; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 884; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 313.

<sup>1084</sup>Böylece her iki sistemde dönmeyi son çare (ultimo ratio) olarak gören yaklaşımın uzantısı olarak ek süre yöntemini uygulamaktadır. Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 166 36ff.

<sup>1085</sup> Borçlunun ifa etmeyeceğini açıkça bildirmesi veya geriye kalan süre edimi bitirmeye zaten yetmeyecekse borçluya ek süre vermeye gerek kalmaz. Ayrıca bkz: TBK md. 473/I. Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 314.

<sup>1086</sup> Örneğin sezonluk mal teslimi gecikmiş ise, ek süre vermeye gerek kalmaz. Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 315.

verilmesine gerek olmaksızın sözleşmeden dönebilecektir.<sup>1087</sup> Görüldüğü üzere TBK md. 124'te sayılı haller adeta sözleşmenin esaslı ihlali sayılabilen hallerin örnekleridir. TBK'da CISG ile paralel şekilde, dönme hakkının kullanılmasında süre verilmesine gerek olmayan durumların; özellikle borçlunun ifa etmemesinin alacaklı için taşıdığı önemin bir seviye yukarıda olduğu hallere özgülendiği gözlemlenmektedir.

Doktrinde kesin vade belirlenen durumlarda alacaklının ifadan beklediği yarardan mahrum kalması ve borçlunun edimini yerine getirmeyeceğini beyan etmiş olması halinde süre verilmeden sözleşmeden dönülebileceği kabul edilmektedir.<sup>1088</sup> Satıcının temerrüdünü düzenleyen TBK md. 212 uyarınca<sup>1089</sup> genel hükümler uygulanmakla birlikte TBK md. 212/II uyarınca; satıcının temerrüdü halinde, alacaklının aynen ifadan vazgeçip müspet zararı istediği karine olarak kabul edilir.<sup>1090</sup> Buna göre, aynen ifayı ve gecikme tazminatı isteyen alıcının bu durumu derhal satıcıya bildirmesi gerekir. Bu halde mehil tayinine gerek yoktur. Öğretide tartışmalı olmakla birlikte kararlaştırılan

---

<sup>1087</sup> Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1258, Oğuzman and Öz (n 66) 564, Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 889, Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 314, Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 147, Süre verilmesini gerektirmeyen durumlar TBK md. 124 "Aşağıdaki durumlarda süre verilmesine gerek yoktur: 1. Borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa. 2. Borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa. 3. Borcun ifasının, belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde gerçekleşmemesi üzerine, ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa."

<sup>1088</sup> Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 66) 950, Oğuzman and Öz (n 66) 566, Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1260, Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 891 Ancak belirtmek gerekir ki tarafların belirli bir vade belirlemesi aralarındaki sözleşmeyi kesin vadeli işlem haline getirmemektedir. Aksine sözleşmenin yorumlanmasından ifanın mutlaka o tarihte yapılması gerekliliğinin anlaşılabilir olması şarttır. Sert (n 9) 86. Belirli vade halinde ek süre tanınır ancak temerrüt ihtarına gerek yoktur. Kesin vade (mutlak) belirlenmişse ek süre verilmesine ve ihtara gerek olmaksızın borçlu temerrüde düşer. Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 314,315.

<sup>1089</sup> TBK md. 212/I: "Satıcının temerrüdü halinde, borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır." Gümüş (n 71) 43, Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 60, Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 330, Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 57, Aral and Ayrancı (n 71) 102, Tandoğan (n 71) 130, Zevkliler and Gökyayla (n 72) 162, Eren, *Özel Hükümler* (n 71) .69

<sup>1090</sup> TBK md. 212/II: "Zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticari satışlarda, satıcı temerrüde düşerse alıcının, devir isteminden vazgeçerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararların giderilmesini istediği kabul edilir." Gümüş (n 71) 43, Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 60, Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 330; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 57; Aral and Ayrancı (n 71) 102; Tandoğan (n 71) 131; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 169; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 71,

vadenin kesin vade olduğu kabul edilir.<sup>1091</sup> Ancak bu durumda dönme hakkının kullanılması tartışmalıdır.<sup>1092</sup>

CISG açısından, TBK md. 212/II karinesi uygulanmaz. Kararlaştırılan vade doğrudan kesin vade olarak kabul edilmemektedir. Zira CISG md. 1/III’de sözleşmenin taraflarının tacir olup olmaması ya da sözleşmenin alelade veya ticari niteliği arasında bir fark gözetilmemektedir.<sup>1093</sup> Dolayısıyla belirli bir sürede ifa kararlaştırılmış olsa dahi, kesin vade kararlaştırıldığı kabulü; hâkimin somut olayı incelenmesi ile sözleşmenin lafzi yorumu ve md. 8/III uyarınca incelemesine muhtaçtır.<sup>1094</sup> Görüldüğü üzere, hâkimin bu incelemesi TBK md. 124 uyarınca yapılan değerlendirme ile benzerlik göstermektedir.<sup>1095</sup>

### **3. Satıcının Malları Erken Teslimi Halinde Esaslı İhlal**

#### **a. CISG’de Edimin Erken İfası**

Taraflar arasındaki sözleşmede teslim tarihi kararlaştırılmışsa bu tarihte, kararlaştırılmamış ama sözleşmenin yorumu ile teslim tarihi belirlenebiliyorsa belirlenen bu tarihte malın teslim edilmesi gerektiği CISG md. 37’de düzenlendiğine yukarıda değinmişti.<sup>1096</sup> O halde, malların belirtilen veya belirlenen bu tarihten önce teslim edildiği her durum, erken teslim olarak kabul edilmekte ve sözleşmenin geç ifasında olduğu gibi sözleşme ihlali olarak değerlendirilmektir.<sup>1097</sup> Bunun yanı sıra, teslim için belirli zaman diliminin öngörüldüğü hallerde bu sürenin başlamasından önce

<sup>1091</sup>Bu konuda tartışmalar için: Tandoğan (n 71) 133 vd;Aral and Ayrancı (n 71) 107 vd;Gümüş (n 71) 43 vd;Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 60 vd; Zevkliler and Gökayla (n 71) 166 vd.

<sup>1092</sup>Tandoğan (n 71) 134 vd; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 134.

<sup>1093</sup>Toker, *Uygulama Alanı* (n 2) 55,n56.

<sup>1094</sup>Bkz tez: “CISG’de Edimin İfasında Gecikme” 234 vd.

<sup>1095</sup>Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 166.

<sup>1096</sup>CISG md. 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 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.”

<sup>1097</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 164, Zeytin, *CISG* (n 2) 160.



veya başladıktan sonra ama dolmasını beklemeden yapılan teslimler de erken teslim olarak değerlendirilerek sözleşmenin ihlali sayılmaktadır.<sup>1098</sup>

CISG md. 52/I’de düzenlendiği üzere, alıcının satıcının erken mal teslimi teklifini kabul veya red hakkı bulunmaktadır. Ancak teslim için bir zaman diliminin öngörüldüğü hallerde bu zaman dilimi içinde yapılan erken teslimlerde, alıcının teslim edilen malı reddetme hakkı bulunmamaktadır<sup>1099</sup>. Ancak her iki durumda da erken teslimin kabul edilmesi sözleşme ihlalini ortadan kaldırmadığından alıcının tazminat hakkı saklıdır.<sup>1100</sup> Ancak bu durumda artık esaslı ihlalden bahsedilmez zira malın kabulü ile varsa dahi CISG md. 25 anlamındaki olumsuzluğun ortadan kaldırıldığı kabul edilir.<sup>1101</sup>

Alıcının malları erken teslim almayı kabulünden sonra, CISG md. 37’ye göre satıcının teslim için kararlaştırılan sürenin dolmasından önce varsa malın niteliğine ilişkin sözleşmeye aykırılığı giderme imkânı bulunmakla birlikte bu konuya sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı başlığı altında değinilecektir.<sup>1102</sup>

Alıcının malların erken teslimini reddetmesi halinde ise, satıcı yine de erken teslimde diretiyorsa bu halde malların vadesinde teslim edilmeyeceğine dair satıcının kesin beyanı doğrultusunda, CISG md. 72/I kapsamında öne alınmış bir sözleşme ihlaline dayanarak, sözleşmenin esaslı olarak ihlal edildiği gerekçesi ile sözleşmeden dönülebilir.<sup>1103</sup>

---

<sup>1098</sup>Schwenzer, ‘Commentary 35-41’ (n 134) Art 37, Para III, N 4; Massimo C Bianca, ‘Article 35-38’ Bianca C M and Bonell M J (eds), *Commentary On The Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, (Giuffrè, 1987) Art 37 Para 2.3; Zeytin, *CISG* (n 2) 174.

<sup>1099</sup>Bianca (n 1098) Art 37, Para 5; Zeytin, *CISG* (n 2) 174.

<sup>1100</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 164, Zeytin, *CISG* (n 2) 184.

<sup>1101</sup>Ivo Bach, ‘Article 52’ in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds) *UN Convention on Contract for The International Sale of Goods: Commentary* (C. H. Beck, Hart, Nomos 2011) Art 52, N 17; Sarıkaya (n 37) 215.

<sup>1102</sup> **Bkz tez:** “Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkının Esaslılık Üzerindeki Etkisi” 289 vd, Schwenzer, ‘Commentary 35-41’ (n 134) Art 37, Para III, N 4, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 399; Zeytin, *CISG* (n 2) 160. CISG md. 37 ve teslim tarihinden sonra sözleşmeye aykırılığın giderilmesine ilişkin şartlar daha katı biçimde CISG md. 48 ilgili bölümde detaylı incelenecektir.

<sup>1103</sup>Schwenzer, ‘Commentary 35-41’ (n 134) Art 37, Para II, N 3.

## **b. TBK’da Malların Erken Teslimi**

CISG uyarınca alıcıya, satıcının erken ifa teklifini reddetme hakkı tanınmış olup bu hüküm sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı ya da durumun gereğinden aksi sonuca varılmadığı takdirde, TBK md. 96 uyarınca alacaklının, borçlunun erken ifa teklifini kabul zorunluluğunu düzenleyen hükmüne terstir.<sup>1104</sup> Nitekim hükümde; aksi anlaşılmadıkça borçlu edimini vadesinden önce ifa edebilir ama bu erken ifa nedeniyle ediminden ıskontoda bulunamaz demektir. Zira TBK’nın borçlunun vadeden önce borcu ifa edebileceğine ilişkin düzenlemesi vadenin borçlu lehine konulduğu fikrine dayanır.<sup>1105</sup> Ancak sözleşme hükümlerinden, durumun gereğinden, kanun hükümlerinden<sup>1106</sup> belirli bir vadede yapılması gereği anlaşılıyorsa bu durumda borçlu vaktinden önce ifada bulunamaz.<sup>1107</sup> Esaslı ihlale ilişkin özel bir durum içermediğinden konumuzu sınırlandırmak adına değinmekle yetiniyoruz.

## **4. Satıcının Malları Yanlış Yerde Teslimi Halinde Esaslı İhlal**

### **a. CISG’de Yanlış Yerde Teslim**

Malların yanlış yerde teslim edilmesi de, teslim yükümlülüğüne aykırılık hallerinden biri olarak kabul edilir.<sup>1108</sup> Ancak sözleşmede kararlaştırılandan farklı bir yerde ifanın gerçekleştirileceğinin bildirilmesi kendiliğinden esaslı ihlal sonucu doğurmaz.<sup>1109</sup> Bu nedenle somut olayın özelliklerine göre ancak alıcı tarafından gösterilen yerde ve zamanda dahi ifanın gerçekleşeceğine dair, alıcı nezdinde objektif güvenin yitirilmiş

<sup>1104</sup>Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 703; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1081; Oğuzman and Öz (n 66) 334, TBK md. 96: “Sözleşmenin hükümlerinden veya özelliğinden ya da durumun gereklerinden aksini kastettikleri anlaşılmadıkça borçlu edimini sürenin sona ermesinden önce ifa edebilir.”

<sup>1105</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 337; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 703; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 82; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1082.

<sup>1106</sup>Alacaklının poliçe alacağını vaktinden önce ifa etmek istemesi halinde bunu red hakkı vardır. Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1082.

<sup>1107</sup>Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1082.

<sup>1108</sup>Magnus, ‘Avoidance’ (n 115) 435. Sert (n 9) 127.

<sup>1109</sup>Detaylı inceleme için bkz tez: “Mallara ilişkin Belgelerde eksiklik veya yanlışlık halinde Esaslı İhlal”, 360 vd; Babiak (n 167) 128; Magnus, ‘Beyond the Digest’ (n 501) 602, Graffi (n 78) 340, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 165; Sarıkaya (n 37) 196. İçtihatla bkz: Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.02.1994, CISG-Online No: 115.

olması ya da mevcut değişiklik tekliflerinin hâlihazırda esaslı ihlal oluşturacak seviyede olması halinde, esaslı ihlalin varlığı kabul etmek gerekir.<sup>1110</sup>

Malın teslim yerine ilişkin olarak doktrindeki tartışmalı konulardan birisi; CISG md. 31(b), md. 31(c) uyarınca, malların teslim edildiğinin kabul edilebilmesi için satıcının malları buldukları yerde veya kendi işyerlerinin bulunduğu yerde, alıcının tasarrufuna hazır bulundurmasının yeterli olduğu satım ilişkilerinde yaşanmaktadır. Kural olarak, alıcı, tasarrufuna hazır bulundurulmuş malları ancak esaslı ihlalin varlığı halinde, teslim almaktan (tasarrufuna geçirmekten) kaçınabilir. Ancak henüz taşımanın başlamadığı aşamada, malların sözleşmeye aykırılığının bilinmesi halinde, esaslı ihlal seviyesine ulaşan bir aykırılık olmasa dahi, satıcıya ek süre verilerek, alıcının bu malları kendi tasarrufuna geçirmekten imtina edebileceği savunulan görüşlerden birisidir.<sup>1111</sup> Ancak diğer görüşü savunan yazarlar; malların teslim edilmemiş olmasını sebep gösterilerek, ek süre vermek suretiyle de olsa sözleşmeden dönülemeyeceğini zira aksi durumun, CISG md. 49 (1)(b)'deki malların hiç teslim edilmemesini şart koşan ifadesine, malların taşınmasına ilişkin kabul edilemez bir istisna getirmek olduğunu savunur.<sup>1112</sup>

Nitekim alıcının sözleşmede kararlaştırılandan ya da CISG md. 31 hükmü düzenlemesine uymayan şekilde malları teslim etmesi halinde, bu mallar alıcı tarafından teslim alınmışsa yahut teslimden kaçınması dürüstlük kuralı ile bağdaşmıyorsa,<sup>1113</sup> satıcı teslimi gerçekleştirmiş sayılmaktadır.<sup>1114</sup> İçtihat da, malların alıcının tasarruf alanına girmesi ve alıcının da teslimden imtinada haklı bir sebebi olmaması halinde,

---

<sup>1110</sup>Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 199. İçtihat bu yönde: Alıcı tarafından sipariş edilen malların belirlenen vadede teslimatının yapılamadığının bildirilmesi, ifadan temelli kaçınma olarak görülmemiştir. Oberlandesgericht Dusseldorf, 10.2.1994, CISG-Online No:115.

<sup>1111</sup>Müller-Chen (n 44) Art 49, Para 17; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 52. Bu esnek yaklaşımı benimseyen görüşün altında yatan düşünce; CISG'in sözleşmeden dönmeyi sınırlayan anlayışında, ratio legisinden birisi, taşınmış malların iadesinde yaşanacak masraf ve rizikoları önlemek olması ve bu halde malların fiziki olarak taşınmamış olmasının iade sorunu da yaratmayacak oluşudur. Yelkenci, *Dönme* (n 166) 52.

<sup>1112</sup>Honnold and Flectner (n 214) Art 49, Para 304, 305; Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 49, Para 55; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 52.

<sup>1113</sup> Alıcının dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacak şekilde teslimden kaçınması bu durumda, CISG md. 80 kapsamında değerlendirilmelidir.

<sup>1114</sup> Bununla birlikte, alıcının bu teslimden kaynaklanan zararlarını karşılamakla yükümlüdür. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 165.

malların kararlaştırılan yerden farklı bir yerde teslim edilmesi, malların hiç teslim edilmemesi olarak görülmemiştir<sup>1115</sup>.

Ancak alıcının sözleşmedeki menfaatini gerçekleştirebilmesi için vadeye sıkı sıkıya bağlı kalınması gereken bir durum var ise, buna rağmen alıcının malları teslim almaktan “haklı olarak kaçındığı” bir yerde malların teslim edilmesinde ısrar edilmesi, ihlali o anda esaslı hale getirmektedir. Öte yandan, vadenin alelade düzenlendiği durumlarda, alacaklı haklı olarak teslimden kaçınmış olması şartı ile satıcının sözleşmeye uygun teslimatı yapıp yapmayacağı ve bu teslimatın gerçekleşme süresinin ne kadar uzun olacağı ve bu sürede esaslı ihlal oluşup oluşmayacağı ayrıca değerlendirilmeye alınmalıdır.<sup>1116</sup>

#### **b. TBK’ya göre Yanlış Yerde Teslimi**

CISG md. 31/b’ye göre ifa yeri, tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli yerde bulunduğu veya orada imal edileceğini veya üretileceğini bilmeleri durumunda bu yer olarak kabul edilir. Özel olarak belirli bir yere gönderme taahhüdü bulunmaması halinde, CISG md. 31/a’ya göre satıcının işyerinin bulunduğu yer ifa yeri olarak kabul edilir. TBK md. 89/I/b.2 uyarınca taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece ifa yeri sözleşmenin kurulduğu sırada malın bulunduğu yer olarak kabul edilmekte olduğundan hükümler birbirinden farklıdır.<sup>1117</sup> TBK’da genel hükümlerde gönderilecek borçlarla ilgili bir düzenleme bulunmamakla birlikte TBK md. 208/III’e göre malların ilk taşıyıcıya teslimi ile hasar alacaklıya geçmektedir.<sup>1118</sup>

---

<sup>1115</sup> İçtihata konu olayda; alıcı tarafından satın alınan mallar, kendi alıcısı için sipariş edilmektedir. İfa yeri olarak bir depo gösterilmesine rağmen, satıcı malları doğrudan alıcının alıcısının adresine teslim edilmiştir (malların alacaklısı olarak ilk alıcı gösterilerek). Bu şirketin iflas etmiş olması nedeniyle mallar alıcının eline geçmemiştir. Mahkeme, alıcının sözleşmeden beklediği menfaatleri olumsuzluğa uğratan durumun bu teslimatla ilgili olmadığını (irsaliyeleri görmüş ve onaylamış) ayrıca alıcının kendi alıcısının ekonomik sıkıntısını bilmesi karşısında, bugüne kadar kendisinden bir teminat istemediğini ve de sonuç olarak bu malların o adrese gönderilecek olmasının kesin olması gerekçeleriyle, iflas durumunun satıcı açısından öngörülemezliği karşısında teslimin gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Oberlandesgericht Oldenburg, 22.09.1998 tarihli, CISG-Online: 508, Çeviri Sarıkaya (n 37) 196, 12ff.

<sup>1116</sup> Sarıkaya (n 37) 197 18ff.

<sup>1117</sup> Öz, *CISG metni* (n 1) s. 15.

<sup>1118</sup> Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1073; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 62.

TBK'ya göre alacaklı ifa yerinden başka yerde arz edilen ifayı kabule mecbur olmamakla birlikte ifayı kabul etmekle borç sona erer fakat ifayı kabul etmezse bu durumda borçlu ifa etmemenin sonuçlarına tabi olacaktır.<sup>1119</sup> O halde her iki sistemde de yanlış yerde yapılan ifa “malı hiç teslim etmeme” hükümlerine tabi olmaktadır. Ancak konumuzu sınırlandırmak adına burada değinmekle yetiniyoruz.

## D. Satıcının Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Etme Yükümlülüğü

### 1. Genel Olarak

Satıcının sözleşmeye uygun mal teslimi hükümleri CISG md. 35-40 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Bu şekilde satıcının ayıptan sorumluluğu, CISG’de satıcının “malların sözleşmeye uygun olarak teslim edilmesi borcu” kapsamında değerlendirilmiştir.<sup>1120</sup> “Ayıp” kavramı yerine “sözleşmeye uygunluk” kavramı kullanılmış, tersine bir düzenleme ile malların sözleşmeye uygun teslim edilmesinin kriterleri belirlenerek bu hükümlere aykırılık halleri, malların sözleşmeye aykırı teslimi sayılmıştır. Bu durum aslında CISG’in; ayıptan doğan sorumluluğu genel sözleşmeye aykırılık içerisinde değerlendirerek, yeknesak olarak düzenleyen *common law* sistemine yaklaştığını göstermektedir.<sup>1121</sup> Bu halde, CISG uyarınca teslim edilen malın sözleşmeye uygunluğu konusu da ayıbın belirleyicisi olmaktadır.<sup>1122</sup>

---

<sup>1119</sup> Uygun yerde yapılan ifanın kabul edilmemesi halinde ise alacaklı temerrüdü hükümleri uygulanır. Daha fazla bilgi için Oğuzman and Öz (n 66) 346, Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1184, Alınacak borçlarda: ifa yeri borçlunun yeridir. Riskler alacaklıdadır. Yollanacak borçlarda ifa yeri bir yerde borçlunun bir yerde alacaklının yeridir ve riskler alacaklıdadır. Götürülecek borçlarda ifa yeri alacaklının yeridir riskler borçludur. Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 69.

<sup>1120</sup> Schwenger, ‘Commentary 35-41’ (n 134) Art 34 Para 4, Hayrunnisa Özdemir, ‘Viyana Satım Sözleşmesi’nde Sözleşmeye Aykırılık ve Aykırılığın Şartları’ in Sinan Okur (eds), *Milletlerarası Satım Hukuku (CISG)* (1<sup>st</sup> edn, Adalet 2016) 202, 204.

<sup>1121</sup> Erdem, ‘Viyana Satım Sözleşmesi’ (n 119) 73,75, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 181,184. 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’ in Şükran Şıpka and Cemil Yıldırım (eds) (Oniki Levha 2012) 221, 222, Özdemir, *TBK ve CISG’e Göre Ayıp* (n 144) 97, Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 152, Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 35 vd; Enver Aksakal, ‘Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG ) kapsamında Satıcının Sözleşmeye Uygun ve Üçüncü Kişilerin Hak veya Taleplerinden Ari Mal Teslim Etme Borcu’ (2014) 88 (1) İSBD 340, 341 vd.

<sup>1122</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 182, Özdemir, *TBK ve CISG’e Göre Ayıp* (n 144) 113, Toker, ‘Esaslı İhlal’ (n 187) 235-236; Tuba Akçura Karaman; ‘Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması

CISG'in taraf iradelerine öncelik veren ilkesi gereği; malların sözleşmeye uygunluğunun tespiti için ilk referans noktası taraflar arasındaki sözleşme hükümleri sonrasında CISG hükümleri olmaktadır. Malların sözleşmeye uygunluğunu denetleyen madde CISG 35/I'tir. Buna göre; malların; miktar, kalite, tür ve paketlemesinin taraflar arasındaki sözleşmeye uygun şekilde teslimi, sözleşmeye uygun mal teslimi olarak kabul edilir.<sup>1123</sup> Görüldüğü üzere, CISG sadece kalite eksikliği değil aynı zamanda miktar, tür, paketleme eksikliğini de kapsayacak şekilde “sözleşmeye aykırılık” kavramını geniş düzenlemiştir.<sup>1124</sup>

Birinci fıkrada satım konusu malın maddi özelliklerinin ortaya konulması ile sözleşmeye uygunluğun belirlenmesindeki subjektif ölçütler ortaya konulmuş, ikinci fıkrada ise objektif ölçütleri düzenlenmiştir.<sup>1125</sup> Taraflar arasındaki sözleşmede bir düzenleme bulunmaması ya da eksik düzenleme olması halinde devreye girecek olan CISG md. 35/II gereği,<sup>1126</sup> malların hangi özellikleri taşıyor olması halinde sözleşmeye uygun kabul edileceği düzenleme altına alınmıştır.<sup>1127</sup>

---

(VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları' in *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı* (Beta 2013) 1 (77) GAÜHFD 225: “satıcının ayıptan sorumluluğu” nun kapsamı ve alıcının haklarının ne olduğu genel sözleşmeye aykırılık hükümleri arasına dağılmış olduğundan tespiti TBK'daki gibi net değildir. Baysal, 'Satıcının Ayıptan Sorumluluğu' (n 1121) 222.

<sup>1123</sup>Harry M Flechtner, 'Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi' in Yeşim M Atamer (eds), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (1st edn, Oniki Levha 2008) 163 164 vd. CISG md. 35/I:“Satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek zorundadır.”

<sup>1124</sup>Özdemir, 'Sözleşmeye Aykırılık' (n 1120) 207, Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 152.

<sup>1125</sup>Schroeter (n 159) Art 25. Para 44-46; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 184 vd; Erdem, 'Viyana Satım Sözleşmesi' (n 119) 70,71; Zeytin, *CISG* (n 2) 126 vd; Toker, 'Esaslı İhlal' (n 187) 236. Baysal, 'Satıcının Ayıptan Sorumluluğu' (n 1121) 223 vd; Özdemir, *TBK ve CISG'e Göre Ayıp* (n 144) vd.

<sup>1126</sup>CISG md. 35/II: “... (2) Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, mallar ancak aşağıdaki hallerde sözleşmeye uygun sayılırlar: (a) aynı türden malların mutad olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler; (b) sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler; meğerki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılın; (c) satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip iseler; (d) ilgili türden mallar için mutad sayılan şekilde veya böyle mutad bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş iseler. (3) Alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, fıkra 2'nin (a) ilâ (d) bendleri çerçevesinde sorumlu değildir.”

<sup>1127</sup>Schwenzer, 'Commentary 35-41' (n 134) Art 35. Para 6, Özdemir, 'Sözleşmeye Aykırılık' (n 1120) 204.

Buna göre, tarafların objektif beklentilerine göre uygunluğu test eden; CISG md.35/II'e göre; taraflar aksini kararlaştırmadıkça teslimi yapılan aynı türden malların alışlagelmiş, özgülendiği amaca uygun kullanılması, özgülendiği amaç dışında farklı bir "özel amaçla kullanılacaksa" bu durumun sözleşmenin kurulması sırasında satıcıya açıkça veya zımnen bildirilmiş olması,<sup>1128</sup> alıcıya sunulan "örnek veya modele uygun kalitede" teslimatın yapılması ve son olarak piyasada kabul edilen belirli şekilde paketlemenin yapılması veya alışılmış paketleme şekli bulunmuyorsa malın korunmasını sağlayacak şekilde paketlenmiş olması aranmaktadır.<sup>1129</sup>

CISG md. 38/I'e göre; alıcıya teslim aldığı malları mevcut şartlar müsaade ettiği ölçüde kısa bir zaman içinde muayene ve ihbar külfeti yüklenmiştir<sup>1130</sup>. Teslim edilen malların sözleşmeye uygunluk denetiminin "hasarın geçiş anında" yapılması gerektiği belirtilmekle birlikte, CISG md. 36/I'e göre satıcı, hem bu anda tespit edilen açık ayıplardan sorumlu olup hem de sonradan belirgin hale gelen gizli ayıplardan sorumlu tutulabilmektedir.<sup>1131</sup> Ancak CISG md. 39/I'e göre, alıcı şartların el verdiği en kısa sürede malların muayenesini gerçekleştirmek ve aykırılığı makul süre içinde satıcıya ihbar etmekle yükümlüdür; meğerki makul bir özrü olsun (CISG md. 44)<sup>1132</sup> ya da bu aykırılık satıcı tarafından bilinsin veya bilinmemesi mümkün olmasın (CISG md.

---

<sup>1128</sup> Meğer ki koşullardan, alıcının, satıcının bilgiseine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılın. Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 153.

<sup>1129</sup> Shroeter (n 159) Art 25. Para 44-46; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 184 vd; Erdem, 'Viyana Satım Sözleşmesi' (n 119) 70,71; Zeytin, *CISG* (n 2) 126 vd; Toker, 'Esaslı İhlal' (n 187) 236, Baysal, 'Satıcının Ayıptan Sorumluluğu' (n 1121) 223 vd; Özdemir, *TBK ve CISG'e Göre Ayıp* (n 144) 97 vd.

<sup>1130</sup> CISG md. 38/I "Alıcı, malları, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır. (2) Sözleşme, malların taşınmasını gerektiriyorsa, muayene, malların varma yerine ulaşması sonrasında ertelenebilir. (3) Mallar alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkânâna sahip olmaksızın, taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilir veya onun tarafından başka bir yere gönderilirse ve satıcı sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini biliyor veya bilmesi gerekiyor idiye, muayene, malların yeni varma yerine ulaşması sonrasında ertelenebilir." Muayenenin nasıl yapılacağı hususunda düzenleme yapılmamıştır. Şekil ve yöntem için somut şartlara göre makul olan belirlenir. Schwenzer, 'Commentary 35-41' (n 134) Art 38. Para 13.

<sup>1131</sup> Hasarın Geçışı ile ilgili detaylı bilgi bkz: Doğan, *Hasarın Geçışı* (n 220) 197 vd, CISG md. 36: "Satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, sözleşmeye aykırılık bu andan sonra belirgin hale gelmiş olsa dahi, sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca sorumludur."

<sup>1132</sup> CISG md. 44 "Alıcının, gerekli bildirim yapmama konusunda makul özrü varsa 39. maddenin 1. fıkrası ile 43. maddenin 1. fıkrası hükümlerine bakılmaksızın 50. madde uyarınca semende indirim yapması veya yoksun kalınan kâr dışındaki zararının tazminini talep etmesi mümkündür."

40).<sup>1133</sup> Bu istisnalar dışında, alıcı ihbar külfetini uygun şekilde yerine getirmese sözleşmeye aykırılığı öne sürerek CISG md. 45’de sayılı seçimlik haklarından yararlanamayacaktır.<sup>1134</sup> Bununla birlikte, CISG md. 39/II’ye<sup>1135</sup> göre doğrudan muayene ile anlaşılmayan gizli ayıplarda, bir garanti ile süre uzatılmadığı sürece alıcının, mallardaki aykırılığı fiilen malların kendisine tesliminden itibaren iki yıl içinde, türünü de belirterek, satıcıya ihbar külfeti bulunmaktadır.<sup>1136</sup>

## 2. Satıcının Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Esaslı İhlal

### a. Genel olarak

Sözleşmeye uygun olmayan diğer deyişle sözleşmeye aykırı mal teslimi hükümleri CISG’de, sözleşmeye aykırılığın sebebine göre ayrımlar yapmadan, sözleşmeye aykırı mal tesliminin tüm görünüm biçimlerini tek bir başlık altında toplamıştır. Bu yaklaşım, CISG ifa engellerinin yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışının bir sonucudur.<sup>1137</sup> Bu nedenle, satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmiş olduğu hallerde genel geçer kabul edilen şartlar ya da sınıflandırmalar olmadığından, her somut olay bazında esaslı ihlalin CISG md. 25’e göre şartları değerlendirilerek sonuca ulaşmak gerekir. Buna göre; satıcının sözleşmeye aykırı mal teslimi alıcıyı sözleşmeden beklemekte haklı olduğu menfaatlerinden önemli ölçüde yoksun bırakan bir olumsuzluğa yol açmışsa ve bu

<sup>1133</sup>CISG md. 40 “Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı 38 ve 39. madde hükümlerine dayanamaz.”

<sup>1134</sup>CISG md. 39/I : “Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmese, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder.”

<sup>1135</sup>CISG md. 39/II: “Her halde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmese, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğer ki, bu süre sözleşmesel bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olsun.”

<sup>1136</sup> Müller-Chen (n 44) Art 49, Para 7; Björklund ( n 186) Art 49, para 5; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 65; Karaman (n 1124) 232 vd.

<sup>1137</sup>Schwenzer, ‘Commentary 35-44’ (n 134) Art 35, Para 4; Müller-Chen (n 44) Art 46, Para 20; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 503; Schlectriem and Butler (n 28) 144; Graffi (n 78) 343; Karaman (n 1124) 230; Aksi yönde görüş Erdem, ‘Teslim Borcu’ (n 949) 112; Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 927, 85ff.



sonucun satıcı tarafından öngörölmüş veya öngörölebilecek durumda olması halinde, esaslı ihlal olarak nitelendirilebilecektir.<sup>1138</sup>

Satıcının sözleşmeye aykırı da olsa bir mal teslim ettiği durumlar açısından esaslı ihlalin tespiti, malın hiç teslim edilmediği durumlara göre daha karmaşıktır ve bu nedenle esaslı ihlal tartışmasının en yoğun göröldüğü alanlardan biridir.<sup>1139</sup> Keza satıcının malları zamanında teslim etmiş olması ancak teslim edilen malların sözleşmeye uygun olmaması, satıcının yükümlölüğünü ihlali sayılmakla birlikte, bu durum ihlali kendiliğinden esaslı hale getirmemektedir.<sup>1140</sup> Taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen mallar sözleşme ihlali oluşturmakla beraber bu ihlalin esaslı sayılması için ayrıca birtakım testlerden geçmesi gerekmektedir.<sup>1141</sup> Uygulamada sözleşmeye aykırı mal tesliminin, CISG md. 25 anlamında esaslı ihlal değerlendirmesinde sözleşmeye aykırılığın ağırlığı, malın ayıba rağmen kullanılması veya yeniden satılması imkânı ve bunun alıcıdan beklenebilir olup olmadığı,<sup>1142</sup> değerlendirme ölçütlerine başvurulduğu görölmektedir.

Nitekim teslimin sözleşmeye aykırı da olsa gerçekleştirilmiş olması nedeniyle alıcının CISG md. 49/II (b)'ye dayanarak yani ek süre verme yoluyla esaslı ihlal araştırmasına girilmeksizin sözleşmeden dönmesi mümkün değildir.<sup>1143</sup> Sözleşmeden dönmek isteyen

---

<sup>1138</sup>Müller-Chen (n 44) Art 49, Para 7; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 380, Yelkenci, *Dönme* (n 166) 65.

<sup>1139</sup>Esaslı ihlal doktrinin en zor konu başlığının sözleşmeye aykırı mal teslimi olduğunu belirtmiştir. Huber and Mullis (n 18) 227.

<sup>1140</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 389.

<sup>1141</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 307; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41.

<sup>1142</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 307; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41, İctihatta bkz: Bundersgerihof (Alman Federal Mahkemesi), 28.01.1996 tarihli, CISG-Online:135 sayılı kararında; maldaki ayıba rağmen malın halen kullanılabilir ya da satılabilir durumda olması esaslı ihlal değerlendirmesinde dikkate alınmıştır. İsviçre Federal Mahkemesi,28.10.1998 tarihili, CISG-Online: 413 sayılı kararında: taraflarca anlaşmaya varılandan fazla miktarda yağ içeren etin, fiyatının indirilmesi koşulu ile yeniden pazarda satımının mümkün olması nedeniye esaslı ihlal oluşmadığı; Cour de Cassation, 23.01.1996 tarihli, CISG-Online: 156 kararda satımı kararlaştırılmış olan şarap bozulmuş olduğundan yeniden satım mümkün değildir bu nedenle esaslı ihlal yönünde hüküm kurulmuştur.

<sup>1143</sup>Yelkenci, *Dönme* (n 166) 64, 169ff. ULİS'te sözleşmeden dönme rejimi daha esnek bir yaklaşım sergiler. Buna göre ULİS md. 44'e göre alıcı satıcıya ek süre tanıyarak aykırılığın gidermesini talep eder. Bu süre sonunda aykırılık giderilmezse alıcının sözleşmeden dönme hakkı vardır. Ayrıca ihlalin esaslılığı araştırılması yapılmaz. Göröldüğü üzere, CISG md. 49 (I)(b)'de sadece satıcının malı teslim etmeme halinde kendisine ek süre imkânı tanınmış olması karşısında ULİS'te ayrıca malın teslim edilmiş olması

ya da malın yenisi ile değiştirilmesini isteyen alıcının, elindeki tek imkân, CISG md. 49/I (a)'ya göre sözleşmenin esaslı olduğu iddiasının ispatıdır<sup>1144</sup>. O halde yapılacak esaslılık değerlendirmesinin en önemli sonucu malların sözleşmeye aykırı tesliminin basit bir ayıp olarak nitelendirilmesi halinde, alıcının ancak maldaki ayıbın giderilmesi, bedelin indirilmesi ve tazminat yollarına başvurabilecek olması ancak dönme ve malın yenisini talep imkânının bulunmamasıdır. Ayrıca satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı olduğu sürece alıcının bu hukuki imkânlara başvurma hakkı bulunmamaktadır.<sup>1145</sup>

Sonuç olarak, sözleşmeye aykırı mal tesliminin esaslı ihlale yol açıp açmadığı değerlendirmesinde CISG md. 25 tanımında sayılan şartlar her daim göz önünde bulundurulacak olmakla birlikte; somut olayda esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken dört temel kriterden bahsedilmektedir: 1) Taraflar arasındaki sözleşme hükümleri, 2) Sözleşmeye aykırılığın ciddiyetinin anlaşılması için sözleşmenin objektif yorumu ile yükümlülüklerin öneminin araştırılması, 3) Sözleşmeye aykırı malın başka türlü değerlendirilmesi olasılığı, a) Malların satılması, b) Malların kullanımı, c) Bu durumun alıcıdan beklenebilirliği, 4) Satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme imkânı test edilerek aykırılığın esaslı olduğuna karar verilmektedir.<sup>1146</sup>

Bu nedenle sonraki bölümde dörtlü bir ayrımla uygulamada ve doktrinde sıklıkla yer bulan bu esaslılık testlerine yer verilmiştir. Buna göre; öncelikle taraflar arasındaki sözleşme ile açıkça önem kazandırılmış bir yükümlülük olup olmadığı, teslim edilen maldaki aykırılığın ciddi olmasından ne anlaşılması gerektiği, teslim edilen malın başka şekilde değerlendirilme imkânının kapsamı ve satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı üzerinde durularak, sözleşmeye aykırı mal tesliminin esaslı ihlal oluşturabileceği

---

ancak ayıplı olması halinde de ek süre imkânı sunulmuştur. Will, 'Article 45-52' (n 167) Art 49, para 1.2.1.3.

<sup>1144</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 399; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 65. Uygulama ve doktrinde ispat yükü alıcıda kabul edilmektedir. Zira sık karşılaşılan durum, alıcının malın ayıplı olduğunu fark etmeden teslim alması o halde mal ayıplı iken ihbarda bulunmadan bir kez teslim alınmışsa hasarın intikalinden önce de ayıbın var olduğunu ispat alıcıya düşmektedir. Ancak alıcı malı teslim alırken ihtirazi kayıt koyduysa bu durumda ispat yükünün satıcıya geçtiği kabul edilir. Bu yönde tartışmalar için bkz Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 244.

<sup>1145</sup> Zeytin, *CISG* (n 2) 176.

<sup>1146</sup> Ayrım için yararlanılan kaynaklar: Huber 'CISG' (n 121) 281, Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 215-228, Karaman (n1222) 246, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 377; Erkan (n 161) 87.

durumlar örneklendirilerek konuya açıklık kazandırılmaya çalışılmıştır. Yine de bu kriterlerin, her somut olayda sadece ihlalin derecesini aydınlatma işlevini gördüğünü ancak kesin sınırlar belirten kriterler olarak algılanmaması gerektiğinin altını çizmek isteriz.<sup>1147</sup>

Önemle belirtmek isteriz ki, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi halinde esaslı ihlal değerlendirmesinde satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı ve alıcının sözleşmeye aykırı malı başka şekilde değerlendirebilme olasılığı CISG md. 25'e eklenen kıstaslar olarak görülmemelidir. Bu araştırmalar CISG md. 25'in şartlarının uygulanmasında ve somut olaya göre bu şartların yorumlanmasında ek olarak dikkate alınan unsurlar olmaktadır. Zira farklı bir yaklaşım esaslı ihlal kavramına CISG md. 25'te yer alandan farklı şartlar yüklemek olacağından hukuk güvenliğini tehlikeye atacaktır.<sup>1148</sup>

O halde sözleşmeye aykırı malın esaslı ihlal oluşturup oluşturmadığının belirlemek için taraflarca sözleşme ile kararlaştırılmış bir yükümlülük olup olmadığı, malın sözleşmeye aykırılığa rağmen kullanılması, yeniden satılması ve makul süre içinde malın tamir edilmesi olasılığı olup olmadığı ve ayrıca bu ihlallerin ağırlığı incelenerek hüküm kurulmalıdır.<sup>1149</sup>

Son olarak belirtmek isteriz ki CISG'deki "sözleşmeye esaslı aykırılık" kavramı, uluslararası satımlarda ayıplı malın iadesindeki zorluklar dikkate alınarak getirilmiş olduğundan, bu koşulun dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir.<sup>1150</sup> Nitekim burada CISG'in temel prensiplerinden kabul edilen sözleşmeden dönme hakkının son çare olduğunun kabulü de göz önünde bulundurulmaktadır.<sup>1151</sup> Benzer şekilde, CISG

---

<sup>1147</sup>Huber and Mullis (n 18) 127; Erkan (n 161) 86. Ayrıca bkz: Yelkenci, 'Esaslı ihlal' (n 358) 1353, Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 153.

<sup>1148</sup>Sarıkaya (n 37) 266.

<sup>1149</sup>Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 250; Huber 'CISG' (n 121) 280; Toker, 'Esaslı İhlal' (n 187) 207.

<sup>1150</sup>Erdem, 'Dönme' (n 34) 864-867; Karaman (n 1222) 247. Zira uygulamada, İsviçre Federal Mahkemesi kararında, şüphe halinde koşullarının gerçekleşmediğinin kabul edilmesi gerektiğinden bahisle sözleşmeye esaslı aykırılık kavramının dar yorumlanması gerektiğinin altını çizmiştir. Bundesgerichtshof, İsviçre, 15 Eylül 2000, CISG-Online:770.

<sup>1151</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 502; Dayıoğlu, *Tazminat* (n18) 41, 58ff. İçtihatlarda bkz: Tribunale di Forlì, 11.12.2008, CISG-Online: 1729, Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-Online: 413.

md. 46/II uyarınca alıcının, teslim edilen malın yenisi ile değiştirilmesini talep edebilmesi için de sözleşmenin esaslı ihlal edilmiş olması gerekir zira sözleşmeden dönmenin uluslararası satışlarda yol açacağı tasfiye sorunlarının benzeri malın yenisi ile değiştirilmesi talebinde de yaşanacaktır.<sup>1152</sup>

Bu nedenle, doktrin ve içtihatla, esaslı ihlale hükmedilmeden önce araştırılması gereken hususlardan birisi; sözleşmenin ayakta tutulması gayesi ile sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesinin olumsuz sonuçlarının bedelde indirim ya da tazminat gibi imkânlarla giderilmesinin mümkün olup olmadığının araştırılarak hüküm kurulmasıdır.<sup>1153</sup>

### **b. Sözleşmede Esaslı İhlalin Düzenlenmiş Olması**

Sözleşmeye aykırı mal tesliminde ihlalinin esaslılığının tespitinde incelenmesi gereken ilk kaynak taraflar arasındaki sözleşmedir.<sup>1154</sup> Tarafların subjektif beklentilerine uygunluk arayan CISG md. 35/I uyarınca “*Satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek zorundadır*” demektedir. Bu durumda teslim edilecek mala ilişkin olarak taraflar arasındaki “sözleşmede bir düzenleme bulunması halinde”, düzenlemeye aykırı mal teslim edilmesi CISG md. 25 şartlarını sağlaması ile esaslı ihlale yol açmaktadır.<sup>1155</sup>

Diğer yandan, CISG’de irade serbestisi ilkesi benimsenmiş olduğundan, taraflar açıkça önem verdikleri yükümlülüklerinin altını çizerek, sözleşmeye aykırı teslimin hangi durumda esaslı ihlal oluşturacağını kararlaştırabilirler.<sup>1156</sup> Bu halde mallardaki bazı

<sup>1152</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 377.

<sup>1153</sup>Müller-Chen (n 44) Art 46, Para 24; Müller-Chen (n 44) Art 49, Para 7; Atamer, ‘İfa Engelleri’ (n 35) 250; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 501; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 65; Yelkenci, ‘Esaslı İhlal’ (n 358) 1353. İctihatlarda bkz: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-Online No: 1900 sayılı mahkemede görülen olayda paketleme cihazı düzgün çalışmadığından alıcının üretim kaybı, cihazın satım fiyatından yüksekte olduğundan somut olayda sözleşmeye aykırı mal teslimin yarattığı olumsuz sonuçların semenin indirilmesi ile giderilmesi mümkün görülmemiştir. Kantonsgericht Zug, 30.08.2007, CISG-Online No: 1722, Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-Online No: 1729; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online No: 135, Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-Online No: 709.

<sup>1154</sup>Huber and Mullis (n 18) 227; Özdemir, ‘Sözleşmeye Aykırılık’ (n 1120) 206.

<sup>1155</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 184; Toker, ‘Esaslı İhlal’ (n 187) 236.

<sup>1156</sup>Huber ‘CISG’ (n 121) 280.

özelliklerin nitelikli olduğu belirtilmiş ve bu özellikleri taşımayan malların esaslı ihlal oluşturacağı kararlaştırılmış iseler bu niteliği taşımayan malların teslimi esaslı ihlal oluşturabilir.<sup>1157</sup> Bu durumda, satıcının olumsuz sonucun öngörülemez olduğu iddiası dinlenilmeyecektir.<sup>1158</sup>

Taraflarca sözleşmede zımnen düzenlenmiş ya da alıcı tarafından satıcıya bildirilmiş “özel kullanım amacına” aykırı teslimler de sözleşmeye aykırı mal teslimi kapsamında esaslı olarak değerlendirilebilmektedir.(CISG md. 35/II(b))<sup>1159</sup> O halde, taraflar sözleşmeye aykırı mal teslimi sonucu, doğrudan esaslı ihlal sonucunu doğuran “esaslı kılma” işlemi sözleşmede zımnen de düzenleyebilirler.<sup>1160</sup> Böyle bir düzenlemenin varlığının araştırılması sözleşmenin yorum meselesi olup, sözleşmeyi çevreleyen tüm faktörlerin dikkate alınmasını gerektirir. O halde md. 8/I’e göre, sözleşme öncesi görüşmeler, taraflar arasında yerleşik teamül ve alışkanlıklar ile milletlerarası satıma ilişkin teamüller ışığında değerlendirilmelidir.<sup>1161</sup>

Taraflar arasındaki sözleşmede teslim edilecek malların belirli özellikleri taşıması konusunda bir hususa özel önem atfedilmiş olması halinde, bu özelliği taşımayan malların tesliminin, ihlali kendiliğinden esaslı hale getirip getirmeyeceği ise tartışmalıdır. Bir görüş; sözleşmenin yorumu ile teslim edilecek malın niteliğine ilişkin bir yükümlülüğe özel önem atfedilmiş olduğunun anlaşılıyor olması halinde, bu durumun zaten alıcının beklemekte haklı olduğu menfaatini önemli ölçüde olumsuzluğa uğratmış olduğu anlamını taşıyacağından, doğrudan esaslı ihlale hükmetmenin mümkün olduğunu savunur.<sup>1162</sup> Ancak bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, bu şekilde malın niteliğine özel önem atfedilmiş olması halinde, bu niteliğe aykırı teslim, hayatın

<sup>1157</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 44; Huber ‘CISG’ (n 121) 280; Huber and Mullis (n 18) 227,228; Erkan (n 161) 87. İçtihatla bkz: Basel, 01.03.2002 tarihli, CISG-Online: 729.

<sup>1158</sup>Erkan (n 161) 87.

<sup>1159</sup>CISG md. 35/II(b) “sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler; meğerki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılınsın” Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art 49 Para 34; Erkan (n 162) 25, 87, Yelkenci, *Dönme* (n 166) 65,66.

<sup>1160</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 44; Huber and Mullis (n 18) 227,228, Erkan (n 161) 87.

<sup>1161</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 44; Huber and Mullis (n 18) 228, Erkan (n 161) 25, 88.

<sup>1162</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 44, 164; Sigh and Leisinger (n 358) 164,167; Yelkenci, ‘Esaslı İhlal’ (n 358) 1353.

olağan akışında, CISG md. 25 kapsamında bir olumsuz sonuç doğurmaya elverişli olsa da, istisna durumlar her zaman mümkün olduğundan, somut olaydaki olumsuz sonucun değerlendirilmede dikkate alınması ve ihlalin “gerçek bir olumsuzluk” yaratması halinde esaslı ihlale göre hükmedilmesi gerekir.<sup>1163</sup>

Rusya Federasyonu Sanayi ve Ticaret Odası Uluslararası Ticari Tahkim Mahkemesi'nin kararı bu konuda eleştiriye açık bulunmaktadır.<sup>1164</sup> Dava konusu olayda taraflar 1988 yılından sonra üretimi yapılmış bir otomobil teslimi için anlaşmışlardır. Sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmasına rağmen, satıcı tarafından 1981 yılında üretilen bir otomobilin teslimi esaslı ihlal olarak değerlendirilmiştir. Oysa aracın kararlaştırılan tarihten yaşlı olmasının alıcının menfaatleri üzerinde “gerçek durumda” nasıl bir olumsuz etki yarattığı araştırılmadan sadece sözleşmede açıkça düzenlenen bir yükümlülük olduğundan bahisle hüküm kurulması isabetli görülmemiştir.

İçtihatla benzer şekilde, taraflar arasındaki sözleşmede açıkça veya zımnen düzenlenmiş bulunan ve teslim edilecek malların niteliğine ilişkin özel önem atfedilen bir hususa dikkat çekilmiş olması halinde, teslim edilen malların bu özellikleri taşımamasının esaslı ihlal oluşturacağına ilişkin kararlara sıkça rastlanılmaktadır.<sup>1165</sup> Uygulamada,

---

<sup>1163</sup>Ayrıca tam tersi şekilde, esaslı ihlalin oluşması için, sözleşmede teslim edilecek olan malların niteliklerine mutlaka özel bir anlam yüklenilmesi gerekmemektedir. Aynı görüşte Sarıkaya (n 37) 218. İçtihatla bkz: Oberlandesgericht Koblenz, 19.12.2012, CISG-Online: 2470 sayılı kararda sözleşmeye aykırı şekilde 300 KVA yerine 250 KVA kapasite ile çalışan jenaratörün alıcının işletme kapasitesi için yeterli elektriği üretememesi ve bu durum satıcı için öngörülebilir olduğu belirtilerek esaslı ihlale hükmedilmiştir.

<sup>1164</sup>Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 21.12.2004 tarihli, CISG-Online: 1187.

<sup>1165</sup>İçtihatla bkz: Sözleşmede açıkça ve zımnen özel önem verilmiş hallere örnek olarak: Landgericht Heilborn, 15.09.1997, CISG-Online: 562 sayılı kararda alıcı satıcının ürününü piyasadaki cihazlara göre ek bazı özellikler ihtiva etmesi nedeniyle tercih ettiği anlaşılmaktadır. Zira tercih edilen makine piyasadakilerden farklı olarak büyük tahta malzemeleri üç tarafını değil dört tarafını kaplayabilmektedir. Ancak teslim alındıktan sonra piyasada benzerlerinden farksız olması esaslı ihlal oluşturur. Tribunale di Busto Arsizio, 13.12.2001, CISG-Online:1323. Olayda alıcıya teslim edilen makinenin, sözleşme müzakereleri sırasında açıkça satıcıya bildirilen özelliklere sahip olmaması nedeniyle esaslı ihlale hükmedilmiştir zira yüksek kapasitede olması taahhüt edilen plastik geri dönüşüm makinesi beklenen üretim seviyesinin çok altında çalışmaktadır. Oberste Gerichtshof, 05.07.2001, CISG-Online: 652: sözleşmede satımı için anlaşılan bilgisayar parçalarının imitasyon çıkması, Appellationsgericht Basel, 22.08.2003, CISG-Online: 943: Sözleşmede açıkça belirtilmesine rağmen, dondurulmuş sebze pane yapmak üzere satın alınan makinenin sözleşmeye aykırı olarak genetiği değiştirilmiş organizma içerir şekilde teslim edilmiş olması, Cour d'Appelle de Paris, 04.06.2004, CISG-Online:872: Satıcının teslim ettiği düdüklü tencerelerin üçte birinin defolu olmasının esaslı ihlal teşkil edeceği belirtilmiştir. İçtihatla bkz: Appellationsgericht Basel, 22.08.2003, CISG-Online: 943.

özellikle satıcının teslim ettiği malın miktarı, kalitesi ve türünün ve paketlemesinin kararlaştırılmış olduğu hallerde, taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olmadığından bahisle dava açmaktadırlar.<sup>1166</sup>

Malın miktarı, kalitesi ve türüne ilişkin sözleşmedeki düzenlemeden ne ölçüde sapıldığında esaslı ihlal oluşacağına ilişkin sözleşmede açık özel bir düzenleme olmadığı takdirde, ayıbın ciddiyetinin ne olduğu araştırması önem kazanmaktadır. Sözleşmeye aykırılığın ciddiyeti sözleşmeye aykırı mal teslimin esaslı ihlal sayılması için aranan bir kriter olarak aşağıda kararlar ışığında incelenmiştir. Ciddi ayıbın tespit edildiği bu gibi bir durumda alıcının önemli menfaat kaybı ve bunun öngörülebilir olması şartları mevcutsa mahkemeler sözleşmenin esaslı ihlali sonucuna varmaktadır.<sup>1167</sup>

Ancak sözleşmeye aykırı mal tesliminin esaslı ihlal oluşturup oluşturmadığının tespiti birtakım güçlükler içermekte olduğundan, taraflara yaptıkları sözleşme ile hangi ayıpların hangi derecede veya oranda olduğunda sözleşmenin esaslı ihlalini oluşturacağını önceden açıkça kararlaştırmaları önerilmektedir. Böylece satıcı tarafından öngörülemezlik iddiasının da önüne geçilmiş olunacaktır.<sup>1168</sup>

### **c. Mallardaki Sözleşmeye Aykırılığın Ciddiyeti**

Sözleşmeye aykırı mal teslimi nedeniyle ihlalin ulaştığı seviyenin ciddiyeti ihlalin esaslı olarak değerlendirilebilmesinin kapısını aralamaktadır. Sözleşmeye aykırılığın ciddiyeti; mala ilişkin hangi niteliklerin alıcı için önem taşıdığına sözleşmenin objektif yorumu ile ortaya konulması neticesinde, alıcının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatlerin tespit edilmesiyle mümkündür. O halde sözleşmeye aykırılığın ciddiyetinin ortaya konulması için; “Bu nitelik/niceliğin eksikliği alıcı için ne kadar önemlidir?” ve

---

<sup>1166</sup>Aşağıda konu başlıkları altında kararlara yer verildiğinden tekrardan kaçınıyoruz. Toker, ‘Esaslı İhlal’ (n 188) 237; Toker ‘CISG ve TBK’ (n 236) 153.

<sup>1167</sup>Detaylı bilgi için bkz tez: “Mallardaki Sözleşmeye Aykırılığın Ciddiyeti” 262 vd, Toker, ‘Esaslı İhlal’ (n 187) 237.

<sup>1168</sup>Zeytin, Esaslı İhlal (n 541) 14/22.

“Alıcı ne beklemekte haklıdır?” olmalıdır.<sup>1169</sup> Bu soruların cevaplanması için hangi kaynakların referans alınması gerektiği bu başlık altında incelenmeye çalışılmıştır.

Yukarıda değinildiği üzere taraflar arasındaki sözleşme ile mallara ilişkin aykırılığın hangi durumda esaslı ihlal teşkil edeceği anlaşılıyor ya düzenlenmemiş olabilir. Bu noktada, CISG md. 25’in şartlarının varlığına göre hüküm kurmak gerekmektedir. Bu şartların varlığı belirlenirken öncelikle, ayıbın ciddiyeti başka bir deyişle sözleşmede kararlaştırılmış olan değerlerden sapmanın az mı çok mu olduğunun objektif olarak ortaya konulması gerekecektir.<sup>1170</sup>

Diğer yandan, sözleşmeye aykırı teslim edilen mallardaki aykırılığın büyüklüğü, ihlalin ortaya çıkardığı olumsuzluğun ağırlığı ile genelde doğru orantılı olmakla birlikte, sözleşmenin esaslı ihlal edildiğinden bahsedebilmek için asıl belirleyici olan, bu farklılığın somut olayda yarattığı olumsuz sonuçların ağırlığı olmalıdır.<sup>1171</sup> Bu anlamda her somut olay özelinde ihlalin sonuçlarının yarattığı ağırlığının incelenmesi ile esaslı ihlale karar vermek mümkün olacaktır. Bu noktada aşağıda verilen tüm mahkeme kararı örneklerinin bir sınıflandırma yaratmadığı sadece konuyu aydınlatmaya çalışan kendi somut olayı özelindeki değerlendirmeler olduğu unutulmamalıdır.

---

<sup>1169</sup> Huber ‘CISG’ (n 121) 280.

<sup>1170</sup> Karaman (n 1222) 246, Toker, ‘Esaslı İhlal’ (n 187) 237; Mahkemesi konu ile ilişkili ihlalin esaslı olup olmadığında ayıplı malın toplam mala oranına bakarak değerlendirme yapmayı tercih etmişlerdir. Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 154. İçtihat: New York Federal mahkemesi, 09.09.1994 tarihli kararında satım konusu soğutma sisteminin yüzde doksandört oranında sözleşmeye ve numuneye uygun olmadığından bahsile esaslı ihlal yönünde hüküm kurmuştur. Landesgericht Landshut Almanya, 05.04.1995 CISG-Online: 57, kararında satılan spor kıyafetlerin yüzde 10-15 oranında çekmesi nedeniyle sözleşmenin esaslı ihlali oluşturduğuna karar vermiştir. Öte yandan, sözleşme ile düzenlenenden az miktarda sapılması sözleşmenin esaslı ihlaline yol açmayacağı yönünde: Oberlandesgericht Lamm, 22.09.1992, CISG-Online: 57, sayılı kararında ayıplı malın oranının toplam mala oranla düşük olması esaslı ihlali oluşumu için yeterli görülmemiştir. Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 154, 109ff.

<sup>1171</sup> Müller-Chen (n 44) Art 46, Para 24. Peter Huber, ‘CISG-The Structure of Remedies’ (2007) Rabel's Journal for Foreign and International Private Law 81(1) 13, 23. (Structure of Remedies) İçtihat: Zürich Mahkemesi, 21.09.1998, CISG-Online: 416; Sergi kataloğundaki küçük bir basım yanlışlığı esaslı ihlal olarak kabul edilmemiştir; Oberlandesgericht Oldenburg, 01.02. 1995, CISG-Online: 253; sayılı kararında: sözleşme konusu alüminyumun olması gereken inç 0.0125 iken teslim edilen ürünün 0.0118 inç olması nedeniyle satıcının müşterisi olan fabrikada kullanılması mümkün olmayacağından esaslı ihlal olduğu yönünde karar verilmiştir. Ancak Landgericht München I, 27.02.2002, CISG-Online: 654: satıcı tarafından teslim edilen konsolların sözleşmeye aykırı olarak kendi eksenini etrafında dönmeye şekilde tasarlanmamış olması esaslı ihlal kabul edilmemiştir. Kararın gerekçesi olarak, alıcının konsolları kullanım amacının gösterim amaçlı yararlanma olduğu ve bu menfaatin önemli ölçüde olumsuzluğa uğramamış olması gösterilmiştir.



Öte yandan ihlalin boyutunun ciddi olması halinde esaslı ihlalden bahsedebilmek için iki ayrı ölçütten yararlanılmaktadır: Bunlar; satıcı tarafından maldaki sözleşmeye aykırılığın giderilme veya malın alıcı tarafından başka bir şekilde değerlendirilme imkânının bulunmamasıdır.<sup>1172</sup> Başka bir deyişle satıcının malı tamir imkânının olmaması veya alıcının malı kullanma ya da yeniden satma gibi bir imkânının bulunmaması ya da bu kabulün alıcıya fazla külfet yüklemesi nedeniyle ondan beklenemez olması durumunda, sözleşmeye aykırılığın ciddiyeti sözleşmenin esaslı ihlali için yeterli görülmektedir.<sup>1173</sup>

Ayrıca, satıcı tarafından ayıbın giderilmesi imkânının olmasına rağmen satıcının bunu yapmadığı veya yapamadığı hallerde, sözleşmeye aykırı maldaki ihlalin ciddiyeti, sözleşmenin esaslı ihlali için yeterli görülmektedir<sup>1174</sup>. Nitekim her iki durumda da sözleşmeye aykırı mal tesliminin CISG md. 25 kapsamında, alıcının sözleşmeden beklemekte haklı olduğu ve böyle bir sonucu satıcının öngörmesinin mümkün olduğu şartlarının varlığı dahilinde değerlendirildiği unutulmamalıdır.

O halde, sözleşmeye ciddi aykırılık halinde bu durumun esaslı ihlal oluşturması için aranan bu ölçütler inceleme konusu yapılmadan önce aşağıda öncelikle CISG md. 35 çerçevesinde kalite, tür, miktar, paketleme ve objektif standartların eksikliğinin sözleşmeyi ciddi aykırılık seviyesine taşıyabileceği durumlara konumuzla sınırlı olmak üzere değinilecektir. Zira alıcının neyi beklemekte haklı olduğunun kapsamının ortaya konulması ihlalin boyutunun anlaşılmasına olanak sağlamaktadır.

## **i. Kalite Eksikliğinde Esaslı İhlal**

CISG md. 35 tarafların iradesini daha çok malın fiziki niteliğine ilişkin olarak ön plana çıkarmış olsa da, ekonomik ve hukuki niteliklerde malda bulunması gereken özellikler olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>1175</sup> Ayrıca sözleşme ve sözleşmeyi çevreleyen

<sup>1172</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 380.

<sup>1173</sup> İçtihatla bkz: paketleme için kullanılacak olan çantanın kötü koku yayması ve bu sebeple yeniden satımının mümkün olmaması. Kantongericht Glarus, 06.11.2008, CISG-Online: 1996.

<sup>1174</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 380.

<sup>1175</sup> Özdemir, 'Sözleşmeye Aykırılık' (n 1120) 210.

faktörlerden anlaşılacakla, teslim edilen malların sahip olması gereken “kalite” ile fiilen teslim edilen malların kalitesi arasındaki fark sözleşme ihlalin esaslığı üzerinde etkilidir. Nitekim malın taraflarca gönderimi “kararlaştırılan hali” ile “gönderilen hali” arasındaki fark ya da malın sözleşmede kararlaştırılan kullanım amacına uygun olmaması aykırılığın ciddi seviyede olduğunu işaret edebilmektedir.<sup>1176</sup> İçtihadta, malların kalitesindeki düşüklüğün, ihlali belirli bir ağırlığa ulaştırabileceğini gösteren kararlara sıkça rastlanılmaktadır. Bu kararlarda malın kalitesindeki düşüklüğün; performans ya da nitelikten kaynaklanabileceğinin altı çizilmektedir.<sup>1177</sup>

Keza kişi ve kamu sağlığını tehlikeye atan aykırılıklar da mahkemelerce ciddi aykırılıklar olarak değerlendirilmeye açıktır.<sup>1178</sup> Alman Yüksek Temyiz Mahkemesi tarafından verilen karar esaslı ihlal değerlendirmesi sınırlarının belirlenmesinde konuyu açıklığa kavuşturacak niteliktedir. Ünlü midye davası olarak bilinen kararda,<sup>1179</sup> idari yönergelerle sınırları belirlenmiş, midyelerde bulunması gereken kadmiyum oranının, olması gerekenden iki kat fazla olması karşısında, alıcının ülkesindeki bu tür bir idari

---

<sup>1176</sup>Müller-Chen (n 44) Art 46, Para 24; Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 926; Huber and Mullis (n 18) 228; Peter ‘Structure of Remedies’ (n 1171) 23; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 380; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 65.

<sup>1177</sup>İçtihadta bkz: **Performans olarak kalitede düşüklük:** Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-Online: 1900; Sözleşme ile dakikada 180 şişe paketleme kapasitesine sahip makinelerin teslimi kararlaştırılmış ancak, teslim edilen makinelerin ancak 52 şişe üretebilmesi esaslı ihlal olarak değerlendirilmiştir. **Nitelik olarak düşüklük:** Landgericht München, 29.11.2005, CISG-Online No:1567; satıcı tarafından teslim edilen biberlerin üçte birinin kırık olması tarafların kalite konusunda sözleşmede kararlaştırdıklarından önemli oradan farklı bir kalite içerdiğinden ihlalinin esaslılığına karar vermiştir. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 21.12.2004, CISG-Online: 1187 sayılı kararda çalıştırılmak üzere alınan makineler çalışamaz durumda çürük çıkması, Rettini Kobenhaven, 19.10.2007, CISG-Online:2150 sayılı kararda: yarış atı niteliğini taşıması kararlaştırılan atın yarışamayacak derecede sakat olduğunun ortaya çıkması Mahkeme tarafından esaslı ihlal olarak değerlendirilmiştir. Sözleşme ile belirlenen kalite şartlarından az miktarda ödün verilmesi esaslı ihlal olarak değerlendirilmemiştir. Oberlandesgericht München, 02.03.1994, CISG-Online: 108. Alıcıya gösterilen örnek kompresörden daha fazla elektrik tüketen ve daha az soğutan cihazların teslim edilmesi esaslı ihlaldir. US Temyiz Mahkemesi, 06.12.1995, CISG-Online: 140, Oberlandesgericht Linz, 23.01.1996, CISG-Online:1377 Mesleki kullanım amaçlı satın alınan arabalardaki ayıpların esaslı ihlale yol açacak ağırlıkta olmadığı ancak araçtaki tekrarlayan başka ayıpların ise aracın kullanımını güvensiz kıldığı bunun da esaslı ihlale yol açtığı kabul edilmiştir.

<sup>1178</sup>İçtihadta bkz: Appellationsgericht Basel, 22.08.2003, CISG-Online: 943, Gerechthof Gravenhage, 23.04.2003, CISG-Online No:903. Gerechthof Gravenhage, 23.04.2003, CISG-Online: 903: teslimi yapılan beyaz un içerisinde potasyum bromat içeriği nedeniyle alıcının ülkesinde el konulmuştur. Taraflar arasındaki sözleşme müzakerelerinde satıcının uluslararası standartlara uygun beyaz un teslim etmekle yükümlü olduğu sonucuna varıldığından, potasyum boramatın o tarihte satıcının ülkesinde yasaklanmış olduğu belirtilerek esaslı ihlali yönünde.

<sup>1179</sup>Bundesgerichtshof, 08.03.1995, CISG-Online No:144, Karar incelemesi için bkz: UNCITRAL, ‘Uncitral Digest’ (n 56) 114.

düzenlemeyi satıcının mutlak surette bilmesinin kendisinden beklenemeyeceğinden hareketle, ihlal esaslı ihlal olarak değerlendirilmemiştir. Şüphesiz mahkeme ihlalin varlığını kabul etmekle birlikte esaslı bir ihlal için ayrıca dikkate alınması gereken kriterleri ise şu şekilde özetlemiştir: 1) Her iki taraf ülkesindeki standartlar birebir aynı ise, 2) Sözleşme öncesi veya sonrasında alıcı satıcıyı bu standartlar hakkında bilgilendirdiyse, 3) Halin durumdan satıcının ihlali bilmesi ya da bilebilecek durumda olduğu anlaşılıyorsa örneğin işyerinin bir şubesi alıcının ülkesinde ya da sürekli bu ülke ile ticaret yaptığından bu kuralları bilmesi gerekiyorsa, bu durumlarda esaslı ihlalin kabul edilebileceğini belirtmiştir.<sup>1180</sup>

Yanı sıra, ayrı bir başlıkta incelenecek olan; hukuki ayıplarda bu kapsamda esaslı ihlal oluşturur.<sup>1181</sup> Ayrıca, satım konusu malın orijinal olması,<sup>1182</sup> kalite unsuru olarak malın meşei yeri,<sup>1183</sup> mal için konulan kalite standartları,<sup>1184</sup> malların CE belgeleri, sahip olmaları gereken etik standartlar,<sup>1185</sup> bazı belgelerin eksikliği,<sup>1186</sup> bazı durumlarda malın fiyatı<sup>1187</sup> maldaki kalite eksikliği olarak sözleşmeye aykırılığın ciddiyetini göstererek şartları dahilinde esaslı ihlale sebebiyet verebilir.

## ii. Miktar eksikliğinde Esaslı İhlal

Bu konu ayrı bir başlık altında incelenmiş olduğundan tekrardan kaçınarak değinmek isteriz ki<sup>1188</sup> sözleşmede kararlaştırılan miktardan farklı; az ya da çok miktarda teslim

<sup>1180</sup>UNCITRAL, ‘Uncitral Digest’ (n 56) 114,115.

<sup>1181</sup>Tez Bkz: “CISG’de Hukuki Ayıp” 325 vd.

<sup>1182</sup>Landesgericht Aachen, 03.04.1990, CISG-Online: 12, Landesgericht Landshut, 05.04.1995, CISG-Online:193.

<sup>1183</sup>Müller-Chen (n 44) Art 35, Para 9; Oberlandesgericht Zweibrücken, 02.02.2004, CISG-Online:877.

<sup>1184</sup>Müller-Chen (n 44) Art 35, Para 9. Sözelimi; Avrupa birliğinin çıkardığı çeşitli standartlar.

<sup>1185</sup>Söz gelimi kadın ve çocuk işçi çalıştırılmaması ya da PVC maddesinin kullanılmaması ya da doğal üretim belgesinin olmaması: Oberlandesgericht, München, 13.11.2002, CISG-Online:786.

<sup>1186</sup>Detaylı bilgi için Bkz: “Mallara İlişkin Belgelerde Eksiklik veya Yanlışlık Halinde Esaslı İhlal” 330 vd.

<sup>1187</sup>Malın fiyatı konusunda malın değerinin yanlış söylenmesi ya da alıcının malın değerine karşı özel bir güven duyduğu özellikle bilirkişinin ve satıcının bilgisine güvenildiği hallerde malın fiyatının onun niteliği olarak görüleceği kabul edilir. Sözelimi tablonun sanat gaelrisinde ekspertizinin yapılarak fiyatının belirlenmesi gibi. Özdemir, ‘Sözleşmeye Aykırılık’ (n 1120) 211.

<sup>1188</sup>Detaylı inceleme için Bkz: “Satıcının Yanlış Miktarda Mal Tesliminde Esaslı İhlal” 316 vd.

yapılması, CISG’de sözleşmeye aykırı mal teslimi olarak kabul edilir.<sup>1189</sup> Teslim edilen malların ne kadar miktarının ayıplı olması halinde sözleşmeye aykırılığın ciddiyetini göstereceği ve esaslı ihlal oluşturacağı tartışmalıdır. Konun detayları ve tartışmalara ayrıca yer verilmiştir.<sup>1190</sup>

### iii. Tür Eksikliğinde Esaslı İhlal

Malın tür eksikliği bir diğer deyişle; sözleşme ile karşılaştırıldan farklı bir mal teslimi (aluid) CISG’de açıkça düzenlenerek, “sözleşmeye uygun olmayan mal teslimi” arasında sayılmış, ayıplı ifa ile aluid arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir. Bu konuda inceleme ve tartışmalara ayrı bir başlık altında değinilmiş olduğumuzdan burada tekrardan kaçınıyoruz.<sup>1191</sup>

### iv. Paketleme ve Muhafaza Eksikliğinde Esaslı İhlal

CISG md. 35/I-II’de düzenlendiği üzere; malların paketlenmesi ve muhafazası doğrudan malın niteliğinde bir eksiklik sayılmaktadır.<sup>1192</sup> Sözleşmede karşılaştırılan paketleme yükümlülüğüne uyulmaması sözleşmeye ciddi bir aykırılık olarak değerlendirilebilir.<sup>1193</sup> Sözleşmede ayrıca karşılaştırılmış olmadığı sürece, CISG md. 35/II hükmü uyarınca paketlemenin ilgili mallar için alışılabilir şekilde, böyle bir uygulama olmadığı takdirde ise, muhafaza ve korunmasına hizmet edecek şekilde paketlenmesi gerekir.<sup>1194</sup> Görüldüğü üzere paketleme yükümlülüğü her hâlükârda malın niteliğinden

<sup>1189</sup>Zeytin, *CISG* (n 2) 127; Özdemir, *TBK ve CISG’ e Göre Ayıp* (n 144) 208.

<sup>1190</sup>Detaylı inceleme için Bkz: “Saticının Yanlış Miktarda Mal Tesliminde Esaslı İhlal’ 316 vd.

<sup>1191</sup>Detaylı inceleme için Bkz: “Saticının Başka Şeyi İfasında Esaslı İhlal” 310.

<sup>1192</sup>Schwenzer, ‘Commentary 35-41’ (n 134) Art 35, Para 1; Zeytin, *CISG* (n 2) 128; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 161; Özdemir, ‘Sözleşmeye Aykırılık’ (n 1120) 214.

<sup>1193</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 503-504; Toker, ‘Esaslı İhlal’ (n 187) 236. İçtihatla bkz: Bundesgerichtshof Almanya, 08.03.1995, CISG-Online:144. Alıcının malın üçüncü kişilere satılması için belirli bir şekilde paketlenmesi istendiği halde sözleşmeye aykırı paketlemek sözleşmenin esaslı ihlalini oluşturur. Aynı şekilde malın korunmasına uygun olmayan veya mala zarar veren paketlemeler de esaslı ihlal oluşturmaktadır Ancak söz gelimi malın besin değerlerinin yazılmamış olması esaslı ihlal oluşturmaz zira bu ayıbın bir etiket yapıştırılacak çözülebileceği ve bu şekilde aykırılığın giderilebileceği belirtilmektedir. Zeytin, ‘Esaslı İhlal’ (n 541) 15/22.

<sup>1194</sup>CISG md. 35/2/d “ilgili türden mallar için mutad sayılan şekilde veya böyle mutad bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş iseler.”

sayılmaktadır. Paketleme yükümlülüğüne aykırılık, malın ambalajlanması, söz gelimi; parfümün kutuya konulmaması şeklinde olabileceği gibi, malın hasar görmeden taşınması için gerekli şekilde paketlenmemesi (muhafazası) anlamını da taşıyabilir.<sup>1195</sup> İkinci halde, malın hatalı paketlenmesine rağmen ayıpsız bir biçimde teslim edilmesi halinde sözleşmeye aykırılıktan bahsedilemez.<sup>1196</sup> Dolayısıyla paketleme aykırılıklarının sonuçlarının CISG md. 25 anlamında alıcının sözleşmeden beklediği menfaatleri ne ölçüde olumsuzluğa uğrattığı ortaya konularak sonuca varmak gerekmektedir.<sup>1197</sup>

## v. Objektif Standartların Eksikliğinde Esaslı İhlal

Sözleşmeye aykırılığın ciddiyetini anlamak için bir diğer kaynak ise doğrudan CISG hükümleri olmaktadır. Taraflar sözleşmede teslim edilecek mala ilişkin bir düzenleme yapmamış veya eksik düzenleme yapmışsa ancak CISG md. 35/II maddesinde belirtilen standartlara aykırılık halinde ayıplı ifanın ortaya çıktığı sonucuna varılmaktadır.<sup>1198</sup> Tarafların objektif beklentilerine önem veren bu hükme göre; teslim edilen mal CISG md 35/II/a'ye göre,<sup>1199</sup> aynı türden malların mutata olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun değilse,<sup>1200</sup> CISG md 35/II/b'ye göre,<sup>1201</sup> teslim edilen malların alıcı tarafından satıcıya bildirilen özel kullanım amacına uygun olmaması halinde, CISG md.

<sup>1195</sup>Schwenzer, 'Commentary 35-41' (n 134) Art 35, Para 31.

<sup>1196</sup>Özdemir, 'Sözleşmeye Aykırılık' (n 1120) 215.

<sup>1197</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 504, Bundesgerichtshof, Almanya, 08.03.1995, CISG-Online: 144, Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 154.

<sup>1198</sup> Kaşak (n 185) 348, Toker, 'Esaslı İhlal' (n 187) 236.

<sup>1199</sup>CISG md. 35/II/a : “ ..aynı türden malların mutata olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler..” Oberlandesgericht Koblenz, 21.11.2007, CISG-Online: 1773 sayılı mahkeme kararına konu olayda, alıcının kendi dükkanında satmak üzere almış olduğu ayakkabılarla ilgili sürekli şikayet alması üzerinde, henüz satamadığı mallarda da aynı sorunların yaşanacağını ve bezzet şikayetlerin geleceğinden bahsile ticari itibarının da zedelediğini düşünerek sözleşmeden dönmek istemiş, talebi esaslı ihlalin varlığı kabul edilerek yerinde görülmüştür. Bunun yanı sıra, gizli ayıplarda da CISG md. 25 şartlarının oluşması halinde esaslı ihlal kabul edilebilmektedir.

<sup>1200</sup>Bu fıkradan ne anlaşılması gerektiği ve hangi hallerde mutata kullanım amacına aykırı hareket edildiğine sonraki başlıklarda yeri geldikçe değinilmiştir. Burada mallarda aranan tahsis edildiği amaca uygun kullanılması kriteri piyasadaki tüm bu türün tüm kullanım amaçlarına değil satıcının alacaklıya bildirdiği kullanım amacı ile sınırlandırmak gerekir. Schwenzer, 'Commentary 35-41' (n 134) Art 36, Para 4, içtihat bzk: Bundesgerichtshof Almanya, 02.03.2005, CISG-Online: 999, Ayrıca ortalama bir kullanıcıya göre mutata kullanım belirlenmelidir. Schwenzer (n 135) Art 35, Para 13. Malın mutata kullanımın ölçüsü ticari kullanıma elverişlilik olup; malın ticari kullanımını ve yeniden satım için gereken nitelikler anlaşılmalıdır. Schwenzer, 'Commentary 35-41' (n 134) Art 35, Para 14.

<sup>1201</sup>Bkz tez: “Sözleşmede Esaslı İhlalin Düzenlenmiş Olması” 259 vd.

35/II/c'ye göre<sup>1202</sup> satıcı tarafından örnek gönderilmiş olması halinde, bu örnek ya da modelden daha düşük kalitede veya performansta olan malların teslim edilmesi halinde, CISG md. 35/d'ye göre;<sup>1203</sup> paketleme sektörde kabul edildiği şekilde, böyle bir kabul olmadığı takdirde malın muhafazası ve korunması için gerekli olduğu şekilde yapılmamışsa bu ayıplar sözleşmeye aykırılığın ciddi seviyede değerlendirilmesine yol açabilir.<sup>1204</sup> Yine de, önemle belirtmek isteriz ki, sözleşmenin esaslı ihlalden bahsedebilmek için bu aykırılıkların her birinin CISG md. 25 şartlarını sağlayarak belirli bir ciddiyete ulaşması beklenilmektedir.<sup>1205</sup>

#### **d. Malların Başka Şekilde Değerlendirilmesi İmkanının Varlığı**

##### **i. Genel Olarak**

Taraflar arasındaki sözleşmeden, sözleşmeye aykırı mal teslimin hangi hallerde esaslı ihlal oluşturduğu anlaşılamiyorsa, CISG md. 25'e göre alıcının beklemekte haklı olduğu menfaatlerinin tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştik.<sup>1206</sup> Alıcının beklemekte haklı olduğu menfaatlerinin değerlendirmesinin yapılabilmesi için satıcının malları almasının ardındaki amacın ortaya konulması gerekir.<sup>1207</sup> Satıcının malları almasındaki amacı

---

<sup>1202</sup>CISG md. 35/II/c “*satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip iseler*” İtihadatta bkz: Tribunale di Busto Arsizio, 13.12.2001, CISG-Online: 1323 olayda satıcı alıcıya satmış olduğu makinede işlemeyi planladığı ürünlerin numunelerini göndermiş ve makinanın alıcının kullanım amacına uygun olduğu belirtilmiştir. Ancak makine özel kullanım amacına uygun olmadığı gibi gerekli verimlilikle çalışmamaktadır. Esaslı ihlal yönünde hüküm kurulmuştur. United States Court of Appeals for the Second Circuit, 06.12.1995, CISG-online: 140: Olayda alıcı, kendi klimalarında kullanmak için kompresör satın almak istemektedir. Satıcı, performans özelliklerini belirten bir belge ile birlikte satım konusu kompresörlerin “numunesini” alıcıya göndermiştir. Teslim edilen kompresörlerin daha önce gönderilen örneğe ve performans niteliklerine göre daha az soğutma yapması ve daha çok enerji harcaması nedeniyle, bir klima kompresörünün değerinin belirlenmesi açısından önemli unsurlardaki bu ayıpların esaslı ihlal olduğuna kanaat getirmiştir.

<sup>1203</sup>Detaylı inceleme için bkz tez: “Paketleme ve Muhafaza Eksikliğinde Esaslı İhlal” 267 vd. ve “CISG’de Diğer Yükümlülüklerin Esaslı İhlali” 338 vd.

<sup>1204</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 503-504; Toker, ‘Esaslı İhlal’ (n 187) 236. Uygun paketleme için; malın türü, öngörülen taşıma aracı, muhtemel süresi taşıma sırasındaki iklim değişikliği göz önüne alınmalıdır. Özdemir, ‘Sözleşmeye Aykırılık’ (n 1120) 232. İtihadatta: Oberlandesgericht Avusturya, 19.04.2007, CISG-Online: 1495.

<sup>1205</sup>İtihadatta bkz: Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002 tarihli, CISG-Online: 709.

<sup>1206</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 46. CSIG md. 25 gereği satıcının alıcıya ait bu amacı öngördüğü veya öngörülebilir olduğu varsayımından hareket edildiği varsayılarak.

<sup>1207</sup>Schwenzer, ‘Avoidance’ (n 168) 437; Erkan (n 161) 88.

saptandıktan sonra bu malları başka şekilde değerlendirmesinin kendisinden beklenip beklenilemeyeceği daha kolaylık tespit edilecektir. Zira satıcı tarafından sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen malların, başka şekilde değerlendirilmesi alıcıdan beklenebiliyorsa esaslı ihlalin varlığından bahsedilemeyecektir.<sup>1208</sup>

İçtihatla, özellikle Alman ve İsviçre mahkeme kararlarında sözleşmenin esaslı olarak ihlal edildiğinin tespiti için malın yeniden değerlendirilme imkânının gözetildiği görülmektedir. Sözleşmeye aykırı malın başka bir şekilde değerlendirme imkânı; malın ayıba rağmen kullanılmasının veya yeniden satılmasının mümkün olup olmadığı araştırmasına göre yapılmaktadır. Eleştirildiği üzere, bazı kararlarda malların başka şekilde değerlendirilmesi imkânının geniş yorumlandığı görülmektedir.<sup>1209</sup> Özellikle sözleşmeye aykırı malların temelde işe yaramaz olması ve hiçbir şekilde kısmen de olsa kullanımının ya da satımının mümkün olmaması, ayrıca kullanım olanağı incelenirken;

---

<sup>1208</sup>Müller-Chen (n 44) Art 46, Para 24; Schroeter (n 159) Art 25, Para 5; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 503; Henry Gabriel, 'General Provisions, Obligations of the Seller, and Remedies for Breach of Contract by the Seller' in Ferrari Ferrari, Flechtner M Harry and Brand Ronald, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention* (Sellier European Law Publishers 2004) 336, 338; Huber and Mullis (n 18) 230; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 346; Zeytin 'Esaslı İhlal' (n 541) 652; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 378.

<sup>1209</sup> İçtihatla benzer örnekler: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-Online: 1900: Paketleme makinası alıcının özel ihtiyaçlarına göre tasarlanarak üretilmiştir. Verilen kararda teslim edilen malların yeniden değerlendirilmesinin mümkün olmaması ve pazarlama imkânının bulunmamasının özellikle altı çizilmiştir. Bundesgericht, 03.04.1996, CISG-Online: 135: Teslim edilen malların İngiliz menşeli olması gerekirken Güney Afrika menşesi taşımasının gerçekten yeniden satışa engel olup olmadığı değerlendirilmesinde; ambargo uygulamayan başka bir ülkeye satım mümkün görünmekte olduğundan esaslı ihlale karar verilmemiştir. Oberlandesgericht Hamburg, 25.01.2008, CISG-Online: 1681: Ayıplı malların alıcı için temelde işe yaramaz olması gerekirken, konu olayda kısmen de olsa kullanma imkânının mevcut olması nedeniyle esaslı ihlale hükmedilmemiştir. Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-Online: 709: Tekrar satılmak için alındığı göz önünde bulundurulduğunda, teslim edilen elbiselerin, aynı iş kolunda faaliyet göstermeyen kişilerce de ayıpların açık olduğu ve yeniden satım mümkün görülmemiştir, Regional Court Zilina, 25.10.2007, CISG-Online: 1761: Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-Online: 918: Esaslı ihlalin varlığı için malların hiçbir şekilde kullanımı olmamalı hatta alıcının nihai müşterileri açısından da bu kullanımın onlardan beklenemeyeceğinden bahisle esaslı ihlale karar verilmiştir. Cour de Cassation, 23.01.1996, CISG-Online: 156: Şekerleşmiş ve kısmen bozulmuş şarabın yeniden değerlendirilmesi mümkün olmadığından esaslı ihlal edilmiş olduğu kabul edilir. Oberlandesgericht Frankfurt, 18.01.1994 tarihli, CISG-Online: 123 Derisi çatlamış ayakkabı yeniden satım mümkün görülmemiştir. Kantongericht Glarus, 06.11.2008, CISG-Online: 1996: paketleme amaçlı kullanılacak olan çantaların kötü koku yayması ve bu sebeple yeniden satımının mümkün olmaması. Alıcının kendi müşterilerine satmak için aldığı kadın kıyafetlerinin sözleşmeye aykırı olduğu ve tekrar satımının mümkün olmaması. Kantongericht Schaffhausen, 27.01.2004, CISG-Online: 960: Teslim edilen el yapımı model vagonlarda tespit edilen sözleşmeye aykırılıklar nedeniyle yeniden satım mümkün görülmemiştir. Tribunale di Busto Arsizio, 13.12.2001, CISG-Online: 1323: Teslim edilen geri dönüşüm makineleri sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun olmadığından ve yeterli düzeyde verimli üretim yapmadığından alıcıdan kullanımı beklenemez görülmüştür. Cour de Cassation, 26.05.1999, CISG-Online: 487: teslim edilen metal lehvaların kullanımının alıcıdan beklenilemeyeceğinin altı çizilerek esaslı ihlale karar verilmiştir.

alıcının nihai müşterilerinin de hiçbir şekilde teslim edilen malı kullanma imkânlarının bulunmaması ölçütleri kullanılmaktadır. Ayrıca içtihatla, esaslı ihlale hükmedilmeden önce, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesinin olumsuz sonuçlarının bedelde indirim ya da tazminat gibi imkânlarla giderilmesinin mümkün olup olmadığı dikkate alınmaktadır.<sup>1210</sup>

Ancak malların alıcı için bütünü ile kullanılmaz olmasını beklemek CISG md. 25 düzenlemesi ile bağdaşmayacak şekilde hükmün katı yorumlanması olarak görüldüğünden eleştirilmektedir.<sup>1211</sup> Durumu şöyle izah edecek olursak; bu kararların arkasında yatan düşünce, CISG'in temel prensiplerinden kabul edilen sözleşmeden dönme hakkının son çare olduğunun kabulünün göz önünde bulundurularak hareket edilmesidir.<sup>1212</sup> Ancak bu prensip esaslı ihlal şartları üzerinde yeni koşullar yaratmak şeklinde bir sonuç doğurmamalıdır. Şöyle ki; alıcının haklı menfaatleri; onun sözleşme yaparken öngördüğü "kullanım amacını" göstermektedir. Dolayısıyla teslim edilen mallar bu amaca hizmet etmiyorsa, sözleşme adeta konusuz kalmış olur ve CISG md. 25 anlamında sözleşme uyarınca beklemekte haklı olunan şeyden önemli ölçüde yoksun kalma durumu olduğundan esaslı ihlalin varlığı kabul edilir. Bu nedenle ihlal bu ağırlığa ulaşıldıktan sonra, esaslı ihlal için ayrıca malın alıcı için "tamamen faydasız kalması" ölçütünü kullanmak ve sadece bu halde sözleşmeden dönülebileceğini kabul

---

<sup>1210</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 46 N. 24; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 501; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41; Yelkenci, 'Esaslı İhlal' (n 358) 1353. İctihatlarda bkz: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-Online No: 1900 sayılı mahkemede görülen olayda paketleme cihazı düzgün çalışmadığından alıcının üretim kaybı, cihazın satım fiyatından yüksekte olduğundan somut olayda sözleşmeye aykırı mal tesliminin yarattığı olumsuz sonuçların semenin indirilmesi ile giderilmesi mümkün görülmemiştir. Kantonsgericht Zug, 30.08.2007, CISG-Online No: 1722, Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-Online No: 1729; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online No: 135, Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-Online No: 709. Benzer şekilde, CISG md. 46/2 uyarınca alıcının, teslim edilen malın yenisi ile değiştirilmesini talep edebilmesi için de sözleşmenin esaslı olması gerekir zira sözleşmeden dönmeyen uluslararası satışlarda yol açacağı tasfiye sorunlarının benzeri malın yenisi ile değiştirilmesi talebinde de yaşanacaktır.

<sup>1211</sup>Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 921.

<sup>1212</sup>Müller-Chen (n 44) Art 49, Para 7; Atamer, 'İfa Engelleri' (n 35) 250; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 65; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 502; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41, 58ff. İctihatlarda bkz: Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-Online: 1729, Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-Online: 413.



ederek, alıcının diğer hallerde tazminat ve bedelde indirim haklarını kullanabileceği şeklinde bir yaklaşımın benimsenmesi tarafımızca da hatalı görülmektedir.<sup>1213</sup>

İçtihatta, sözleşmede açıkça ve zımnen belirtilmesi ya da alıcı tarafından satıcıya bildirildiği üzere yahut sözleşmeyi çevreleyen faktörlerden anlaşılması gerektiği üzere, satın alınan malların belirli nitelikleri taşıması gerekiyor ancak teslim edilen mallar bu özellikleri taşıyor ise bu halde alıcıdan bu malları yeniden değerlendirmesinin beklenilmesine gerek olmadığına dair kararlar da bulunmaktadır.<sup>1214</sup> Hatta esaslı ihlalin kabulü için, malın yeniden değerlendirilmesi imkânının araştırılmasına hiç gerek olmadığını savunan mahkeme kararlarına da rastlanılmaktadır.<sup>1215</sup> Zira sözleşmeye aykırılığın belirli bir ağırlığa ulaşması durumunda, bu mallar alıcı için belirli bir işlev gösterebilecek olsa dahi esaslı ihlalin oluştuğu yönünde hüküm kurulması gerekmektedir.

---

<sup>1213</sup> Schoeter (n 159) Art 25, N 51; Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 921 vd. Oberlandesgericht Hamburg, 25.01.2008, CISG-Online: 1681: Sözleşmeye aykırı teslim edilen mallar alıcı için tamamen faydasız ve işe yaramaz olduğu ortaya konulmadığından, sınırlı da olsa malları kullanım imkânı mevcut olduğundan esaslı ihlale hükmedilemeyeceği yönünde, Kantonsgericht Zug, 30.08.2007, CISG-Online: 1722; Oberlandesgericht Düsseldorf, 23.01.2004, CISG-Online No: 918: Malların hem alıcının kendisi için hem de alıcının nihai müşterisi için hiçbir şekilde kullanımının mümkün olmadığı tespit edilmeden esaslı ihlal hükmü kurulamayacağı yönünde kararlar kanımızca eleştiriye açıktır zira CISG md. 25 kapsamında aykırılığın miktarı ile değil yarattığı olumsuz sonuçlar üzerinden hüküm kurulması gerekirdi. İçtihatta bkz: Landgericht München, 27.02.2002, CISG-Online No: 654 dava konusu olayda: alıcı kendi galerisinde sergilemek üzere satıcıdan dönebilen konsollar sipariş etmiş ancak teslim edilen konsolların 365 derece dönmediği bu nedenle ayıplı olduğu tespit edilmiştir. Mahkeme teslim edilen bu konsollarla da gösterimin yapılabileceğini, malın bu şekilde kullanımının mümkün olduğunu ve bu nedenle esaslı ihlal oluşturmadığına karar vermiştir. Zira konsolun sözleşme uyarınca tam dönüş sağlamaması sözleşme ihlali olmakla birlikte, CISG md. 25 anlamında önemli ölçüde bir olumsuzluk yaratmamaktadır. Ancak önemli ölçüde olumsuzluk yaratıp yaratmadığına bakılmaksızın konsolun kullanımı mümkün diye aynı sonuca gitmek esaslı ihlal düzenlemesi ile bağdaşmazdı. Nitekim CISG md. 25'in şartları sağlandıktan sonra (sözleşme ile beklemekte olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalmışsa) esaslı ihlal zaten oluşacaktır.

<sup>1214</sup> Schroeter (n 159) Art 25, N 58; Huber and Mullis (n 18) 231; Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art. 49 N. 41. Hof Van Beroep Gent, 10.05.2004, CISG-Online: 991, Schaffhausen, 27.01.2004, CISG-Online: 960, Regional Zt Zilina, 25.10.2007, CISG-Online: 1761, Landesgericht Saarbrücken, 01.06.2004, CISG-Online: 1228.

<sup>1215</sup> Schroeter (n 159) Art. 25 N. 58; Huber and Mullis (n 18) 230; Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art. 49 N. 27. Benzer yönde görüş İçtihatta Bkz: Landgericht Berlin, 15.09.1994, CISG-Online No: 399; Mahkeme sözleşmeye aykırı mal tesliminin esaslı ihlal oluşturduğunu kabul etmekle, CISG md. 77 kapsamında alıcının zararı azaltma külfeti doğrultusunda malları satmaya çalıştığını ifade etmiştir. Tribunale di Busto Arsizio, 13.12.2001, CISG-Online:1323; United States Court of Appeals for the Second Circuit, 06.12.1995, CISG-Online: 140; Cour de Cassation, 26.05.1999, CISG-Online: 487; Oberlandesgericht Hamburg, 26.11.1999, CISG-Online: 515; CIETAC, 30.10.1991, CISG-Online: 842.

Alıcının sözleşme yapma amacının ortaya konularak, malların bu amacı karşılamadığının tespit edilmesinden sonra, ayrıca malların “tamamen faydasız” kalıp kalmadığını araştırmaya gerek olmadığına ilişkin Langericht Heilbronn Mahkemesi tarafından verilen karar,<sup>1216</sup> konuyu aydınlatıcı niteliktedir. Karara konu olayda; alıcının, satıcının ürününü piyasadaki cihazlara göre ek bazı özellikler ihtiva etmesi nedeniyle tercih ettiği anlaşılmaktadır. Zira tercih edilen makine piyasadakilerden farklı olarak büyük tahta malzemelerin tek seferde üç tarafını değil dört tarafını kaplayabilmektedir. Ancak teslim alınan makinenin, piyasadaki benzerleri ile aynı olduğu tespit edildiğinden, sözleşmenin esaslı ihlal edildiğine karar verilmiştir. Nitekim makinenin en azından üç tarafı kaplayabiliyor olduğundan bahisle bu özelliklere haiz olması sonucu değiştirici bir etki yaratmamış ve eksiklik basit bir ayıp olarak görülmemiştir. Mahkeme gerekçesinde; üç taraflı kaplama yapan makinelerin zaten piyasada mevcut olduğu ve alıcının beklediği tekniği geliştirme amacına hizmet etmediğini vurgulamıştır. Keza, alıcının, sözleşmeden beklediği meşru menfaat makinelerin dört taraflı kaplama yapabilmesidir. Ayrıca mahkeme ayıbın alıcının iş organizasyonu içerisinde kullanılabilirliğini de değerlendirmeye almamıştır.<sup>1217</sup>

Bununla beraber, ürünlerin gıda güvenliği sakıncası doğurması, itibar kaybı yaratması, kamu sağlığını tehdit etmesi gibi benzeri durumlarda ek bir değerlendirme ölçütüne tabii tutulmadan ihlal esaslı olarak değerlendirilecektir.<sup>1218</sup>

---

<sup>1216</sup> İçtihatla bkz: Landgericht Heilbronn, 15.09.1997, CISG-Online: 562.

<sup>1217</sup> Esaslı ihlalin oluşmadığı yönünde verilen bir başka kararı incelemek gerekirse; Stockholm Tahkim yargılamasında; alıcı, sözleşmeye aykırı teslim edilen basınç sensörlerinin bazı sıcaklık aralıklarında sözleşmede öngörülen şekilde performans göstermediğini iddia etmiştir. Hakem, sözleşme ihlalinin varlığını kabul ile birlikte alıcı tarafından iddia edilen farklılığın, alıcının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatleri önemli ölçüde yoksunluğa uğratmadığı ve ekonomik olarak ağır sonuçlar da doğurmadığından bahisle esaslı olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Arbitral Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 05.04.2007 tarihli, CISG-Online No: 1521.

<sup>1218</sup> İçtihatla bkz: Zivilgericht Basel-Stadt, 01.03.2002, CISG-Online: 729: Kamu sağlığını etkileyen durumlarda gıda güvenliğinin olmaması nedeniyle bu malların başka bir şekilde değerlendirilme olasılığı araştırılmamıştır. Sözleşmede açık olduğu üzere, İsviçre’de satım planlandığı, ancak ürünlerin genetiği değiştirilmiş yapısı gereği satım mümkün olamamıştır. Bu durumda başka bir ülkede satımının mümkün olup olmadığı araştırılmasına gerek duyulmaksızın esaslı ihlale hükmedilmiş karar temyiz merciince onaylanmıştır. Benzer şekilde; Cour d'appel de Paris, 04.06.2004, CISG-Online: 872: teslim edilen düdüklü tencerelerde kullanıcı açısından güvenlik riski yaratan sözleşmeye aykırılık görülmesi ve alıcının ülkesinden gerekli sertifikaların olmaması esaslı ihlal olarak kabul edilmiştir. Yine Landgericht Frankfurt am Main, 11.04.2005, CISG-Online No: 1014 sayılı kararda başka bir pazarda satım araştırılmasına gidilmemiş, satın alınan ikinci el ayakkabıların hijyenik olmayan koşullarda bulunması sebebiyle ithalat

Nitekim Doktrinde de *LORENZ*; malların yeniden satılma ve kullanılma imkânının değerlendirildiği sürecin sözleşmenin akıbetini belirsiz bıraktığını düşünmektedir. Zira tüm bu süre zarfında alıcı malları muhafaza etmek durumda kalacak ve ayrıca zararı azaltma külfeti altında malları kullanmaya ve satmaya çalışacaktır.<sup>1219</sup> *BRIDGE* ise; alıcıdan, malları sözleşmeyi kurarken düşünmediği bir amaç doğrultusunda kullanmasının ondan beklenebilir olmadığına altını çizerek, sırf tazminat ve bedelde indirimle zararını giderme imkânı olduğundan bahisle ayıplı malları kullanmaya mecbur bırakılmasının, esaslı ihlal düzenlemesi ile örtüşmediğini belirtmektedir.<sup>1220</sup> *LEISINGER*'e göre; alıcının sözleşme kurulurken planlamadığı faaliyetler içerisine girerek, teslim edilen maldaki ayıp nedeniyle üretmeyi planlamadığı bir ürünü ortaya çıkarmasının kendisinden beklenilmemesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>1221</sup>

Bizim de katıldığımız görüşe göre, malın yeniden değerlendirilme imkânının varlığı dar kapsamda yorumlanmalıdır.<sup>1222</sup> Zira taraflar sözleşme ilişkisine girerken, belirli bir amacın gerçekleşmesi düşüncesiyle hareket etmektedirler. Bu amacın gerçekleşmemesi CISG md. 25 anlamında alıcıyı haklı menfaatlerinden önemli ölçüde yoksun bırakıyorsa zaten esaslı ihlalin varlığı kabul edilmelidir. Aksi halde sözleşmeden dönmenin son çare olması ilkesi, aşırıya kaçan bir yorumla, alıcıyı mevcut sözleşmede kararlaştırılandan farklı bir kullanım amacına zorlamak; hakkaniyet terazisini alıcı aleyhine bozacaktır. O halde alıcının kendisine teslim edilen sözleşmeye aykırı malları yeniden değerlendirmesi (kullanım veya satış) imkânı, alıcının bu imkânları kullanırken, haklı menfaatlerinden önemli ölçüde yoksun kalmadığı bir senaryoda anlam kazanmaktadır.

---

izni çıkarılmadığından esaslı ihlale hükmedilmiştir. Oberlandesgericht Koblenz, 21.11.2007, CISG-Online No: 1733; Landgericht Landshut, 05.04.1995, CISG-Online No: 193: sözleşmeye aykırı malların satılması halinde itibar kaybı kaçınılmaz görüldüğünden esaslı ihlale hükmedilmiştir.

<sup>1219</sup>Alıcının zararı azaltma külfeti: CISG md. 77 “Sözleşmenin ihlâline dayanan taraf, mahrum kalınan kâr dahil, ihlâlden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Bu önlemleri almaması halinde, ihlâl eden taraf, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir.” Muhafaza külfetini düzenleyen: CISG md. 82 (1) “Alıcının, teslim aldığı malları, teslim aldığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade etmesi imkânsızlaşmışsa, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya satıcıdan ikame mal talep etme hakkı düşer.”

<sup>1220</sup>Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 921.

<sup>1221</sup>Leisinger (n 159) 49, 52.

<sup>1222</sup>Huber and Mullis (n 18) 231. Benzer görüş: Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 921.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen kararda,<sup>1223</sup> alıcının malları satın alma niyetinin onun mesleği anlamında da ortaya konulmasının gereğinin altı çizilmiştir. Başka bir deyişle, alıcının satıcıdan söz konusu malları kendi kullanımı için mi aldığı, başka bir malın üretimi için mi aldığı yoksa yeniden satım için mi aldığıın ortaya konulmasının alıcının sözleşmeden beklediği menfaatlerin (sözleşme kurma amacının) tespiti için önem taşıdığı vurgulanmıştır. Bu nedenle aşağıda alıcının mesleki durumu üzerinden üçlü bir ayırımla konu incelenmektedir.

## ii. Alıcının Malları Kendi Kullanımı İçin Alması

Alıcı tarafından malların kendi kullanımı için satın alınması halinde, esaslı ihlalin değerlendirilmesi nispeten kolaydır. Bu durumda araştırılması gereken tek husus, alıcının malları satın alma amacının karşılanıp karşılanmadığı, malların satın alınırken planlanan işlevi görüp görmediği olmaktadır.<sup>1224</sup>

Nitekim malın satın alınma amacındaki işlevini görmemesi durumunda, alıcının sözleşmeden beklediği menfaatin önemli ölçüde olumsuzluğa uğramış olduğu kabul edildiğinden, bu malların indirimli olarak satımının mümkün olup olmadığı ya da başka bir şekilde değerlendirme imkânının olup olmadığı araştırılmayacaktır.<sup>1225</sup>

ABD Temyiz mahkemesinin kararı bu konuya ışık tutmaktadır.<sup>1226</sup> Şöyle ki dava konusu olayda; satıcı ve alıcı basınç ayarı yapan kompresör satım konusunda anlaşmışlardır. Sözleşmenin içeriğinden alıcının malı kendi havalandırma sisteminde kullanmak için aldığı tespit edilmektedir. Ancak teslim edilen ürün, fazla enerji tüketmenin yanı sıra yeterli soğutma da yapmadığından satıcının kullanım amacındaki işlevi görmemektedir. CISG md. 25'in koşullarının da oluştuğunun tespiti ile esaslı ihlali şeklinde hüküm kurulmuştur. Bu durumda mahkemece artık, alıcının sözleşmeye

<sup>1223</sup>Bundesgericht, İsviçre, 18.05.2009, CISG-Online:1900.

<sup>1224</sup>Erkan (n 161) 89.

<sup>1225</sup>Schwenzer, 'Avoidance' (n 168) 438; Erkan (n 161) 90 İçtihatla bu yönde: Langericht Heilborn, 15.09.1997, CISG-Online: 562, Langericht München, 27.02.2002, CISG-Online: 654, ICC, 01.01.1995, CISG-Online: 843.

<sup>1226</sup>Amerikan Temyiz Mahkemesi, 06.12.1995, CISG-Online: 140, Erkan (n 161) 90.

aykırı malları satarak değerlendirmesi veya bunları mevcut haliyle kullanma olanağı olup olmadığının değerlendirilmesine girilmemiştir.

Alıcının malları kullanmasının ondan beklenilmesi gerekip gerekmediği her somut olayın şartlarında ayrıca değerlendirilmelidir. Söz gelimi malların kısmen işlevsiz olması ya da nihai işin kalitesini düşürecek olması da bazı durumlarda esaslı ihlale yol açabilir.<sup>1227</sup> O halde yukarıda da açıkladığımız üzere malların mutlaka tamamen faydasız olması gerekmemektedir.<sup>1228</sup>

Öte yandan, alıcının aynı zamanda düşük kalitede mallar da üretiyor olması ve bu sözleşmeye aykırı malların stok fazlası oluşturmaması halinde ihlalin esaslı olduğundan bahsedilemeyecektir.<sup>1229</sup> Yanı sıra, mal alıcı tarafından, eksiklerine rağmen kullanılabilirse bu halde esaslı ihlalin varlığından bahsedilemez. Söz gelimi; sergi katalogundaki küçük bir basım hatası bu ürünün amaçlanan işte kullanılmasına tamamen engel oluşturmadığından bahisle ihlal esaslı olarak kabul edilmemiştir.<sup>1230</sup>

Sonuç olarak; yeniden değerlendirme imkânı araştırılırken malın satın alınma amacı göz önünde bulundurulmaktadır. Buna göre; mallardaki kalite düşüklüğünün katlanılabilir olması için; alıcının malları tekrar satmak veya yeniden üretimde kullanacak olması halinde yeniden satış imkânı daha mümkün görünmektir. Ancak alıcının nihai olarak kullanım amacıyla bu malları satın alması halinde, söz konusu malları tekrar satmasının alıcıdan beklenilmesi tecrübesinin bulunmadığı bir alanda alıcıyı zorlamak olacaktır. Benzer şekilde malları kendi kullanımı için alan satıcıdan tecrübesi olmadığı bir şekilde malı kullanması da genellikle beklenilmemektedir.<sup>1231</sup>

---

<sup>1227</sup>Bu yönde içtihatla bkz: Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-Online: 841.

<sup>1228</sup>Schoeter (n 159) Art 25, N 51, Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 921 vd.

<sup>1229</sup>Huber and Mullis (n 18) 231.

<sup>1230</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 399, Bundesgericht, Zurich, 21.09.1998, CISG-Online: 416, Benzer yönde: Landesgericht München, 27.02.2002, CISG-Online: 654: dava konusu olayda reklam için kullanılması amaçlanan kürelerin 365 derece dönüş sağlamaması reklamın yapılmasına engel teşkil etmediğinden sözleşmeye aykırılık basit bir ihlal olarak kabul edilmiştir.

<sup>1231</sup>Schroeter (n 159) Art 25, N 52; Sarıkaya (n 37) 228; Erkan (n 161) 90. Bu yönde Bundesgericht İsviçre, 18.05.2009, CISG-Online: 1900 kararında alıcının mesleki olarak alıcının üretici mi satıcı mı yoksa malın son kullanıcısı mı olacağının değerlendirilerek tespit yapılmasının altını çizmiştir. Mahkeme

### iii. Malların Üretiminde Kullanılmak Üzere Alınması

Alıcı tarafından malların üretimde kullanılmak üzere satın alınmış olduğu varsayımında, malların yeniden değerlendirilmesinin alıcıdan ne ölçüde bekleneceği biraz daha karmaşık bir hal almaktadır. Bu durumda araştırılması gereken, alıcının satın alırken bu malın ne işlev görmesini amaçladığının ortaya konulmasıdır.

İsviçre Federal Mahkemesi kararında,<sup>1232</sup> söz konusu malları üretim yapmak üzere satın alan alıcıdan, düşük kaliteli malları kullanmasının veya tekrar satmasının genellikle beklenmeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca sözleşme ve sözleşmeyi çevreleyen faktörlerden üretimin yapılması için malın niteliğinde olması gereken özelliğin önemli olduğu satıcı tarafından öngörülebilir durumda ise bu halde alıcının malı yeniden değerlendirme imkânının olup olmadığı araştırılmayacaktır.<sup>1233</sup> Ancak bazı istisnai hallerde, alıcının teslim edilen ürünleri başka bir ürünün imalatı için değerlendirebilme imkânına sahip olması durumunda, alıcının menfaatlerinin bedelde indirim ve tazminat yoluyla korunabileceği savunulmaktadır.<sup>1234</sup> Ancak, alıcının yeniden değerlendirme olasılığının, alıcının mevcut koşullarında ondan beklenebilir düzeyde olması ve ona ekstra bir külfet yüklememesi gerekir.<sup>1235</sup> Bu nedenle; malları kendi üretim bandında kullanmak için alan alıcıdan makul olmayan bir çaba göstererek; malları satması için yeni ve tanımadığı

---

teslim edilen düşük kalite malların son kullanıcı olan alıcıdan kullanılmasının genellikle beklenmemesi gerektiğinin altını çizmiştir. Karar çevirisi için bkz: Sarıkaya (n 37) 228.

<sup>1232</sup>Bundesgericht, İsviçre, 18.05.2009, CISG-Online:1900.

<sup>1233</sup>Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 49, N 41. Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-Online: 841.

<sup>1234</sup>Schroeter (n 159) Art 25, N 52; Björklund (n 186) Art 25, Para 37; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 503; Huber and Mullis (n 18) 230; Gabriel, 'General Provisions' (n 1208) 338; Zeytin, 'Esaslı İhlal' (n 541) 652; Bedelde indirim ve tazminat yoluyla korunacağına ilişkin: Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 378. İçtihat bu yönde bkz: Kantonsgericht Zug, 30.08.2007, CISG-Online: 1722: sözleşme ile amaçlanan ses ayarı yapabilen modüller ile cihaz üretilmesi iken alıcının bozuk modülleri başka bir sistemde kullanması mümkün olduğundan esaslı ihlal kabul edilmemiştir. Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-Online: 841: Sözleşmede kararlaştırılan orandan daha fazla şeker içeren elma suyu konsantresi sözleşme kurulurken amaçlanan ürünlerde kullanılamayacaktır. Ancak başka şekilde meyve suyu üretiminde kullanılması hala mümkün görüldüğünden esaslı ihlal oluşmadığı yönünde hüküm kurulmuştur.

<sup>1235</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 504. İçtihat Bkz: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-Online No: 1900: İsviçre Federal Mahkemesi teslim edilen sözleşmeye aykırı malların alıcının kendi üretimi, tekrar satımı veya diğer ihtiyaçları için uygun olup olmadığından ondan beklenebilir düzeyde olup olmadığı tespiti sonucu kararını vermiştir. Ayrıca bu yönde bkz: Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-Online No: 709, Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-Online No: 841; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online No: 135.

bir pazar arayışına girmesi, sonradan satıcıdan tazmin edemeyeceği kadar çok masraf yapması yahut bu yolda ticari itibarını kaybetmesi beklenemeyecektir.<sup>1236</sup>

Dolayısıyla söz konusu malın alıcı tarafından üretim için satın alınması halinde, alıcıdan sözleşme ile amaçladığı “olağan iş faaliyetleri” kapsamında bu malı değerlendirmesi beklenilmelidir.<sup>1237</sup> Ayrıca üretim yapan alıcının, sözleşmesel menfaatlerini karşılamayacak bir mal üretmeye ya da sözleşme kurulduğu sırada amaçlamadığı bir başka ürünü üretmeye zorlanmaması gerekmektedir.<sup>1238</sup> Alıcının malları değerlendirme imkânı ancak onun sözleşmesel menfaatlerinin önemli ölçüde etkilenmediği bir varsayımda söz konusu olabilir.

Bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, beyaz eşya üreten bir firma olan alıcı, no frost buzdolabı üretiminde kullanılmak üzere filtre sipariş etmiştir. Teslim alınan filtrelerin bu tip buzdolapları için düşük kalitede olması halinde, söz konusu durumun sözleşme ile ilk amaçlanana uygun olmadığı açıktır. Ancak alıcının daha düşük kalitede ürünler de üretiyor olması nedeniyle bu filtrelerin yine buzdolaplarında kullanılması mümkün görünmektedir. Ayrıca alıcıya ek bir külfet yüklememesi, masraf veya zararların satıcıdan tazmin edilmesi mümkün ise ve bu şekilde üretilen buzdolapları için ekstra bir pazar arayışına girmeden nihai kullanıcılara satım yapılabilecekse, alıcının menfaatinin CISG md. 25 anlamında önemli ölçüde olumsuzluğa uğramadığı kabul edilmelidir. Bunun yanı sıra, buzdolaplarının bu filtrelerle üretilmesi halinde sağlık güvenliği, ticari itibar kaybı yaratıp yaratmayacağı gibi ölçütler de göz önünde bulundurulacaktır. Bu durumda, ayıbın esaslı ihlal yaratacak ağırlıkta olmadığı, alıcının meşru menfaatinden önemli ölçüde yoksun kalmadığı tespitiyle, buzdolabını bu haliyle satması kendisinden beklenebilir olacaktır. Ancak sayılan şartlar dahilinde kullanımı mümkün değilse alıcıdan ek bir külfete girerek bu filtreleri başka üreticilere satması kanımızca beklenmemelidir.<sup>1239</sup>

<sup>1236</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 54; Huber and Mullis (n 18) 232; Björklund (n 186) Art. 25 N. 37, Sarıkaya (n 37) 228.

<sup>1237</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 503; Sarıkaya (n 37) 228.

<sup>1238</sup>Sarıkaya (n 37) 235.

<sup>1239</sup>Farklı bir örnek üzerinden aynı görüşte: Sarıkaya (n 37) 234, 235. Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-Online: 709.

Ancak bu filtrelerin buzdolaplarında kullanılması no frost özelliğinin kullanılması için olmazsa olmaz bir özellik olsa idi ve bu husus sözleşmede açıkça veya zımnen ya da alıcı tarafından bildirilmiş olsaydı ya da bunların hiçbiri olmasa da zaten sözleşmeyi çevreleyen faktörlerden satıcı tarafından öngörülebilir bir sonuç olsa idi bu halde CISG md. 25 anlamında esaslı ihlal oluşacağından, malların başka şekilde değerlendirilme imkânının araştırılmasına gerek kalmayacaktı.

Başka bir varsayımda, filtrelerin buzdolaplarında kullanımının uygun olmaması nedeniyle alıcının beyaz eşya ürettiğinden bahisle bu filtreleri bulaşık makinelerinde kullanması da alıcıdan beklenilmemelidir. Bu durumda alıcının sözleşmeden beklediği menfaatin önemli ölçüde zarara uğramış olduğu kabul edilmelidir zira sözleşme ile amaçladığı şey filtrelerin buzdolaplarında kullanılmasıdır. Bu amaç gerçekleştirilemediği için, malların başka şekilde kullanım olanağı değerlendirilmeye alınmamalıdır.

#### **iv. Malların Yeniden Satılmak Üzere Alınması**

Alıcının sözleşmeyi yaparken amacı sözleşme konusu malları yeniden satmak ise, bu halde esaslı ihlal araştırılması yine karmaşık bir hal almaktadır. Nitekim satıcının ayıplı malları yeniden değerlendirme imkânı tespit edilirken “olağan iş faaliyeti” kapsamında bu imkân araştırılmalıdır. Satıcının olağan iş faaliyetleri kapsamında kalması şartı ile malın yeniden satılma imkânı olması halinde, sözleşmeye aykırı mal tesliminin esaslı ihlal oluşturmayacağı kabul edilmektedir.<sup>1240</sup>

Öncelikle sözleşmeye aykırı bu tür malları satabilmesi uygun bir pazar olup olmadığının araştırılması önem taşımaktadır.<sup>1241</sup> Söz gelimi, Landgericht Landshut mahkemesi kararına konu olayda;<sup>1242</sup> tekrar satımı yapılan giysilerin ilk yıkamada bir iki beden

<sup>1240</sup>Schroeter (n 159) Art 25, N 5; Huber and Mullis (n 18) 228; Schwenzer ‘Avoidance’ (n 168) 438; Huber ‘CISG’ (n 121) 282.

<sup>1241</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 378. İctihatta benzer örnekler: Cour de Cassation, 23.01.1996, CISG-Online: 156: Şekerleşmiş ve kısmen bozulmuş şarabın yeniden satım mümkün olmadığından esaslı ihlal edilmiş olduğu kabul edilir. Oberlandesgericht Frankfurt, 18.01.1994 tarihli, CISG-Online: 123: Derisi çatlamış ayakkabının yeniden satım mümkün görülmemiştir.

<sup>1242</sup>Landgericht Landshut, 05.04.1995, CISG-Online: 193.



küçülmeleri görmezden gelinecek bir oran olarak görülmemiş, alıcıdan bu giysileri alacak olmaları halinde, diğer müşterilerin de bu ayıp sebebiyle şikâyetle bulunacaklarının ve bir daha bu alıcıdan mal almayacaklarının da açık olduğu belirtilerek, işletmenin küçük olması ve uğrayacağı itibar kaybı da gözetilerek, yeniden satımının mümkün olmaması nedeniyle ihlalin esaslı olduğu yönünde hüküm kurulmuştur.

Ayrıca bazı yazarlar, toptan satış ve perakende satış yapan alıcılar arasında fark gözetilmesinden yana görüş bildirirler.<sup>1243</sup> Alıcının çalışma şekline göre, tekrar mal satımı için mal satın almış olan alıcının, teslim edilen sözleşmeye aykırı malları olağan iş faaliyeti dışında satmaya zorlanmaması gerektiğini düşünmektedirler. Şöyle ki, alıcıya teslim edilen sözleşmeye aykırı malları satması ancak alıcının olağan iş faaliyetleri içerisindeyse ondan beklenebilir olduğundan toptan satıcılıkla uğraşan bir alıcının pazar alanı kuşkusuz daha geniş olacağından, esaslı ihlal iddia etmesi perakende satış ile uğraşan alıcıya göre daha güç olmalıdır. Nitekim perakende alıcı için de toptan satış yapan alıcı için de sözleşme ile amaçlanan menfaat, malların yeniden satım ile kar elde etmek olduğundan, toptan satış yapan alıcının bu menfaati gerçekleştirme ihtimali daha olası görünmektedir.<sup>1244</sup>

Bunun yanı sıra, sözleşmeye aykırı malın yeniden satılabilme imkânı değerlendirilirken “malların düşük fiyattan da olsa” satılmasının mümkün olup olmadığı araştırılmaktadır.<sup>1245</sup> Bununla beraber, İsviçre Federal Mahkemesi vermiş olduğu karara konu olayda<sup>1246</sup> malın başka bir şekilde kullanılmasının alıcıya bir külfet yüklememesi ve alıcıdan bu kabulün beklenebilir olmasının altını çizmiştir. Dava konusu olayda; teslim edilen etin, en iyi standartta olmakla birlikte kararlaştırılandan yüksek miktarda yağ içermesinin sözleşme ihlali olmakla birlikte, bu teslimin esaslı ihlal

<sup>1243</sup>Leisinger (n 159) 47,49; Müller-Chen (n 44) Art 46, N 25.

<sup>1244</sup>Leisinger (n 159) 47,49; Müller-Chen (n 44) Art 46, N 25; Erkan (n 161) 93; Sarıkaya (n 37) 232 128ff; Schwenger, ‘Avoidance’ (n 168) 438.

<sup>1245</sup>Schroeter (n 159) Art 25, N 51; Björklund (n 186) Art 25, Para 37; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 503; Huber and Mullis (n 18) 230; Gabriel, ‘General Provisions’ (n 1208) 338; Zeytin, *CISG* (n 2) 652; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 378. Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-Online: 413: teslimi yapılan etlerin yüzde 25.5. daha yağlı ve ıslak olması nedeniyle değer kaybedeceği belirgin olmakla birlikte düşük fiyattan yeniden satım mümkün görülmüştür.

<sup>1246</sup>İsviçre Federal Mahkemesi, 21.10.1998, CISG-Online: 413.

oluşturmadığını, bunun için belirleyici olanın malın olağan ticaret hayatında, fiyatı indirilerek de olsa, alıcıya ölçüsüz bir zahmet yüklemeyen, başka bir şekilde kullanılması ya da satılması imkânının bulunmamasıyla tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunun başlıca nedeni olarak; sözleşmeden dönme ya da malın yenisi ile değiştirilmesi sırasında yaşanacak tasfiye güçlükleri gösterilmektedir. Zira malın başka şekilde kullanılması veya düşük bedelle satılması durumunda, alıcının uğramış olduğu zararı tazminat ya da bedelde indirim yoluyla satıcıdan talep edebilme imkânı bulunmaktadır.<sup>1247</sup>

Ancak doktrinde yine de parakende satış yapan alıcının, ticari itibari ön planda tutularak, indirimli satış yapmaya zorlamak adaletli görülmemektedir.<sup>1248</sup> Ayrıca alıcının yüksek kalitede ürün satan ya da özel bir müşteri çevresi olan bir satıcı olduğunun kabulü halinde, kendisinden defolu ya da düşük kalite mal satması beklenilmemelidir.<sup>1249</sup>

Alman ve İsviçre mahkeme kararlarında esaslı ihlalin varlığına hükmedilmesi için, alıcı tarafından malın yeniden satım imkânının olup olmadığının özellikle değerlendirildiği ve önem verildiği görülmektedir.<sup>1250</sup> Ünlü Kobalt Sülfür davasına konu olayda; Alman alıcı Hollanda menşeli bir şirketle dört farklı miktarda kobalt sülfat alımı konusunda anlaşma yapmıştır. Sözleşmede taraflar malın İngiliz menşeli olması konusunda anlaşmışlar, buna karşı satıcının teslim ettiği malın Güney Afrika menşeli olduğu anlaşılmıştır. Alman Temyiz mahkemesi; alıcının sözleşmeye aykırı malları hem

<sup>1247</sup>Schroeter (n 159) Art 25, N 52; Huber and Mullis (n 18) 229; Huber 'CISG' (n 121) 282; Zeytin, Esaslı İhlal (n 541) 15/22.

<sup>1248</sup>Schroeter (n 159) Art. 25, N. 55; Schwenger, 'Avoidance' (n 168) 438; Huber and Mullis (n 18) 232; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 400; Erkan (n 161) 93. İçtihat bu yönde: Oberlandesgericht Oldenburg, 01.02.1995, CISG-Online 253; Landgericht Oldenburg, 06.07.1994, CISG-Online 274; Oberlandesgericht Hamburg, 26.11.1999, CISG-Online 515; Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-Online 709; Landgericht Landshut, 05.04.1995, CISG-Online 193.

<sup>1249</sup>Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-Online: 709 sayılı kararda mahkeme alıcının portföyünün yüksek kalite mal tercih eden müşterilerden oluşması nedeniyle kendisinden düşük kalite mal satmasının beklenilmeyeceğini bu nedenle ihlalin esaslı değerlendirilmesi gerektiği yönünde hüküm kurmuştur.

<sup>1250</sup> İçtihat bu yönde: Tribunale di Forli, 09.12.2008, CISG-Online: 1729, Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 18.01.1994, CISG-Online 123; Bundesgericht, 03.04.1996, CISG-Online 135; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-Online 413; Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-Online 709; Stockholm tahkim merkez, 05.04.2007, CISG-Online 1521; Oberlandesgericht Hamburg, 25.01.2008, CISG-Online: 168.

Almanya içinde hem de Almanya dışında satabilme imkânının araştırılması gerektiğini ve alıcının bu hususu ispat etmedikçe esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönebileceği yönünde hüküm kurmuştur.<sup>1251</sup>

Ancak bu kararda kanımızca hatalı olan değerlendirme; esaslı ihlal değerlendirilmesinin doğrudan malın yeniden değerlendirilme imkânına bağlanmasıdır. Nitekim alıcının sözleşme ile beklediği haklı menfaatlerinin önemli derecede olumsuzluğa uğradığı eşiğin aşılmasından sonra malların değerlendirilme imkânının olduğundan bahisle esaslı ihlal oluşmadığı yönünde bir yaklaşım, malların yeniden değerlendirilmesi testinin aşırı bir kullanımı olmaktadır. Dolayısıyla Kobalt Sülfür davasında, taraflarca menşe yerinin kararlaştırılan şekilde düzenlenmemesi ile oluşan ihlal bir kere esaslı ihlal eşiğini geçtikten sonra, yeniden değerlendirilme imkânı olup olmadığı araştırılmamalı ve böyle bir durumda ihlal, esaslı kabul edilmelidir. Bu araştırma ancak alıcının menfaatlerinin henüz karşılanma ihtimalinin olduğu, bir diğer deyişle, menfaatlerinin önemli ölçüde olumsuzluğa uğramadığı ve esaslı ihlal eşiğinin aşılmadığı bir ihlalde örneğin; ilk karardaki etin iyi kalite ama yağ oranının yüksek olması nedeniyle basit ihlal oluşturduğu aşamada anlam kazanmaktadır.

Ayrıca başka bir eleştiri konusu da; malın yeniden değerlendirilme imkânının bu kadar geniş bir yorumla değerlendirilmesidir. Kararda Almanya dışında da satımının mümkün olup olmadığının araştırılması beklenilmiştir. Zira yeniden değerlendirme imkânının olup olmadığı araştırılırken alıcıya ek külfetler yükleyen bir durum yaratılmamalı sadece alıcıdan beklenebilir olan yeniden satışların değerlendirilmeye alınması gerekmektedir.

---

<sup>1251</sup>Bundesgerichtshof, Almanya, 03.04.1996, CISG-online 135. Dönme hakkını kullanımı sınırlaması ve yeniden değerlendirilme imkânının geniş yorumlanması nedeniyle eleştirilere yer verilmiştir.

## e. Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkının Esaslılık Üzerindeki Etkisi

### i. Genel Olarak

*Common law* hukuk sisteminde “ikinci servis şansı” bir başka deyişle sözleşmeye aykırılığı düzeltme hakkı CISG kapsamında; satıcının sözleşmedeki vadeden önce teslim ettiği mal veya belgelere ilişkin sözleşmeye aykırılıkları giderme hakkı olarak CISG md. 34 ve 37’de<sup>1252</sup> ve vadeden sonra teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılıkların giderilmesine ilişkin hüküm CISG md. 48’de yer almaktadır.<sup>1253</sup> Vadeden önce sözleşmeye aykırılığın giderilmesi CISG md. 72 kapsamında öncelenmiş borca aykırılık başlığı altında incelenmiş olduğundan burada vadesinden sonra sözleşmeye aykırılığın giderilmesi, CISG md. 48 inceleme konusu yapılmıştır.

Sözleşmeye aykırı maldaki ayıbın objektif olarak ciddi olması ve alıcıya külfet yüklemeyen satımı ya da başkaca bir şekilde kullanılması kendisinden beklenemez

<sup>1252</sup> Vadeden önce sözleşmeye aykırılığın giderilmesi detaylı bilgi için bkz: Schwenzer, ‘Commentary 35-41’ (n 134) Art 37, Para 24, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 345 vd. CISG md. 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 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.*” CISG md. 34 “*Satıcının mallara ilişkin vermesi gereken belgeler varsa, bunları sözleşmede öngörülen zamanda, yerde ve şekilde vermesi gerekir. Belgelerin erken verilmesi halinde, satıcı, belgelerin verilmesi için öngörülen ana kadar, belgelerdeki tüm sözleşmeye aykırılıkları gidermek hakkına sahiptir, yeter ki bu hakkın kullanımı alıcı için makul olmayan zahmete veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır.*” Nitekim vadeden önce sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının kullanılması halinde ancak CISG md. 72 kapsamında sözleşmeden dönülebilmektedir. Vadeden önce aykırılığı giderme hakkı sözleşmeye aykırılığın ciddiyeti ne olursa olsun satıcıya tanınan bir haktır. CISG md. 72/2 “*Sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmek niyetinde olan taraf, süre elverdiği takdirde karşı tarafa, yükümlülüklerinin ifasına dair yeterli teminat göstermesine olanak tanımak amacıyla, keyfiyete ilişkin makul bir bildirimde bulunmalıdır.*” CISG md. 72/1’e göre; “*Sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceği aşikar ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir.*” Bu şekilde sözleşmeden dönülebilmesi için sözleşmenin esaslı ihlâl edileceğinin aşikar olması aranmaktadır ve herhangi bir doktrinsel tartışma yaratmamaktadır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 347.

<sup>1253</sup> Jonatha Yovel, ‘The Seller's Right to Avoid the Contract in International Sale’ in John Felemegas (eds), *An International Approach to the Interpretation of the United Convention on Contracts for the International Sales of Goods* (Cambridge University Press 2007) 380, 380; Sinan Okur and Uğur Yağcı, ‘CISG Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılıkları Giderme (İslah Hakkı)’ in Sinan Okur (eds) *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)* (1st edn, Adalet 2016) 383, 389. Serozan, ‘Dönmenin Sınırları’ (n 80) 209, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 344,345; Erkan (n 161) 45, TBK’da 227/3 mesafeli satışlar için istisnaen düzenlenen bir imkân olarak karşımıza çıkmaktadır. Türk hukukundaki durum için detaylı bilgi bkz: Yelkenci *Dönme* (n 166) 70 192ff.

olmasına ek olarak bu ayıbın satıcı tarafından giderilme imkânının da bulunmaması halinde ihlalin esaslı olduğundan bahsedilebilir.<sup>1254</sup> Öte yandan bu tartışmalar, sözleşmeye aykırı malın teslimi nedeniyle dönme hakkının kullanılması sırasında yoğunlaşmakta olduğundan çalışmamızın bu kısmında ele alınması tercih edilmiştir.

CISG md. 48’de düzenlenen ikinci servis şansı; vade tarihi geçmiş olmasına rağmen sözleşmeye aykırılığın giderilmesi yoluyla alıcının CISG md. 45’ten kaynaklanan seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebilmektedir.<sup>1255</sup> Ancak sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı alıcının sözleşmeden dönme hakkını doğrudan sınırlayan mutlak bir engel oluşturmaz. Sözleşmeden dönmenin hangi hallerde bu hak tarafından engellendiğini farklı olasılıklara göre değerlendirilmek gerekmektedir.<sup>1256</sup> Bu nedenle tartışmalara çok açık olan CISG md. 48’in, esaslı ihlal değerlendirmesi üzerindeki etkisinin ortaya konulması önem taşımaktadır.

Bu anlamda alıcının dönme hakkına mı yoksa satıcının aykırılığı gideme hakkına mı öncelik verileceği konusunda doktrindeki tartışmalara ve uygulamadaki kararlara göre çözüme gitmek gerekir.<sup>1257</sup> Bu nedenle satıcının sözleşmeden dönme hakkı ile satıcının vadeden sonra ihlali giderme hakkından hangisinin üstün tutulacağına ilişkin tartışmalara geçmeden önce, öncelikle CISG md. 48/I ve md. 48/II arasındaki ilişkinin ortaya konulmasında yarar görüyoruz.

## ii. Alıcının Onayına Bağlı Olmadan Aykırılığın Giderilmesi

CISG md. 48/I’e göre, satıcının alıcının onayına dahi başvurmadan, “bütün yükümlülüklerine ilişkin” aykırılıkları giderme imkânı bulunmaktadır.<sup>1258</sup> O halde asli

---

<sup>1254</sup>Müller-Chen (n 44) Art 46, N 26, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 379. Ayıbın satıcı tarafından giderilmesi halinde esaslı ihlal oluşmaz. Grenoble Temyiz Mahkemesi, 26.04.1995, CISG-Online: 154.

<sup>1255</sup>Müller-Chen (n 45) Art 48, N 22; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 347; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 66, Erkan (n 161) 49. Tazminat hakkı her zaman kullanılabilir.

<sup>1256</sup>Yelkenci, *Dönme* (n 166) 70.

<sup>1257</sup>Schwenzer, Fountoulakis and Dimsey (n 9) 363.

<sup>1258</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 348, Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 66, Erkan (n 161) 47, Okur (n 1253) 389. CISG md. 48/I: “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

edim ya da yan edim olması arasında bir fark olmaksızın; satıcının, vadesinde teslim edilmeyen mal ve belgelerin teslimi, sözleşmeye aykırı malların tamiri veya üçüncü kişilerin hak ve taleplerinin bertaraf edilmesi ya da malın vaktinde teslim edilmemesi<sup>1259</sup> veya kısmen teslim edilmesi nedeniyle oluşan ihlalleri giderme hakkı bulunmaktadır.<sup>1260</sup> Ancak bu maddenin ilk fıkrasının uygulanabilmesi için bir takım şartlar aranmaktadır. Buna göre; aykırılığın giderilmesi için geçecek süre alıcıdan katlanması beklenilmeyecek kadar uzun ve alıcıdan beklenilmeyecek makul olmayan bir zahmete<sup>1261</sup> veya masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı<sup>1262</sup> şüphesine yol açmamalıdır.<sup>1263</sup>

Bu halde satıcı aykırılığın giderilmesi yöntemini kendisi belirleyebilmekte dilerse onarım dilerse malın yenisi ile değişimini tercih edebilecektir.<sup>1264</sup> Satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanması halinde, alıcı süre sonuna kadar seçimlik haklarını kullanamayacak ancak sürenin sonunda satıcı tarafından sözleşmeye aykırılık giderilmezse bu haklarına yeniden kavuşacaktır.<sup>1265</sup>

---

*yapılan masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı konusunda bir tereddüde sebep olmasın. Ancak, alıcının bu Antlaşma uyarınca tazminat talep etmeye ilişkin her türlü hakkı saklıdır.”*

<sup>1259</sup>Müller-Chen (n 44) Art 48, para 9, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 348 Dn 354: mal vadesinde teslim edilmemesi her zaman esaslı ihlal oluşturmaz böyle bir durumda satıcının CISG md. 49/I b’den kaynaklanan gecikmiş ifa hakkı vardır. Zira kendisine ek süre verilmesi şartıyla sözleşmeden dönülmesinin mümkün kılınması ile aslında kendisine bu süre içerisinde aykırılığı giderme hakkı tanınmıştır.

<sup>1260</sup>Zeytin, *CISG* (n 2) 172,173; Sarıkaya (n 37) 241; Okur and Yağcı (n 1253) 389.

<sup>1261</sup>Müller-Chen (n 44) Art 48, para 9, Makul olmayan zahmet: üretim sürecinin geçici olarak durması, alıcının vadeyi kaçırmaması, satıcının başarısız birden fazla tamirat girişi şeklinde olabilir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 349; Okur and Yağcı (n 1253) 389

<sup>1262</sup>Sözgelimi malların geri gönderilmesi, üretimin durdurulması veya tamirata katılması nedeniyle yapacağı masraflar kastedilmektedir. Tereddüt oluşması halinde alıcı satıcıdan teminat isteyebilir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 349.

<sup>1263</sup> Müller-Chen (n 44) Art 48, para 9, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 348. Ve orada örnek için bkz: München, 23.06.1995, CISG-Online: 368, Okur and Yağcı (n 1253) 390.

<sup>1264</sup>Müller-Chen (n 44) Art 46, N 6;Zeytin, *CISG* (n 2) 174; Sarıkaya (n 37) 241.

<sup>1265</sup>Müller-Chen (n 44) Art 48, N 22; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 347;Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 66, Erkan (n 161) 49. Tazminat hakkı her zaman kullanılabilir.

### iii. Alıcının Onayına Bağlı Olarak Aykırılığın Giderilmesi

CISG md. 48/I'deki şartları sağlayamaması halinde, satıcının sözleşmeye aykırılığı gidermek üzere, ikinci fıkradaki şartları sağlayarak giderim hakkını kullanma imkânının olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. CISG md. 48/II hükmüne göre; satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanma imkânının olup olmadığının bilinemediği durumlarda, alıcının onayını alarak bu aykırılığı giderme hakkı düzenlenmektedir.<sup>1266</sup>

Satıcı, sözlü veya yazılı şekilde sözleşmeye aykırılık hakkını kullanmak istediğini, bunu ne kadar zamanda gerçekleştireceğini alıcıya bildirerek onun bu talebe makul süre içerisinde cevap vermesi talebini bildirir. Alıcının açıkça ya da susma ile bu teklife onay vermesi halinde satıcının aykırılığı giderme hakkı doğmakta<sup>1267</sup> ve bu durumda alıcı esaslı ihlalin varlığına dayanan seçimlik haklarını kullanamamaktadır.<sup>1268</sup>

Aykırılığı giderme hakkının CISG md. 48/II'ye göre kullanılması halinde esaslı ihlale dayanan seçimlik haklar ile ( dönme ve malın yenisi ile değişimi hakkında) satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı arasında yarışma olmamaktadır.<sup>1269</sup> Bu durumda satıcının aykırılığı giderme hakkına öncelik vermek doğru kabul edilmelidir.<sup>1270</sup> Bunun nedeni; öncelikle bu durumun hükümden açıkça anlaşılıyor olmasının yanı sıra “onayın” bizzat alıcıdan çıkmış olması ile taraflar arasındaki irade uyuşmasının kabulüdür.<sup>1271</sup> Alıcının onay vermemesi halinde ise satıcı ancak şartları varsa CISG md. 48/I uyarınca

---

<sup>1266</sup>CISG md. 48/II “*Satıcı, alıcıdan, ifayı kabul edip etmeyeceğini kendisine açıklamasını talep ederse ve alıcı makul bir süre içinde bu talebe cevap vermezse, satıcı, talebinde ifade ettiği süre içinde ifayı gerçekleştirebilir. Alıcı bu süre içinde, satıcının ifası ile bağdaşmayacak bir hukukî imkâna başvuramaz.*” Okur and Yağcı (n 1253) 391.

<sup>1267</sup>Müller-Chen (n 44) Art 48, N 25,26; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 72 CISG md. 48/III uyarınca; “*Satıcının belirli bir süre içinde ifa edeceğine ilişkin bildirimiminin, fıkra 2 uyarınca, alıcının kararını açıklamasına ilişkin bir talep içerdiği varsayılır*” başka bir deyişle; bu karineye göre alıcı, satıcının teklifini reddediyorsa bunu gecikmeden satıcıya bildirmelidir aksi durum satıcının teklifinin kabulü anlamını taşır. Okur and Yağcı (n 1253) 391.

<sup>1268</sup>Erkan (n 161) 95.

<sup>1269</sup>Okur and Yağcı (n 1253) 400.

<sup>1270</sup>Huber and Mullis (n 18) 221.

<sup>1271</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 48 para. 27, Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art. 49 para. 16; Huber and Mullis (n 18) 221; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 352 ff 376; Erkan (n 161) 89; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 73.

aykırılığı giderme hakkını kullanabilir.<sup>1272</sup> Öte yandan alıcı, satıcının bu fıkra göre sözleşmeye aykırılığı giderme teklifinde bulunmadan esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isterse, bu durumda sözleşme ortadan kalkmış olduğundan aykırılığı giderme hakkından bahsedilemeyecektir.<sup>1273</sup>

#### iv. Hiç Teslim Etmeme ve Geç Teslim Halinde Aykırılığın Giderilmesi

Sözleşmeye hiç mal teslim etmeme ve malı geç teslim etmesi halinde, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının esaslı ihlal değerlendirmesi üzerindeki etkisi incelendiğimizde; satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı ile esaslı ihlal arasındaki ilişkinin, hiç teslim etmeme ve teslimde gecikme hallerinde oldukça net olduğu görülmektedir. Zira satıcının hiç ifa etmediği hallerde sözleşme ihlali her halde esastır [CISG md. 49(I)(b)].<sup>1274</sup> Dolayısıyla bu durumda satıcının gecikmeli de olsa aykırılığı giderme hakkı bulunmadığından CISG md. 48/I hükmü uygulama alanı bulmaz.<sup>1275</sup>

Bununla birlikte, malın geç teslim edildiği ama vadenin kesin olarak düzenlendiği hallerde de alıcı esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönebilir [CISG md. 49(I)(a)]. Bu durumda ihlali gecikmiş bir ifa ile gidermek mümkün olmadığı için, esaslı ihlalin varlığı noktasında tartışma yaşanmayacaktır.<sup>1276</sup>

Öte yandan, vadenin kesin olarak düzenlenmediği geç ifada, kendiliğinden esaslı ihlal doğmamaktadır bu nedenle alıcının sözleşmeden dönmesi ancak CISG md. 49/I(b) kapsamında, teslimde bulunmayan satıcıya ek süre verilerek, bu ek süre sonunda teslimin gerçekleştirilmemiş olması ile sağlanır. Nitekim bu durumda satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı; geç teslimde alıcının sözleşmeden dönebilmek için satıcıya ek süre verilmesi gereğini düzenleyen CISG md. 49/I(b) uygulaması ile de

<sup>1272</sup>Müller-Chen (n 44) Art 48, N 27; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 351,352; Zeytin, *CISG* (n 2) 177, Erkan (n 161) 49 148ff; Sarıkaya (n 37) 242.

<sup>1273</sup>Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 48, Para 36; Okur and Yağcı (n 1253) 400.

<sup>1274</sup>Yovel (n 1253) 387

<sup>1275</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 353; Erkan (n 161) 94; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 74.

<sup>1276</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 353; Erkan (n 161) 94; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 74.



paralellik göstermektedir. Zira hiç teslim etmeme ve geç teslimde kesin vadenin belirlenmiş olması ya da geç teslimde süre verilmesi halinde bu sürenin sonunda ifanın gerçekleştirilmemiş olması hallerinde esaslılığın değerlendirilmesinde bir sorun yaşanmamaktadır.<sup>1277</sup> Doktrin ve uygulamada bu hususta görüş birliği bulunmaktadır.<sup>1278</sup> Bu durumda alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmak istemesi karşısında satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının önceliğinden bahsedilmemektedir.<sup>1279</sup>

Asıl sorun satıcının geç teslimine rağmen hala aykırılığı gidermesinin mümkün olduğu ve bu talepte bulunduğu durumlarda, esaslı ihlalin değerlendirmesinin nasıl yapılacağına yaşanmaktadır. Satıcının ifada gecikmesinin derhal esaslı ihlal sonucuna yol açmadığı hallerde malları teslim etmemenin ne zaman esaslı ihlal yaratacağının tespiti önem kazanmaktadır. Zira satıcının sözleşmeye aykırılığı giderebileceği en geç an, ifada gecikmenin esaslı ihlal yarattığı andır.<sup>1280</sup> Geç teslimin esaslı ihlal yarattığı anın tespiti, CISG md. 25 kapsamındaki şartların oluşmasına, özellikle de olumsuzluk şartı üzerinden; sözleşme ihlalinin alıcının haklı menfaatleri üzerinde önemli ölçüde olumsuzluk yarattığı an'a göre yapılmalıdır. Bu halde satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı esaslı ihlalin oluşumunu etkileyen faktörlerden biri değildir zira esaslı ihlal CISG md. 25 şartlarının gerçekleşmesi ile zaten doğacaktır.

## v. Sözleşmeye Aykırı Mal Teslimi Halinde Aykırılığın Giderilmesi

Sözleşmeye aykırı mal tesliminde satıcı tarafından aykırılığın giderilmesinin esaslı ihlal değerlendirmesi üzerindeki etkisine bakacak olursak; sözleşmeye aykırı mal tesliminde sadece ihlalin esaslı olması halinde sözleşmeden dönme hakkı tanındığından, süre

---

<sup>1277</sup>Yelkenci, *Dönme* (n 166) 74.

<sup>1278</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 48, para. 14; Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art. 49 para. 18; Babiak (n 167) 127, 92ff; Graffi (n 78) 344; Zeytin, *CISG* (n 2) 173. Karşı Görüş *Will*, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının, alıcının sözleşmeden dönme hakkını belirli süre askıya alacağını savunmaktadır. *Will*, 'Article 45-52' (n 167) Art. 48 para. 2.1.1.1.1.

<sup>1279</sup>Huber and Mullis (n 18) 224; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 353; Erkan (n 161) 94.

<sup>1280</sup>İçtihatla bkz: USA, New Jersey, 04.04.2006, CISG-Online: 1216 sayılı karara konu olayda kararlaştırılmış olan teslim tarihinden iki gün sonra ifa teklif edilmiş olsaydı esaslı ihlalin oluşacağından bahsedilemiyorsa, alıcının aykırılığı giderme teklifini reddetmesi ve esaslı ihlale dayanması mümkün olmayacaktır.

verilerek basit bir ihlalde sözleşmeden dönmek mümkün değildir. Ancak esaslı ihlalin varlığı halinde ise, alıcının süre verilmesine gerek olmadığından bahisle, sözleşmeden derhal dönmesi mümkündür. Ancak bu durumda satıcının sözleşmeye aykırılığı gidererek sözleşme ilişkisini devam ettirmek istemesi halinde hangi hakkın üstün tutulacağı tartışmaların kaynağını oluşturur.<sup>1281</sup> Alıcının esaslı ihlale dayanarak dönme hakkını kullanmak istemesi halinde hangi hakkın üstün tutulacağına ilişkin iki temel görüş ortaya atılmıştır.

Doktrinde bir görüş, her zaman alıcının sözleşmeden dönme hakkına öncelik verilmesi gerektiğini savunmaktadır.<sup>1282</sup> Buna göre, CISG md. 25'te esaslı ihlalin koşulları düzenlenmiş olduğundan, esaslı ihlalin değerlendirilmesinin de buna göre, ihlalin sonuçlarının ağırlığı dikkate alınarak yapılması gerektiğini ayrıca CISG md. 48/I'deki şartların ihlalin esaslılığında dikkate alınmasına gerek olmadığını savunmaktadırlar.<sup>1283</sup> Zira md. 48/I'de alıcının haklarını saklı tutmaya yönelik hükmün açık ifadesi dönme hakkını düzenleyen hükmünü; “49. madde saklı kalmak üzere” demekle saklı tutmuş ayrıca bu ibarenin hükümden çıkarılmasına ilişkin teklifler CISG'in hazırlık aşamasında reddedilmiştir.<sup>1284</sup> Bu görüş kabul edildiğinde, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme

<sup>1281</sup> Esaslı ihlal değerlendirmesi üzerinde sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının etkisi hakkında doktrindeki tartışmalar aslında CISG'in hazırlık çalışmaları sırasında, esaslı ihlal düzenlemesine sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına yönelik bir ifade eklenmesi teklifinin reddedilmesiyle başlamıştır. Zira taslak md. 44'te (CISG md. 48); bazı durumlarda makul süre koşulu ile sözleşmeye uygun olmayan malların esaslı ihlal oluşturabileceği belirtilmiş ancak buradaki “bazı durumlar” aydınlatılmadığı için bu etki tam olarak anlaşılammıştır. Detaylı inceleme için bkz: Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 282, 347 vd; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 352, 377ff, Official Records (n 179) 40; Erkan (n 161) 94; Okur and Yağcı (n 1253) 394. Nitekim PICC Art 7'de durum böyledir. Bu maddenin ikinci fıkrasında satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının dönme hakkı ile engellenemeyeceği ifade edilmiştir. Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 928; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 352 ff 377. Bugün bu tartışma daha ziyade satıcının giderim hakkının esaslı ihlal kavramına olan etkisi üzerinden yapılmaya devam edilmektedir. Huber ‘CISG’ (n 121) 222; Serozan, ‘Dönmenin Sınırları’ (n 80) 212; Bridge, ‘Fundamental Breach’ (n 273) 928; Erkan (n 161) 95.

<sup>1282</sup> Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 325; Enderlein and Maskow (n 20) Art 48, N.1; Graffi (n 78) 344; Babiak (n 167) 127, 92ff.

<sup>1283</sup> Koch; Sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını öncelikli kabul etmemekle birlikte ihlalin giderilmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirmeye alınabilir. Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 324, 325, 344. Yovel ise; esaslı ihlallerde satıcının dönme hakkını engellemenin mümkün olmadığını savunarak tartışmaya girmeden esaslı olmayan ihlallerde satıcının ayıbı giderme hakkının önceliği olması gerektiğini ifade etmiştir. Holthausen ise; alıcının dönme hakkını kötüye kullanması halinde bunun engellemesi gerektiği savunur. Aktaran, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 353 ff 382.

<sup>1284</sup> Bu görüş taraftarları ayrıca CISG'in hazırlık çalışmalarında sözleşmeye aykırılığın giderilmesi hakkına öncelik verilmesi yönünde verilen tekliflerin reddedilmiş olduğunu da gerekeç göstermektedirler. Official Records (n 179) 115. Enderlein and Maskow (n 20) Art 48, N.1; Erkan (n 161) 96.

hakkı aşırı sınırlandırılmış olup, bu hakkın kullanması ihlalin esaslı olmadığı durumlara hasredilmiş olmakla eleştirilmektedir.<sup>1285</sup>

Doktrindeki diğer görüş ise; sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına öncelik vererek; sözleşmeye aykırılığın giderilmesi imkânı var olduğu sürece ihlalin esaslı olarak kabul edilemeyeceğini savunur.<sup>1286</sup> Bu görüşün arkasındaki düşünce; sözleşmeye aykırılığın makul bir çaba ile ortadan kaldırılabilecek olması durumunda CISG'in en önemli prensiplerinden biri kabul edilen sözleşmeden dönmenin son çare olarak tercih edilmesi gereğidir.<sup>1287</sup> Diğer bir gerekçe ise; aykırılığı giderme hakkının dönme hakkına göre özel nitelikte bir hak olarak düzenlenmiş olmasıdır.<sup>1288</sup> O halde esaslılık değerlendirmesine CISG md. 48/I'de sayılı ön koşulları dahil ederek, bir başka deyişle,

---

<sup>1285</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 353; Okur and Yağcı (n 1253) 396, Bu nedenle esaslı ihlalin satıcının aykırılığı giderme hakkına rağmen mevcut olması gerektiğini ancak alıcının sözleşmeden dönme hakkının askıda sayılacağını belirtir. Will, 'Article 45-52' (n 167) Art 48, para 3.2. Ayrıca eleştiriler için bkz: Yelkenci, *Dönme* (n 166) 203ff.

<sup>1286</sup>Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 48, Para 23; Enderlein and Maskow (n 20) Art 25, N 3; Müller-Chen (n 44) Art 48, Para 17; Schoreter (n 159) Art 26, Para 8; Huber and Mullis (n 18) 223; Honnold and Flechtner (n 214) 296; Lookofsky (n 96) 129; Will, 'Article 45-52' (n 167) Art 48, N 2.1.1.1.1; Fountoulakis, 'Remedies' (n 44) 16; Leisinger (n 159) 59 vd; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 502; Magnus, 'Beyond the Digest' (n 501) 323; Zeller, 'Fundamental Breach' (n 186) 92,93; Schlectriem and Butler (n 28) 101; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 354; Zeytin, 'Esaslı ihlal' (n 541) 648; Kaşak (n 185) 349; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 74. İçtihatla bu yönde bkz: Sözleşmeye aykırılığın giderilebilme imkânı olması dolayısıyla esaslı ihlalin varlığına hükmedilemeyeceği yönünde bkz: ICC International Court of Arbitration, 01.01.1995, CISG-Online No: 834, Cour d'Appel de Grenoble, 26.04.1995, CISG-Online No: 154. Ayrıca Tribunale Di Forlì, 11.12.2008, CISG-Online:1729; Esaslı ihlalin değerlendirilmesinde, teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığın makul bir zamanda ve makul bir çaba ile giderilemeyeceği özellikle dikkate alınarak hüküm kurulmuştur. Landgericht München, 29.11.2005, CISG-Online: 1567, Hof van Beroep Gent, 10.05.2004, CISG-Online No: 991: Karara konu olayda mahkeme bilirkişi raporunda malzemenin kullanırken yırtıldığını ve alıcının itibar kaybına uğadığını belirtmiş ayrıca satıcının malların tamamen uygun olduğundan bahisle alıcının aykırılığı giderme teklifini reddettiğinin de üzerinde durmuştur. Ayrıca sözleşmeye aykırı teslim edilen mallardaki aykırılığın giderilmesinin mümkün olmaması üzerinde esaslı ihlale karar verilen bkz: Gerechtshof's Gravenhage, 23.04.2003, CISG-Online No: 903, Handelsgericht Aargau, 05.11.2002, CISG-Online No: 715 ayrıca Oberlandesgericht Koblenz, 31.01.1997, CISG-Online No: 256 ve Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-Online No: 709 sayılı kararda teslim edilen sözleşmeye aykırı mallardaki aykırılığın giderilmesinin alıcıya yüklediği külfetler göz önünde bulunularak aykırılığın giderilmesinin alıcıdan beklenilmeyeceği esaslı ihlal değerlendirmesinde dikkate alınmıştır nitekim bu koşulların olmadığından bahisle aykırılık giderilmeyecek durumda ise teslim edilen mallardaki ciddi bir ayıbın dahi esaslı ihlal olarak görülebileceğini belirtmiştir.

<sup>1287</sup>Honnold and Flechtner (n 214) 296; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 355. *Atamer*; sözleşmeden dönme hakkının son çare olarak görülmesi CISG'in temel ilkerinden biri olduğundan önceliğin sözleşmenin ayakta tutulmasına verildiği gözetildiğinde, kesin vadeye dahi uyulmadığında ek süre tanınarak sözleşmeden dönüldüğü bir sistemde, sözleşmeye aykırı mal teslimde makinanın çalışmaması dışında ağırlaştırıcı başka sebepler olmadığı sürece alıcıya hemen dönme hakkı tanınmasının yerinde olmadığı kanaatindedir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 353.

<sup>1288</sup>Honnold and Flechtner (n 214) 296; Okur and Yağcı (n 1253) 399.

sözleşmeye aykırılığı giderme imkânının bulunmasının esaslı ihlal değerlendirmesinde dikkate alınacağından bahisle alıcıya ancak sözleşmeye aykırılık hakkının olmadığı hallerde esaslı ihlale dayanma hakkı tanımaktadır.<sup>1289</sup> Ancak bu görüş kabul edilecek olursa; CISG md. 48/I’de yer alan “*md. 49 saklı kalmak üzere*” ifadesini anlamını yitirmekte olduğundan eleştirilmektedir.<sup>1290</sup>

Günümüzde doktrinde ve uygulamada, her iki görüşün sentezi ile kabul gören görüş; somut olaydaki ihlalin sonuçlarının ön plana çıkarılarak bir tespit yapılması gerektiğini savunur.<sup>1291</sup> Şöyle ki ihlalin sonuçlarının ağırlığı üzerinden bir kanıya varmak gerekirse, ihlalin sonuçlarının esaslı ihlal oluşturmaya yetecek seviyede olmadığı durumlarda, haklar arasında herhangi bir çatışma olmadan, satıcı aykırılığı giderme hakkını kullanabilecektir. Söz gelimi, teslim edilen aracın üzerindeki çizik aracın kullanımını engellemiyor ve dolayısıyla alıcının sözleşmeden beklediği menfaatlerini olumsuz ölçüde yoksunluğa uğratmamış ise, sözleşmenin esaslı ihlalinden bahsedilemeyecek olduğundan, satıcının sözleşmedeki aykırılığı giderme hakkı olup söz gelimi aracı boyayarak tamir etmesi imkânı herhalde mevcut sayılacaktır.<sup>1292</sup>

Öte yandan, ihlal tek başına esaslılığı kabul etmeye yetecek kadar ciddi ise, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanmak istemesi bu ihlalin esaslı sayılmasını ve alıcının derhal sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemeyecektir.<sup>1293</sup> Bu

---

<sup>1289</sup>Honnold and Flechtner (n 214) 296 verdiği örnekte satıcının teslim ettiği makinenin çalışmaması esaslı ihlal teşkil etmekle birlikte satıcının aykırılığın giderilmesini teklif ederek (md. 48/I’in şartları dahilinde) yedek parça ile sorunu çözebileceğini bildirdiği bir durumda bu teklif esaslı ihlal oluşumunu engeller ve alıcının sözleşmeden dönme hakkını kaldırmaldır görüşündedir.

<sup>1290</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 353; Okur and Yağcı (n 1253) 397.

<sup>1291</sup>Müller-Chen (n 44) Art 48, Para 15; Schroeter (n 159) Art. 25, para. 48; Schwenger, ‘Avoidance’ (n 168) 802; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 392; Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art 49, Para 20, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 354,355; Serozan, ‘Dönmenin Sınırları’ (n 80) 212; Zeytin, *CISG* (n 2) 173. Ek olarak: Sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının esaslı ihlal değerlendirmesinde dikkate alınması için alıcının sözleşmeden dönme beyanından önce satıcı tarafından bu teklifin yapılmış olmasını aramakta ve bu nedenle doğrudan esaslı ihlale hükmedilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Ziegel (n 37) 11 vd.

<sup>1292</sup>Örnek için: Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 354. Landesgericht Oldenburg, 27.03.1996, CISG-Online: 188 sayılı kararına konu olayda; satıcı yaz sezonunda satılacak olan malları kararlaştırılan tarihten bir gün sonra teslim etmiştir. Ancak bir gün sonra yapılan teslim, malların yaz sezonunda satımına bir başka deyişle satıcının sözleşmeden beklediği menfaatleri olumsuz etkilemediğinden ihlalin esaslı olmadığına hükmedilerek, dönme hakkının bulunmadığının ve sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının varlığına hükmedilmiştir.

<sup>1293</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 46, para. 30, 32; Huber, ‘CISG’ (n 121) 281, 282.

duruma örnek olarak; kesin vadeli işlemler<sup>1294</sup> veya alıcının yapılan sözleşmeye aykırılık nedeniyle satıcıya olan güvenini tamamen kaybettiği<sup>1295</sup> durumlar gösterilebilir. Yanı sıra, alıcının sözleşmeden dönmekte haklı ve özel bir menfaati varsa sözleşmeye aykırılığın giderilebilir olması dikkate alınmayacaktır.<sup>1296</sup> Alman mahkemesinin verdiği karar bu konuyu aydınlatıcı niteliktedir.<sup>1297</sup> Dava konusu olayda İtalyan satıcı ile Alman satıcı arasında sezonda satılmak üzere şarap satım konusunda anlaşmaya varılmıştır. Malların ilk teslimatı 16 Mart'ta yapılmış ancak şaraplardaki sözleşmeye aykırılık nedeniyle 17 Mart'ta alıcı sözleşmeden döndüğünü beyan etmiştir. Satıcı 2 Nisan'da aykırılığı giderme hakkını kullanmak istediğini belirtmişse de alıcı tarafından bu talep kabul edilmemiştir. Mahkeme; şarapların mayıs ayında başlayacak yaz sezonuna yetiştirilmesinin mümkün olmadığını tespiti ile alıcının sözleşmeden beklediği menfaatlerin olumsuz ölçüde yoksunluğa uğradığını bu nedenle satıcının ihlalinin esaslı olduğunun kabulü ile alıcının sözleşmeden dönmekte haklı ve özel bir

---

<sup>1294</sup>Müller-Chen (n 44) Art 48, Para 15; Schroeter (n 159) Art. 25, Para 48; Schwenger, 'Avoidance' (n 168) 803; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 392; Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 49, Para 22, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 354,355.

<sup>1295</sup>Schroeter (n 159) Art. 25, para. 48; Magnus, 'Beyond the Digest' (n 501) 323, Huber 'CISG' (n 121) 282, Yelkenci, *Dönme* (n 166) 76. İctihatta bkz: Güven ilişkisinin zedelendiği hallere örnek olarak: Landesgericht, Trier, 12.10.1995, CISG-Online: 160, Cour de Cassation, 23.01.1996, CISG-Online: 150; şaraptaki alkol oranının şaraba şeker ilave edilerek arttırılması halinde, Paris Temyiz Mahkemesi, 04.06.2004, CISG-Online: 872; Düküklü tencerenin güvenlik standartlarının düşük olması, satıcının ihlali gidermeyi reddettiği: Landgericht Berlin, 15.09.1994, CISG-Online: 399, Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-Online: 1900 kararda satıcının birçok denemesinde başarısız olması nedeniyle sözleşmeye aykırılığı makul sürede giderebileceğine ilişkin güven kalmamıştır. Tribunali di Forlì, 11.12.2008, CISG-Online: 1729 sayılı kararda satıcı teslim ettiği ayakkabılardaki ayıbı gideremeyeceğini sadece başka bir model ayakkabı gönderebileceğini bu ayakkabıların ise sözleşmeye aykırılığı gidermesinin mümkün olmadığından esaslı ihlale karar verilmiştir. Landgericht Heilborn, 15.09.1997, CISG-Online: 562 sayılı olayda satıcı dokuz aydır süren çabasına rağmen başarı sağlayamamıştır. Bu nedenle alıcı satıcının yeni bir yöntem geliştirilerek maldaki ayıbın giderceğine ilişkin güveni sarsılmıştır. Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-Online: 709 sayılı kararında satıcının ilk teslimatındaki kıyafetlerin doğru kesimlerde olmayışı alıcının bu ürünleri katlitesine güven duyduğu müşterine satmasını engelleyecek nitelikte görüldüğünden, satıcının teslimatının esaslı ihlal oluşturduğuna zira alıcının, satıcının yapacağı sonraki teslimatların da benzer şekilde yapılacağına ilişkin güven kaybı yaşamayı haklı görülerek sözleşmeden dönme talebi sonraki teslimatları da kapsayacak şekilde yerinde görülmüş, satıcıya sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı verilmemiştir.

<sup>1296</sup> Huber and Mullis (n 18) 223, Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 48, Para 16, Ayrıca aykırılığın giderilme imkânı olsa dahi bunun derhal yapılmaması alıcının müşterilerine belirli bir tarihte ifa edeceğine dair yükümlülük altında olması gibi sebeplerle ifa tarihinin kesin vade olmasa dahi önemi üzerinde durulmuşsa ve aksi halde mallar başka şekilde kullanılmayacaksa esaslı ihlal oluşmaktadır. Handelgericht, Argau, 05.11.2002, CISG-Online: 715, Landgericht Berlin, 15.09.1994, CISG-Online: 399, ICC, 01.01.1994, CISG-Online:565.

<sup>1297</sup>Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-Online: 709. Çeviri için Okur and Yağcı (n 1253) 397.

menfaatinin bulunması nedeniyle aykırılığı giderme hakkını dikkate alınmayacağını kabul etmiştir.

Bu halde alıcının derhal sözleşmeden dönme hususunda özel ve haklı bir menfaatinin olduğu kabul edildiğinden, aykırılığın giderilme imkânı incelemeye alınmamaktadır.<sup>1298</sup> Ancak bu durumda dahi sözleşmeye aykırılığın giderilemeyecek olması bu ihlali kendiliğinden esaslı hale getirmez.<sup>1299</sup> Esaslı ihlalin kabulü için bu aykırılığın CISG md. 25 şartlarını sağlaması gerekmektedir. Daha öncede belirttiğimiz üzere, sözleşmeye aykırı mal tesliminin esaslı ihlal oluşturmaması halinde, ek süre verme yoluna başvurarak, alıcının sözleşmeden dönme hakkı bulunmamaktadır.<sup>1300</sup>

Ancak asıl sorun ihlalin ağırlığının her ikisi arasında bir noktada olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Sözleşmeye aykırı maldaki ayıbın o an da esaslı ihlal yaratacak kadar ciddi olmadığı ancak çok basit de görülmediği hallerde daha dikkatli bir değerlendirme gerekir.<sup>1301</sup> Dolayısıyla burada soru şu olmaktadır: Böyle bir durumda satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme talebinde bulunduğu ve bunun da imkânlı olması halinde, esaslı ihlal niteliğinde olma ihtimali olan ciddi bir ihlalin, aykırılığı giderme hakkının olanaklı olmasından bahisle esaslı sayılmaması mümkün müdür? Daha da basit bir ifade ile somut olayda sözleşmeye aykırılığı giderme imkânının olanaklı oluşu esaslı ihlalin oluşmasını engelleyecek midir?

Şöyle ki henüz esaslı ihlal seviyesine ulaşmamış ciddi bir ihlal açısından; alıcı ne zaman ki esaslı ihlale dayanmaya hak kazanırsa, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme

---

<sup>1298</sup>Huber 'CISG' (n 121) 282;Huber and Mullis (n 18) 224;Toker, 'Esaslı İhlal' (n 187) 239;Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 67; Okur and Yağcı (n 1253) 400.

<sup>1299</sup>Schroeter (n 159) Art 25, N 48, 49; Müller-Chen (n 44) Art 46, N 30; Tribunale di forli, 11.12.2008, CISG-Online: 1729 sayılı kararda mahkeme; satıcı tarafından aykırılığın makul sürede tamamen giderilemeyecek olması ve malların alıcı açısından elverişsiz olması ve külfet doğurması halinde her daim esaslı ihlalin oluşacağı yönündeki hüküm isabetli görülmemektedir. Sarıkaya (n 37) 248, 163ff.

<sup>1300</sup>Schroeter (n 159) Art 25, N 48,49; Müller-Chen (n 44) Art 49, N 7; Kaşak (n 185) 350. İctihatta ayrıca esaslı ihlal oluştuktan sonra süre tanınmasına gerek olmadığı yönünde Oberlandesgericht Koblenz, 21.11.2007, CISG-Online: 1733, Bu halde ek süre tanınması sadece esaslı ihlal değerlendirmesi üzerine bir takım etkiler doğurur. Zira süreye rağmen aykırılığın giderilmemiş olması esaslılığa ilişkin bir kanaat verebilir ancak her zaman somut sonuçların ağırlığı (fiili olumsuzluk) değerlendirmeye alınacaktır. Sarıkaya (n 37) 249, 264ff .

<sup>1301</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 354.

hakkının varlığı artık alıcının sözleşmeden dönme hakkını engelleyecektir.<sup>1302</sup> Burada alıcının esaslı ihlale hak kazanmasının koşulları sadece CISG md. 25 kapsamında belirlenmelidir ve bu aşamaya gelindikten sonra başka bir deyişle alıcı sözleşme uyarınca beklemekte olduğu haklı menfaatinden önemli ölçüde yoksun kalmasına sebep olan olumsuzluk fiilen gerçekleştirdikten sonra –hükümdeki diğer şartların da varlığı ile esaslı ihlal gerçekleştirdikten sonra- satıcıya aykırılığı giderme imkânı tanınmaması, esaslı ihlalin oluşumu üzerinde bir etkiye sahip değildir.<sup>1303</sup> Başka bir ifade ile bu durumda, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı, esaslı ihlal değerlendirmesindeki kıstaslardan biri olmamaktadır.<sup>1304</sup>

Peki o halde sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının esaslı ihlal üzerindeki etkisi nedir ya da daha doğru bir ifade ile ne zaman olmaktadır? Sözleşme ihlalin henüz esaslı ihlal seviyesinde olmadığı ve dolayısıyla alıcının da buna dayanan seçimlik haklarını kullanma imkânı olmadığı bir durumda, satıcı sözleşmeye aykırılığı giderme imkânına başvurarak esaslı ihlalin oluşmasını engelleyebilecektir.<sup>1305</sup> Zira bu halde satıcıya ikinci bir şans verilerek, fiili olarak henüz oluşmayan ama gerçekleşmesi beklenen böyle bir olumsuzluğa engel olma imkânı tanınmıştır. Ancak dikkat edilecek olursa alıcının esaslı ihlale dayanan seçimlik haklarını kullanamamasının nedeni sırf satıcının sözleşmeye aykırılık hakkının varlığı değil, esaslı ihlalin şartlarının (CISG md. 25) oluşmamış olmasıdır. Dolayısıyla satıcı aykırılığı giderme hakkını kullanarak ihlalin esaslılık seviyesine ulaşmasına mâni olabilir ancak bu seviye ulaşılmış olan bir ihlalin esaslılığı üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.

---

<sup>1302</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 325. Aşağıda ikame mal teslimi açısından ayrıca incelenmiş olduğundan burada farklılıklara değinmiyoruz.

<sup>1303</sup>Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 325. Böyle bir etki ancak esaslı ihlale bağlı olarak dönme hakkının alıcı tarafından kullanılmaması halinde, satıcının söz verdiği şekilde sözleşmedeki aykırılığı gidermesi halinde görülebilir. Bu halde alıcı seçimlik haklarını kullanamayacağı gibi esaslı ihlal yaratan durumu başından itibaren ortadan kaldırmış olacaktır. İçtihatla bu yönde bkz: Tribunal Kanton Valais, 27.04.2007, CISG-Online: 1721 sayılı kararda mahkeme alıcının sözleşmeden dönmesinden önce alıcının sözleşmedeki aykırılığı ortadan kaldırması halinde artık malların başlangıçta esaslı olarak ihlal edildiği öne sürülemez.

<sup>1304</sup>Will, ‘Article 45-52’ (n 167) Art 48, N 2.3; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 323; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 354; Paiva (n 183) § 5.2.4.2.1.

<sup>1305</sup>Sarikaya (n 37) 252.

Nihayet Alman mahkemesinin vermiş olduğu karar bu görüşün net bir açıklaması niteliğini taşır. Buna göre; “CISG md. 48'in md. 49'a yaptığı gönderme; alıcının sözleşmeden dönme hakkına, satıcının ihlali giderme hakkına nazaran öncelik verir. Fakat bu öncelik sadece ayıplı mal tesliminin md. 49(1)(a) ve md. 25 anlamında esaslı ihlal teşkil etmesi halinde uygulama alanı bulacaktır. Esaslı ihlalin varlığı ise yalnızca ayıbın ciddiyetine değil satıcının makul olmayan bir gecikme veya zahmete yol açmaksızın sözleşmeye aykırılığı giderme yönündeki arzusuna da bağlıdır.”<sup>1306</sup>

O halde, ihlal esaslı olmadığı bir aşamadaysa, sözleşmeye aykırılık makul olmayan bir gecikmeye veya zahmete yol açmamak koşulu ile bir başka deyişle kolayca makul sürede tamirle giderilebilecekse esaslı ihlal oluşumunu engellemektedir.<sup>1307</sup> Söz konusu ihlal makul süre geçmesine rağmen ortadan kaldırılamamışsa bu halde zaten makul sayılmayacak bir gecikme veya zahmet söz konusu olacak ve bu durum satıcının aykırılığı giderme hakkının kullanılmasını engelleyecektir.<sup>1308</sup> Zira bu şartlar altında başlangıçta esaslı sayılmayan ihlal esaslı ihlal niteliği kazanacaktır.<sup>1309</sup>

Bir önceki örnekten devam edecek olursak; makinanın çalışmasını tamamen engelleyecek derecede bir motor arızası olmadığını ya da kaportasındaki bir çizik kadar basit bir ihlal de olmadığını varsayımında ikisi arasında ciddi bir ihlalde: Örneğin; elektrik bağlantı hatasının olması ve bu tamirata katlanmanın CISG md. 48/I anlamında alıcıya başkaca bir külfet yüklediği ve makul olmayan bir gecikmeye de yol açmadığı durumda, teslim edilen bozuk makinanın yedek parçanın temini ile kısa sürede

<sup>1306</sup>Oberlandesgericht Koblenz, 31.01.1997, CISG-Online: 257 Aktaran Yelkenci, Dönme (n 166) 75. İçtihat bu yönde benzer: Landgericht, Münih, 29.11.2005, CISG-Online: 1567: teslim edilen mallardaki aykırılığın makul zaman ve çaba ile giderilmesi mümkün görülmediğinden esaslı ihlale hükmedilmiştir. Handelsgericht des Kantons Aargau, 05.11.2002, CISG-Online: 715 sayılı kararda satıcı ayıbı gidermek için makul sürede malları teslim edemeyeceği ve sezonun geçireceği durumun yarattığı belirsizlik, sadece bazı malların değişimini kabul etmesi alıcıdan beklenmeyecek külfet yaratmıştır.

<sup>1307</sup>Yelkenci, Dönme (n 166) 75. İçtihat bu yönde: Landgericht, Münih, 29.11.2005, CISG-Online: 1567: teslim edilen mallardaki aykırılığın makul zaman ve çaba ile giderilmesi mümkün görülmediğinden esaslı ihlale hükmedilmiştir.

<sup>1308</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 502.

<sup>1309</sup>Schroeter (n 159) Art. 25, para. 48; Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art 49, Para 23; Yelkenci, Dönme (n 166) 76. İçtihat bkgz: Landgericht Heilborn, 15.09.1997, CISG-Online: 562. Alıcının kabulü ile aykırılığın giderilmesi için süre verilmesi ancak aykırılığın ortadan kaldırılmaması halinde, ihlalin esaslı ihlal seviyesine ulaştığının kabulü ile bu yönde hüküm kurulmuştur. Koophandel Kortrijk, 04.06.2004, CISG-Online: 945.



tamir edilmesi mümkünken makinanın teslim alındığı anda tamamen çalışmadığından bahisle esaslı ihlalin olduğu bu nedenle de sözleşmeye aykırılık hakkının kullanılmayacağından söz edilebilir mi?<sup>1310</sup> Burada unutulmaması gereken esaslı ihlal değerlendirmesinin CISG md. 25'in kendi kıstasları içerisinde yapılması gereğidir. O halde öncelikle uyumsuzluğun toplandığı konu teslim edilen makinanın çalışmamasının o an da CISG md. 25'in aradığı seviyede esaslı ihlal oluşturup oluşturmadığının tespitidir. Makinenin çalışmaması esaslı bir ihlal olarak görülüyorsa bu durumda satıcı aykırılığı giderme hakkını kullanamayacaktır. Nitekim esaslı ihlalin olduğu bir defa kabul edildikten sonra satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı sözleşmeden dönme hakkının önüne geçemez. Ayrıca satıcı tarafından aykırılığın giderilmemesi yani makinanın tamir edilememiş olması da esaslı ihlale göre hüküm kurmak için yeterli değildir ayrıca ayıbın esaslı ihlal seviyesinde bir ağırlığının olması gerekmektedir.<sup>1311</sup>

Sonuç olarak; satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının varlığı her koşulda esaslı ihlal değerlendirmesi üzerinde etkili değildir. Ancak ihlalin esaslı ihlal seviyesine gelmediği durumlarda bir etkisinden bahsedilebilir. Bu halde, satıcı dönme hakkını kullanmakta özel ve haklı sebebini ispat etmedikçe –kesin vade, güven kaybı vb. - satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını engelleyemez. Öte yandan, CISG md. 25 hükmündeki şartları sağlayarak bir ihlalin esaslı seviyeye ulaşmasından sonra ise, sözleşmeye aykırılığı gidermek için satıcıya imkân verilmemesi ihlalin esaslı olarak değerlendirilmesini engellemez zira bu halde satıcının sözleşmedeki aykırılığı giderme hakkı esaslı ihlal değerlendirmesinin bir kıstası değildir.<sup>1312</sup>

---

<sup>1310</sup>Örnek için: Honnold and Flectner (n 214) 296. Benzer yönde: Müller-Chen (n 44) Art 46, N 26; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 379.

<sup>1311</sup>Bundesgerichtshof, Almanya, 03.04.1996, CISG-Online: 135.

<sup>1312</sup> İçtihatla bkz: Handelsgericht des Kantons Aargau, 05.11.2002, CISG-Online: 715 sayılı kararda taraflar bir sezon sürecek araba yarışları organizasyonunda kullanılmak üzere şişme reklam panoları satım konusunda anlaşmışlardır Ancak ilk yarışta panolardan biri sarsılarak tehlike oluşturmuştur. Bu noktada alıcı satıcıya ayıp ihbarında bulunarak sözleşmeden dönmüştür. Mahkeme tarafından alıcının ayıp ihbarına verilecek cevabı dikkate alarak sözleşmeye aykırılığın giderilmesi hakkına öncelik verilmesi gerektiğini bildirmiştir. Zira satıcı burada ayıp ihbarına cevap vermezse ya da ayıbı gideremeyeceğini bildirirse bu durumda ihlal kendiliğinden esaslı hale gelebilecektir meğer ki CISG md. 25 şartlarını sağlamasın. Olayda satıcı ayıbı gidereceğini ve sezonun ikinci yarışında kullanıma hazır hale getireceğinin bildirimini yapması üzerine mahkeme sözleşmeden dönülemediğine karar vermiştir. Mahkemenin burada incelediği konu ihlalin esaslı olmadığı noktasında toplanmalıdır. Zira panolardaki ayıp esaslı ihlal seviyesinde midir önce bu cevaplanmalıdır. Eğer ihlalin bir kez esaslı ihlal seviyesinde olduğu kabul edilirse bu durumda satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme teklifi değerlendirmeye

Ancak henüz esaslı ihlalin oluşmadığı bir aşamada, satıcının aykırılığı giderme niyetinden bahsedilemiyorsa veya bu konuda yeteneksizse, ihlal esaslı ihlal seviyesine ulaşmış sayılacaktır.<sup>1313</sup> Ayrıca satıcının CISG md. 48/I'deki şartları sağlaması gerektiğini de yeniden belirtmek isteriz.<sup>1314</sup> İşte bu durumda sözleşmeye aykırılığın giderilmesi imkânı, CISG md. 25 uyarınca yapılacak esaslı ihlal değerlendirmesi kapsamına girmekte onu etkileyen faktörlerden biri haline dönüşmektedir.<sup>1315</sup> Dolayısıyla bizim de katıldığımız görüşe göre, sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı, özellikle CISG md. 25 kapsamında esaslı bir ihlalin derhal gerçekleşmediği durumlarda ancak ileride gerçekleşmesinin mümkün olduğu hallerde, satıcı tarafından bu sonucun engellenmesi işlevi görmektedir.<sup>1316</sup>

Nitekim alıcının objektif temele dayanması ile ileride ortaya çıkabilecek olumsuzluklar için de esaslı ihlale dayanması mümkündür. Bu noktada, satıcının sahip olduğu aykırılığı giderme hakkı ileride gerçekleşecek bu olumsuzlukları önlemek üzere işlev görebilmektedir. Zira satıcının bu yöndeki niyet ve çabası olumsuzluğun ileride gerçekleşmesini belirsiz bir noktaya taşır ve bu nedenle alıcının ispatı “objektif” bir temelde yapabilmesine engel oluşturur.

---

alınmayacaktır. Satıcının sözleşmedeki aykırılığı giderme hakkı esaslı ihlal değerlendirmesinin bir kıstası değildir. Bu halde dönme hakkı giderim hakkına üstün tutulmalıdır. Ancak ilk yarışta bu panolardan birinin düşme tehlikesi geçirmesinin alıcının sözleşmeden beklediği menfaatin tamamı üzerinde önemli ölçüde bir olumsuzluk yarattığı kanaati oluşmuyorsa ( değerlendirme tamamen md. 25'te öngörülen şartlara göre yapılacaktır olumsuzluk şartı önemli olmakla birlikte ayrıca öngörülebilirlik de değerlendirilmelidir böyle bir olayda ilk yarıştan itibaren yaşanan ihlal objektif güveni sarsmış ya da itibar kaybı yartamış olabilir) ancak ihlalin sonradan esaslı seviyeye gelme ihtimali olması nedeniyle alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanmak istiyorsa bu durumda satıcının CISG md. 48/I'deki şartları sağlamadığını (makul süre ve zahmetsizce ) ya da aykırılığın giderilme imkânı olmadığını veya satıcının giderim imkânını kullanmasına ilişkin güvenini sarsan bir durumu (niyetini ve kabiliyetini) alıcı ispat etmedikçe sözleşmeden dönemez. Böyle bir durumun ispatı mümkün değilse satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme imkânı ön plana çıkacaktır. Nitekim tüm bu süre zarfında ihlali esaslı hale getiren bir durum olursa bu halde CISG md. 25 şartlarını yeniden değerlendirmek gerekecektir. Davada alıcının dönme hakkının mahkeme tarafından kabul edilmemesinin gerekçesi sırf sözleşmeye aykırılığın giderilebilecek olması değil CISG md. 25 uyarınca esaslı ihlal şartlarının oluşmamasıdır. Karar incelemesi, Sarıkaya (n 37) 261,262.

<sup>1313</sup>İçtihatı bu yönde bkz: CEITAC, 24.07.2007, CISG-Online: 715.

<sup>1314</sup>İçtihatı bu yönde bkz: ICC, 01.01.1994, CISG-Online: 565, Landgericht Berlin, 15.09.1994, CISG-Online: 399.

<sup>1315</sup>Böylece alıcı ve satıcı arasındaki menfaatler dengelenmiş olmaktadır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 354.

<sup>1316</sup>Benzer yönde Sarıkaya (n 37) 250.

Ayrıca alıcı henüz esaslı ihlal oluşmadığı bir aşamada ihlalin ileride oluşma ihtimaline binaen, ileride gerçekleşmesi muhtemel olumsuzluklar nedeniyle esaslı ihlale dayanan haklarına derhal başvurmak istiyorsa, bu durumda ispatlamakla yükümlü olduğu bir takım hususlar vardır. Ancak bu şartların ispatıyla, ileriye yönelik söz konusu olumsuzlukların gerçekleşmesi beklenen objektif olumsuzluklar olarak ortaya konulması mümkün olacaktır. Dolayısıyla alıcı, sözleşmedeki aykırılığın giderilebilir olmadığını, satıcının bu yönde bir niyetinin ya da yeterliliğinin olmadığını veya CISG md. 48/I hükmüne göre satıcının zaten aykırılığı giderme hakkının var olmadığını ispat etmelidir. Söz gelimi, satıcı tarafından açıkça giderim hakkının reddedilmesi ya da alıcının teklifinin cevapsız bırakılması,<sup>1317</sup> makul sayıda deneme neticesinde yaşanan güven kaybı gibi.<sup>1318</sup>

Bizim de katıldığımız görüşe göre, teslim edilen mallardaki aykırılığın esaslı ihlal seviyesine ulaşılmadan engellenmesi için, aykırılığın giderime imkânı olup olmadığı, ne kadar sürede onarılacağı, yenisinin ne sürede temin edileceği ve bu süreyi beklemenin alıcının hakları üzerinde yaratacağı külfet ya da giderimin mümkün olmadığını anlaşılması veya alıcının giderimin yapılacağı konusundaki haklı sayılabilir güven kaybına uğraması, ileride oluşacak olumsuzluğa dayanarak esaslı ihlalin kabulünü mümkün kılmalıdır.<sup>1319</sup>

Ayrıca sözleşmeye aykırılığın giderilmesinde zamansal sıralamada hakların çatışması sorunu oluşabilmektedir. Alıcının CISG md. 39'a göre, sözleşmedeki aykırılığı ihbarına karşılık, satıcının maldaki aykırılığı giderme teklifi alıcı tarafından kabul edilmeyerek dönme hakkının kullanılması istenirse ya da alıcı tarafından ayıp ihbarı ile birlikte sözleşmeden dönme isteği bildirilirse, mahkemece bu durumda hangi hakkın öncelikli

---

<sup>1317</sup>Alıcının CISG md. 39'a göre ilk ihbarına rağmen satıcı tarafından aykırılığın giderilmesinin teklif edilmemesi durumunda veya giderim teklifinin "makul süre" geçirildikten sonra yapılması halinde artık ihlalin esaslı seviyeye gelmesi engellenemez. (CISG md. 25'i karşıladığı varsayımında) Zira burada CISG md. 48/I'deki "makul gecikmeye yol açmama" şartı sağlanmamıştır. Dönme hakkı ile sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının şartları adeta iç içe geçmiş durumdadır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 354.

<sup>1318</sup>Satıcının aykırılığı gidermeyi açıkça reddetmesi veya alıcının bu yöndeki teklifini cevapsız bırakması halinde alıcı derhal sözleşmeden dönebilir. Leisinger (n 159) 76.

<sup>1319</sup>Benzer yönde: Sarıkaya (n 37) 250, 168ff.

olduğuna ilişkin değerlendirme CISG md. 48/I'in şartlarına göre yapılacaktır.<sup>1320</sup> Buna göre, satıcının “alıcıya ihbar etmeden aykırılığı giderme hakkının” olması halinde öncelikle bu hakkın kullanılmasına öncelik tanımak gerekecektir.<sup>1321</sup>

Görüldüğü üzere taraflar arasında bilgilendirme ve iş birliği kurma konusunda yükümlülüğün kimin tarafından aksatıldığı aynı zamanda hangi hakkın öncelikli geleceğini de belirlemektedir.<sup>1322</sup>

#### **vi. Malın Yenisi ile Değiştirilmesi Talebi Halinde Aykırılığı Giderilmesi**

Dönme hakkı dışında, malın yenisi ile değiştirilmesi talebi de ihlalin esaslı olması şartına bağlanan seçimlik haklardan biridir. Konumuzun nemi açısından satıcının aykırılığı giderme hakkının malın yenisi ile değiştirilmesi talebi ile yarışıp yarışmadığının da ortaya konulması gerekir.

O halde sorulması gereken sorular şunlar olmaktadır: Satıcı aykırılığı giderme hakkını kullanmak isterken, alıcının malın yenisi ile değişimini talep etmesi halinde esaslılık nasıl değerlendirilecektir? Ve alıcı malın yenisi ile değiştirilmesini isterken satıcı malın onarılmasını teklif ederse bu durumda hangi tarafın seçimine öncelik verilecektir?

İlk sorunun cevabı şu şekilde açıklanabilir: Dönme hakkının kullanılmasında olduğu gibi, ihlalin sonuçları tek başına esaslılığı kabul etmeye yetecek kadar ciddi ise (kesin vadenin belirlendiği ve güven kaybı yaşandığı durumlar gibi), satıcının sözleşmeye

---

<sup>1320</sup>CISG md. 39 uyarınca alıcının yaptığı ihbarın cevapsız bırakılması satıcının niyeti açısından belirleyici olmaktadır. Yine de satıcının yaklaşımını anlamak için bir süre beklenildikten sonra sözleşmeden dönülmelidir. Honnold and Flechtner (n 214) 296.

<sup>1321</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 355. İsviçre Mahkemesi tarafından verilen karara göre taraflar araba yarışları sezonu boyunca kullanılmak üzere şişme reklam panolarının satım üzerinde anlaşmışlardır. Reklam panosunun sabit durmaması tehlikeli yaratmış, alıcı tarafından ayıp satıcıya ihbar edildikten sonra satıcı ayıbı gidermek üzere ciddi tekliflerde bulunmuş ancak alıcı teklifleri değerlendirmeden sözleşmeden dönmek istemiştir. Mahkemece sözleşmeye aykırılığın önemine rağmen ayıbı giderme teklifinin ciddi olmasından ötürü satıcının var olan hakkının önceliğe sahip olacağına kanaat getirmiştir. Handelsgericht, Des Kantons Aargau, 05.11.2002, CISG-Online: 715.

<sup>1322</sup>Honnold and Flechtner (n 214) 296; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 355, 356.

aykırılığı giderme hakkını kullanmak istemesi bu ihlalin esaslı sayılmasını ve alıcının malın yenisi ile değiştirilmesi hakkını kullanmasını engellemeyecektir.<sup>1323</sup>

Ancak esaslı ihlalin kabulü için öncelikle sözleşmeye aykırılığın giderilme imkânının olup olmadığının değerlendirilmesi gerekiyorsa bu halde durum karmaşık bir hal almaktadır. Zira bu şekilde esaslı ihlalin varlığı, aykırılığı giderim imkânının olmamasına bağlanmış öte yandan alıcının malın yenisi ile değiştirme talebi de esaslı ihlale bağlandığından ortaya fasit bir döngü çıkmaktadır. Bu nedenle doktrinde, CISG md. 46/II'ye göre alıcının malın yenisi ile değiştirilmesi talebi ancak malın yenisi ile değiştirilmemesi halinde sözleşmenin esaslı ihlal kabul edileceği sonucu doğurması halinde kabul edilmektedir.<sup>1324</sup>

O halde uygulamada hâkim, öncelikle somut olayda, sözleşmeye aykırı malın yenisi ile değiştirilmesi talebi satıcı tarafından reddedilirse ortaya esaslı ihlal yaratan bir sonucun çıkıp çıkmayacağını değerlendirecek ardından bu koşulun sağlanması ile alıcıya malın yenisi ile değiştirilmesi seçimlik hakkını kullanmasının yolunu açacaktır.

İkinci sorunun cevabının verilmesi noktasında ise; alıcı malın yenisi ile değiştirilmesini isterken satıcı malın onarılmasını teklif ederse bu durumda hangi tarafın seçimine öncelik verileceğinde de yine esaslılık değerlendirmesi önem taşımaktadır. Alıcının malın yenisi ile değiştirilmesini talebi ihlalin esaslı olması şartına bağlanmıştır. İhlalin esaslılığı değerlendirmesi ise onarım imkânının olup olmadığına göre değerlendirilecektir. Bu nedenle satıcının CISG md. 48/I şartlarını sağlayarak (makul süre, zahmetsiz ve masraf çıkarmadan) malın onarılmasını teklif etme imkânı hala varsa demek ki ortada henüz bir esaslı ihlal yoktur.<sup>1325</sup> Dolayısıyla satıcının onarım yapma talebi ile alıcının malın yenisini talep hakları arasındaki hak yarışında, satıcının malın onarılmasını talep hakkı üstün tutulmaktadır.<sup>1326</sup>

<sup>1323</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 356.

<sup>1324</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 357.

<sup>1325</sup>Müller-Chen (n 44) Art 48, N 20; Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 46, Para, 42.

<sup>1326</sup>Müller-Chen (n 44) Art 48, N 20; Yücedağ (n 212) 221. Satıcının malın yenisi ile değişim talebi karşısında alıcının malın onarımı istemesi halinde de satıcının talebi ön planda tutulur zira bu halde

Ancak buna benzer durumlarda satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına öncelik verildiği kabul edilse dahi, bu sonuç esaslı ihlal değerlendirmesinin her zaman aykırılığı giderme hakkı dikkate alınarak yapılacağı anlamını taşımamalı; aksine esaslı ihlalin oluşumuna rağmen alıcının malın yenisi ile değişimini isteyebilmesinin önündeki engel olarak görülmelidir.<sup>1327</sup>

Satıcının bu şekilde aykırılığı giderme hakkını kullanarak, alıcının seçimlik hakkını kullanmasını engelleyebildiği bir durumda, bu aykırılığı gidermek için onarım ya da malın yenisi ile değişimini arasında seçim yapmak hakkı bulunmaktadır. Bazı yazarlar ikili bir ayırım yaparak; esaslı ihlalin derhal oluştuğu kabul edilmesi nedeniyle satıcı aykırılığı giderme hakkını kullanamamışsa, alıcının malın yenisi ile değişimini istemesi karşısında satıcı tarafından malın onarılmak istenmesi halinde, onarımın da değişim kadar etkili ve makul olacağı dürüstlük kuralı gereği kabul edilebiliyorsa, satıcının onarım talebini kabul edilmesi gerektiğini savunur.<sup>1328</sup> Ancak satıcı imkânı varken aykırılığı giderme hakkını kullanmayarak esaslı ihlalin oluşumuna sebebiyet verdiyse bu durumda alıcının tercihinin öncelikli olacağı fikrine katılıyoruz. Aksi halde malın yenisi ile değişim hakkının sadece onarımın mümkün olmadığı durumlara hasredilmesi sonucu doğacaktır.<sup>1329</sup>

Bazı istisnai durumlarda ise alıcı malın yenisi ile değişim hakkını kullandığından satıcının sözleşmeye aykırılığı onarım ile giderme hakkı alıcının hakkını engellemeyebilir. Söz gelimi alıcının özel meşru bir menfaati varsa, sözleşmede malın

---

alıcının zaten malın yenisi ile değiştirilmesini tercih edeceği ön kabulü bulunmaktadır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 357.

<sup>1327</sup>Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 340-344.

<sup>1328</sup>Alıcının sözleşmeden dönme yerine malın yenisi ile değişimini istemesi sözleşmeyi ayakta tutma isteğini gösterir. O halde eşit şartları sağlaması halinde malın yenisi ile değişimi zamansal güçlüğüne yol açacaksa satıcı daha makul olan onarımı seçebilmelidir. Sarıkaya (n 37) 265. Karşı görüş: Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 357, 401ff.

<sup>1329</sup>Söz gelimi ayıp ihbarına rağmen aykırılığın giderilmesi için sessiz kalınması veya açıkça reddedilmesi halinde ihlal esaslı hale o an gelmektedir. Müller-Chen (n 44) Art 46, N 35, benzer görüş: Sarıkaya (n 37) 265.

mutlaka yeni olması kararlaştırılmış olması gibi, malın yenisi ile değiştirilmesi talebi dikkate alınacaktır.<sup>1330</sup>

Öte yandan kesin vadeli işlemlerde sözleşmeye aykırı ifa gerçekleşmiş ise artık malın onarılabilir olup olmadığına bakılmasına gerek yoksa da bu yaklaşım malın yenisi ile değiştirilmesi seçimlik hakkında doğrudan uygulanamaz. Zira mal kesin vadede teslim edilmediğinden ihlal oluşuyorsa bu halde alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanacaktır ve malın yenisi ile değiştirilmesi talebi çok istisnaen gerçekleşebilecektir. Kesin vadenin geçirilmiş olması karşında alıcı malın yenisi ile değiştirilmesini istiyorsa esaslı bir ihlal tespiti için yine de malın onarılma olasılığının olup olmadığı araştırılmalıdır yani sadece kesin vadede ifa edilmemiş olmasına dayanarak malın yenisi ile değiştirilmesini talep hakkı doğmayacaktır. Ancak istisnaen, kesin vade öncesinde ayıplı mal teslim edilmiş olması ve bu ayıbın vadeye kadar onarılma imkânı bulunmuyorsa ve sadece yenisinin ifası yolu ile aykırılık giderilebiliyorsa, kesin vade kararlaştırılmış olması malın yenisi ile değişim talebi açısından önem taşıyacaktır.<sup>1331</sup>

#### **f. TBK’da Sözleşmeye Aykırı Mal Teslimi**

“Gereği gibi ifa etmeme”, TBK md. 112’de tanımlanmamış olmakla birlikte, doktrinde, geniş anlamda; borçlunun sözleşmeden kaynaklanan ediminin nitelik yönünden ayıplı olması, miktar bakımından eksik olması, zaman itibarıyla sözleşmede kararlaştırılandan geç, yanlış yerde ya da farklı şeyin ifası şeklinde gerçekleşebileceği kabul edilmektedir.<sup>1332</sup> Dar anlamda ise, ifa edilen edimin aranan niteliklere uygun olmamasıdır. Bu ise “kötü ifa”, “ayıplı ifa” olarak nitelendirilebilir.<sup>1333</sup> Kötü ifa; yan

---

<sup>1330</sup>Yücedağ (n 212) 221.

<sup>1331</sup>Müller-Chen (n 44) Art 46, N 26; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 379, 80ff.

<sup>1332</sup>Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 103; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 73; Cevdet Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, (1st edn, Beta 1989) (n 1332) 12; Aral and Ayrancı (n 71) 122 vd; Gümüş (n 71) 82; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 120 vd; Sayın (n 228) 104.105. Oğuzman and Öz (n 66) 506 vd; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 854 vd. Geniş anlamda; ifanın unsurlarını taşımaması; yer, zaman, konu, miktarı ve niteliklerin uygun olmamasıdır. Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 1184, 1185.

<sup>1333</sup>Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1184; Oğuzman and Öz (n 66) 506; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 854.

edimin ihlali<sup>1334</sup> ya da koruma yükümlülüğünün ihlali<sup>1335</sup> şeklinde de gerçekleşebilir.<sup>1336</sup> O halde gereği gibi ifa etmeme; dar anlamda taraflar arasındaki sözleşme ya da kanunda belirtilen nitelikleri sağlamayan borca ilişkin edimin ifası olarak tanımlanabilir.<sup>1337</sup>

CISG’de ise sözleşmeye aykırılık kavramı ile gereği gibi ifa etmeme hali kastedilmekte ve bu kavram altında ayıplı ifa değerlendirilmektedir.<sup>1338</sup> Bir önceki bölümde değinildiği üzere CISG md. 35’te, sadece sözleşmeye uygun malların tanımı yapılmış, malın subjektif ve objektif yönden uygunluk beklentilerini karşılama gerektirdiği belirtilmiştir. Buna göre, tarafların sözleşme ile açıkça veya örtülü olarak<sup>1339</sup> uygun malın özelliklerini belirlemeleri halinde bu düzenlemeye aykırı teslimde subjektif uygunluk, sözleşme ile düzenleme yapmamış veya eksik bırakmışlarsa bu durumda md. 35’de belirtilen spesifik şartlara aykırılık halinde objektif uygunluk söz konusu olmaktadır.<sup>1340</sup> Uygulamada ise, ayıplı ifanın hangi hallerde sözleşmenin esaslı ihlali sayılacağı hususunda açık hüküm olmaması bu hususta mahkeme içtihatları gelişmesine yol açmıştır. Mahkemeler bu değerlendirmeyi yaparken; sözleşmeye aykırılığın ciddi olmasını, malın başka şekilde kullanılması ve yeniden satılması imkânının olup olmamasını ve satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının olup olmadığını

---

<sup>1334</sup> Yan edim yükümlülükleri, borç ilişkisinden doğan ve esaslı edim yükümündeki ifa yararının gerçekleşmesine katkıda bulunan ona bağlı yükümlülüklerdir. Oğuzman and Öz (n 66) 507, CISG’de asli edim- yan edim ayrımına gidilmediği daha önce belirtilmişti. Sert (n 9) 55.

<sup>1335</sup> Gereği gibi ifa etmeme kavramı koruma yükümlülüklerinin ihlalini de içerir. Bazı durumlarda edimin ihlal edilmeden yan edimin yahut koruma yükümlülüğünün ihlali ile gereği gibi ifa etmeme gerçekleşebilir. Ancak koruma yükümlülüklerinin ihlalinin gereği gibi ifa etmeme kavramı içine bu şekilde dahil edilmesi için bunların yan edim yükümlülüğü olarak taraflarca kabul edilebilmesi gerekir. Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1186.

<sup>1336</sup> Kötü ifa, temerrüt ve imkânsızlık dışında kalan ve çeşitli borç ilişkilerinde düzenlenen ayıptan sorumluluk olgusuna girmeyen edim yükümünün ayıplı ifası olarak tanımlanmaktadır. Fahrettin Aral, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa* (1st edn, Yetkin 2011) 95; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1185; Oğuzman and Öz (n 66) 506, 507.

<sup>1337</sup> Gereği gibi ifa etmeme geniş anlamda; borçlunun borcunu yerine getirmek amacıyla bir edimde bulunması ancak yerine getirilen bu edimin kanun veya sözleşme ile öngörülen şartlara uymaması şeklinde tanımlanırken dar anlamda ise, edimin ifasının kanunda veya sözleşmede öngörülen nitelikleri taşınamaması yani ayıplı ifa olarak ifade edilmektedir. Oğuzman and Öz (n 66) 506, 507; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1186. Alacaklı, borçlu edimi sözleşmeye uygun hale getirene kadar teslimi reddetme hakkı bulunur. Sert (n 9) 53.

<sup>1338</sup> Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 158.

<sup>1339</sup> Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 73.

<sup>1340</sup> Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 158.



esaslılığı değerlendirme kıstasları olarak kullanmaktadırlar.<sup>1341</sup> TBK’da ise subjektif ve objektif uygunluk kriterleri aslında TBK md. 112 açısından gereği gibi ifa etme kavramı içinde aranan; ifanın konusu, türü, niteliğine uygun tam ve doğru şekilde ifa edilmesi düzenlemesine benzer görülmektedir. Ayrıca esaslı ihlalin oluşumu için CISG içtihadında aykırılığın ciddiyeti, malın yeniden kullanım ve satış imkânı veya aykırılığın giderilmesi imkânı, TBK’daki gereği gibi ifa etmeme sonucu uygulanacak yaptırımların uygulanmasından evvel TMK md. 2 dürüstlük kuralının dikkate alınmasını gerektiren, hukuki barışı korumaya yönelik tedbirle paralel görülmektedir.<sup>1342</sup> Zira bu durumlarda, somut olaya göre, gereği gibi ifa etmeme konusunda öngörülen tazminat ve diğer yaptırımların uygulanması söz konusu olmayabilir. TBK genel hükümlerdeki farklılıklara, tezimizin; CISG ifa engelleri sisteminin TBK ile karşılaştırılması başlığında detaylı olarak değinilmiş olduğundan burada konumuzu sınırlandırarak, gereği gibi ifa etmemeye ilişkin özel hükümlerde yer alan “satıcının ayıptan sorumluluğuna” ilişkin hükümlerini incelemeyi uygun görüyoruz.<sup>1343</sup>

Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan özel hükümlerde (md. 214 vd., md. 219 vd., md. 472, md. 474, md. 475) ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da, gereği gibi ifa etmemeye ilişkin özel düzenlemeler bulunmakta olup özel düzenleme bulunmayan hallerde TBK md. 112 genel hükmü uygulanmaktadır.<sup>1344</sup> Gereği gibi ifa etmeme hali aynı zamanda ayıp teşkil ediyorsa bu durumda özel hükümlerdeki ayıba karşı tekeffül

<sup>1341</sup> Bu nedenle onarımla basit ve masrafsız şekilde giderilebilen ayıplarda ya da yeniden satış imkânı ile bertaraf edilebilen menfaat kayıplarında ayıplı ifanın esaslı ihlale yol açmadığı; ancak artık o maldan beklenen faydanın ya da işlevin sağlanmasının mümkün olmadığı ya da önemli ölçüde azaldığı hallerde ise ayıplı ifanın esaslı ihlale yol açtığı kabul edilmektedir. Bu halde alıcı dönme ve malın yenisi ile değiştirilmesi yaptırımlarına ek olarak tazminat hakkı saklıdır. Öte yandan taraflarca belirli ayıpların varlığının sözleşmenin esaslı ihlali kabul edilmesi kararlaştırılmış olabilir. Sözleşmede böyle bir kararlaştırma olmaması veya ayıbın esaslı ihale seviyesine ulaşmadığı hallerde ise alıcının esaslı ihale bağlanan hukuki imkânları kullanamayacak ancak diğer hukuki yaptırımların yanında tazminat talebi baki kalacaktır. Zira CISG’de tüm yaptırımlarla birlikte tazminat yaptırımının talep imkânı kabul edilmektedir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 310; Sert (n 9) 95; Tokar, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 158.

<sup>1342</sup> Kanun koyucunun nitelikli bir ayıp aramasının sebebi, TBK md. 227 vd nda sağlanan hukuki imkânlarla ve satıcının garanti sorumluluğu nedeniyle (TBK md. 229/b/3) esaslı karşısında, vasıf bildiriminde bulunmayan satıcı lehine denge sağlanmasıdır. O halde tarafların açık veya örtülü beyanları dürüstlük kuralına göre yorumla saptanmalıdır. Aral and Ayrancı (n 71) 128

<sup>1343</sup> Detaylı inceleme için bkz **tez**: “İfa Engelleri Sistemi Bakımından CISG ve Türk Hukukunun Genel Olarak Karşılaştırılması” . Ayrıca üçüncü bölümde “TBK’da hukuki ayıp ve zapt’ 327 vd, “TBK’da Kısmi İfa” 322 vd, “TBKda aluid ifa, 315 vd, “TBK’da “Mallara ilişkin Belgelerde Eksiklik veya Yanlışlık” ayrıca yer verilmiş olduğundan burada tekrardan kaçınılmıştır.

<sup>1344</sup> Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 854, 855.

hükümlerine başvurulabilir.<sup>1345</sup> Satım sözleşmesinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, TBK md. 219-231 hükümleri arasında yasal bir sebep sorumluluğu olarak düzenlenmiştir.<sup>1346</sup>

Satım sözleşmesinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğu, satım sözleşmesine özgü bir kötü ifa türü olarak kabul edilmekte olup öncelikle malın teslim edilmiş olması ilk şarttır.<sup>1347</sup> Ancak satıcı sözleşmeye uygun ifayı yerine getirmiyorsa bu durumda borçlunun temerrüdü hükümleri söz konusu olmaktadır.<sup>1348</sup> TBK md. 219’da belirtildiği üzere,<sup>1349</sup> nicelik olarak niteliği etkileyen veya miktar azlığından dolayı alıcının malı kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklemekte olduğu faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki, ekonomik eksiklikler ayıp olarak kabul edilmektedir.<sup>1350</sup> Görüldüğü üzere, ayıbın varlığının kabul edilebilmesi için gereken unsurlar sayılarak bu unsurların malda bulunmaması halinde malın ayıplı olduğunun kabul edileceği belirtilmekle yetinilmiş olup, TBK’da ayıp kavramının genel bir tanımı verilmiş değildir.<sup>1351</sup> Öte yandan, TBK md. 219 hükmü ile ayıp iki şekilde

<sup>1345</sup>Türk hukukunda ayıbın varlığı halinde aynı zamanda genel hükümlerdeki gereği gibi ifa etmeme hükümlerine başvuru tartışmalıdır. Bu konuda Yargıtay her iki hükmün yarıştığını alıcının dilerse özel dilerse genel hükümlere başvurabileceğini kabul ederken, doktrinde bazı yazarlar özel hukuk kuralının öncelikli gelmesi gereğini savunurlar. Oğuzman and Öz (n 66) 506; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 247; vd. Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 158.

<sup>1346</sup>Gümüş (n 71) 62; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 103 vd; Aral and Ayrancı (n 71) 123 vd; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 73; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 120; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 74.

<sup>1347</sup>Ayıptan sorumluluğa ilişkin düzenlemeler emredici olmadığından tarafların bu hükümlerin uygulanmasını kısmen veya tamamen bertaraf etmeleri mümkündür. Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) Gümüş (n 71) 62; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 74; Özdemir, *TBK ve CISG’e Göre Ayıp* (n 144) 72; Sayın (n 228) 104.

<sup>1348</sup>Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 675, 677; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1042.

<sup>1349</sup>TBK md. 219: “*Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur. Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmeseyse bile onlardan sorumludur*”

<sup>1350</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 75; Aral and Ayrancı (n 71) 123; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 104; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 120; Gümüş (n 71) 66; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 76. Mala ilişkin ayıp, satılanın yırtık, kırık, çürük, lekeli vb. olması nedeni ile oluşan maddi ayıp, satılan malın değerini azaltan düşüren ekonomik ayıp veya özel hukuk veya kamu hukukun sınırlarına uymayan hukuki ayıpları kapsar. Ayıba karşı tekeffülün temelinde maddi ayıplar bulunmaktadır. Hilal Lale Ayhan: “‘Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi’ne Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu’ (2011) GÜHFD 15(2) 1, 5.

<sup>1351</sup>4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda ayıplı malın ne olduğu açıklanmış fakat ayıp kavramı ne TKHK’da ne de TBK’da yer almamaktadır. Özdemir, *TBK ve CISG’e Göre Ayıp* (n 144) 72; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 74.

ortaya çıkmaktadır: Birinci hal; satıcı tarafından taahhüt edilen bazı niteliklerin satılan malda bulunmaması, ikinci hal ise; kullanım amacı nedeniyle bir başka deyişle malın niteliği gereği satılan malda bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ve bunun sonucunun malın mutata kullanım değerini azaltan maddi, ekonomik veya hukuki ayıplara yol açması durumudur.<sup>1352</sup> Görüldüğü üzere, TBK düzenlemesi, CISG md. 35'in "sözleşmeye uygun malların nesnel ölçütlerini" ortaya koyan ve bunlardan sapma halinde sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkacağını kabul eden düzenlemesi karşısında satım konusu malda olması gereken özelliklerin olmaması ve malın ayıplı olması gibi negatif yönden bir ifade tarzı benimsemiştir.<sup>1353</sup>

Öte yandan, CISG md. 35/III'e göre; sözleşme kurulduğu sırada malların kullanıma elverişli olmamasından dolayı satıcının sorumlu tutulabilmesi için alıcı bu ayıbı bilmemeli veya bilmesi mümkün olmamalıdır. Aksi halde CISG'de satıcının sadece bazı sözleşmeye aykırılık hallerinden sorumlu tutulacağı düzenlenmişken, TBK md. 222 uyarınca alıcının satış sözleşmesinin kurulduğu sırada bildiği ayıplardan dolayı satıcı sorumlu tutulmamaktadır.<sup>1354</sup> Zira satıcı sadece alıcının varlığını bilmediği veya makul bir gözden geçirme sonrasında anlayamadığı veya kabul etmediği<sup>1355</sup> ayıplardan sorumlu tutulabilir.<sup>1356</sup> Dolayısıyla TBK'ya göre alıcı tüm seçimlik haklarını kaybetmektedir.

Ancak her iki sistemde sözleşmeye aykırılık kavramında, TBK md. 219 ile CISG md. 35'de, malların nitelik eksiklikleri açısından maddi, hukuki, ekonomik ayıp ayrımını kabul eder. Ayrıca CISG sistemi, sözleşmeye aykırılık kavramını geniş tutarak; sadece nitelik eksikliğini değil, paketleme, miktar, tür eksikliğini de kapsam içine almıştır.<sup>1357</sup>

---

<sup>1352</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 75 vd; Eren, *Özel Hükümler* (n 66) 116 vd, Gümüş (n 71) 65 vd, Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 75,76; Aral and Ayrancı (n 71) 124-125; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 159; Sert (n 9) 61.

<sup>1353</sup>Özdemir, *TBK ve CISG'e Göre Ayıp* (n 144) 97, 98; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 160.

<sup>1354</sup>TBK md. 222: "Satıcı, satım sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir."

<sup>1355</sup>TBK md. 223/II: "Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır." Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 213; Aral and Ayrancı (n 71) 213, 214.

<sup>1356</sup>Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 213; Aral and Ayrancı (n 71) 213, 214; Sayın (n 228) 114.

<sup>1357</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 73,74; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 160.

Bu kapsamda her iki sistemin ayrıştığı noktalara ayrıca yer verildiğinden burada değinmekle yetiniyoruz.<sup>1358</sup>

TBK'da her ne kadar esaslı ihlal kavramı düzenlenmemiş olsa da TBK md. 219 ile "esaslılık kavramına" yer verildiği kabul edilebilir.<sup>1359</sup> Zira alıcının ayıptan sorumluluğu bu hüküm ile düzenleme altına alınmıştır. Şöyle ki; "... nitelik veya niteliği etkileyen niceliğe aykırı olan kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuk ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur." ifadesi ile satım konusunun değer veya amaçlanan kullanım elverişliliğini ortadan kaldırması veya esaslı şekilde azaltması halinde satıcının sorumluluğunun kapsamı çizilmiştir.<sup>1360</sup> Bu halde CISG md. 25'de aranan esaslı ihlal şartları ile oldukça paralel bir yaklaşım benimsendiği söylenebilir.

Bunun yanı sıra, TBK md. 219/II gereği satıcı, satılanın ayıplarından, bu ayıpları bilmese dahi sorumlu tutulmaktadır.<sup>1361</sup> Görüldüğü üzere, satıcının ayıptan doğan sorumluluğu, TBK'da imkânsızlık ve temerrüt durumlarında tazminat yükümü bakımından benimsenmiş olan kusur sorumluluğu yerine CISG'te ki düzenlemeye benzer şekilde garanti (kusur) sorumluluğudur.<sup>1362</sup>

Satıcının ayıplı mal teslimi halinde; TBK md. 227/II'de yer alan, alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır atfı gereği<sup>1363</sup> alıcı, genel hükümlerde

<sup>1358</sup>Detaylı inceleme için **bkz tez**: "İfa Engelleri Sistemi Bakımından CISG ve Türk Hukukunun Genel Olarak Karşılaştırılması" 53 vd.

<sup>1359</sup>Sert (n 9) 85.

<sup>1360</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 75; Aral and Ayrancı (n 71) 123; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 121; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 106; Gümüş (n 71) 66; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 75, 76.

<sup>1361</sup>TBK md. 219/II: "...Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur."

<sup>1362</sup>Gümüş (n 71) 64,73; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 78; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 104; Aral and Ayrancı (n 71) 126; Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 221; Oğuzman and Öz (n 66) 443, 444 vd; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 291; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 161. TBK md. 114'e karşı satıcının ayıba karşı tekeffül borcu (TBK md. 214-218) ve TBK md. 112 karşısında satıcının zapta karşı tekeffül hükümleri (TBK md. 219-231) kusura dayanmayan bir sorumluluk sistemi benimsemiştir. Gümüş (n 71) 52,62; Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu* (n 1332) 19 vd.

<sup>1363</sup>TBK md. 227/II: "2. Satılanı alıkoyup ayıp oranında satım bedelinde indirim isteme. 3. Aşırı bir masrafi gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme. 4. İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme. Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır."

düzenlenen kusura dayalı md. 112'ye göre sorumluluk (tazminat) hükümlerine başvurabileceği gibi, TBK md. 219 vd'da düzenlenen kusursuz ayıptan sorumluluk hükümlerine göre de tazminat talebinde bulunabilmektedir.<sup>1364</sup>

Genel hükümler uyarınca ve kusursuz sorumluluk uyarınca satıcının tazminat sorumluluğuna ek olarak, ayrıca teslim edilen malların ayıplı olması halinde alıcı sözleşmeden dönme, bedelde indirim, ücretsiz onarım veya malın yenisi ile değişimini talep etme seçimlik haklarına sahiptir.<sup>1365</sup> Öte yandan, TBK md. 227/III'ye göre; satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız benzerini derhal vererek ve alıcının zararının tamamını tazmin ederek onun seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebilmektedir.<sup>1366</sup> Ayrıca burası konumuz açısından önemlidir ki; alıcının, TBK md. 227/IV'e göre; sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde, "durum bunu haklı göstermiyorsa" hâkim, satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilmektedir.<sup>1367</sup> Yanı sıra, TBK md. 227/V'e göre; satılanın değerindeki eksikliğin satış bedeline yakın olması halinde alıcının ya sözleşmeden dönebileceğini ya da ayıpsız benzerini isteyebileceğini düzenlemiştir.<sup>1368</sup>

---

<sup>1364</sup>Aral and Ayrancı (n 71) 142. Bu hükmün pratik sonucu; Alıcının TBK md. 223 gereği ihbar ve muayyene külfetini hiç veya zamanında yerinde gietirmediği takdirde, TBK md. 112'ye dayanarak kusurlu satıcının zararını tazmin imkânının önünü açmaktır. Gümüş (n 71) 64; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 74. Ayrıca ayıplı malın alıcı tarafından teslim alınması tazminat talebine engel oluşturmaz. Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 677.

<sup>1365</sup>Aral and Ayrancı (n 71) 142; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 87; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 133 vd; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 134; Gümüş (n 71) 86 vd; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 90 vd. TBK md. 227/I: "*Satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hâllerde alıcı, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir: Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme.*"

<sup>1366</sup>Aral and Ayrancı (n 71) 142,143; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 88; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 133 vd; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 135; Gümüş (n 71) 88; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 97 TBK md. 227/III: "*Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.*"

<sup>1367</sup>Aral and Ayrancı (n 71) 146; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 88; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 133 vd; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 137; Gümüş (n 71) 86 vd; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 98 TBK md. 227/IV: "*Alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanması hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkim, satılanın onarılmasına veya satım bedelinin indirilmesine karar verebilir.*"

<sup>1368</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 310; Aral and Ayrancı (n 71) 134,135; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 77; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 175; Sert (n 9) 95; TBK md. 227/V: "*Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir.*" Kanun koyucunun amacı alıcının ayıplı malı alıkoyup aynı zamanda satış bedelinin tamamını geri almasını engellemektedir. Gümüş (n 71) 95; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 98.

Konumuz açısından burada üzerinde durulması gereken noktalar şunlar olmaktadır: Satım sözleşmelerinde önemli ve önemli olmayan ayıp arasındaki fark, özellikle satıcının ayıptan doğan sorumluluğunun kapsamını belirlemekte yol gösterici olabilir.<sup>1369</sup> Önemli ayıp; alıcının satım sözleşmesine devamının kendisinden beklenemeyeceği, satılanın özellikle kullanılmadığı ayıp olarak ya da alıcı var olan ayıbı bilseydi bu şartlarla satım sözleşmesini akdetmeyeceği kabul edilen ayıplar olarak kabul edilmektedir.<sup>1370</sup> Satım sözleşmelerinde önemli bulunan ayıplarda alıcıya sözleşmeden dönme ve malın yenisi ile değişimi hakkı verilmekte, ayıbın önemsiz olması halinde ise bedelde indirim veya onarım hakkı imkânı sunulmaktadır.<sup>1371</sup> Şöyle ki, önemli ayıp halinde, alıcının kullandığı dönme hakkının sonuçları, satıcının talebi üzerine hâkim kararıyla ortadan kaldırılarak onun yerine bedelde indirim hakkına dönüştürülebilmektedir.<sup>1372</sup> Dolayısıyla CISG md. 25'te düzenlenen esaslı ihlal kavramı gibi alacaklının kullanacağı hukuki imkânların belirlenmesine yardımcı olan basit/esaslı ihlal düzenlemesinin benzeri yaratılmış olmaktadır.<sup>1373</sup> Burada önemli ayıp ile önemli olmayan ayıp arasındaki fark, subjektif değerlendirmelere göre değil, TMK md. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralına göre belirlenmelidir.<sup>1374</sup> Bu durumda hâkim, dürüstlük kuralı yanında tarafların menfaat durumu, alıcının satılanı ayıplı olmasına rağmen elinde tutmasını haklı kılıyorsa dönme yerine satılanın onarımına veya indirim yapılmasına karar vermelidir.<sup>1375</sup>

Görüldüğü üzere, alıcıya tanınan sözleşmeden dönme hakkı md. 227/IV ile sınırlandırılmış ve sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını hâkim tarafından durumun bunu haklı göstermesi koşuluna bağlanmıştır. Bu durum, bazı hukuki

---

<sup>1369</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 78. Ayrıca önemli ayıp kavramı eser sözleşmelerinde iş sahibinin dönme hakkını kullanabilmesinin zorunlu şartı olarak düzenlenmiştir. O halde ayıp önemli değilse dönme hakkı geçersizdir. Satım sözleşmelerinde ise satıcı dönme hakkını ayıp önemli olmasa dahi kullanabilir ancak alıcı hâkim kararı ile ortadan kaldırılmasını talep edebilir. Gümüş (n 71) 73.

<sup>1370</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 78; Gümüş (n 71) 72,73.

<sup>1371</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 88; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 137; Aral and Ayrancı (n 71) 146; Gümüş (n 71) 72, 73; Sayın (n 228) 109.

<sup>1372</sup>Gümüş (n 71) 73.

<sup>1373</sup>Sayın (n 228) 109.

<sup>1374</sup>Serozan, 'Dönmenin Sınırları' (n 80) 221; Aral and Ayrancı (n 71) 128.

<sup>1375</sup>Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 137

imkânların kullanımını esaslı ihlalin varlığına bağlayan CISG hükümlerine paralel olarak, dönme hakkının benzer şekilde sınırlandırılmasını yöntemini tercih etmiştir.

Son olarak; CISG sözleşmeye aykırı mal tesliminde de, malın yenisi ile değişim hakkını sözleşmenin esaslı ihlal edilmesi şartına bağlamıştır. (CISG md. 46/II). TBK'ya göre, malın ayıplı teslimi halinde, alıcının malın ayıpsız benzeri ile değişim talep hakkı, "imkân varsa" kullanılabilir olup, bu hukuki imkân esaslı ihlal şartı benzeri bir düzenleme ile ağırlaştırılmamıştır.<sup>1376</sup> Burada üzerinde durulması gereken son konu; parça/cins borcu ayırımında her iki sistemin benimsediği yaklaşımdır. CISG sisteminde hâkim görüş; parça borçlarında bu yaptırımın kullanılmayacağı yönündeyken,<sup>1377</sup> TBK'da "imkân varsa" ifadesi ile satım konusu şeyin mutlaka cins borcu olması gerekmediğinin ifade edilmiş olduğu hâkim görüşü oluşturmaktadır.<sup>1378</sup> O halde işin niteliği izin verdiği sürece TBK'ya göre cins/parça ayırımı yapılmadan malın yenisi ile değişimi talep edilebilirken, CISG'de bu hakkın kullanımı hâkim görüş uyarınca sadece cins borçlarında mümkündür. Bu yaklaşım, uluslararası ticaretin gereklilikleri uyarınca bu hakkın kullanımının ağırlaştırılması yaklaşımının doğal bir uzantısı olarak görülebilir.

### 3. Satıcının Başka Şeyi İfasında Esaslı İhlal

#### a. CISG'de Aliud İfa

Aliud ifa, ayıplı mal tesliminden farklı olarak sözleşmede kararlaştırılandan farklı bir mal teslim edilmesi anlamını taşımaktadır.<sup>1379</sup> CISG ifa engelleri sistemi daha önce belirttiğimiz üzere sözleşmeye aykırılığın türüne odaklanmamıştır ve aluidin teslimi

<sup>1376</sup>TBK md. 227/I/4: "...İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme." Bu hüküm, muhtevası itibarıyla TBK md. 125'de yer alan aynen ifa talebine benzer. Aral and Ayrancı (n 71) 159.

<sup>1377</sup>Huber, 'Article 45-49' (n 167); Kröll, Mistelis and Viscasillas (n 2) Art 46, Para 37 ve oradaki yazarlar.

<sup>1378</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 8, 19ff; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 139; Başoğlu, *Aynen İfa* (n 116) 118; Yücedağ (n 212) 172.

<sup>1379</sup>Tarafların ayrıca anlaşmamalarına rağmen edimden başka bir şey ifa olarak verilmişse buna yabancı edim anlamında aliud denilmektedir. Oğuzman and Öz (n 66) 289, Dn 952, Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1042; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 748; Aral and Ayrancı (n 71) 158.

durumunda nasıl bir yol izlenmesi gerektiğini de somut olayın koşullarına bırakmıştır. Bu nedenle yerel hukuklarda alışlagelmiş doğrudan bir ayırım yapmaya duyulan ihtiyaç ile aluidin teslimi ile ayıplı ifa arasındaki farka odaklanılmaması gerekmektedir.<sup>1380</sup> CISG de böyle bir ayırımı dışlanmıştır başka bir deyişle aluidin teslimi ile ayıptan sorumluluk arasında bir ayırım gözetilmemiştir.<sup>1381</sup>

CISG sisteminde aliud ifa, uygulamada ve doktrindeki hâkim görüşe göre, sözleşmeye aykırı mal teslimi (ayıplı ifa) olarak kabul edilmektedir.<sup>1382</sup> Ancak uygulamadaki netliğin aynı şekilde doktrine yansıdığı söylenemez. Bu anlamda görüşleri üç grupta toplamak mümkündür.

Hâkim görüş; aluidin teslimini “sözleşmeye aykırı mal teslimi” olarak değerlendirir. Burada temel düşünce şudur: CISG md. 35(I) maddelerindeki sözleşmeye uygun olmayan malların teslimi neticesinde, CISG md. 25’in şartlarının da oluşması ile, ihlal esaslı olarak değerlendirilebiliyor ise, farklı bir malın gönderilmesine de aynı sonucu bağlamayı mümkün görmektedirler.<sup>1383</sup>

Aluid teslimi bir kere sözleşmeye aykırı mal teslimi kabul ettikten sonra bu kez ikinci bir soru gündeme gelmektedir. Aluid teslim esaslı ihlal sayılacak mıdır? Aluid teslimin gerçekleşmesi sözleşme ihlalini kendiliğinden esaslı hale getirmemektedir.<sup>1384</sup> Zira

<sup>1380</sup> *Civil law* hukuk sistemlerinde aliud ifa ve ayıplı mal teslimi arasındaki ayırım sıkça tartışılmaktadır.

<sup>1381</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 228, TBK tartışmaların odak noktası: Ayıptan sorumluluğa ilişkin ihbar süreleri ile ifa etmemeye ilişkin zamanaşımı süreleri arasındaki ciddi fark ve ayıplı mal teslimi halinde aynen ifa talebinin sadece çeşit boçlarına hasredilmesi ile ayrıca ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin kusura dayanmamasıdır. Oğuzman and Öz (n 66) 289 vd, Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1042 vd, Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 748 vd; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 191; Ataşlar (n 993) 95.

<sup>1382</sup> Müller-Chen (n 44) Art 45, Para 27; Graffi (n 78) 343; Enderlein and Maskow (n 20) Art 25, N 3.4; Will ‘Article 45-52’ (n 167) Art 46, N 2.1.1.1; Paiva (n 183) § 5.2.4.5; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 503-504; Schlectriem and Butler (n 28) 107,115; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 193 vd; Toker, ‘Esaslı İhlal’ (n 187) 238; Kaşak (n 185) 350; bkz. Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.02.1994, CISG-Online: 115, Bundesgerichtshof, Almanya, 03.04.1996, CISG-Online: 135, Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-Online: 841, Handelgericht des Kantons Zürich, 30.11.1998, CISG-Online: 415.

<sup>1383</sup> chwenzer (n 135) Art 35 Para 6-11, O halde aluidin CISG md. 35’teki yükümlülüklerinin ihlali sayılması halinde alıcı, muayyne ve ihbar külfetini yerine getirerek seçimlik haklarını kullanabilecektir. (CISG md. 38, 39) CISG md. 40 hükmü önem kazanır. Nitekim aliud gibi açık bir sözleşmeye aykırılık satıcının bildiği ve bilmemesinin mümkün olmadığı olgulara dayandığından CISG md. 38-39 şartları aranmayacaktır. Ataşlar (n 993) 96.

<sup>1384</sup> Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 503; Schroeter (n 159) Art 25, Para 50; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 42.



sözleşme kurulurken alıcının amaçladığı dışında bir malın teslim edilmesi halinde sözleşme ihlalinin oluştuğu şüphesiz olmakla birlikte<sup>1385</sup> esaslı bir ihlalden bahsedebilmek için ayrıca CISG md. 25 kapsamında ihlalin sonuçlarının ağırlığı dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla aluid bir teslimde esaslı bir ihlalden bahsedebilmek için alıcının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatlerinin önemli ölçüde yoksunluğa uğradığının ortaya konulması gerekir.<sup>1386</sup> Bu nedenle sözleşmeye aykırı mal teslimi sayılan aluid ifa halinde, alıcının satıcıya ek süre vermek suretiyle sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edildiğini ispat etmekten kaçış bulunmamaktadır.<sup>1387</sup>

Bazı yazarlar,<sup>1388</sup> alıcının bu belirli malın tesliminde özel bir yararının olup olmadığını araştırmasını yeterli görmekteyken bazısı ise; aluid teslimin alıcının olağan iş faaliyetlerini aksatması yahut alıcının ticari itibarını zedeleyen bir durum yaratması halinde aluid ifayı esaslı saymaktadırlar.<sup>1389</sup>

Her ne kadar aluid bir ifada sözleşmeye aykırılığın açık olduğu ve yoğunluğu açısından esaslı ihlal seviyesinde bir ihlal yaratması çoğu zaman mümkün gözükse de istisna

---

<sup>1385</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 13; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 298 vd; Ataşlar (n 993) 101.

<sup>1386</sup>İçtihatla Bkz: Bundesgerichtshof, Almanya, 03.04.1996, CISG-Online: 135 sayılı karara konu olayda: İngiliz menşeli olması gereken Kobalt-Sülfatın Güney Afrika menşeli gönderilmiştir. Her ne kadar sözleşme ihlalinin varlığı kabul edilse de, teslim edilen malların alıcı tarafından değerlendirilmesinin mümkün olmadığı (kullanım ya da satım ), alıcının beklemekte olduğu menfaatlardan önemli ölçüde yoksun kalmadığı ortaya konulmadığından esaslı ihlal hükmedilmiştir.

<sup>1387</sup>Zira ek süre tanınarak sözleşmeden dönme hakkı sadece ifa etmeme durumuna özgülenmiştir. (CISG md. 49I(b); Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 49, para 53; Müller-Chen (n 44) Art 49, para 15; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 401. İçtihatla bkz: Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-Online: 841 sayılı kararda: Sözleşme ihlanine maruz kalan tarafa ek süre verilmek yoluyla sözleşmeden dönme hakkı verilmemiştir bunun nedeni olarak aluid ifanın da sözleşmeye aykırı mal teslimi türlerinden biri olması bu nedenle ancak CISG md. 25'e göre esaslı ihlalin varlığı halinde sözleşmeden dönülebileceği belirtilmiştir. Benzer yönde: Oberlandesgericht Düsseldorf, 09.07.2010 CISG-Online: 2171. Eleştirilen Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.02.1994, CISG-Online: 115 sayılı kararında: Alıcıya teslim edilen giysilerin kararlaştırılmış olan renkten farklı olarak teslim edilmesi önce Aluid teslim olarak kabul edilmiş ancak sonradan alıcının ek süre vermek suretiyle CISG md. 49 hükmü ilk bendi b fıkrasına dayanabileceği belirtilmiş olması isabetsizdir. Müller-Chen (n 44) Art 49, Para, 8, N 26 .

<sup>1388</sup>Ferrari, 'Fundamental' (n 41) 392 (Yazar özel menfaatin bulunmasını yeterli görmüştür). Benzer şekilde: Dayioğlu, *Tazminat* (n 18) 42.

<sup>1389</sup>Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 928 Ayrıca yazara göre alıcının bedelde indirim yaparak malın satma ihtimalinin de değerlendirilmesi gerektiğini düşünür. Mahkeme esaslı ihlal değerlendirmesinde bu hususları "ayrıca" incelemiştir. Oberlandesgericht, Stuttgart, 12.03.2001, CISG-Online: 84 sayılı karara konu olayda, sözleşme konusu mallar elma suyu konsantresi olarak belirlenmiş olması karşısında satıcı glüköz içeren elma suyu teslim etmişse aluid teslim oluşturur. Ancak bu durumda mahkeme esaslı ihlale karar vermeden malın başka şekilde değerlendirme imkânını göz önünde bulundurarak esaslı ihlale hükmetmiştir. Mutat faaliyeti kapsamında değerlendirme imkânı incelenmiştir.

sonuçlar her zaman göz önünde bulundurularak, her somut olay özelinde değerlendirme yapılmalıdır. CISG esaslı ihlal sisteminin ihlalin sonuçlarına odaklanan ve sözleşmeye aykırılık türleri arasında ayırım yapmayan anlayışı doğrultusunda, bizim de katıldığımız görüşe göre; alıcının söz konusu malın kullanılması neticesinde önemli menfaat kaybına uğrayacağı sonucunun, esaslı ihlalin oluşmasında belirleyici unsur olması gerekmektedir.<sup>1390</sup> Bu halde, aliud ifanın esaslı olarak kabulünden sonra alıcının sözleşmeden dönme dışında ayrıca esaslı ihlale bağlanan diğer seçimlik haklarından biri olan malın yenisi ile değiştirilmesi hakkı uyarınca, satıcıyı ifaya zorlaması ve malın yenisi ile değişimini talep imkânı bulunmaktadır.<sup>1391</sup>

İkinci görüş; aluidin tesliminde parça-cins borcu ayırımı yapmakta ve sözleşmenin esaslı ihlalinin ancak alıcının sipariş etmiş olduğu malda özel bir menfaatinin olmasına bağlamaktadır.<sup>1392</sup> Zira cins borçlarında alıcının malı başka bir satıcıdan temin ederek külfeti satıcıya yansıtma ihtimali vardır. Ancak parça borçlarında bu ihtimal ortadan kalkmakta olduğundan alıcı malın yenisi ile değişimini talep edebilmektedir. Buradan hareketle aynı sonuca aliud teslimde de varılması mümkün görülmeli, bu nedenle başka şekilde giderim şansı olmayan ihlal esaslı sayılmalıdır.<sup>1393</sup> Her ne kadar bu görüş de hâkim görüş gibi ihlalin sonuçlarının ağırlığına odaklanmış olsa da, aliud ifanın kural olarak daha en baştan/kendiliğinden esaslı ihlal oluşturacağı bakış açısı ile hâkim görüşten ayrılmaktadır. Aliud ifade parça çeşit ayırımı ayrıca CISG md. 7/I'deki sözleşmenin uluslararası niteliğini dikkate alan otonom yorum sistemi ile de çelişir. Ayrıca md. 7/II uyarınca Antlaşmanın kapsamına girmekle birlikte boşluk olan konularda çözüm CISG prensiplerinde aranmalıdır.<sup>1394</sup> Dolayısıyla bu görüşe katılmak iki gerekçe ile mümkün değildir. Birincisi; CISG esaslı ihlal prensipleri her somut olay özelinde ihlalin ağırlığının değerlendirilerek esaslı ihlale bağlanan hakların kullanılmasına olanak tanımak üzere inşa edilmiştir. İkinci olarak yukarıda ifade

---

<sup>1390</sup>Müller-Chen (n 44) Art 46, Para 24; Graffi (n 78) 344; Koch, 'Fundamental Breach' (n 109) 267; Björklund (n 186) Art. 25 Para. 47-49; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 310; Yelkenci, 'Esaslı İhlal' (n 338) 1356-1361; Toker, 'Esaslı İhlal' (n 187) 238; Sarıkaya (n 37) 267.

<sup>1391</sup>Müller-Chen (n 44) Art 46, Para 20; Huber 'CISG' (n 121) 275; Başoğlu, *Aynen İfa* (n 116) 231, Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 52

<sup>1392</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 502; Enderlein and Maskow (n 20) Art 25, N 3.4.

<sup>1393</sup>Müller-Chen (n 44) Art 46, Para 18, 24; Ataşlar (n 993) 102, 103.

<sup>1394</sup>Ataşlar (n 993) 103.

edildiği üzere her ne kadar aluid çoğu zaman esaslı ihlale yol açsa da somut olayda istisnalar yaşanabileceğinden doğrudan esaslı ihlale hükmetmek hataya sevk edecektir. Nitekim CISG ihlal edilen yükümlülüğün sebebine veya önemine değil sadece ihlal sonucu ortaya çıkan olumsuzluğun ağırlığına odaklanır. Bu nedenle her somut olayda CISG md. 25 hükümlerinin şartları tek tek incelenerek hüküm kurulmalı ve borcun ve ihlalin niteliği üzerinde durulmamalıdır.<sup>1395</sup>

Üçüncü görüş ise, aluid mal teslimini, hiç ifa etmeme olarak değerlendirmektedir.<sup>1396</sup> Bu görüşün dayanağı olarak Sekretarya şerhinde<sup>1397</sup> yer alan ifade ve aluidin teslimi sözleşmeye aykırılık sayma halinde alıcıya yüklenecek ihbar ve muayene külfetlerinin alıcı nezdinde adil bir sonuç yaratmayacağı düşüncesi yer almaktadır.<sup>1398</sup>

## **b. TBK’da Aluid İfa**

TBK açısından aluid ifanın hukuki niteliğini tespit etmek önem taşımaktadır. Zira Türk-İsviçre ifa engelleri sisteminde, CISG sisteminden farklı olarak sözleşmeye aykırılığın türü önem taşır. Nitekim bu tespit sonucunda, aluid’in başka bir şeyin teslimi olması; dolayısıyla malın hiç teslim edilmemiş ya da ayıplı ifa olarak değerlendirilmesi ile varılacak sonuca göre uygulanabilecek hükümler değişecektir.<sup>1399</sup>

TBK’da aluid ifaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, doktrinde hâkim olan görüş; aluid ifanın “hiç ifa etmeme” olarak değerlendirilmesi ve duruma göre

<sup>1395</sup>Müller-Chen (n 44) Art 46, N 24; Schoreter (n 159) Art 25, N 50; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (nv41) 392, Dayıoğlu, *Tazminat* (n18) 42, Sarıkaya (n 37) 267, 268; Ataşlar (n 993)103,104.

<sup>1396</sup>Bianca (n 1098) Art 35 N 2.4; Erdem, ‘Viyana Satım Sözleşmesi’ (n 119) 68; Zeytin, ‘Esaslı İhlal’ ( n 541) 449 vd. Teslim yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edildiğinde alıcı CISG md. 31, md. 25, md. 46, md. 47 ve 49 hükümlerine başvurabilecektir. Ataşlar (n 993) 104.

<sup>1397</sup>Ancak tartışmanın yer aldığı kısım aluid ile ilgili olmadığı ve böyle bir düşünce olsa idi CISG’de daha açık bir ifade ile düzenleme bulacağı yönünde eleştirilmiştir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 192 327ff.

<sup>1398</sup>Zeytin, ‘Esaslı İhlal’ (n 541) 651-653. Yanı sıra CISG’de aluid ile ayıplı ifa arasında bir ayırım yapılmadığını savunur. Aksi görüş: CISG md. 38 ve 39 alıcıya ağır bir yük yüklemes zira çoğu durumda alıcı CISG md. 40’ın himayesi altındadır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 193.

<sup>1399</sup>Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 204; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1041; Oğuzman and Öz (n 66) 290, Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 748; Özdemir, *TBK ve CISG’e Göre Ayıp* (n 144) 106; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 161; Ataşlar (n 993) 32.

temerrüt veya imkânsızlık hükümlerine başvurulmasını savunur.<sup>1400</sup> Zira öngörülen şeyden farklı bir şey teslim edilmiş olmakla geçerli bir ifanın varlığından söz edilemeyeceğinden gerçek anlamda bir teslim olduğu kabul edilemez. Bu nedenle ayıplı ifadan bahsedilmesi uygun görülmez.<sup>1401</sup> O halde CISG sisteminde aluid sözleşmeye aykırı ifa olarak görülürken, TBK'ya göre kötü ifa ve aluid ifa farklı şeyler olarak kabul edilir.

Öte yandan, hâkim görüş tür ve cins borcu ayrımı yapmaksızın borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğinin savunur.<sup>1402</sup> Buna göre, hem tür hem de cins borçları açısından aluidin teslimi halinde ifa etmemeye ilişkin TBK md. 112 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul eder. Zira tür borcunda taraflar satım konusu şeyi ferden belirlemek yerine bu şeyin dahil olması gerektiği çeşidi tayin eden birtakım nitelikler üzerinde anlaşmaktalar ve bu niteliklerin olmaması halinde ayıplı teslimden değil başka bir şeyin tesliminden bahsetmek gerektiğini savunurlar.<sup>1403</sup> Bu durumda aluid malın teslimi halinde bunu reddetmek suretiyle alacaklı borçluyu temerrüde düşürebilir şartları dahilinde ifa etmeme özellikle gereği gibi ifa etmeme

<sup>1400</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 290, 952ff; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1041 vd; Gümüş (n 71) 68, 72, Tandoğan (n 71) 400; Tekinay, Akman, Burcuoğlu and Altop (n 66) 762; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 73; Aral and Ayrancı (n 71) 104; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 122. Yargıtay 19 HD, 22.05.2014, 2014/5653 E, 2014/9696 sayılı kararında satılan arabanın klimasının olmaması hatalı olarak aluid değil ayıplı ifa olarak kabul edilmiştir. Gümüş (n 71) 68.

<sup>1401</sup>Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1041; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 125; Tandoğan (n 71) 172; Oğuzman and Öz (n 66) 290; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 748; Gümüş (n 71) 68; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 161; Özdemir, *TBK ve CISG'e Göre Ayıp* (n 144) 106.

<sup>1402</sup>Gümüş (n 71) 69; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 161; Özdemir, 'TBK ve CISG'e Göre Ayıp' (n 144) 107. Diğer görüşler: Üzerinde kararlaştırılan şey teslim edilmiş olduğundan aluid kavramına gerek görülmemektedir. (Gösterilerek satın alınan parça borçlarına istinaden) Kimi yazarlarca tür satımından ayıplı ifa ile yanlış ifayı ayırmak güç olduğundan aluid kavramını tür satımında ayıp kavramı içerisinde değerlendirilmeli ve aluidin teslimi halinde, TBK md. 219 vd maddelerine göre ayıptan doğan sorumluluk hükümlerini uygulanmasını savunur. Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 50 27ff'deki yazarlar: Serozan, *Dönme* (n 67) 291. Diğer görüş ise tür satım halinde bir yanlış ifa varsa bu durumda, ayıp değil, temerrüde ilişkin TBK md. 112 göre aynen ifa talebinde bulunulabileceğini kabul eder. Yargıtay'da bu görüşü savunmaktadır. Gümüş (n 71) 69; Aral and Ayrancı (n 71) 111. Yargıtay; cins borcu parça borcu ayrımı yaparak; parça borçlarında ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin şartların uygulanması görüşünü benimsemiştir.<sup>1402</sup> Nitekim satıcının kararlaştırılandan farklı bir mal teslim etmesi halinde aluidin tesliminin varlığını kabul edilmekle birlikte, parça borçlarında kararlaştırılan şeyi başka bir mal haline getirecek kadar büyük bir farklılıkta ise ayıp hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunulur. Tandoğan (n 71) 400. Vangogh tablosu kararında bu görüş açıkça ifade edilmiştir. YHGK, 30.06.1998, 11-557/567, www.kazanci.com.tr> (Erişim Tarihi: 05.01.2022)

<sup>1403</sup>Özdemir, *TBK ve CISG'e Göre Ayıp* (n 144) 107; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 161.

hükümlerine başvurabilir.<sup>1404</sup> Ancak alıcı bu teslimi açık olarak kabul ederse, bu durumda “asıl ifa yerine geçen edim” sebebiyle zilyetliği devir borcu yerine getirilmiş olur.<sup>1405</sup>

TBK’da aluid ifa halinde malın yenisi ile değiştirilmesinin istenemeyeceği yaklaşımı CISG’de yer almamaktadır. Zira aluid, malın ayıplı teslimi olarak değerlendirilmektedir.<sup>1406</sup> CISG md. 35/I uyarınca teslim edilen malın türünün de satım sözleşmesine uygun olması gerektiği için aluid ifa sözleşmeye aykırılık halleri için de kabul edilerek esaslı ihlalin oluşup oluşmadığı belirlenecektir.<sup>1407</sup>

#### 4. Satıcının Yanlış Miktarda Mal Teslimi

##### a. CISG’de Eksik veya Fazla İfa

Malın miktarının sözleşmede kararlaştırılandan eksik ya da fazla teslim edilmesi geleneksel hukuk sistemlerinin farklı olarak, kısmi ifa olarak değil sözleşmeye aykırı mal teslimi olarak değerlendirilir (CISG md. 35/I).<sup>1408</sup> Ayrıca CISG md. 51 hükmü;<sup>1409</sup> makul bir uğraş ile ayıplı ve ayıpsız malların birbirinden ayrılabilirdiği durumlarda,<sup>1410</sup> bölünebilen malların eksik teslimi halini düzenlemektedir.<sup>1411</sup>

<sup>1404</sup>Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1042; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 161.

<sup>1405</sup>Tandoğan (n 71) 122; Zevklilier and Gökyayla (n 71) 119.

<sup>1406</sup>CISG md. 46/III ile alıcının ayıbın giderilmesini talep hakkı sadece 4077 TKHK md. 4/2 uyarınca tüketici satımlarına özgü tanınmaktadır. Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 162.

<sup>1407</sup>Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 161.

<sup>1408</sup>Schwenzer ‘Commentary 35-41’ (n 134) Art 35, Para, 8; Özdemir, *TBK ve CISG’e Göre Ayıp* (n 144) 104, 105; Koray Güven, ‘Alman, İsviçre, Türk Hukuklarında ve Viyana Satım Antlaşması’nda Eksik İfa Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme’ (2020) 26(1) MÜHFD 423,436.

<sup>1409</sup>CISG md. 51 (1) “*Satıcı malların yalnızca bir kısmını teslim etmiş ise veya teslim edilmiş malların yalnızca bir kısmı sözleşmeye uygun ise, 46 ilâ 50. maddeler eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısım için uygulanır. (2) Eksik veya sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi halinde alıcı sözleşmenin tamamının ortadan kalktığını beyan edebilir.*”

<sup>1410</sup>Cour d’appel, Paris, 04.06.2004, CISG-Online No: 872 kararında mahkeme teslim edilne düdüklü tencerelerin tehlike arz ettiği açıktır. Ancak 15000 adet sipariş edilen tencerelerin hangilerinin tehlike arz ettiğini ayırmak güç olduğundan CISG md. 51 hükmü uygulanma alanı bulmamıştır.

<sup>1411</sup>Huber and Mullis (n 18) 293. İçtihatla bkz: Oberlandesgericht, Koblenz, 21.11.2007, CISG-Online: 1733 (Italian Boot Case) Alman firma (alıcı) ile İtalyan firma (satıcı) arasında yapılan ayakkabı bot

Öncelikle eksik ifanın ne olduğunu ortaya koymak gerekirse; eksik miktarda teslim, sözleşmede kararlaştırılmış miktardan daha az mal teslimi ya da sözleşmedeki yaklaşık olarak veya belirli bir aralık dahilinde yapılan belirlemeye göre miktar olarak eksik olan ifa olarak görülmektedir.<sup>1412</sup> Eksik ifadan bahsedilmesi halinde, CISG md. 51'in şartlarını sağlaması için ayrıca malların fiziksel ve ekonomik olarak birbirinden bağımsız olması ve birden fazla müşteriye tesliminin mümkün görünmesi gerekmektedir.<sup>1413</sup> Ancak sözleşmeye uygun ifa edilen kısım ile uygun ifa edilmeyen kısmın birbirinden ayrılması mümkün değilse, bu durumda CISG md. 35 kapsamında uygun olmayan mal tesliminden bahsedileceğinden sözleşmeye aykırılık hükümlerine tabi olur.<sup>1414</sup>

Eksik ifa neticesinde alıcının esaslı ihlale bağlanan hukuki imkânları kullanabilmesinin şartlarının belirlenmesi için, CISG md. 51/I'de düzenlenmiş olan iki durumun arasında ayırım yapılması, bir vasıflandırma ihtiyacı doğurmaktadır. Şöyle ki, malların kısmen teslim edilmesi (kısmen ifa) ile malların kısmen sözleşmeye uygun olmayan biçimde teslim edilmesi, (kısmen ayıplı ifa) birbirinden farklı sonuçlara yol açmaktadır. Satıcının eksik miktarda teslimi ile eksik miktardaki ayıplı teslimi arasındaki fark esaslı ihlal niteliği şartları üzerinde etkilidir.

---

satımında 319 adedinin taban ve dikişleri sağlam olmadığından alıcı 154 tanesi açısından sözleşmeden döndüğünü beyan etmiştir. Ayakkabılar bölünebilir olduğundan ayakkabılarının teslim edilen bir kısmının esaslı ihlal oluşturduğundan bahsile CISG md. 51'e göre sözleşmeden dönmek mümkün görülmektedir. Oberster Gerichtshof, 21.06.2005, CISG-Online: Ünlü CDROM davasında mahkeme yazılım için gerekli modüllerin eksik olması uyuşmazlığında eksik modülleri bölünebilir kabul ederek CISG md. 51'in uygulama alanı bulabileceğini belirtmiştir.

<sup>1412</sup>Sözgelimi; belirli bir miktar aralığı, 80 ila 90 kg arasında malın teslimin kararlaştırılması halinde satıcı bu miktarlar arasında bir mal teslim ederse ifa eksik miktar sayılmayacaktır. 'Yaklaşık' bir değer belirlendiği durumda, örneğin yaklaşık 100 ton kömürün teslim edilmesinin kararlaştırıldığı bir halde ise ticari teamüllere ve alışkanlıklara göre 100 tondan sapmanın ne dereceye kadar kabul edilebilir olduğu CISG md. 9 kapsamında belirnecektir. Müller-Chen (n 44) Art 51, Para, 5.

<sup>1413</sup>Malların bölünebilirliği tartışmaları ve örnekler için bkz: Güven (n 1408) 436: Bir ses stüdyosu için gereken malların bölünebildiği kabul edilebilir. Bir otomobilin bazı bileşenlerinin eksik olması hali, md. 51 uygulanmaz. Çeşitli renk ve bedende parçalardan oluşan bir tekstil modeli koleksiyonunun kısmen ifası söz konusu ise md. 51 devreye girmez. Bir gemiye yüklenmiş yağ veya bir gemiye yüklenmiş ve ayrı çuvallara konulmamış tahıl yükünün ayrılabilir olduğu söylenemez. sözleşmenin kurulduğu anda fiziksel olarak ayrılmış bulunan bir yükün, sözgelimi bir gemiye yüklenmiş bulunan 30 ton kömürün sözleşmeye uygun olmayan kısmının, sözleşmesel belirlemeler veya somut olayın şartları nedeniyle satıcı tarafından ayıklanamadığı veya eksik kalan kısmının tamamlanamadığı durumda md. 51 şartları oluşmaz.

<sup>1414</sup>Bkz **tez.**: "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Esaslı İhlali" 255 vd. Söz gelimi her biri 500 gram ağırlığındaki 1000 parça etin teslimine ilişkin sözleşme uyarınca satıcının her biri 300 gram ağırlığındaki 1000 parça et teslim etmesi, md. 51 anlamında eksik ifa oluşturmamaktadır. Huber and Mullis (n 18) 293.

Kısmen ayıplı ifanın, CISG md. 35 anlamında sözleşmeye aykırı mal teslimi olduğu şüphesizdir. Ancak kısmen ifanın, sözleşmeye aykırı mal teslimi mi (ayıplı ifa) yoksa hiç ifa etmeme hükümlerine göre mi değerlendirileceği doktrinde tartışmalıdır. Nitekim vasıflandırma sorunu, alacaklının esaslı ihlale başvurma şartları üzerinde etki yaratmaktadır.<sup>1415</sup> Sözgelimi, kısmen ifanın “sözleşmeye aykırı mal teslimi” olduğu kabul edilirse bu durumda alıcı, “hiç ifa etmemeden” farklı olarak, CISG md. 49/I(b)’ye ihlalin esaslı sayılmadığı hallerde satıcıya ek süre tanıyarak sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır. Böyle bir durumda alıcı ancak ihlalin esaslı olması halinde sözleşmeden dönebilir.

Konumuz gereği tartışmalara burada yer vermemekle birlikte, bu tartışmaların nihayetinde varılacak sonucun, aynı yere bağlanan teorik tartışmalar olduğunun altını çizmekle yetiniyoruz.<sup>1416</sup> Buna göre, kısmen ifa halinde, alıcının “hiç mal teslim etmeme” haline özgülenmiş ek süre tanıyarak sözleşmeyi esaslı ihlal seviyesine taşıması ve bu yolla sözleşmeden dönmesi mümkündür.<sup>1417</sup> O halde sözleşmeden dönmek isteyen alacaklının CISG md. 49/I(a) ve (b)’ye göre, hem esaslı ihlale dayanarak hem de esaslı ihlal olmaması halinde satıcıya ek süre vererek, sözleşmenin ifa edilmeyen kısmı açısından sözleşmeden dönmesi mümkündür.<sup>1418</sup> Satıcı tarafından ifanın eksik tesliminin esaslı bir ihlal oluşturması; CISG md. 25’in diğer şartlarının gerçekleştiği varsayımında; ifa imkânsızlığı, satıcının ifayı reddetmesi veya kesin vadeli sözleşmeler açısından söz konusu olabilir.<sup>1419</sup> Malların kısmen sözleşmeye aykırı teslimi (kısmen ayıplı ifa) halinde teslimin esaslı ihlal oluşturması halinde alıcı CISG md. 46/II’ye göre

<sup>1415</sup>Huber and Mullis (n 1408) 294, 295.

<sup>1416</sup>Tartışmalar için bkz: Güven (n 1408) 443,444.

<sup>1417</sup>Ayrıca alıcının ihbar ve muayyene külfetlerinin devam ettiği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Böylece malların kısmen ifa edilmesi halinde bile, sözleşmeye aykırı mal tesliminde düzenlenen alıcının muayene ve ihbar külfetleri devam etmektedir. Huber and Mullis (n 18) 294; Müller-Chen (n 44) Art 51, Para 8.

<sup>1418</sup>Müller-Chen (n 44) Art 51 Para 6.

<sup>1419</sup>Schlechtriem and Butler (n 28) 146. Söz gelimi, alıcının tam olarak vadede yapılacak ifade özel bir menfaatinin bulunduğu ve satıcının da bunu öngörebildiği bir kesin vadeli işlem halinde eksik ifa, esaslı bir ifa oluşturabilir. İctihatta bkz: Oberlandesgericht, Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-Online: 385: mahkeme alıcının sözleşmeden kısmen dönmek ve tazminat talep etmiştir. Mahkeme verdiği kararda, esaslı ihlalden bahsedilebilmesi için alıcının vadede ifa için özel bir menfaatinin bulunması ve satıcının da bunu öngörebiliyor olması gerektiğine dikkat çekerek söz gelimi sezonluk ürünler için bu durumun kabul edilebilir olduğunu oysa dava konusu olayda böyle bir özel menfaat bulunmadığının esaslı ihlal oluşturmadığı yönünde hüküm kurmuştur.

malın yenisi ile değişimi ve CISG md. 49/I(a)'ya göre sözleşmeden dönebilir. Ancak bu durum sözleşmeye aykırı mal teslimi kategorisinde sayıldığından alacaklının CISG md. 49/I (a)'ya göre satıcıya süre vererek sözleşmeden dönme hakkı bulunmamaktadır.<sup>1420</sup>

CISG md. 51'e göre eksik ifa halinde, sözleşmeden tamamen ve kısmen dönülmesine ilişkin şartlar ikili bir ayırım gözetmektedir.<sup>1421</sup> CISG md. 51/I'e göre sözleşmeye aykırı teslim edilen mallar sözleşmenin tamamı açısından esaslı ihlal oluşturmadığı bir durumda ancak teslim edilen kısma ilişkin esaslı ihlalin varlığından bahsedilebilir.<sup>1422</sup> Ancak malların sözleşmede kararlaştırılan miktardan eksik teslim edilmesi ihlali kendiliğinden esaslı hale getirmemektedir.<sup>1423</sup> Zira eksik ifa halinde bu kısım olmadan, ifanın alıcı için hiçbir değer ifade etmiyor olması ve bunun da sözleşmeden anlaşılması halinde esaslı ihlalden bahsetmek mümkündür.<sup>1424</sup>

Nitekim teslim edilen malların ne kadar miktarının ayıplı olması halinde sözleşmeye aykırılığın ciddiyetini göstereceği ve esaslı ihlal oluşturacağı tartışmalıdır. Bir görüş; malın miktarının sözleşmeye aykırı olmasının sözleşmenin esaslı ihlali olup olmadığının tespiti için tarafların anlaşmasına ve piyasadaki tolerans değerine bakmak gerektiğini savunur. Buna göre; tolerans değeri içerisinde kalan farklılıklar sözleşmeye aykırılık oluşturmayacaktır. Ancak satıcının teslim ettiği malın miktarı sözleşmede kararlaştırılandan açıkça ayrılmakta ise ve bu farklılığa alıcının rıza göstermesi ondan beklenemeyecek ise sözleşmenin esaslı ihlalden bahsedilebileceği düşünülmektedir.<sup>1425</sup>

---

<sup>1420</sup>Bu durumda sözcülemi 100 pamuk balyasının konusunu oluşturduğu bir sözleşmede, 10 adet ayıplı balya için dönme beyan edildiğinde, alıcının ödeyeceği bedel onda bir oranında indirilecektir. Müller-Chen (n 44) Art 51 Para 7; Güven (n 1408) 447.

<sup>1421</sup>Huber and Mullis (n 18) 293.

<sup>1422</sup>Honnold'un verdiği örnekte; 100 çuvalın 10 çuvalı vadesinde teslim edilmediğinde bu 10 çuvalın eksikliği esaslı ihlal oluşturacak nispette ise alıcı bu 10 çuvala ilişkin olarak sözleşmeden dönebilecektir ya da bu kısma ilişkin olarak malın yenisi ile değiştirilmesini talep edebilecektir. Honnold and Flechtner (n 214) 316.

<sup>1423</sup>Landgericht Heidelberg, 03.07.1992, CISG-Online: 38, Oberlandesgericht Celle, 24.05.1995, CISG-Online: 152.

<sup>1424</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 308; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41.

<sup>1425</sup>Zeytin, 'Esaslı İhlal' (n 541) 15/22 ve orada naklen Holthausen RIW 1990, s. 106.



Bazı yazarlar, esaslı ihlalin oluşması için, teslim edilen malların nerdeyse tamamının ayıplı olması gerektiğini savunurken,<sup>1426</sup> bizim de katıldığımız görüşe göre bu yaklaşım esaslı ihlal kavramını anlamaktan uzaktır. Her ne kadar ayıplı mal miktarının artması sözleşmenin bütünü açısından esaslı ihlalin ortaya çıkma potansiyelini arttırsa da, önemli olan ne kadar malın ayıplı olduğundan ziyade ayıplı olan malların bütün üzerindeki etkisi, bir başka deyişle bu ayıbın sonuçlarının alacaklıyı sözleşmeyle ulaşmayı hedeflediği menfaatlerinden ne derecede yoksun bıraktığı olmalıdır.<sup>1427</sup> İçtihatla da benzer yaklaşımla; belirlenen amaç çerçevesinde malın kullanılması ancak tamamının ayıpsız olması ile mümkün ise ya da az miktardaki ayıp dahi güvenlik zaafiyeti ya da itibar kaybı yaratıyor ve bu durum esaslı sayılabilecek sonuçlar doğuruyorsa ve de bu ayıplı parçaların bütünden ayrılması çok güç veya mümkün değilse ihlalin esaslı olduğu kabul edilmektedir.<sup>1428</sup>

O halde CISG md. 51(II)'e göre, sözleşmenin tamamını etkileyen bir durumda alıcı esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönebilmektedir.<sup>1429</sup> Söz gelimi; farklı malların beraber satılmasını konu alan sözleşmelerde, kısmen ifa edilen mallar bağımsız kullanılabilecek nitelikte değilse örneğin mobilya takımı ancak bir arada kullanılabiliyorsa,<sup>1430</sup> alıcının ayıpsız olan malları satım aynı malların ayıplı olanları

---

<sup>1426</sup>Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 943.

<sup>1427</sup>Björklund ( n 186) Art 25, N 38; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 501 Dn. 98; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 237; Sarıkaya (n 37) 221.

<sup>1428</sup>Müller-Chen (n 44) Art 51, N 10; Sarıkaya (n 37) 222 orada Benicke, MünchKommHGB, Art 25, N 25. İçtihatla bkz: Küçük parçaların ancak bir arada bütünün kullanımına izin verdiği duruma örnek olarak: Landgericht Baden-Baden, 14.08.1991, CISG-Online: 24: Döşeme seti taban ve dekoratif amaçlı döşemelerden oluşmaktaydı. Taban döşemeleri olmadan dekoratif döşemeler alıcının menfaatini sağlamadığından, döşemelerinin sözleşmeye aykırı olması sebebiyle tüm döşeme seti açısından sözleşmeden dönülebileceğine karar vermiştir. Malların bir kısmındaki sözleşmeye aykırılık güvenlik tehlikesi oluşturması haline örnek olarak: Cour d'appel de Paris, 04.06.2004, CISG-Online No: 872. Oberlandesgericht Koblenz, 21.11.2007, CISG-Online: 1733: Ayrıca malların bir kısmındaki gizli ayıp, müşterilerden gelen şikayetler göz önüne alındığında ve bu küçük işletme için itibar kaybına yol açacağından esaslı ihlal kabul edilmiştir. Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.02.1994, CISG-Online No: 115:CISG md. 35/II.b'ye dayanarak teslim edilen kumaşların bir kısmının kararlaştırılandan farklı renkte olması gerekçesiyle teslim edilen tüm malların öngörülen kullanım amacına uygun olmadığı iddiasının gerçeği yansıtmadığı yansıtmamaktadır Zira sözleşmenin kurulduğu sırada, desenli kumaşların ve düz kumaşların ancak bir arada kullanılabileceği satıcı tarafa bildirilmemiştir. Bu nedenle alıcının diğer üreticilerin kumaşlarıyla gerekli eksikliği giderme imkânının varlığı nedeniyle esaslı ihlale hükmedilmemiştir.

<sup>1429</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 189, Özdemir, 'Sözleşmeye Aykırılığın Şartları' (n 1120) 209, 210.

<sup>1430</sup>Müller-Chen (n 44) Art 51 Para. 10, 11

göze alındığında itibar kaybı yaratacaksa, CISG md. 51(II) anlamında sözleşmeden tamamından dönmek mümkündür.<sup>1431</sup>

Her ne kadar teslimdeki eksikliğin oranı azaldıkça sözleşmenin tamamının esaslı olarak ihlalden bahsetmek de o oranda güçleşecekse de<sup>1432</sup> sözleşmeden beklenen haklı menfaat yalnızca malların bir bütün olarak teslim edilmesi ile karşılanıyor olabilir. Böyle bir durumun varlığını tespit etmek için, eksik bırakılan kısmın alıcı için sözleşme ilişkisi içindeki önemini ortaya koymak gerekmektedir.<sup>1433</sup> Bu anlamda, sözleşmenin eksik bırakılan bu kısmı nedeniyle alıcının sözleşmeden beklediği menfaatlerin tamamını kaybetmesi halinde, ihlalin sözleşmenin tamamı açısından esaslı olacağı açıktır. Ancak sözleşmenin tamamı bakımından esaslı ihlal sayılan durumun oluşması için mutlaka alıcının sözleşmeden beklediği menfaatlerinin tamamen ortadan kalkmasına gerek yoktur. Bir başka deyişle, eksik teslim alıcı için tamamen faydasız olmasa da, alıcının sözleşmenin bütününden beklediği haklı menfaatlerinden önemli derecede yoksun kalması, öngörülebilirlik şartının da gerçekleşmesi ile sözleşmenin tamamı açısından ihlali esaslı kılmaya yetecektir.<sup>1434</sup> O halde, eksik miktarda ifa sözleşmenin tamamı açısından esaslı ihlal oluşturuyorsa CISG md. 51/II'ye dayanarak, ancak malın eksik ifası sadece o kısım açısından esaslı ihlal oluşturuyorsa bu kez CISG md. 51/I'e göre sadece o kısım açısından sözleşmeden dönülebilir.

CISG md. 52/II'ye göre alıcının teslim edilen malların fazla miktarını reddetme hakkı düzenlenmiştir. Buna göre kararlaştırılan miktardan fazla mal teslim edilmesi halinde alıcı fazlayı reddetme hakkını kullanabileceğinden, uygulamada fazla miktarda teslimin

---

<sup>1431</sup> Oberlandesgericht, Koblenz, 21.11.2007, CISG-Online: 1733 (Italian Boot Case) Alman firma (alıcı) ile İtalyan firma (satıcı) arasında yapılan ayakkabı bot satımında 319 adedinin taban ve dikişleri sağlam olmadığından alıcı 154 tanesi açısından sözleşmeden döndüğünü beyan etmiştir. Ayakkabılar bölünebilir olduğundan ayakkabılarının teslim edilen bir kısmının esaslı ihlal oluşturduğundan bahsile CISG md. 51'e göre sözleşmeden dönmek mümkün görülmektedir. Ancak Alman alıcı küçük bir işletme olduğundan belirli bir pazara hitap etmektedir ve daha önce ayıplı olduğu belli olan kalanını satması itibar kaybı yaratacaktır. Bu nedenle alıcının md.. 51(2)'ye göre sözleşmenin tamamından dönebileceği yönünde hüküm kurulmuştur.

<sup>1432</sup> Magnus, 'Avoidance' (n 115) 433.

<sup>1433</sup> Shroeter (n 159) Art 25, Para 42; Kaşak (n 185) 348.

<sup>1434</sup> Shroeter (n 159) Art 25, Para 42; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 248; Dayıoğlu, *Tazminat* (n 18) 41; Kaşak (n 185) 348; Sarıkaya (n 37) 269.İçtihadta bu yönde: Pretura di Parma- Fidenza, 24.11.1989, CISG-Online: 316 kararında malların üçte birinin eksik bırakılması, teslimde gecikme de göz önüne alınarak esaslı ihlal oluşturduğu yönünde hüküm kurulmuştur.

esaslı ihlal oluşturması güç gözükmetedir.<sup>1435</sup> Ancak malların ayrılamadığı söz gelimi malların tamamının tek bir konşimento ile temsil edilmesinde fazla olan miktarı ayırmak mümkün gözükmediğinden CISG md. 25 şartlarını karşılaması halinde esaslı bir ihlalden bahsedilebilir.<sup>1436</sup>

## b. TBK’da Kısmi İfa

Türk hukukunda temel ilke borcun bölünmeden tümüyle ifa edilmesi olmakla birlikte, eksik ifa; belirli bir borç ilişkisinden veya sözleşmeden doğan ve belirli bir anda muaccel olan bir borç tamamen ifa edilmediği ya da miktar itibariyle borçlanılan edimin gerisinde kaldığı durum olarak tanımlanır.<sup>1437</sup> Satıcı miktar bakımından doğru ifade bulunmaz; daha az ağır veya daha az sayıda mal teslim ederse “gereği gibi ifa etmemiş” olur ve bu durum TBK md. 84’e göre alıcıya kısmi ifayı reddetme hakkı verir.<sup>1438</sup> Buna karşılık, alıcı bu kısma ilişkin teslimi herhangi bir çekince koymadan kabul ederse, bu durumda TBK md. 125 ve TBK md. 212’de sayılı haklarını sadece ifa edilmeyen kısım için kullanabilir.<sup>1439</sup>

Alacaklının kısmen ifayı reddetmesi ile sözleşmeden tamamen dönmesine olanak tanıyan TBK md. 84’ün uygulanabilmesi için teslim edilen malın bölünebilir olması koşulu aranmaktadır.<sup>1440</sup> Borcun kısmen ifa edilmiş olması halinde, eğer bölünebilen bir edimden bahsedilebiliyorsa veya birden fazla edim içeren bir sözleşmede bazı edimlerin

<sup>1435</sup>Müller-Chen (n 44) Art 52, Para 49. CISG md 52/II: “Satıcı, sözleşmede belirtilenden daha fazla miktarda mal teslim ederse, alıcı bu fazla miktarı kabul veya red edebilir. Alıcı, fazlayı kısmen veya tamamen teslim alırsa, bunun için sözleşmede öngörülen fiyat üzerinden ödeme yapması gerekir.”

<sup>1436</sup>Meğer ki satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını esaslı ihlal oluşmadan evvel kullansın ve malları uygun miktarda kısa sürede teslim etsin. Müller-Chen (n 44) Art 52, Para 49. Sözleşmede kararlaştırılan fazla miktarda ifaya ilişkin düzenleme (md. 52), md. 35’e istina olarak değil sadece eksik ifa ile fazla ifa sözleşmeye aykırı ifanın farklı türleri olarak değerlendirilmiştir.

<sup>1437</sup>Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1045; Oğuzman and Öz (n 66) 293; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 159; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 755.

<sup>1438</sup>Aral and Ayrancı (n 71) 110; Zevkliler and Gökyayla (n 71)165. Bir diğer deyişle bölümsel ifa yasağı, bu yasağın amacı ve dürüstlük kuralı ile sınırlandırılmıştır ve malın bölünebilir bir mal olmaması şartı aranmıştır. Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 160.

<sup>1439</sup>Aral and Ayrancı (n 71) 110; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 756; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1045; Oğuzman and Öz (n 66) 293; Aral and Ayrancı (n 71) 110; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 165; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 136.

<sup>1440</sup>Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 160; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1045; Oğuzman and Öz (n 66) 293; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 755.

yerine getirilmemesi söz konusu ise kısmi temerrüt nitelendirilmesi yapılır. Böylece ifa edilmeyen kısım için temerrüt hükümleri uygulanır.<sup>1441</sup> Daha açık bir ifadeyle bu ifanın kısmen ifa olarak nitelendirilip genel hükümlere tabi tutulması edimin niteliği itibarıyla bölünebilir bir edim olup olmamasına bağlıdır.<sup>1442</sup> Bu durumda hâkim görüş tazminat ve dönme hakkını sadece geciktirilen kısım için kabul etmekle birlikte, kısmi ifanın alacaklı için bir herhangi bir faydası yoksa ya da edimin geciken kısmı olmadan sözleşme yapılamayacak idiyse ya da bölünemeyen bir edim olmasından dolayı kısmi dönme mümkün değilse, sözleşmenin tamamından dönülebileceği kabul edilmektedir.<sup>1443</sup> Aslında bu sonuca TTK md. 23/I/a'nın adi satışlara kıyasen uygulanması ile varılmaktadır.<sup>1444</sup> Dolayısıyla sözleşmenin tamamından dönülmesi CISG'deki düzenleme ile benzer şekilde sözleşmenin tamamını etkileyen ağır bir sonucun varlığı haline bağlanmıştır.

Ancak TBK'da yan edim yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde aynı sonuca varmak mümkün değildir zira yerine getirilmeyen kısım yan edim yükümlülüğü ise bu durumda sözleşmenin tamamından dönülemez.<sup>1445</sup> Öte yandan, yan-asli edim ayrımı yapmayan CISG açısından böyle bir ayrım gözetilmemiştir.

Son olarak; CISG'de ifası imkânsız hale gelen kısım nedeniyle oluşan esaslı ihlal sonucunda ifa edilmeyen kısma dair (md. 51/I) ya da sözleşmenin tamamından (md. 51/II) dönülmesi mümkündür. Burada sözleşmeyi ve sözleşmeyi çevreleyen faktörler incelenerek ifa edilmeyen kısmın sözleşmenin bütünü üzerinde esaslı ihlal yaratıp

---

<sup>1441</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 569 vd; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1274; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 757 vd.

<sup>1442</sup>Güven (n 1408) 442.

<sup>1443</sup>Aynı durum tazminat talebi açısından da geçerlidir. Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1274. Alacaklı bu durumda malı iade ederek sözleşmenin tamamından dönebilir. İade edemiyorsa tazmin yoluna gidebilir. Her durumda TBK md. 123-126'da şartlara uyularak sözleşmeden dönme hakkı kullanılacaktır. Oğuzman and Öz (n 66) 570, 571.

<sup>1444</sup> TTK md. 23/I/a ticari satışlarda satılanın kısmi ifasının çekince koymadan teslim alınmasını düzenler. Buna göre alıcı ancak kısmi temerrüt hükümlerine dayanabilir. Ancak kısmi ifa ile sözleşmeden beklenen yarar elde edilemiyorsa veya sözleşme ile ulaşılmak istenen amaçta ulaşma imkânı ortadan kalkıyor ya da azalıyor bu durumda alıcı sözleşmenin tamamını feshedebilir. Aral and Ayrancı (n 71) 110, Tandoğan (n 71) 136; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 165.

<sup>1445</sup>Satılan malın ambalajsız teslimi bu durumunda örnek gösterilebilir. Oğuzman and Öz (n 66) 571.

yaratmadığı incelenerek sonuca varılacağına yukarıda değinilmişti.<sup>1446</sup> TBK md. 137 uyarınca, edimin kısmi imkânsızlığı ile tam imkânsızlık halindeki hukuki yaptırımlar aynı değildir. Kısmi imkânsızlıkta hala edimlerin bir kısmı gerçekleştirilebilir durumda olduğundan, hukuki yaptırımlar sadece imkânsız olan kısım üzerinden işlemektedir. Tam imkânsızlıkta ise aynen ifanın talebinde hukuki bir yarar bulunmamaktadır zira ifa edilecek bir şey kalmamıştır.<sup>1447</sup> Ancak kısmi imkânsızlık önceden öngörülebilseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa borcun tamamı sona ereceği düzenlenmiştir. (TBK md. 137/I) Öte yandan, kısmi imkânsızlıkta da TBK md. 27/II ve TBK md. 230 hükümlerine kıyasen sözleşmenin bölünmez bütün oluşturduğu ileri sürülerek sözleşmeden tam dönmenin kabul edilmesi gerektiği savunulur.<sup>1448</sup>

Öte yandan, TBK'ya göre kısmen ayıplı ifa ise, ayıp hükümleri çerçevesinde ele alınarak, genel hükümlerde ele alınan eksik miktarda teslimden ayrılmakta ve alıcıya kural olarak ayıplı kısım bakımından dönme olanağı verilmektedir. Şöyle ki, miktarda farklılık kural olarak ayıplı ifa olarak kabul edilmemekle birlikte, ticari bir teamül gereği veya satım sözleşmesinden anlaşıldığı üzere, miktar eksikliğinin aynı zamanda ayıp olarak kabul edileceği kararlaştırılmışsa bu durumda eksik ifa, TBK'ya göre ayıba karşı tekeffül hükümlerine tabi olur.<sup>1449</sup> Ayrıca sözleşmede kararlaştırılmamış olsa da, mevcut nicelik eksikliği satılanın değerini azaltıyor veya alıcının satılandan faydalanması bakımından önem taşıyorsa, başka bir deyişle malın miktarının malın niteliğini belirlemesi veya malın kullanılma amacı bakımından önem taşıması halinde, miktar (nicelik) eksikliği nitelik eksikliği olarak kabul edilir ve özel hükümlerdeki TBK md. 219/I düzenlemesi uygulama alanı bulur.<sup>1450</sup>

---

<sup>1446</sup> Bkz tez: "Satıcının Yanlış Miktarda Mal Tesliminde Esaslı İhlal" 316.

<sup>1447</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 601-603; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1174; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 941; Sert (n 9) 90.

<sup>1448</sup> Tandoğan (n 71) 137; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 165.

<sup>1449</sup> Gümüş (n 71) 67,68; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 75; Aral and Ayrancı (n 71) 124; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 125.

<sup>1450</sup> Gümüş (n 71) 66; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 75; Aral and Ayrancı (n 71) 124; Tandoğan (n 71) 167; Özdemir, *TBK ve CISG'e Göre Ayıp* (n 144) 102-103; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 125, Tandoğan (n 71) 77.

CISG de ise, yukarıda açıklandığı üzere, miktar eksikliği CISG md. 35’de, kötü veya ayıplı ifa durumu ile aynı hukuki rejime bağlanmış olup, sözleşmeye aykırı mal teslimi kavramı içinde değerlendirilir.<sup>1451</sup>

## 5. Teslim Edilen Mallardaki Hukuki Ayıp Halinde Esaslı İhlal

### a. CISG’de Hukuki Ayıp

Satıcı mallardaki maddi ayıplardan sorumlu olduğu kadar maldaki hukuki ayıplardan da sorumludur. CISG md. 41 uyarınca satıcı, alıcının rızası olmadığı sürece, teslim ettiği malların üçüncü kişilerin hak ve taleplerinden ari şekilde teslimiyle mükelleftir.<sup>1452</sup> Alıcının mallardan faydalanmasını engelleyen her türlü; özel hukuk veya kamu hukuku kaynaklı ya da niteliği açısından kısıtlayan hakkın şahsi ve aynı hak olması arasında bir ayırım gözetilmeden hukuki ayıp hükmü düzenlenmektedir.<sup>1453</sup>

CISG md. 41/II’de md. 42’ye yapılan atıfla, satıcının sınai veya diğer fikri mülkiyet haklarına dayanan talepleri hakkında özel hüküm düzenlenmiştir.<sup>1454</sup> CISG md. 42’ye göre; satıcının söz konusu hak ve talepleri sözleşmenin kurulduğu sırada bilmemesi ve bilmesinin mümkün olmaması gerekmektedir. Ayrıca sözleşmenin kuruluşu sırasında malların satımının ve kullanımının planlanan devletin hukukuna uygun olması aranır. Bunun yanı sıra, alıcının her halükârda alıcının işyerinin bulunduğu devletin fikri ve sınai mülkiyet kurallarına göre üçüncü kişilerin hakların ari bir mal teslimi gerçekleştirmesi gerekir.<sup>1455</sup> Bununla beraber, CISG md. 42/II’ye göre; alıcı tarafından

<sup>1451</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 77; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 169.

<sup>1452</sup>CISG md. 41 “*Satıcı, üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden ari mallar teslim etmek zorundadır, meğer ki, alıcı bu hak ve taleplere konu malları almayı kabul etmiş olsun. Bununla birlikte, bu hak veya talep sınai ya da diğer bir fikri mülkiyete dayanmaktaysa, satıcının borcu 42. maddeye tabidir...*”

<sup>1453</sup>TBK ile farklı olan bu düzenlemenin detaylarına bir sonraki başlıkta değinilmektedir.

<sup>1454</sup>CISG md. 41/II: “*Bununla birlikte, bu hak veya talep sınai ya da diğer bir fikri mülkiyete dayanmaktaysa, satıcının borcu 42. maddeye tabidir.*”

<sup>1455</sup>CISG md. 42 “*Satıcı, üçüncü kişilere ait sınai veya diğer bir fikri mülkiyete dayanan ve sözleşmenin akdedilmesi sırasında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hak veya taleplerden ari mallar teslim etmek zorundadır, şu şartla ki, hak ya da talep, (a) malların yeniden satılacağı veya diğer bir şekilde kullanılacağı devletin hukukuna göre mevcut olan bir sınai veya fikri mülkiyete dayansın ve taraflar sözleşmenin kurulması sırasında malların bu devlette yeniden satılacağını veya kullanılacağını hesaba*

bilinmeyen ve bilinme ihtimali olmayan bazı hak ve talepler kapsam dışında bırakılarak satıcının sorumluluğu çizilmiştir.<sup>1456</sup> Ayrıca satıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için; satıcının haberdar olduğu durumlar hariç, alıcının makul sürede satıcıya ayıbı bildirim külfeti düzenlenmiştir.<sup>1457</sup>

Hukuki ayıp içeren malın tesliminin tabi olacağı hükümlere gelince; satıcı tarafından teslim edilen mallardaki hukuki ayıp halinde, satıcının sözleşmeye aykırı mal teslimine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir (CISG md. 41 vd.).<sup>1458</sup>

Bunun yanı sıra, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı kapsamında hukuki ayıbı ortadan kaldırılması mümkün değilse ve alıcıdan malı bu şekilde kullanması beklenemiyorsa sözleşmenin esaslı olarak ihlal edildiği söylenebilir.<sup>1459</sup> Sözleşmeye aykırılığı gidermek için satıcı; üçüncü kişilerin iddialarını ortadan kaldıracak düzenlemeler yapabilir veya cins borçlarında aynı cinsten mallar teslim ederek ayıbı gidermesi mümkün görülmektedir. Ancak maldaki ayıbın giderilmesinde olduğu gibi, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı kapsamında hukuki ayıbı gidermek için geçirilecek sürenin ve alıcıya yüklediği külfetin hesaba katılması gerekir.<sup>1460</sup>

Teslim edilen malların çalıntı olması nedeniyle satıcının mülkiyet hakkını devredememesi neticesinde alıcının teslim edilen malı bırakmak zorunda kalması halinde de sözleşmenin esaslı olarak ihlal edildiği kabul edilir.<sup>1461</sup> Yine üçüncü kişilerin

---

*katmış olsun; veya (b) bunun dışındaki her halde, alıcının işyerinin bulunduğu devletin hukukuna göre mevcut olan bir sınaî veya fikri mülkiyete dayansın.*

<sup>1456</sup>CISG md. 42/II: “ *Satıcının fıkra 1 uyarınca yükümlülüğü, (a) sözleşmenin kurulduğu anda alıcının hakkı ya da talebi bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı halleri; veya (b) hak ya da talebin, alıcının, satıcının kullanımına sunduğu teknik çizim, tasarım, veya başkaca veriden kaynaklandığı halleri kapsamaz.*”

<sup>1457</sup>CISG md. 43 “ *Alıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini öğrendikten veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren, makul bir süre içinde satıcıya bu hak veya talebin mahiyetini belirten bir bildirimde bulunmazsa 41. veya 42. madde hükümlerine dayanma hakkını kaybeder. (2) Satıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini ve bunun mahiyetini biliyor idiyse fıkra 1'e dayanamaz.*”

<sup>1458</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 503; Zeytin, ‘Esaslı İhlal’ (n 541) 65; Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art 49, N 44; Enderlein and Maskow (n 20) Art 25, N 3.4.

<sup>1459</sup>Zeytin, ‘Esaslı İhlal’ (n 541) 15/22.

<sup>1460</sup>Enderlein and Maskow (n 20) Art 25, N 3.4.

<sup>1461</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 20; Zeytin, ‘Esaslı İhlal’ (n 541) 652; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 400. İçtihat: Landgericht Freiburg, 22.08.2002, CISG-Online: 711 Karara konu olayda teslim edilen

fikri mülkiyet hakları nedeniyle gerekli lisansların elde edilememesi alıcının sözleşmesel menfaatlerinin önemli ölçüde yoksunluğa uğratacak seviyede malı kullanımını engelliyorsa bu halde esaslı ihlalden bahsedilebilir.<sup>1462</sup> Ancak satıcının; ihlalin esaslı ihlal seviyesine ulaşmadığı bir aşamada, satıcının teminat göstermek suretiyle alıcının zararlarını tazmin güvencesi vererek, sözleşmeye aykırılığı gidermek istemesi halinde esaslı ihlalin oluşmasını engelleme imkânı bulunmaktadır.<sup>1463</sup>

## b. TBK’da Hukuki Ayıp ve Zapt

Hukuki ayıp TBK md. 219’da düzenlenmekle birlikte, Kanun’da bir tanıma yer verilmediği görülmektedir.<sup>1464</sup> Doktrinde kabul edilen tanıma göre hukuki ayıp; “satım konusu maldan alıcının yararlanmasını veya tasarruf etmesini engelleyen ya da bu olanağı azaltan veya ortadan kaldıran özel veya kamu hukuku kaynaklı yasaklamalar veya sınırlamalardan doğan eksiklikler” şeklinde tanımlanmaktadır.<sup>1465</sup> Hukuki ayıp

---

arabanın çalıntı olduğunun ortaya çıkması ve el konulması neticesinde CISG md. 30’a göre malların mülkiyetini alıcıya geçirme borcu ifa edilmemiştir. Mahkeme sözleşmeden dönülmesine karar vermiştir

<sup>1462</sup>Schwenzer, ‘Commentary 35-41’ (n 134) Art 41, Para 11; Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art 41, N 18. Söz gelimi; teslim edilen araçta üçüncü bir kişinin rehin hakkının bulunması halinde borcun ödenmesi esaslı ihlalin oluşumunu engeller. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 400.

<sup>1463</sup>Stefan Kröll, ‘Article 35-44’ in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds) UN Convention on Contract for The International Sale of Goods: Commentary (C. H. Beck, Hart, Nomos 2011) Art 41, N 43. Oberster Gerichtshof, 06.02.1996, CISG-Online: 224 sayılı karara konu olayda: Taraflar arasında satım kararlaştırılan propan gazının Belçika’da teslimine karar verilmiş alıcı tarafından sonrasında malın Hollandaya satım yapılacağı bildirilmiştir. Ancak satıcı malın ilgili ülkelere satım konusunda kendi tedarikçilerinden gerekli onayları sağlamamıştır. Bu nedenle malın Benelüks ülkesine satım mümkün görünmemektedir. Söz konusu tedarikçiler tarafından getirilen ihracaat yasağı mahkeme tarafından CISG md. 41 kapsamında hukuki ayıp gözetilerek malın sözleşmeye aykırı teslimi olarak görerek, ayrıca esaslı ihlal seviyesinde bir aykırılık olduğu yönünde hüküm kurmuştur. Sarıkaya (n 37) 273, 274.

<sup>1464</sup>TBK md. 219 “*Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur. Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmeseyse bile onlardan sorumludur.*”

<sup>1465</sup>Tandoğan (n 71) 76; Aral and Ayrancı (n 71) 125; Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu* (n 1332) 62; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 104; Gümüş (n 71) 70; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 76; Özdemir, ‘TBK ve CISG’e Göre Ayıp’ (n 144) 93; Sayın (n 228) 107,



halinde mal maddi anlamda ayıpsız olmakla birlikte alıcının maldan faydalanmasını engelleyen, objektif hukuk kurallarından kaynaklanan bazı sınırlamalar mevcuttur.<sup>1466</sup>

Bu noktada hukuki ayıp ile zapta karşı tekeffül hükümleri arasındaki ayrıma dikkat çekmekte yarar vardır. Zapta karşı tekeffül hükümleri TBK md. 214 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre zapta karşı tekeffülde; üçüncü kişilerin satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan, özellikle bir aynı hakka dayanarak satılan malın bir kısmına veya tamamına el koyması veya satılardan yararlanılmasını engelleme durumu, söz gelimi; istihkak iddiası, aynı hak ile şerh edilmiş bir kişisel hak, malın çalıntı olması, hacizli olması gibi bir durum mevcuttur.<sup>1467</sup> Hukuki ayıpta ise bir objektif hukuk kuralı nedeniyle malı kullanmama ve ondan yararlanamama söz konusudur.<sup>1468</sup> Söz gelimi; malın hukuka aykırı bir marka taşınması, sınai ve fikri mülkiyet haklarını ihlal etmesi, resmi mercilerce konulan güvenlik kurallarını ihlal etmesi<sup>1469</sup> ya da o ülkede satımı yasak olan bir kimyevi maddenin serbest olduğu belirtilerek satılması ya da satılan bir mala gümrük idaresince el konulması şeklinde örnekler çoğaltılabilir.<sup>1470</sup>

CISG hükümlerine göre ise; alıcının malları kullanmasını ve yararlanmasını sınırlayan ya da ortadan kaldıran hakkın özel hukuktan veya kamu hukukundan kaynaklanıyor olmasının önemi olmadığı gibi, üçüncü kişilerin bu haklarının aynı veya şahsi hak olması açısından da bir ayırım gözetilmeden hukuki ayıbın varlığı kabul edilir.<sup>1471</sup> Burada öncelikle yapılacak en önemli tespit; CISG sisteminde kabul edilen hukuki ayıbın;

<sup>1466</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 76; Özdemir, *TBK ve CISG'e Göre Ayıp* (n 144) 94; YHGK, 24.01.2007, 25 E. 21 K. www.kazancı.com.tr> Erişim Tarihi: 12.01.2022; Sayın (n 228) 108.

<sup>1467</sup>Gümüş (n 71) 53; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 72, 73; Aral and Ayrancı (n 71) 125; Özdemir, *TBK ve CISG'e Göre Ayıp* (n 144) 94; Sayın (n 228) 108. TBK md. 214 “*Satış sözleşmesinin kurulduğu sırada var olan bir hak dolayısıyla, satılanın tamamı veya bir kısmı bir üçüncü kişi tarafından alıcının elinden alınırsa satıcı, bundan dolayı alıcıya karşı sorumlu olur. Alıcı, elinden alınma tehlikesini sözleşmenin kurulduğu sırada biliyor idiyse satıcı, ayrıca üstlenmiş olmadıkça bundan dolayı sorumlu olmaz. Satıcı, üçüncü kişinin hakkını gizlemişse, sorumluluğunu kaldırma veya sınırlama konusunda yapılmış olan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.*”

<sup>1468</sup>Erdem, ‘Viyana Satım Sözleşmesi’ (n 119) 84; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 76; Aral and Ayrancı (n 71) 125; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 105-106; Özdemir, *TBK ve CISG'e Göre Ayıp* (n 144) 94, Sayın (n 228) 107; Gümüş (n 71) 70.

<sup>1469</sup>Tandoğan (n 71) 169.

<sup>1470</sup>Özdemir, *TBK ve CISG'e Göre Ayıp* (n 144) 95. Yargıtay’ın yeni kararlarında; usulsüz ithalat nedeniyle satın alınan araca emniyet tarafından el konulmasına ilişkin Y19 HD, 09.05.2016, 12073/248453 kararı örnek gösterilebilir. Gümüş (n 71) 70.

<sup>1471</sup>Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 159.

TBK’da düzenlenen zapta karşı tekeffül hükümlerini de kapsamıdır. Ayrıca TBK’dan farklı olarak, CISG md. 41/II’de md. 42’ye yapılan atıfla, satıcının sınavi veya diğerk fikri mülkiyet haklarına dayanan talepleri hakkında özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.<sup>1472</sup>

TBK md. 217’de alıcının hakları başlığı altında, “tam zapt” halinde sözleşmenin akıbeti, alıcının başvurabileceği hukuki imkânları ve alıcının istemleri düzenlenmiştir. Buna göre, satışa konu malın satıcının elinden tamamen alınması halinde satış sözleşmesinin kendiliğinden sona erdiği kabul edilmektedir.<sup>1473</sup> TBK md. 218’de ise üçüncü kişilerin mallar üzerinde sınırlı bir aynı hak iddia etmeleri ya da satılan malın bir kısmının alıcının elinden alınması halinde bu durumun “kısmi zapt” oluşturacağı belirtilerek, alıcının sadece bu nedenle uğradığı zararları tazmin hakkı düzenlenmiştir.<sup>1474</sup> Ancak ikinci fıkra ile getirilen istisna ile; alıcının satılana ayıbı bilseydi sözleşme ilişkisine hiç girmeyeceği kabul edilebiliyorsa bu halde sözleşmenin sona ermesine karar verilmesini isteyebileceği kabul edilmiştir.<sup>1475</sup> Öte yandan alıcının ayıbı bilebileceği hallerde, dürüstlük kuralı uyarınca satıcının sorumluluğu ortadan kalkmaktadır (TBK md. 222).<sup>1476</sup>

Her iki sistem karşılaştırıldığında CISG’de; tam zapt halinde sözleşmeye aykırılığın esaslı olduğunun kabul edilmesi halinde, alıcıya sözleşmeden dönme hakkı verilmiş ve

---

<sup>1472</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 76, CISG md. 41/II: “*Bununla birlikte, bu hak veya talep sınavi ya da diğerk bir fikri mülkiyete dayanmaktaysa, satıcının borcu 42. maddeye tabidir.*” Belirtmekte yarar var ki, bir malın ithali veya ihracı yasak ise bu durumda hukuki ayıp değil, TBK md. 27 anlamında hukuki imkânsızlık vardır. Hukuki ayıp ile hukuki imkânsızlık ayırımı yapabilmek bu nedenle çok kolay değildir. Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 76.

<sup>1473</sup>Gümüş (n 71) 59; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 72. TBK md. 217: “ a) Alıcının Hakları. Tam zapt: “*Satılanın tamamı alıcının elinden alınmışsa, satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılır ve alıcı satıcıdan aşağıdaki istemlerde bulunabilir: 1. Satılana elde ettiği veya elde etmeyi ihmal eylediği ürünlerin değeri indirilerek, ödemiş olduğu satış bedelinin faizi ile birlikte geri verilmesini, 2.Satılanı elinden alan üçüncü kişiden isteyemeyeceği giderleri. 3. Davayı satıcıya bildirmekle kaçınılabilecek olanlar dışında kalan bütün yargılama giderleri ile yargılama dışındaki giderleri. 4. Satılanın tamamen elinden alınması yüzünden doğrudan doğruya uğradığı diğerk zararları. Satıcı, kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alıcının satılanın elinden alınması yüzünden uğramış olduğu diğerk zararları da gidermekle yükümlüdür.*”

<sup>1474</sup>Gümüş (n 71) 61; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 73,74. TBK md. 218 Kısmi zapt halinde : “*Satılanın bir kısmı elinden alınmış veya satılan sınırlı aynı bir hakla yüklenmişse alıcı, sadece bu yüzden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir.*”

<sup>1475</sup>Gümüş (n 71) 61; Kılıçoğlu, *Özell Hükümler* (n 71) 74; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 79; Aral and Ayrancı (n 71) 128.

<sup>1476</sup>Aral and Ayrancı (n 71) 130; Gümüş (n 71) 63; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 76; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 80.

TBK’da ise sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği kabul edilmiştir. CISG’e göre kısmi zapt halinde ise; alıcının kullanımının kısıtlandığı durumun ya da miktarın, alıcının sözleşmenin tamamından beklediği haklı menfaati önemli ölçüde sekteye uğratması halinde esaslı kabul etmektedir. TBK’da da benzer yaklaşımla; alıcının bu ayıbı bilseydi sözleşme ilişkisine hiç girmeyecek olduğu varsayımında sözleşme ilişkisini sona erdirebileceği kabul edilmektedir.<sup>1477</sup>

TBK’da düzenlendiği şekilde hukuki ayıplarda; sözleşmeye aykırı mal teslimine ilişkin TBK md. 227’deki seçimlik haklar ya da TBK md. 212 atfı gereği genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. CISG’de de hukuki ayıp halinde sözleşmeye aykırı mal teslimine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.

## **6. Mallara İlişkin Belgelerde Eksiklik veya Yanlışlık Halinde Esaslı İhlal**

### **a. CISG’de Belgelerin Eksik veya Yanlış Teslimi**

CISG md. 30’da, satıcının ikinci asli yükümlülüğü olarak mala ilişkin belgelerin teslimi yükümlülüğü düzenlenmiştir. CISG md. 34’te ise, belgelerin teslimine ilişkin yükümlülüğün içeriğine yer verilmiştir.<sup>1478</sup> Buna göre; satıcının mala ilişkin belgeleri teslim etme yükümlülüğünün olup olmadığı, kabulü halinde hangi belgelerin ne şekilde ne zamanda ve nerede alıcıya verileceği öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye sonra taraflar arasındaki teamüller, alışkanlıklar ya da CISG md. 7/I uyarınca dürüstlük kuralına bakılarak değerlendirilmelidir.<sup>1479</sup>

---

<sup>1477</sup>Gümüş (n 71) 6; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 74;Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 78,79; Aral and Ayrancı (n 71) 126.

<sup>1478</sup>CISG md. 34 “*Satıcının mallara ilişkin vermesi gereken belgeler varsa, bunları sözleşmede öngörülen zamanda, yerde ve şekilde vermesi gerekir. Belgelerin erken verilmesi halinde, satıcı, belgelerin verilmesi için öngörülen ana kadar, belgelerdeki tüm sözleşmeye aykırılıkları gidermek hakkına sahiptir, yeter ki bu hakkın kullanımı alıcı için makul olmayan zahmete veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır.*”

<sup>1479</sup>Lüchinger Widmer, ‘Commentary on Art 30-34’ in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)*, (1st eds, Oniki Levha 2015) Art 30, Para 5; Erdem ‘Teslim Borcu’ (n 949) 153.

CISG md. 34'te teslim edilecek belgelerin ne olduğu düzenlenmemekle birlikte bunlar; malı temsil eden taşıyıcı ya da sigortacıya taleplerin yöneltilmesini sağlayan “teknik belgeler” olabileceği gibi, malın gümrükten çekilmesi, ithalat ruhsatları gibi “gümrük ve idari makamlarınca istenen” mala ilişkin yardımcı belgeler de olabilmektedir.<sup>1480</sup>

Belgelere ilişkin yükümlülüklerin ihlal edilmesi her zaman esaslı ihlal oluşturmaz.<sup>1481</sup> Öte yandan, satıcının teslim etmekle yükümlü olduğu tespit edilen belgeleri hiç teslim etmemesi, geç teslimi ya da sözleşmeye aykırı olarak teslim etmesi halinde ortaya çıkan ihlalin, esaslı olup olmadığının değerlendirmesi ihlale yol açan belgenin niteliğine bakılarak yapılabilmektedir.<sup>1482</sup>

Belgelerde eksiklik halinde uygulanacak hükümler mallara ilişkin düzenlenen hükümler ile benzerlik göstermektedir.<sup>1483</sup> Alıcı, malların “hiç teslim etmeme” ve “teslimde gecikme” hükümlerinde olduğu gibi esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönebileceği gibi (CISG md. 49/I(a)), ayrıca esaslı ihlalin şartları oluşmadığından bahisle teslim etmemeye dayanarak satıcıya süre vermek koşuluyla da sözleşmeden dönebilir (CISG md. 49/I (b)).

Söz konusu belgelerin teslim edildiği ancak ayıplı olarak teslim edildiği hallerde ise “sözleşmeye aykırı mal teslimi” gibi değerlendirme yapmak mümkün olmaktadır.<sup>1484</sup> Dolayısıyla ayıplı belge teslimi halinde, alıcı sözleşmeye aykırı yapılan belge tesliminin esaslı ihlal oluşturması, bir başka deyişle CISG md. 25 kapsamında sözleşmeden beklediği menfaatlerinin önemli ölçüde olumsuzluğa uğraması koşulu ile sözleşmeden dönebilecektir (CISG md. 49/I(a)). Burada esaslı ihlalin varlığı için kanımızca alıcının

---

<sup>1480</sup>Huber and Mullis (n 18) 127, Erdem, ‘Viyana Satım Sözleşmesi’ (n 119) 70, Zeytin, *CISG* (n 2) 124. Ayrıca örnek olarak konişmento, menşe gösteren belgeler, analiz raporları, gümrük belgeleri, fatura ve kullanım klavuzları gösterilebilir. Schroeter (n 159) Art 25, N 61.

<sup>1481</sup>Björklund (n 186) Art 25, Para 46.

<sup>1482</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 61; Müller-Chen (n 44) Art. 49 N. 11; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 503; Huber and Mullis (n 18) 232, 233; Björklund (n 186) Art. 25 N. 45; Atamer *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 251; Kaşak (n 185) 350. İçtihatla bu yönde: Ayrıca CISG md. 25’e göre yapılacak değerlendirme sonucunda: Bundesgerichtshof, Almanya, 03.04.1996, CISG-Online No: 135.

<sup>1483</sup>Bkz tez: “Satıcının Malları Hiç Teslim Etmemesi Halinde Esaslı İhlal” 221 vd.

<sup>1484</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 61; Müller-Chen (n 44) Art. 49 N. 11; Huber and Mullis (n 18) 232.

mallara ilişkin belgeleri sözleşmede amaçladığı şekilde kullanamaması dolayısıyla CISG md. 25 kapsamında menfaatlerinin olumsuzluğa uğraması aranmalıdır.<sup>1485</sup>

Ancak satıcı tarafından sözleşmeye aykırı belge teslimine rağmen alıcı söz konusu malları amaçladığı gibi kullanabilecek durumdaysa bu halde esaslı ihlalin varlığından bahsedilemeyecektir. Keza burada CISG md. 25 anlamında “olumsuzluk” kriteri oluşmamıştır.<sup>1486</sup> Esaslı sözleşme ihlali değerlendirilirken belgelere ilişkin sözleşmeye aykırılığın giderilip giderilemeyeceği ve belgelere ilişkin sözleşmeye aykırılığa rağmen malların ne ölçüde kullanma olanağı olduğunun araştırılması gerekir.<sup>1487</sup> Bu noktada belgelerin eksik veya yanlış teslim edilmesi ile oluşan ihlalin alıcı tarafından giderilmesi imkânın olup olmadığı bilgisi önem arz etmektedir.<sup>1488</sup>

Özetle, sözleşmeye aykırı belge teslimi halinde sadece esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönmek mümkündür. Bu halde esaslı ihlalin varlığı için aranan şartlar önem kazanmaktadır. Böyle bir durumda belgelerin sadece ayıplı olarak teslimi ihlali kendiliğinden esaslı hale getirmez ayrıca CISG md. 25 şartlarının karşılanması gerekmektedir. Bu noktada önemli olan ortaya çıkan durumun yarattığı fiili olumsuzluğun alıcının sözleşmesel beklentileri üzerindeki etkisidir.<sup>1489</sup>

Bazı durumlarda belgelerin belli bir zaman diliminde teslim edilmemesi sözleşmesel menfaatin karşılanmasının önüne geçebilir. Zira çoğu zaman belgelerin geç teslimi halinde vadenin, kesin vadeli işlem olarak düzenlendiği kabul edilmektedir.<sup>1490</sup> Söz

---

<sup>1485</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 N. 62; Toker, ‘Esaslı İhlal’ (n 187) 241; Sarıkaya (n 37) 275. İçtihat bu yönde: Ukrayna Uluslararası Tahkim Merkezi, 05.07.2005, CISG-Online: 1361: Satıcının kaliteye ilişkin belgeyi zamanında alıcıya teslim edememesi bu nedenle de alıcının gümrük kontrollerini yaptırması nedeni ile malların teslim alınmaması esaslı ihlal olarak kabul edilmiştir.

<sup>1486</sup>Açıklan (n 67) 121, CEİTAC, 02.2006, CISG-Online: 1916.

<sup>1487</sup>Müller-Chen (n 44) Art. 49 N. 11; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 503, 504; Huber and Mullis (n 18) 232; Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art. 49 N. 45 Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 251; Kaşak (n 185) 350.

<sup>1488</sup>Müller-Chen (n 44) Art 49, N. 11; Huber and Mullis (n 18) 233; Kaşak (n 185) 350. İçtihat bu yönde: Ayrıca CISG md. 25’e göre yapılacak değerlendirmeye sonucunda: Bundesgerichtshof, Almanya, 03.04.1996, CISG-Online No: 135 sayılı karara göre alıcı menşeye yerine ilişkin hatalı düzenlemeyi kendi imkânları ile düzeltebileceği belirtilmiştir.

<sup>1489</sup>Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art 49, N 47; Huber and Mullis (n 18) 233.

<sup>1490</sup>Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art 49, Para 56; Yelkenci *Dönme* (n 166) 68.

gelimi, akreditifle ödemenin seçilmesi halinde, alıcıya malların usulüne uygun sunulması için gerekli belgelerdeki aykırılıklar, esaslı ihlal olarak değerlendirilebilir.<sup>1491</sup>

Öte yandan, yukarıda değinildiği üzere belgelerin niteliği esaslı ihlalin değerlendirmesinin yapılmasında önem taşır. Örneğin bazı belgeler; alıcının satın aldığı mallar üzerinde tasarrufta bulunması veya malları teslim alması için ihtiyaç duyduğu, elinde bulundurması gereken belgelerdir. Yanı sıra, malları temsil eden emtia satımlarında (konşimento, taşıma senedi, makbuz senedi, varant gibi) ilişkin belgelerdeki ihlallerde bir başka deyişle “belgeli satışlarda” da, belgelerin teslim edilmemiş olması ya da belgelerdeki aykırılıklar “malların teslim edilmemesi” ile eş tutulabilmektedir.<sup>1492</sup> Bu belgelerin hiç teslim edilmemesi halinde sözleşmenin esaslı ihlali kabul edilebilmeli, tesliminde gecikmesi halinde ise, zamanında teslimin alıcı için taşıdığı öneme ve ihlalin yarattığı fiili olumsuzluğa bakılarak hüküm kurulmalıdır.<sup>1493</sup> Esaslılığın değerlendirmesi yapılırken, malların belgelerden bağımsız olarak kullanılabilmesi veya belgelerdeki eksikliklerin vade öncesinde ya da vade sonrasında satıcı tarafından giderilebilme imkânlarının değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>1494</sup>

Bununla beraber sözleşmeye aykırı şekilde düzenlenen emtia senetlerine bağlı satımlarda esaslı ihlal değerlendirmesi bir takım güçlükler içerebilir. Belgeye dayanan satımlarda malları temsil eden belgelerin sözleşmeye uygun ifası gerekmektedir.<sup>1495</sup> Zira belgelerin tesliminde sözleşmeye aykırılık hali, malların teslim edilmemesi ile eş tutulur

<sup>1491</sup>Schwenzer, ‘Avoidance’ (n 168) 441; Müller-Chen (n 44) Art 49, Para 11; Björklund (n 186) Art 25, Para 43; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 400. Akreditifle ilgili detaylı inceleme için bkz: Ekşi, *Milletlerarası Ticaret* (n 392) 76 vd; Erdem, ‘SIF Satışlar’ (n 406) 176-179 İçtihat: Bundesgericht Almanya, 02.04.2015, CISG-Online:2592: Satıcı ile alıcı arasında yapılan sözleşmede akreditifle ödeme kararlaştırılmış ve akreditif için belirli bir süre tayin edilmiştir. Bu geçerlilik süresi içinde satıcı tarafından belgelerdeki eksikliğin giderilmesi alıcı nezdinde fiili bir olumsuzluk yaratmadığından esaslı ihlalin oluşmadığı yönünde hüküm kurulmuştur. Benzer yönde CEITAC, 04.06.1999, CISG-Online: 1806, Rusya tahkim Merkezi, 11.05.1997, CISG-Online:1514.

<sup>1492</sup>Müller-Chen (n 44) Art 49, Para 18; Huber, ‘Article 45-49’ (n 167) Art 49, Para 56; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 67.

<sup>1493</sup>Müller-Chen (n 44) Art 25, Para 160; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 251; Toker, ‘Esaslı İhlal’ (n 187) 241; Yelkenci, ‘Esaslı İhlal’ (n 358) 1365; Kaşak (n 185) 350.

<sup>1494</sup>Yeşim M Atamer, Yasemin Kabakoğlu Arslanyürek and Zeynep Damla Taşkın, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Danışma Kurulu Görüşleri*, (1st edn, Oniki Levha 2019) No: 11, Müller-Chen (n 44) Art 49, Para 18.

<sup>1495</sup>CISG Danışma Kurulu Görüşü, No:5, N. 4.13.

bunun nedeni; emtia senetlerinin tesliminde, bu belgelerin sözleşmeyle arasındaki sıkı bir bağılıktan ileri gelir.<sup>1496</sup> Bu sıkı bağılılığın aranıyor olmasının başlıca nedeni ise malların, emtia senetleri ile dolaşımının mümkün olması ve üçüncü kişilere satışa olanak veren zincirleme sözleşmeler kurulabilmesidir.<sup>1497</sup>

Emtia senetlerinin özelliklerinde hal böyleyken, bir görüş; bu belgelerdeki sözleşmeye aykırılıkların ağırlığının sözleşmeden ve sözleşmeyi çevreleyen faktörlerden çıkarılması gerektiğini savunur.<sup>1498</sup> Buna göre; satıcının belirlenmiş bu belgeleri teslim borcu esaslı bir öneme sahip olduğundan, bu belgelerdeki sözleşmeye aykırılıkların ihlali, basit bir ihlal olsa dahi, esaslı sayılması için yeterli sayılmalıdır.<sup>1499</sup> Geç teslimde de benzer şekilde, malların bozulabilirliği, malların piyasa fiyatlarının değişkenliği göz önüne alındığında esaslı ihlalin her daim oluşacağının kabulü savunulmakta zira bu halde sözleşmeye aykırılığın giderilmesi mümkün görünmemektedir.<sup>1500</sup> Zira zamanında ifaya yüklenen önemden dolayı satıcının çoğunlukla belgelerdeki ayıbı giderme imkânına sahip olmayacağı düşünülmektedir.<sup>1501</sup>

Diğer bir görüş ise; sözleşmenin ve sözleşmeyi çevreleyen koşulların ihlalin esaslı olmasında tek başına bir ayırt ediciliğinin olamayacağı savunmaktadır. Zira CISG md. 25'in sözleşme türlerine göre bir ayırım gözetmediğini belirterek, ihlalin sonuçlarını göz önünde bulundurulmadan, bazı sözleşme hükümlerine özel önem vererek, bu

---

<sup>1496</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 63 Sıkı bağılılığın nedenleri: Sözleşmeye sıkı bağıllık gerektirmesinin bir takım nedenleri vardır: Bu piyasadaki malların kolay bozulabilen içeriği nedeniyle günlük fiyat dalgalanmaları sık yaşanmakta olduğundan malın sözleşmede belirlen tarihte teslimi önem arz eder. Atamer, Kabakoğlu and Taşkın, *Danışma Kurulu Kararları* (n 1494) No:5; Lesinger (n 159) 120. Ayrıca bu malları temsil eden belgeler nihai satıcıya ulaşana kadar dolaşımdadır ve bu dolaşıma banka ve üçüncü kişi tacirler de dahil olabilmektedir. Ayrıca CIF ve FOB klotuna sıklıkla yer verilerek akreditifle ödeme gerçekleştirilir. Shroeter (n 159) Art 25, Para 63,64.

<sup>1497</sup>Shroeter (n 159) Art 25, Para 63, Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 49, Para 29.

<sup>1498</sup>Atamer, Kabakoğlu and Taşkın, *Danışma Kurulu Kararları* (n 1494)No: 5, 4.1, Shroeter (n 159) Art 25, Para 63.Hatta yazara göre; sözleşmeye sıkı bağıllık CISG md. 9 hükmünde öngörülen anlamda uluslararası ticarete yaygın şekilde kabul edilen bir teamül oluşturur. Bu kural ayrıca CISG md. 8/II-III hükümlerine göre belgelerin sözleşmeye dahil olduğunun kabulü gerektirir. Schroeter (n 159) Art 25, Para 63.

<sup>1499</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 22,23; Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 49, Para 46, Huber and Mullis (n 18) 232.

<sup>1500</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 66, Huber, 'Article 45-49' (n 167) Art 49, Para 29, Huber and Mullis (n 18) 224.

<sup>1501</sup>Atamer, Kabakoğlu and Taşkın, *Danışma Kurulu Kararları* (n 1494) No: 5, N.4.17.

aykırılıkların her durumda ihlali kendiliğinden esaslı hale getiremeyeceğini savunur. Nitekim diğer yönde bir savın kabulü halinde, bazı sözleşme hükümlerinin CISG md. 25 hükümleri üzerinde tutulması sonucu doğacak esaslı ihlal kavramının somut olaydaki olumsuz sonuçların değerlendirilmesi üzerine işleyen yapısından uzaklaşılacaktır.<sup>1502</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre, her ne kadar bu belgelerde yapılan düzenlemelere aykırı teslimlerin ağırlığının çoğu zaman ihlalin esaslı seviyede olmasına yetecek düzeyde olabileceği kabul edilse de, istisnai durumların varlığı her zaman mümkün olduğundan, genel geçer bir düzenleme ile, emtia senetlerinde sözleşmeye sıkı bağlılığın aranması gerekçesine dayanarak doğrudan esaslı ihlal üzerine hüküm kurulması, esaslı ihlal kavramının ruhuna uygun değildir.<sup>1503</sup>

Ayrıca ilgili ticari branşta veya sözleşme tipinde genel kabul gören bir teamül gereği, satıcının belgelerle ilişkili yükümlülüklerde sözleşmeyle sıkı bir bağlılık içinde olması

<sup>1502</sup> Bridge, 'Fundamental Breach' (n 273) 931 vd. İctihatta bu yönde: ICC, 01.03.1995, CISG-Online: 844: Taraflar arasında CFR incoterms klotuna yer verilmiştir. İşlem belgeye dayılı bir emtia satımıdır. Malların ticari dolaşımının yapılabilmesi için konşimentodaki tanzim önem arz etmekle satıcı tarafından buna uyulmaması halinde, satıcının sözleşmeye aykırılığı gidereceği ek süre sonunda alıcının sözleşmeden dönmesine karar verilmiştir. Sarıkaya (n 37) 281.

<sup>1503</sup> CIETAC tarafından yapılan tahkim yargılamasına konu olayda, alıcı tarafından konişmento tarihi sevhen 1998 yerinde 1999 olarak yazılmış ve satıcı malın bedeli akreditifi bankadan tahsil edememiştir. Alıcı satıcının teslim ettiği belgelerle sözleşme arasındaki sıkı bağlılık olması gereği ile satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlal ettiği iddiası ile bu şekilde belgeleri kabulü halinde uğrayacağı zararlar da göz önüne alındığında alıcının malın bedelinde indirim teklifinin makul olduğunu beyan etmiştir. Görülen yargılamada hakem; her ne kadar bu tip emtia satımlarında belgelere sıkı bir bağlılık aranmakta olsa da, sözleşme tarihinin/ifa tarihinin 1998 yılı olması karşısında tarihin sevhen 1999 yazıldığı piyasadaki herkes için anlaşılabilir bir yazım hatası olduğunu vurgulayarak, somut olayın incelenmesi neticesinde aykırılığın alıcının malın yeniden satılması gibi menfaatlerini olumsuz yönde etkilememesinden bahisle esaslı ihlal oluşmadığı yönünde hüküm kurarak alıcının ayrıca bedelde indirim talebini reddetmiştir. CEITAC, 04.06.1999, CISG-Online: 1806 Kararın detaylı incelemesi için: Singh Lachmi, 'Caveat Emptor: Are Decisions more Favourable to the Seller on Matters Relating to the Letters of Credit?' (2006) 2 Nordic Journal of Commercial Law 12-14 <https://journals.aau.dk/index.php/NJCL/article/view/3042/2566> > (Erişim Tarihi 10.03.2022) Her ne kadar bu incelemede hakem kararı konşimentodaki tarih hatasının alıcının başka müşterine malı satarken sorun yaratacağı bahsi ile eleştirilse de (zira basit bir yazım hatası olarak görülemez eğer tarih değil de örneğin "machine" yerine "mechine" yazılıydı aynı sonuca varılmayacaktı zira tarihteki hata sonraki satımları da etkileyecek ağırlıkta görülmelidir), Kanaatimize göre Sarıkaya ile benzer yönde: esaslı ihlal kavramının düzenlenme biçimi gereği hâkimin takdir payını açık bırakan yapısı göz önüne alındığında somut olayı inceleyen her hâkimin/hakemin de farklı bir kanaate varması mümkün olmaktadır. Önemli olan sonunda verilen karar ne olursa olsun, bu kanıya somut olayın fiili neticeleri dikkate alınarak, CISG md. 25 şartlarının oluştuğuna kanaat getirilerek ulaşılmıştır. Çeviri için: Sarıkaya (n 37) 282, 281ff



gerektiği ispatlansa dahi belgeye aykırılık halinin ihlali kendiliğinden esaslı hale getirmeyeceğinin kabul edilmesi gerekir.<sup>1504</sup>

Yanı sıra, belgelerdeki düzenlemelere birebir uyulması gereken bir teamülün sözleşme içeriği olduğunun ortaya konulması da haklı menfaatin kapsamının belirlenmesinde kullanılabilir. Ancak bunlar haklı menfaatinin kapsamının belirlenmesinde birer ispat vasıtası olmaktan öte CISG md. 25'e göre esaslı ihlalin olduğuna dair bir karine yaratmamaktadırlar. Zira CISG md. 25 anlamında alıcının haklı menfaatlerini önemli ölçüde yoksunluğa uğratan bir durum ortaya konulamadığı sürece alıcının belgeleri ya da malları esaslı ihlale dayanarak reddetme hakkı bulunmamaktadır.<sup>1505</sup>

O halde, belgeye dayalı emtia satımlarında teslim edilen belgelerdeki sözleşmeye aykırılığın malların sorunsuz şekilde ticaretine engel olması; başka bir deyişle alıcının malları yeniden satma imkânını kaybedip kaybetmediği, alıcının eksik belgeleri kendi imkânı ile tamamlama olanağı da göz önünde bulundurularak<sup>1506</sup> ayrıca belgelerin geç teslim edilmesi sebebiyle bu sözleşmeden beklenen menfaatin CISG md. 25 anlamında ne ölçüde olumsuzluğa uğradığının değerlendirmesi ile esaslı ihlal yönünde hüküm kurulmalıdır.

Öte yandan, malı temsil eden belgeler dışındaki belgelere aykırılık da sözleşmenin esaslı ihlaline sebebiyet verebilir. Zira bu belgelerdeki eksikliğin veya yanlışlığın giderilme imkânı yoksa sözgelimi; belgelerin hızla değişimi mümkün değilse, mevcut belgeler malın kullanılmasına veya yeniden satılmasına engel oluşturuyorsa esaslı ihlalin varlığı kabul edilebilmektedir.<sup>1507</sup>

---

<sup>1504</sup>Sarıkaya (n 37) 282 ve orada naklen Florian Mohs, "The CISG and the Commodities Trade", Festschrift für Ingeborg Schwenzer cum 60. Geburtstag, Band II, Bern, Stampfli Verlag AG, 1299,1300.

<sup>1505</sup>Sarıkaya (n 37) 283.

<sup>1506</sup>İçtihatla bkz: Bundesgerichtshof, Almanya, 03.04.1996, CISG-Online: 135; Sarıkaya (n 37) 283.

<sup>1507</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 62-65; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 311; Yelkenci, 'Esaslı İhlal' (n 338) 1363,1364,

## **b. TBK’da Belgelerin Eksik veya Yanlış Teslimi**

TBK’ya göre malı temsil eden belgelerin teslim edilmemesi “ifa etmeme” olarak görülmektedir. Zira TBK md. 207/I ve md. 210 uyarınca;<sup>1508</sup> satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devir borcu yer almakta olup söz konusu belgelerin teslim edilmemesi halinde TBK md. 117’ye göre borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.<sup>1509</sup>

CISG’de belgelerin teslim edilmemesi veya yanlış belgelerin teslim edilmesi “gereği gibi ifa etmeme” nin veya “kötü ifa” nın görünüm biçimi olmaktadır. Sözleşmeyi akdetme sebebi olarak kabul edilen belgelerin teslim edilmemesi veya o belgelerin yerine başka belgelerin teslim edilmesi halinde esaslı ihlalin varlığından söz edilebilmektedir.<sup>1510</sup> Temelli ifa etmeme veya kesin vadeli işlem niteliği olup olmadığına göre ihlale bağlanan sonuçlar değişiklik göstermektedir. Malı temsil eden belgelerin teslim edilmemesi halinde TBK’da ve CISG’de borçlunun temerrüdüne benzer sonuçlar kabul edilmiştir.<sup>1511</sup>

CISG’de yukarıda açıklandığı üzere, diğer yardımcı belgelere aykırılıkta, ilgili belgenin niteliği dikkate alınarak, belge eksikliğine rağmen malın kullanılabilmesini ya da yeniden satılabilmesini ne derecede olumsuz etkilediği, somut olay bazında esaslı ihlal değerlendirmesinden geçirilmektedir. Bu yaklaşımın, TBK’daki “ayıplı ifa” hükümleri ile benzerlik gösterdiği kabul edilmektedir.<sup>1512</sup>

## **E. Satıcının Diğer Yükümlülüklerini Esaslı İhlali**

Buraya kadar olan bölümlerde satıcının TBK’da da yer alan tipik sözleşmeye aykırılık hallerine yer verilmiş özellik arz eden yükümlülüklerinin ihlalleri incelenmiştir. Ancak

---

<sup>1508</sup>TBK md. 207: “*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyeti alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” TBK md. 210: “*Satıcı, satılanın mülkiyetini geçirmek amacıyla, zilyetliğini alıcıya devretmekle yükümlüdür.*”

<sup>1509</sup>Gümüş (n 71) 48; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 59; Aral and Ayrancı (n 71) 102.

<sup>1510</sup>Sert (n 9) 91.

<sup>1511</sup>Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 163.

<sup>1512</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 311.

altını çizmek isteriz ki, CISG'in esaslı ihlal sistemi sözleşme ihlalinin sebeplerinden çok sonuçları temelinde kurulmuş olduğundan, asli ve yan edim ayrımı gözetmemekte, CISG md. 25'in şartlarını sağlayan herhangi bir ihlal, niteliğinden bağımsız olarak, sözleşmenin esaslı ihlalini oluşturabilmektedir.<sup>1513</sup> Ancak asli yükümlülüklerin ihlaline kıyasla esaslı ihlal iddia eden tarafın, ispat yükünün kısmen ağırlaştığı kabul edilmektedir.<sup>1514</sup>

## 1. CISG'de Diğer Yükümlülüklerin Esaslı İhlali

Taraflar satım sözleşmesi ile satıcının yükümlülüklerinin kapsamını düzenleyerek, bazı ek yükümlülüklerin ihlalinin esaslı olarak değerlendirilmesini kararlaştırabilirler. İçtihatla, tarafların bazı yükümlülüklerin esaslı ihlal kabul edileceğine dair yaptıkları düzenlemelerinin kabul edildiğine ilişkin kararlar mevcuttur. Sözgelimi; taraflar satım sözleşmesi ile malın yeniden satımına ilişkin bir sınırlama koymuş olmasına rağmen bu yükümlülüğe uyulmamasının,<sup>1515</sup> ithalat yasağının ihlal edilmesinin<sup>1516</sup> veya satış sözleşmesinde belirtilen münhasırlık kaydına aykırı davranışların<sup>1517</sup> ya da daha önce kararlaştırılan ödeme planının değiştirilmesi talebi ile plana uymayan fatura gönderilmesinin<sup>1518</sup> taraflar arasındaki ifaya olan güven ilişkisi bozması nedeniyle<sup>1519</sup> sözleşmenin esaslı ihlali olarak kabul edileceğini düzenlemiş olmaları uygulamada esaslı ihlal hükmüne bağlanan düzenlemeler olmuştur. O halde, taraflarca

<sup>1513</sup>Huber and Mullis (n 18) 298; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 298.

<sup>1514</sup>Björklund (n 186) Art 25, Para 42.

<sup>1515</sup>İçtihatla bu yönde bkz: Grenoble Temyiz Mahkemesi, 22.02.1995, CISG-Online: 151.

<sup>1516</sup>İçtihatla bu yönde bkz: Oberlandesgericht Koblenz, 31.01.1997, CISG-Online: 256.

<sup>1517</sup>İçtihatla bu yönde bkz: Oberlandesgericht, Frankfurt, 17.09.1991, CISG-Online: 28 sayılı kararda satıcı alıcı için ürettiği ayakkabıları fuarda sergileyerek, alıcının tüm uyarılarına rağmen sergiden kaldırmayarak alıcının münhasırlık hakkını ihlal etmiş mahkemece asli edim yükümlülüğü olmamasına rağmen alıcının haklarının CISG md. 25 anlamında olumsuzluğa uğradığından bahisle esaslı ihlale karar verilmiştir. Oberlandesgericht Koblenz, 31.01.1997, CISG-Online: 256 sayılı kararda münhasıran dağıtıcılık yapılması anlaşmasına uyulmamış olması alıcı makul sürede sözleşmeden dönme talebinde bulursa idi esaslı ihlale yol açabilirdi. Oberstergerichtshof, 15.11.2012, CISG-Online: 2399 sayılı kararda mahkeme münhasırlığın ihlal edilmesiyle ortaya çıkan rekabet durumunun önlenmesi halinde CISG md. 25 anlamında bir menfaat kaybı bulunmayabileceğini belirtmiştir.

<sup>1518</sup>Ukrayna Tahkim Mahkemesi, 25.11.2002, CISG-Online: 1267

<sup>1519</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 507.

kararlaştırılmış olması halinde sınırlı sayıda olmayan bu yan edim yükümlülüklerinin ihlali esaslı ihlal oluşturabilir.

Öte yandan, mahkeme kararları üzerinden verilen bu örneklerde, benzer olaylarda dahi, belirleyici olanın ihlalin tarafların sözleşmeden beklediği menfaatlerini ne ölçüde olumsuzluğa uğrattığı olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle bu yan edim yükümlülüklerinin ihlalinin her zaman esaslı ihlale yol açtığı kabul edilemez.<sup>1520</sup> Söz gelimi; satıcı tarafından taahhüt edilmesine rağmen alıcının işyerinde ürünün kurulmasının yapılamaması ancak alıcının kendi imkânlarıyla bu kurulumu gerçekleştirememesi veya kurulumun satıcının özel bilgisini gerektirmesi gibi bir durumda esaslı sayılabilecektir.<sup>1521</sup>

Ayrıca ikincil nitelikte olup doğrudan CISG’de düzenleme altına alınmış olan bazı yükümlülüklerin ihlali de CISG md. 25 şartlarının oluşması ile esaslı ihlal oluşturabilir.<sup>1522</sup> Satıcının CISG’de düzenlenen diğer borçları; satıcının yerine getirmesi gereken teslimle ilgili masraflar,<sup>1523</sup> paketleme (md. 35/I,II (d)), malların tasarrufa hazır bulundurulduğunun alıcıya bildirilmesi (md. 33/b,c), taşıyıcıya verilen malların satış sözleşmesine özgülenmesi ve gönderimin alıcıya bildirilmesi ( md. 32/I), malların taşınması için gerekli sözleşmelerin yapılması ( md. 32/II), taşınması gereken malların sigortalanması satıcının sorumluluğunda değilse alıcının sigorta yaptırmak için ihtiyaç duyacağı bilgileri sağlamak (md. 32/III), taşıyıcıya verilen malları geri çağırma ve teslim müdahale etmeme, satılanı saklama ve koruma borcu (md. 85) olarak sayılabilir.<sup>1524</sup>

---

<sup>1520</sup>Sarıkiya (n 37) 296.

<sup>1521</sup>Müller-Chen (n 44) Art 49, para 12. Oberlandesgericht Hamburg, 25.01.2008, CISG-Online: 1681.

<sup>1522</sup>Huber and Mullis (n 18) 232.

<sup>1523</sup>Malları kontrol etme, ölçme, tartma, paketleme, işaretleme, teslim yerine getirme, istifleme gibi işler malların teslim edilmesi ile ilgili satıcının yükümlülükleri arasında sayılabilir. TBK md. 211 uygulaması ile paralel bir düzenleme içerir. Widmer (n 1479) Art 31, Para 30; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 171, Yasin Büyük, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri’ in Sinan Okur (eds), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)* (Adalet 2016) 173, 192.

<sup>1524</sup>Detaylı inceleme için: Büyük (n 1523) 192,198.

Söz gelimi taraflarca paketlemeye ilişkin düzenlemelerin sözleşmede yer almaması halinde CISG md. 35/I,II (d)'ye göre paketlenmemiş olması esaslı ihlal oluşturabilir. Ancak bu halde esaslı ihlalin kendiliğinden oluştuğu kabul edilmemelidir.<sup>1525</sup> Yanı sıra sözleşmede paketlemeye ilişkin kurallara özel önem atfedilmesi halinde de esaslı ihlalin oluştuğu kabul edilebilir.<sup>1526</sup> Söz gelimi, malların yeniden satımı için belirli şekilde paketlenmesi gerekmekte ise<sup>1527</sup> ya da belirli şekilde taşınması gerekiyorsa esaslı ihlalin varlığı yönünde hüküm kuran mahkeme kararlarına rastlanılmaktadır.<sup>1528</sup>

Ayrıca satıcının diğer bir yükümlülüğü; CISG md. 32 hükmünde satıcının teslim borcuna ilişkin yan edim yükümlülükleri olarak düzenlenmiştir. Buna göre; gönderme borcu altında bulunan satıcı, malları taşıyıcıya teslim etmesine rağmen ayırt edici şekilde bu malları tahsis etmemişse malların alıcıya gönderildiğini bildirmekle yükümlü tutulmuştur.<sup>1529</sup> Aksi durumda CISG md. 67/II'e göre hasarın alıcıya geçmeyeceği düzenlenmiştir.<sup>1530</sup> Bu bildirim satıcı tarafından yapılmaması bazı hallerde esaslı ihlal oluşumuna sebebiyet verebilmektedir.<sup>1531</sup> Özellikle bu bildirim alıcının malların gönderildiğinden haberdar olması amacı taşıyorsa söz gelimi; teslim zamanının geçmesi ve satıcıdan sorulmasına rağmen alıcı bir cevap alamamış ve malların gönderilmediğini düşünmekte bu sebeple haklı ise, esaslı ihlalin oluşabileceğinden bahsedilmektedir.<sup>1532</sup>

---

<sup>1525</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 503.

<sup>1526</sup>Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 503, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 242.

<sup>1527</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 242.

<sup>1528</sup>ICC, 01.01.1995, CISG-Online: 526 sayılı karara konu olayda kimyasal ürünü taşınması için sipariş edilen çantaların gerekli nitelikleri taşımaması esaslı ihlal kabul edilmiştir. Ukrayna Tahkim Merkezi, 05.07.2005, CISG-Online: 1361 sayılı karara konu olayda satıcı ürünleri hava yolu ile deniz yolu ile taşıdığından malların tesliminde temerrüde düşmüştür bu durum esaslı ihlal olarak kabul edilmiştir. Ancak mallar süresinde teslim edilmiş olsa idi bu durumda CISG md. 25 anlamında gerçek bir olumsuz oluşmadığından esaslı ihlalden de söz edilemeyecekti. Sarıkaya (n 37) 298, 356ff.

<sup>1529</sup>CISG md. 32/I: "Satıcı, sözleşmeye veya bu Antlaşmaya uygun olarak, malları bir taşıyıcıya vermiş ancak mallar, üzerlerine ayırt edici bir işaret konulmak suretiyle, taşıma belgeleriyle veya başka herhangi bir şekilde açıkça sözleşmeye tahsis edilmemişse, satıcının göndermeyi alıcıya bildirmesi ve malları özel olarak belirlemesi gerekir."

<sup>1530</sup>CISG md. 67/II: "Ancak mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez."

<sup>1531</sup>Enderlein and Maskow (n 20) Art 32, Para 4, Schroeter (n 159) Art 32, Para 14; Honnold and Flechtner (n 214) 213.

<sup>1532</sup>Widmer (n 1479) Art 32, Para 14. Ancak CISG md. 32/I maddesinin hangi amaçla düzenlendiği doktrinde tartışmalıdır. Bu hükmün salt malların sözleşmeye tahsis amacını taşıdığı kabul edildiği

CISG md. 32/III'e göre ise; satıcının malları bizzat sigortalama yükümlülüğü yoksa malların sigortalanabilmesi için gerekli bilgileri sağlamakla ilgili yükümlülüğünün ihlali esaslı ihlale sebebiyet verebilir.<sup>1533</sup> Söz gelimi; malların sigortalanmadan taşınması alıcıdan beklenemez ise satıcının bilgileri vermekten imtina etmesi esaslı ihlal oluşturabilir meğerki söz konusu mallar sigortalanmamasına rağmen sağlam bir şekilde taşınmış olsun.<sup>1534</sup> Zira bu halde CISG md. 25 anlamında olumsuz bir sonuçtan bahsedilemeyeceğinden esaslı ihlalin varlığını kabul etmek mümkün değildir.

Nihayet satıcının malların muhafaza edilmesine ilişkin yan edim yükümlülükleri CISG md. 85-88 arasında düzenlenmiştir. CISG md. 85 uyarınca; alıcının malları teslim almakta gecikmesi ya da bedeli ödememesi nedeniyle malları elinde bulunduran satıcının malların muhafazası için gerekli önlemleri alması gerekir.<sup>1535</sup> Doktrinde çoğunluk görüşü; satıcının bu yükümlülüğünü ihlalinin esaslı ihlal teşkil etmeyeceğini, zira satıcının ihlalinden evvel alıcının malları teslim almakta geciktiği ya da bedeli ödemeyerek sözleşmenin ihlaline sebebiyet verdiğini kabul etmektedir.<sup>1536</sup> Ayrıca hasarın, en geç malları teslim alma yükümlülüğünün ihlali anında alıcıya geçtiğini kabul eden CISG md. 69 hükmü de bu görüşü desteklemektedir.<sup>1537</sup>

---

takdirde, alıcının yapılacak gönderimin bildirilmesine sözleşmede önem atfetmiş olması dışında, satıcının malları gönderdiğini alıcıya bildirmemesinden kaynaklanan bir esaslı ihlal oluşmayacaktır. Sarıkaya (n 37) 299,300 362ff, Ancak bu hükmün aynı zamanda malların gönderildiğini bildirim yükümlülüğü için düzenlendiğinin kabulü halinde esaslı ihlale sebebiyet vermesi mümkündür. Widmer (n 1479) Art 32, Para 2.

<sup>1533</sup>CISG md. 32/III “*Satıcı, malların taşınması ile ilgili sigortayı yaptırmak zorunda değilse, alıcının talebi üzerine, onun böyle bir sigortayı yaptırmak için ihtiyaç duyacağı mevcut bütün bilgileri alıcıya vermek zorundadır.*” Widmer (n 1479) Art 32, Para 44.

<sup>1534</sup>Widmer (n 1479) Art 32, Para 34.

<sup>1535</sup>CISG md. 85 “*Alıcı malları teslim almakta geciktiği veya bedelin ödenmesi ile malların teslimi borçlarının aynı anda ifa edilmesi gerektiği hallerde bedeli ödemediği takdirde, malların zilyetliğini halen elinde bulunduran veya başka şekilde onları kontrol edebilecek durumda olan satıcının, malların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alması gerekir. Yapmış olduğu makul masraflar alıcı tarafından karşılanıncaya kadar malları alıkoyabilir.*”

<sup>1536</sup>Klaus Bacher, ‘Commentary on 85-88’ in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)* (1st eds, Oniki Levha 2015) Art 85-88, Para 4; Huber and Mullis (n 18) Art 85 Para 11; Honnold and Flechtner (n 214) 453.

<sup>1537</sup>CISG md. 69 “*Madde 67 ve 68 kapsamına girmeyen hallerde hasar, alıcının malları teslim aldığı anda, veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer.*”

Diğer bir grup yazar ise; satıcının bu yükümlülüğünün ihlalinin bazı durumlarda esaslı ihlale sebebiyet verebileceğini kabul eder.<sup>1538</sup> Zira bizim de katıldığımız görüşe göre; CISG md. 25 uygulaması alıcının da ihlale sebebiyet vermiş olmasından bağımsız değerlendirilmelidir. Bu nedenle alıcının malı teslimde gecikerek ya da bedel ödemeyerek ihlali baştan yarattığının belirtilmesi ile sonradan satıcı tarafından muhafaza yükümlülüğün ihlal edilmesi esaslılık değerlendirmesinde etkili olmamalıdır. Kanımızca burada Türk hukukunda kabul edilen kavram üzerinden açıklamak gerekirse uygun illiyet bağının koptuğu kabul edilmelidir. Kaldı ki, CISG'in esaslı ihlal araştırmasında yükümlülüklerin türü veya sebebi ile ilgilenmediği unutulmamalıdır. Ancak alıcının esaslı ihlale sebebiyet veren sözleşme ihlalinin ortaya çıkmasında bizzahati davranışlarının etkili olduğu kabul edilirse bu durumda değerlendirme zaten CISG md. 80 kapsamında yapılacaktır. Bir örnekle açıklamak gerekirse; alıcının aynı gün teslim alacağı düşüncesiyle satıcı tarafından depo dışında tutulan ürünlerin, alıcının malı teslim almakta bir günlük kısa bir gecikmesi ile bozulması halinde, satıcının muhafaza yükümlülüğünü ihlali esaslı sayılmalıdır.<sup>1539</sup> Burada alıcının sözleşmeyi ihlali – gecikme ile oluşan- onun tazminat talepleri bakımından dikkate alınabilir.<sup>1540</sup> Diğer bir gerekçe ise, CISG md. 36/II uyarınca satıcının hasarın intikalinden sonra ortaya çıkan her türlü sözleşme ihlalden sorumlu tutulabileceğinin önü açılmış olduğundan, bu hükümle CISG md. 69/I'in uygulaması bertaraf edilebilmektedir.<sup>1541</sup> Yine CISG md. 70 uyarınca, satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlal etmesi halinde, hasarın alıcıya geçmiş olması onun seçimlik hakları üzerinde bir sonuç doğurmayacaktır. Alıcı hasar kendisine intikal etmiş olsa da hukuki imkânlarla başvurabilecektir. Hasarın geçişinin esaslılık değerlendirmesi üzerindeki etkisine ayrı bir başlıkta inceleneceğinden kısaca burada değinmekle yetiniyoruz.<sup>1542</sup>

---

<sup>1538</sup>Sarikaya (n 37) 301.

<sup>1539</sup>Bacher (n 1536) Art 85-88 Para 4.

<sup>1540</sup>Bacher (n 1536) Art 85-88, Para 4.

<sup>1541</sup>CISG md. 36: “*Satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, sözleşmeye aykırılık bu andan sonra belirgin hale gelmiş olsa dahi, sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca sorumludur. (2) Satıcı, fıkra 1’de belirtilen andan sonra ortaya çıkan ve malların belirli bir süre için, mutat amaçlarına veya belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlali de dahil olmak üzere herhangi bir yükümlülüğünün ihlaline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumludur.*”

<sup>1542</sup>Detaylı inceleme için Bkz: “Esaslı İhlalin Hasar Riski Geçişine Etkisi” 374.

Son olarak, CISG md. 88/II'ye göre; malları muhafaza etmekle yükümlü olan taraf malların bozulacak türden olması veya muhafaza edilmesi makul olmayacak masraf gerektirmesi halinde bu malların satımı için uygun önlemleri almakla yükümlüdür.<sup>1543</sup> Bu önlemlerin alınmaması da CISG md. 25'te sayılı şartların oluşması neticesinde esaslı ihlale sebebiyet verebilir.

## 2. TBK'da Yan Edim ve Koruma Yükümlülüklerinin İhlali

Satıcının; sözleşme, kanun ve dürüstlük kuralından doğan, aralarındaki sözleşme ilişkisini karakterize eden asli edimlerinin yanı sıra yan edim ve koruma yükümlülükleri de bulunmaktadır. Kanundan doğan yan edim yükümlülükleri; TBK md. 189/II, md. 211, md. 226/II ile düzenlenen; faiz ödeme, satılanı gönderme, devir ve taşıma giderlerini karşılama ve satılanı saklama yanı sıra TMK md. 2'den doğan koruma yükümlülükleridir.<sup>1544</sup> CISG'de ise; asli edim yan edim yükümlülüğü ayrımı yapmayan düzenlemenin doğal bir sonucu olarak, herhangi bir yükümlülük ihlalinde alıcının elinde olan imkânlar TBK'dan farklılık göstermektedir.

Nitekim CISG'e göre, alıcı aynen ifa, zarara uğraması halinde tazminat ve ihlalin esaslı olması halinde sözleşmeden dönme imkânlarına sahiptir. Önemli olan farklılık; satıcının asli yükümlülüklerini ihlalinde, alıcı CISG md. 47'teki ek süre imkânını kullanarak süre sonunda ifa hala gerçekleşmemişse sözleşmeden dönebilirken, bu asli yükümlülüklerin dışında kalan veya bu yükümlülüklerle bağlı sayılmayan edimlerinin ifasına yönelik aykırılıklarda ancak ihlalin esaslı olması halinde sözleşmeden dönebilmektedir.

---

<sup>1543</sup>CISG md. 88/II: “Mallar çabuk bozulacak türdence veya bunların muhafazası makul sayılamayacak masrafi gerektirecekse, 85 veya 86. madde uyarınca malları muhafaza etmekle yükümlü olan taraf, bunları satmak için uygun önlemleri almak zorundadır. Mümkün olduğu ölçüde diğer tarafa satma niyetine ilişkin bildirimde bulunulmalıdır.”

<sup>1544</sup> Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 38 vd; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 66 vd; Oğuzman and Öz (n 66) 507, 1777ff; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 51 vd; Gümüş (n 71) 51; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 59,62 Zevkliler and Gökyayla (n 71) 156; Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 171; Satıcının diğer borçları: 1. Satılanı saklama ve koruma 2.Satılanı gönderme 3.Teslim ve gerektiğinde taşıma masraflarını ödeme, 4. koruma yükümlülükleridir. Tandoğan (n 71) 122 vd, Burada ayrıca anlaşılması gereken satının malı teslim hazır hale getirme, işbirliği yapma, açıklama yapma, ambalajlama, teslim katar muhafaza sorumluluğu vardır. Aral and Ayrancı (n 71) 99.



TBK'daki duruma baktığımızda ise; satıcının yan edim yükümlülüklerinin ihlali halinde, edim imkânlı ise<sup>1545</sup> aynen ifayı talep ve dava edebilmesi ancak söz konusu bu yan edim yükümlülüğün asli edimden bağımsız olarak doğması ile mümkündür. Dolayısıyla asli edimden bağımsız olmayan yan edim yükümlülüklerinin ihlali halinde, alıcının aynen ifayı talep ve dava hakkı bulunmadığı gibi bu halde sadece zararı oranında tazminat talep edebilecektir.<sup>1546</sup>

CISG sistemi ile bir diğer önemli farkı ise, TBK'da satıcının yan edim yükümlülüklerine aykırılığı halinde alıcının sözleşmeden dönmesi veya aynen ifadan vazgeçerek uğradığı müspet zararın tazmini talep hakkının bulunmamasıdır. O halde temerrüde dayalı hükümlere başvurulamamaktadır. Bunun başlıca nedeni, yan edim yükümlülüklerinin taraflar arasındaki karşılıklılık ilişkisi içine dahil olduğunun kabul edilmemesidir.<sup>1547</sup> Benzer şekilde, koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde de alıcının elindeki tek imkân tazminattır.<sup>1548</sup>

Söz gelimi; TBK'ya göre, malın muhafazasına yönelik paketlenmesi yükümlülüğü kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa da; ifaya yardımcı bir yan edim yükümlülüğü olarak doğar ve kaynağını dürüstlük kuralından alır.<sup>1549</sup> Bu nedenle taraflar bu yükümlülüğün ihlali halinde sadece tazminat talep edebilirler.<sup>1550</sup> Öte yandan, malın muhafazası veya paketlenmesi sırasında özensizlik hali ile malın niteliğinde bir azalma meydana gelecek olursa bu kez ayıba karşı tekeffül hükümleri devreye girecektir. CISG'de ise paketlemenin gereği gibi yapılmaması doğrudan malın niteliğinde bir eksiklik olarak kabul edilir ve sözleşmeye aykırı mal teslimi hükümlerine tabi olur.<sup>1551</sup> Bu durumda, CISG'e göre, sözleşmede kararlaştırılan şekilde malın paketlenmemesi ya

<sup>1545</sup> Yan edimin ifasının imkânsız olması halinde sadece tazminat talep edilebilecektir. Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 143.

<sup>1546</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 1777ff; Aral (n 1336) 41.

<sup>1547</sup> Oğuzman and Öz (n 66) 510.

<sup>1548</sup> Aral (n 1336) 88.

<sup>1549</sup> Aral and Ayrancı (n 71) 100; Tandoğan (n 71) 122.

<sup>1550</sup> Tandoğan (n 71) 122, Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 86, satıcının satılan şeyi fiilen teslim edene kadar saklayıp koruma alıtına alma, ona gerekli dikkat ve özeni gösterme borcu bulunur. BU borcun kapsamına malı depolamak, gerekliyse sigorta ettirmek ve diğer gerekli masrafları yapmak gibi hususlar da girmektedir. Büyük (n 1523) 197, 109ff.

<sup>1551</sup> **Bkz tez:** "Paketleme ve Muhafaza Eksikliğinde Esaslı İhlal" 345.

da yerleşik teamüle aykırı davranış sözleşmeye aykırılık oluşturur (CISG md. 35/II), bu aşamada CISG md. 25'e göre bu aykırılığın esaslı ihlal seviyesinde olup olmadığı araştırılmalıdır.<sup>1552</sup>

Sonuç olarak, iki sistem arasında konumuz açısından ortaya konulan en büyük farklılık; satıcının söz konusu diğer yükümlülüklerine aykırılığı bir diğer deyişle yan edim yükümlülüklerini ihlali halinde CISG'de ihlalin esaslı olma şartına bağlı olarak diğer tarafa sözleşmeden dönme hakkı verirken, TBK'da alıcıya sözleşmeden dönme imkânı verilmemiştir.<sup>1553</sup>

## II. ALICININ TİPİK SÖZLEŞMEYE AYKRILIKLARININ ESASLI İHLAL SAYILDIĞI DURUMLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Alıcının Yükümlülüklerini İhlali

Alıcının yükümlülükleri CISG'in; "Malların Satımı"na ilişkin üçüncü kısmının altında, üçüncü bölümde "Alıcının Yükümlülükleri" başlığı altında, md. 53-65 maddeleri arasında düzenlenmiştir. CISG md. 53'te iki ayırım halinde; alıcının semen ödeme ve malı teslim alma borcu düzenlenmiştir.

Alıcının asli borçlarını düzenleyen CISG md. 53'e göre, alıcı taraflar arasındaki sözleşme uyarınca ve CISG hükümlerinin gerektirdiği şekilde bedel ödemekle ve malları teslim almakla yükümlüdür.<sup>1554</sup> Görüldüğü üzere, bu madde ile alıcının asli borçları düzenleme altına alınmış ve bu yükümlülüklerin uygun olarak yerine getirilmesi için sözleşme serbestisi ilkesi gereğinin devamı olarak öncelikle sözleşme ve sonrasında CISG hükümlerine göre bedeli uygun ifa yeri ve zamanında ödemekle yükümlü tutulmuştur.<sup>1555</sup> Buna göre; taraflar arasında bir anlaşma olmaması halinde,

<sup>1552</sup>Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 169.

<sup>1553</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 571.

<sup>1554</sup> CISG md. 53 "Alıcı, sözleşme ve bu Antlaşmanın gerektirdiği şekilde semeni ödemek ve malları teslim almakla yükümlüdür."

<sup>1555</sup> Leif Sevon, 'Obligation of the Buyer under the Vienna Convention on the International Sale of Goods' (1990) 126 Finnish Law Society 327, 329; Kanişlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 19 vd; Kaya (n 112) 33 vd.

ticari teamül ve alışkanlıklara (md. 9), buradan da anlaşılması ise halinde CISG md. 53-59 hükümleri uygulama bulacaktır.<sup>1556</sup> Ayrıca alıcının ikinci yükümlülüğü olan malları teslim alma yükümlülüğünde, CISG md. 60'a göre alıcının malları teslim alma borcunu gerçekleştirmesi için makul olan her türlü eylemi gerçekleştirmesi ve malları fiilen teslim alması beklenmektedir.<sup>1557</sup> Son olarak CISG md. 62 “diğer yükümlülükler” ibaresi ile alacaklının asli yükümlülükleri dışında kalan, sözleşmeden, ticari teamül, alışkanlık, CISG'den, dürüstlük kuralından doğabilen yan edim yükümlülükleri düzenlenmiştir.<sup>1558</sup>

Alıcının sözleşmeyi ihlal halinde, asli ya da yan edim farkı olmaksızın CISG md. 61-65 arasındaki hükümler uygulama alanı bulacaktır.<sup>1559</sup> Alıcının sözleşmeyi esaslı ihlali halinde, satıcının sözleşmeden dönme hakkı CISG md. 64'te düzenlenmektedir. CISG md. 64/I/a'ya göre; satıcı, CISG md. 39'a göre yapacağı bildirimle alıcının sözleşmeyi esaslı ihlali halinde sözleşmeden derhal dönebilmektedir. Yanı sıra, CISG md. 64/I/b'ye göre; alıcının malları teslim almaması ya da satım bedelini ödememesi halinde, satıcı tarafından CISG md. 61'e göre, kendisine tanınan makul süre sonunda yükümlülüğünü yerine getirmez ya da öncesinde yerine getirmeyeceğini açıkça bildirir ise satıcının sözleşmeden dönmesi mümkündür. Görüldüğü üzere CISG md. 64 hükmü, satıcının yükümlülüklerini ihlali halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen CISG md. 49 ile paralellik göstermektedir. Bu nedenle satıcının sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen CISG md. 49'un yapısı ve yorumu ile ilgili açıklamalar alıcının sözleşmeden dönmesi için de geçerli olduğundan burada tekrardan kaçınılarak atıf yapmakla yetinilecektir.<sup>1560</sup>

Bu nedenle sonraki bölümde alıcının tipik sözleşme ihlallerinden; “Bedelin hiç ödenmemesi”, “Bedelin geç ödenmesi”, “Alıcının teslim alma borcuna aykırılığı” ve son olarak da “Alıcının diğer yükümlülükleri ihlali”ne yer verilerek, alıcının bu yükümlülüklerinin ihlalinin hangi hallerde esaslı sayıldığı incelenecek, ayrıca TBK'da

<sup>1556</sup>Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 19; Kaya (n 112) 33.

<sup>1557</sup>Kaya (n 112) 35,36.

<sup>1558</sup>Mohs (n 141) Art 53, Para 3; Huber and Mullis (n 18) 303

<sup>1559</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 290.

<sup>1560</sup>**Bkz tez:** “Satıcının Malları Geç Teslim Etmesi Halinde Esaslı İhlal” 234 vd.

alıcının yükümlülüklerini ihlalinin hüküm ve sonuçlarının paralel ve farklılık içeren düzenlemelerine yer verilecektir.

## **B. Alıcının Bedel Ödeme Yükümlülüğünü Esaslı İhlali**

### **1. Alıcının Bedeli Hiç Ödememesi**

Alıcının bedel ödeme borcunu düzenleyen CISG md. 54'e göre; alıcı bedel ödeme borcu kapsamında; sözleşmenin ve ilgili ulusal hukukun gerektirdiği tüm önlemleri almayı ve formaliteleri yerine getirmeyi kapsamaktadır.<sup>1561</sup> CISG'in uluslararası satış sözleşmelerine özgülenmiş niteliği gereği, satım bedelinin ödenmesi şekli bir takım özel usuller içerebileceğinden,<sup>1562</sup> alıcının bedel ödeme borcunun yanısıra, bu asli yükümlülüğün bir parçası olarak yan edim yükümlülüklerini de yerine getirmesi gereği dikkati çekmektedir. O halde alıcının satım bedelini ifa etmiş sayılması için, bu asli edimin gereği gibi ifasına yardımcı olan yan edimlerin de yerine getirilmiş olması aranacaktır.<sup>1563</sup>

Taraflarca sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı sürece, satım bedelinin belirlenmesi, ağırlığın saptanması, ifa yeri ve zamanına ilişkin hükümler CISG md. 55-59 arasında tamamlayıcı yedek hükümler olarak bulunmaktadır.<sup>1564</sup> Satım bedelinin ödenme şekline

---

<sup>1561</sup> CISG md. 54 “Alıcının semeni ödeme borcu, sözleşmede veya mevzuatta öngörülmuş olan, semenin ödenmesini sağlayacak önlemleri almayı ve formaliteleri gerçekleştirmeyi içerir.” Doktrinde; mevzuatta öngörülmuş olan formalitelerin yerine getirilmesi için “mevzuat” ile kastedilen; borcun gereği gibi ifasını yerine getirmek için somut olayda hangi devlet hukukunun kuralları ile bu formaliteler yerine getirilecektiye o ulusal hukuku uygulamak gerektiği ifade edilir. Mohs (n 141) Art 54, Para 3, Schlectriem and Butler (n 28) N 4.1.1,

<sup>1562</sup> Her ne kadar satım bedelinin para borcu kural olarak nakden ödeme ise de uluslararası ticarete bedelin nakden ödenmesi ile istisnaen karşılaşılr. Uluslararası satışlarda genellikle akreditif uygulaması tercih edilmektedir. Ayrıca banka teminat mektubu alınması, resmi dairelerden gerekli izinlerin çıkarılması veya yabancı para transferlerinin vergi veya komisyonlarının ödenmesi bu yan yükümlülüklerin kapsamında alıcının bedel ödeme borcunun bir parçasıdır. Kaya (n 112) 102. İctihatta bu yönde: Banka teminat mektubunun eksik olması asli yükümlüğe aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Macaristan Temyiz Mahkemesi, 17.11.1995, CISG-Online: 250.

<sup>1563</sup> Kaya (n 112) 101,102, Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 21.

<sup>1564</sup> CISG md. 55 “Sözleşme, açıkça veya örtülü olarak semen belirlenmeksizin veya semenin belirlenmesini sağlayacak bir düzenleme içermeksizin geçerli olarak kurulmuşsa, aksine herhangi bir emare bulunmadıkça, tarafların sözleşmenin kurulduğu anda ilgili ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyata örtülü olarak gönderme yapmış oldukları varsayılır.” CISG md. 56 “Semen, malların ağırlığına göre belirlenmişse, şüphe halinde, net ağırlık esas

dair hususlar CISG’de düzenlenmediğinden taraflar sözleşme ile aralarında ödeme şeklini belirleyebilecekleri gibi, böyle bir belirleme olmadığı takdirde uluslararası ticarete yerleşmiş olan teamüllere göre ödeme şekli belirlenecektir.<sup>1565</sup>

CISG md. 59’da açıkça belirtildiği üzere,<sup>1566</sup> satıcının herhangi bir talep veya ihbar yükümlülüğüne uymasına gerek olmaksızın alıcı bedeli satıcının tasarrufuna hazır bulundurulmalıdır.<sup>1567</sup> Bu hazır bulundurma; nakden ödeme şeklinde paranın satıcının tasarrufuna sunulması yoluyla gerçekleşirken, nakden ödeme şekli seçilmediğinde -ki uluslararası satışlarda pek tercih edilmemektedir-, muacceliyet anında paranın satıcının tasarrufuna girebilmesi için gerekli olan tüm işlemleri kapsar.<sup>1568</sup> Zira CISG md. 54 gereği alıcı tüm bu yan edim yükümlülüklerini yerine getirmeden bedel ödeme borcu bitmiş sayılmayacaktır. Söz gelimi; akreditif açılması, banka teminat mektubunun alınması, yabancı para transferinin yapılması için vergi veya komisyonların ödenmesi bu yan edim yükümlülüklerine örnek gösterilebilir.<sup>1569</sup>

---

*alınarak saptanır. “CISG md. 57 (1) “Alıcı semeni belirli başka bir yerde ödemekle yükümlü değil ise, bunu satıcıya: (a) onun işyerinde, veya (b) ödemenin, malların veya belgelerin verilmesi karşılığında yapılması gerekiyor ise, verme yerinde ödemelidir. (2) Sözleşmenin kuruluşundan sonraki iş yeri değişikliğinden kaynaklanan ödemeye ilişkin ek masrafları satıcı taşır.”*

<sup>1565</sup>Erdem, ‘SİF Satışlar’ (n 406) 176,179. Taraflar aralarında ödeme şekli çek, bono veya polilçe gibi kambiyo seneti ya da banka havalesi akreditif ya da teminat mektubu ile ödenmesini kararlaştırabilirler. Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 235.

<sup>1566</sup>CISG md. 59 “Alıcı, satıcının hiçbir talebine veya başka bir formaliteye uymasına gerek olmaksızın, sözleşmede tespit edilen veya sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca belirlenebilen tarihte semeni ödemelidir.”

<sup>1567</sup>Mohs (n 141) Art. 59, Para 11,12, Diğer bir anlatımla; alıcının söz konusu mal ve belgeler üzerinde doğrudan ve fiili olarak hâkimiyet kurabilmesi kastedilir. Zeytin, *CISG* (n 2) 199, Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 236.

<sup>1568</sup>Mohs (n 141) Art. 59, Para 1,3; Kaya (n 112) 103.

<sup>1569</sup>Ekşi, *Milletlerarası Ticaret* (n 392) 246 vd; Kaya (n 112) 102; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 30, Yan edim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde bedel ödeme borcu gerçekleşmiş sayılmayacağına ilişkin Söz gelimi: Döviz transferine ilişkin yönetmelikte sayılı formalitelerin yerine getirilmemesi (trasfer izni alınmaması) bedel ödeme borcunun ihlali sayılmıştır. Honnold and Flechtner (n 214) Art 54, N 323, İçtihatla bkz: Rusya, 17.10.1995, CISG-Online: 207 sayılı kararında alıcı para transfer emrini vermiş ancak döviz aktarımını yapmamıştır bu halde alıcının sadece talimat vermiş olması yeterli önlemlerin alınması olarak değerlendirilmemiştir. Ayrıca akreditif açılması kararlaştırılmasına ve ek süre verilmesi rağmen yerine getirilmemesi sözleşmenin ihlali oluşturur. ICC, 1992, CISG-Online: 36: Ayrıca akreditifin süresinin sözleşmeye uygun olmaması ve önlem alma yükümlülüğü kapsamında alıcı tarafından işlemlerin yerine getirildiğın takibi yapılmayarak talebin karşılanmaması esaslı ihlal olarak kabul edilmiştir. Macaristan Temyiz Mahkemesi, 17.11.1995, CISG-Online: 250: Banka teminat mektubunun eksik olması asli yükümlüğe aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Benzer yönde: CIETAC, 01.03.1999, CISG-Online No: 1136, Hof van Beroep Antwerpen, 22.01.2007, CISG-Online No: 1585; CIETAC, 21.07.1997, CISG-Online No: 1071, CIETAC, 08.04.1999, CISG-

O halde aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece, alıcı satım bedelinin ödenmesi için gerekli önlemleri almak ve formaliteleri yerine getirmekle yükümlüdür. CISG md. 54'e göre, satım bedeline ilişkin formalitelerin yerine getirilmiş sayılması için alıcının dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılması gereken tüm işlemleri yaptığı ve tüm önlemleri aldığı kabulü gerekir.<sup>1570</sup> Zira aksi halde alıcı asli yükümlülüğü olan bedel ödeme borcunu yerine getirmiş sayılmayacağından bu ihlal esaslı ihlale yol açabilir.

Nitekim alıcının bedel ödeme borcundan ve buna bağlı yan yükümlülüklerinden "temelli kaçınması" halinin esaslı ihlal oluşturduğu prensipte kabul edilmektedir.<sup>1571</sup> Bu noktada alıcının bedel ödemekten temelli imtina edeceğinin tespitinin CISG md. 8 hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>1572</sup>

Ancak geç ifanın ne zaman "temelli ifa etmeme" teşkil edeceği noktasında, satıcının malları temelli ifa etmemesine ilişkin açıklamalarımız geçerli olmak üzere tekrardan kaçınarak<sup>1573</sup>; alıcının borcu ifa etmeye ilişkin niyetinin olup olmadığı ve ayrıca satıcının, alıcının bedeli ödeyeceğine dair güveninin kalıp kalmadığı değerlendirilmeli ve buna göre alıcının temelli ifa etmeme durumunun varlığından dolayısıyla esaslı

---

Online No: 1114, CIETAC, 23.04.1995, CISG-Online No: 1031. Bu durumda bu yan yükümlülüklerin ihlali halinde bunların satım bedelini ödeme borcunun bir parçası sayılması ile, bu borca aykırılıklar; CISG md. 71 vd'na göre sadece öncelenmiş sözleşmeye aykırılıklar değil, CISG md. 61-64 göre sözleşme ihlali sayılır ve böylece seçimlik haklara başvurma imkânı açılmış olmaktadır. Kaya (n 112) 102 2ff, Oberstergerichtof, 06.02.1996, CISG-Online: 224.

<sup>1570</sup>Kaya (n 112) 105.

<sup>1571</sup>Schroeter (n 159) Art. 25 Para 66; Huber and Mullis (n 18) 326; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 401; Kaşak (n 185) 351; Erhan Kamışlı, 'CISG uyarınca Alıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Satıcının Hakları' in Sinan Okur (eds), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)* 470, 489. İçtihatlarda bu yönde bkz: Rusya Tahkim Merkezi, 05.10.1998, CISG-Online No: 1831 sayılı karara konu olayda alıcının taksitler halinde sözleşme bedelini ödemesi gereğine rağmen bu ödemelerin yapılmadığı ve bundan sonra da yapılmayacağı anlaşıldığından hem sözleşmeye göre alıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde sözleşmeden dönmenin mümkün olduğu kararlaştırıldığından, ayrıca CISG md.. 25 hükmüne göre esaslı ihlal oluşturduğundan bahisle satıcının sözleşmeden dönme talebinin haklı olduğu yönünde hüküm kurulmuştur. Handelsgericht Aargau, 26.09.1997, CISG-Online No: 329. United States District Court, Southern District of New York, 29.05.2009, CISG-Online No: 1892 Bedelin sadece %20'sinden az bir miktarının ödenmiş olması esaslı ihlal kabul edilmiştir.

<sup>1572</sup>Kamışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 72. Sarıkaya (n 37) 285. Söz gelimi: Alıcının bedel ödemeye ilişkin sözleşmede bulunmayan koşullar dayatmasına ilişkin içtihatla bkz: Landgericht Kassel, 21.09.1995, CISG-Online No: 192, alıcının haksız şekilde sözleşmeden dönmesi Müller-Chen (n 44) Art 49, Para 14, devletin döviz yasağı koyması nedeniyle alıcının bedel ödemesinin imkânsızlığa düşmesi: Mohs (n 141) Art 64, Para 11.

<sup>1573</sup>Satıcının malları hiç teslim etmeme durumuna ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar bu hüküm değerlendirmesinde de geçerlidir. Bkz tez: "Satıcının Malları Hiç Teslim Etmemesi Halinde Esaslı İhlal" 221 vd.

ihlalden bahsedilmelidir.<sup>1574</sup> Söz gelimi, alıcının akreditifi açmakta gecikmesi sebebiyle, bedeli ödeme borcunu yerine getirmeyeceği anlaşılıyorsa esaslı ihlalin oluştuğunun kabulü gerekir.<sup>1575</sup> Yanı sıra, akreditifin geç açılması satıcının tedarikçileri ile arasındaki güven ilişkisini zedeliyorsa bu durumda da esaslı ihlalin varlığından bahsedilebilir.<sup>1576</sup> Her iki durumda da esaslı ihlale karar verebilmek için, CISG md. 25'in şartlarının fiili durumda oluşması aranır.

Nihayetinde, yan edim yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde de, asli edim borcu olan bedel ödeme borcu yerine getirilmemiş sayılacağından, ayrıca CISG md. 25 kapsamında, satıcının sözleşme ile beklediği menfaatlerinin önemli ölçüde yoksunluğa uğraması halinde, esaslı bir sözleşme ihlalden bahsetmek mümkün olacaktır. Bu halde de satıcı CISG md. 64/I/a'ya göre derhal sözleşmeden dönebilecektir.<sup>1577</sup>

Öte yandan, alıcının bedel ödeme yükümlülüğünü ihlali esaslı ihlal seviyesinde olmadığından satıcının, sözleşmenin esaslı ihlaline dayanmadığı durumlarda satıcı; bedelin ödenmesi için CISG md. 63'e göre alıcıya makul ek süre tanınmak yolu ile CISG md. 64/I/b'ye göre sözleşmeden dönebilir.<sup>1578</sup> Bu halde alıcı tarafından bedelin ek süre zarfında ödenmemiş olması veya alıcı tarafından ödemeyeceğinin açıklamış olması yeterlidir. CISG md. 74-77'de düzenlenen tazminat hakları saklıdır.<sup>1579</sup>

---

<sup>1574</sup>Ayrıca içtihatla bkz: Alıcı tarafından talep edilen ek süre geçmesine karşın akreditif açılmaması Hof van Beroep Antwerpen, 22.01.2007, CISG-Online: 1585, Alıcının iflas etmiş olması ABD, 29.05.2009, CISG-Online: 1892, Yelkenci, 'Esaslı İhlal' (n 338) 1366. Ayrıca CIETAC, 08.04.1999, CISG-Online: 1114, Alıcının bedeli ödemeyeceği yönünden açık beyanı bulunması halinde: ABD, Michigan Bölge Mahkemesi, 17.12.2001, CISG-Online:773. Öte yandan CIETAC, 11.02.2002, CISG-Online: 1529 sayılı hakem kararında, bedelin ödenmeyeceğine dair sadece beyanın yeterli olmadığı ayrıca alıcının davranışlarının da bu iradeyi yansıtmaması gerektiği belirtilmiştir.

<sup>1575</sup>Mohs (n 141) Art. 64 Para. 9; Zeytin, *CISG* (n 2) 215.

<sup>1576</sup>Sarıkaya (n 37) 291.

<sup>1577</sup>Mohs (n 141) Art. 64 Para. 12, CISG md. 64/I/a: "Satıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: (a) Alıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa..".

<sup>1578</sup>Mohs (n 141) Art. 64, Para 7, Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 505, Kanışlı, 'Satıcının Hakları Makale' (n 1571) 489, CISG md. 64/I(b) "Alıcı, satıcı tarafından 63. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde semeni ödeme borcunu yerine getirmez veya malları teslim almaz veya verilmiş süre içinde bunu yapmayacağını açıklarsa." İchtihatla bkz: ICC, 1992, CISG-Online: 36; döviz transferine ilişkin yönetmelikte sayılı formalitelerin yerine getirilmemesi nedeniyle sözleşme ihlalde satıcının dilerse süre vererek sözleşmeden dönebileceği belirtmiştir

<sup>1579</sup>Mohs (n 141) Art. 64 Para 12.

Alıcının bedel ödeme borcunun muaccel olması karşısında, satım bedelinin sadece kısmen ödenmesi halinde; kısmi ifa da CISG md. 61 anlamında sözleşme ihlali sayılmakta olup, CISG md. 25'in şartlarının oluşması halinde alıcının sözleşmeyi esaslı ihlalinden bahsedilebilir. Bazı yazarlar, satıcının kısmi ödemeyi reddetme hakkının ancak kısmi ifanın tek başına esaslı bir sözleşme ihlali teşkil ettiği hallerde kabul edilebileceğini, bu olasılık dışında satıcının kısmi ifayı reddetme hakkı olmadığı görüşündedir.<sup>1580</sup> Bizim de katıldığımız doktrinde ki çoğunluk görüşü ise; kısmi ifanın satıcı tarafından reddedilebileceğini kabul etmektedir.<sup>1581</sup>

## 2. Alıcının Bedeli Geç Ödemesi

### a. CISG'de Bedelin Geç Ödenmesi

Taraflar arasındaki sözleşmeden veya sözleşmeyi çevreleyen faktörlerden bedelin ödeme zamanı anlaşılıyorsa bu tarihte alıcı bedeli ödemekle yükümlüdür. Taraflarca bir ödeme zamanı kararlaştırılmadığı hallerde, CISG md. 58 tamamlayıcı hükmüne göre ödeme zamanı belirlenecektir.<sup>1582</sup> Buna göre; alıcının, malların veya emtia senedinin tasarrufuna girmesiyle bedel ödeme borcunu ifa etmesi gerekmektedir. Herhalde belirlenen ödeme zamanında alıcının ödeme yapmaması halinde CISG md. 59 uyarınca; söz konusu tarihte alıcının satım bedeli ödeme borcu herhangi bir ihtara ya da talebe gerek olmaksızın kendiliğinden muacceliyet kazanır.<sup>1583</sup> Zira CISG md. 58/III'de

<sup>1580</sup>Mohs (n 141) Art. 53, Para 23.

<sup>1581</sup>Dietrich Maskow, 'Article 53-60' in Bianca C M and Bonell M J (eds), *Commentary On The Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, (Giuffrè, 1987) Art 59, N 2. 3.

<sup>1582</sup>CISG md. 58/I "Alıcının semeni belirli başka bir anda ödeme yükümlülüğü yoksa, satıcının sözleşme veya bu Antlaşma uyarınca malları veya malları temsil eden belgeleri tasarrufuna hazır bulundurduğu anda ödemeyi yapması gerekir. Satıcı, malların veya belgelerin verilmesini, ödemenin yapılması koşuluna bağlayabilir." CISG md. 59 "Alıcı, satıcının hiçbir talebine veya başka bir formaliteye uymasına gerek olmaksızın, sözleşmede tespit edilen veya sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca belirlenebilen tarihte semeni ödemelidir."

<sup>1583</sup>Mohs (n 141) Art. 59, Para 2, Henry Deep Gabriel, 'The Buyer's Performance Under the CISG: Articles 53-60 Trends in the Decisions' (2005-2006) 25 *Journal of Law and Commerces*, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/gabriel.pdf> (Erişim Tarihi: 05.05.2022) 273, 281. Ödeme zamanı malların veya bunlara ilişkin belgelerin alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve akabinde malların muayenesinin tamamlandığı andır. Bu anda başlanan ödeme işlemlerinin tamamlanıp bedelin satıcının tasarrufuna sunulması gerekeceği makul sürenin sonu da muacceliyet anını oluşturur. Kaya (n 112)117.



belirtildiği üzere aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça alıcı malların kısa muayenesini yapmadan bedel ödemekle yükümlü tutulamaz.<sup>1584</sup>

Satıcının malları teslim etme yükümlülüğünü ihlaline benzer olarak, alıcının bedeli ödeme borcunda gecikmesi ihlali kendiliğinden esaslı hale getirmez.<sup>1585</sup> Aksinin kabulü CISG md. 63'teki ek süre verme imkânı anlamsız kılar.<sup>1586</sup> Ayrıca alıcının faiz ödeyerek zararı karşılama imkânı da bulunmaktadır.<sup>1587</sup>

Nitekim bedelin ödenmesinde gecikme halinde, gecikmenin esaslı ihlal seviyesinde olmadığı durumlarda, satıcının, faizi ile de olsa menfaatlerini tam olarak tazmin imkânı olduğu gibi, ayrıca CISG md. 64/I/b'ye göre vereceği ek süre sonunda sözleşmeden dönme hakkı da baki kalmaktadır.<sup>1588</sup>

Öte yandan, bedelin geç ödenmesi bazı durumlarda esaslı ihlal oluşmasına neden olabilir. Zira alıcının satım bedelini ödeme borcunda geciktiği sürenin uzaması ihlali esaslı seviyeye gelmesi ile çoğu zaman doğru orantılı gelişmektedir.<sup>1589</sup> Böyle bir durumda, satıcının, tazminat ya da ek süre verilmek suretiyle dönme hakkının bulunması, esaslı ihlalin varlığı halinde CISG md. 64/I/a'ya dayanarak sözleşmeden

<sup>1584</sup>CISG md. 58/III: “Alıcı, semeni, malları muayene olanağına sahip olmadan önce ödemekle yükümlü değildir, meğerki taraftarca üzerinde anlaşılmış olan teslim veya ödeme usulleri buna olanak tanumasın.” Malların ve belgelerin alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasıyla alıcı malları kısa bir muayene edecek ardından bedeli ödemesi gereken işlemleri başlatacağı zaman işleyecek ve ancak makul süre sonunda borcu muaccel olacaktır. Zeytin, *CISG* (n 2) 199, Kaya (n 112) 109; Kanişlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 30. Buradaki kısa muayene olarak özellikle belirtilmektedir zira CISG md. 38 ve 39'da düzenlenen muayene ve bildirim külfetinden farklı tutulmaktadır. Kanişlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 30 56ff.

<sup>1585</sup>Mohs (n 141) Art. 64, Para 7; Schroeter (n 159) Art. 25, Para 67; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 505; Graffi (n 78) 342; Huber and Mullis (n 18) 327; John E. Murray, *The Draft Uncitral Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N Sales Buyer Obligations under the CISG* in Ferrari F, Flechtner H, Brand R A (eds), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N Sales Convention*, (Sellier European Law Publishers, 2004) 440, 462, Kaşak (n 185) 351, Kanişlı, ‘Satıcının Hakları Makale’ (n 1571) 489, Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 148, İçtihatla bkz Oberlandesgericht Düsseldorf, 22.07.2004, CISG-Online: 915, Bundesgericht, Almanya, 15.09.2000, CISG-Online: 770.

<sup>1586</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 398. Bu şekilde satıcının hakları korunmuş olur. Shroeter (n 159) Art 25, Para 66.

<sup>1587</sup>Zeytin, *CISG* (n 2) 205 Ayrıca diğer hakları ileri sürülmesi tazminat hakkını etkilmez. Kanişlı *Satıcının Hakları* (n 35) 73; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 148.

<sup>1588</sup>Mohs (n 141) Art. 64, Para 7; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 505, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 73.

<sup>1589</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para, 67, Kanişlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 73, CIETAC, 10.05.2005, CISG-Online: 1022.

derhal dönülmesine engel oluşturmaz.<sup>1590</sup> Söz gelimi uygulamada; döviz kurlarındaki hızlı değişim satıcının sözleşmeden beklediği menfaatlerin önemli ölçüde olumsuzluğa uğramasına neden olabilir. Benzer şekilde malın piyasadaki fiyatındaki dalgalanmalar, ödemenin malların veya belgelerin verilmesinden sonra yapılacağına kararlaştırılması, malların bozulacak cinsten olması veya satıcının kendi tedarikçisine ödeme yapamayacak duruma düşmesi ile cezai şart ödeyecek olması, somut olayın şartlarına göre CISG md. 25 kapsamında esaslı ihlale yol açabilir.<sup>1591</sup> Yine taraflarca, kesin vadenin kararlaştırılması ya da bedelin ödenme zamanının satıcı için özel öneme haiz olduğunun sözleşmede kararlaştırılmış olması halinde esaslı ihlalden bahsedilebilir.<sup>1592</sup> Bu tespit CISG md. 8 ve md. 9'a göre sözleşmenin yorumu ile yapılacaktır. Mahkeme bu değerlendirmede somut olayın koşullarını, ticari teamülleri, sözleşme öncesi görüşmeleri, malın niteliğini ve bedelin ödenmemesinin sonuçlarını birlikte değerlendirecektir.<sup>1593</sup>

Öte yandan, alıcının akreditife ilişkin yükümlülüğünü yerine getirmekte gecikmesi de her zaman esaslı ihlale yol açmadığından somut olayın değerlendirilmesi gerekir.<sup>1594</sup> Zira alıcının bu yükümlülüğü geciktirmesi halinde satıcı kendi ediminin ifasını askıya alabilir (md. 71) ya da ek süre verme yoluyla bekleyebilir (md. 63).<sup>1595</sup> Bir önceki bölümde bahsedildiği üzere ödemenin akreditife gerçekleştirilmesi halinde, alıcının bu edimin ifasını geciktirmesi aynı zamanda alıcının bedel ödeme yükümlülüğünü ihlali sayıldığından, uluslararası ticaretin bir teamülü olarak kabul gördüğü üzere, satıcı söz

---

<sup>1590</sup>Mohs (n 141) Art. 64, Para 7.

<sup>1591</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para, 8, 67; Huber and Mullis (n 18) 327; Murray (n 1585) 462; Kanışlı, 'Satıcının Hakları Makale' (n 1571) 489,490. İçtihatla bkz: Oberlandesgericht, Frankfurt Am Main, 24.03.2009, CISG-Online: 2165. Burada malın piyasa fiyatındaki değişikliklerin tek başına esaslı ihlale yol açmadığı özellikle bu gecikme sebebiyle yaşanan piyasa hareketinin satıcının menfaatlerini gerçekten olumsuz etkilemesi aranmaktadır. Söz gelimi, kendi tedarikçisinden mal temin ederek müşterisine satan satıcı, fiyat değişikliği sebebiyle tedarikçisinden eskiye nazaran daha az mal alabilecek duruma düşüyse bu durumda gerçek bir olumsuzluktan kanımızca da bahsetmek mümkündür. Sarıkaya (n 37) 289 ve orada naklen Gruber, MünchKommBGB, Art 25, Para 32.

<sup>1592</sup>Schoreter (n 159) Art 25, Para, 67; Murray (n 1585) 462, Huber and Mullis (n 18) 327, İçtihatla bkz: ICC, CISG-Online: 105, Oberlandesgericht Düsseldorf, 22.07.2004, CISG-Online: 916.

<sup>1593</sup>Mohs (n 141) Art. 64, Para 7; Kanışlı, 'Satıcının Hakları' (n 35) 73.

<sup>1594</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 9; İçtihatla bkz: ICC,01.01.1992, CISG-Online: 105.

<sup>1595</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 9; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 74; Sarıkaya (n 37) 290.

konusu akreditif açılmadan malları alıcıya göndermekle yükümlü tutulmaktadır.<sup>1596</sup> Satıcıya tanınan bu hakların varlığı karşısında bir görüş, akreditif ile ödeme şeklinde ödeme vadesinin tek başına ihlali esaslı kılmayacağını savunmaktadır.<sup>1597</sup> Bir görüş ise; alıcının akreditifi geciktirmesinin ve dolayısıyla bedelin geç ödenmesinin, satıcının üretim planında aksamalara yol açması ya da kendi tedarikçileri nezdinde güven kaybı yaşamasına neden olması halinde esaslı ihlal oluştuğunu kabul etmektedir.<sup>1598</sup> Kanaatimizce, alıcının satım sözleşmesinde belirlenen tarihe kadar akreditif açmaması ve bu nedenle de satıcının malları kararlaştırılan plan dahilinde göndermemesi, satıcı nezdinde CISG md. 25 anlamında bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, somut olayın şartları değerlendirilerek esaslı ihlalin varlığı kabul edilebilir.<sup>1599</sup>

Benzer açıklamalar alıcının temin etmesi gereken banka teminat mektubu açısından da geçerli sayılmalıdır.<sup>1600</sup> Uygulamada da benzer bir yaklaşımla, akreditifle ödeme şeklinin belirlenmesi halinde, akreditifin bir teminat fonksiyonu olduğu bu nedenle satım sözleşmesinde belirli bir süre sonuna kadar açılması kararlaştırılmış olması halinde, akreditifin açılmamış olması ya da açılmayacağını alıcının beyanı ile anlaşılması halinde esaslı ihlalin varlığına göre hüküm kurulduğu görülmektedir.<sup>1601</sup>

---

<sup>1596</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 68;Huber and Mullis (n 18) 327. İçtihatı bkz: CIETAC, 21.07.1997, CISG-Online: 1071.

<sup>1597</sup>Claude Witz, 'Articles 53-65' in Franco Ferrari, Henry Flechtner and Ronald A Brand (eds), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention* (Sellier European Law Publishers 2004) 725, 747.

<sup>1598</sup> Schroeter (n 159) Art 25, Para 68; Mohs (n 141) Art 64, Para 10; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 74, Akreditif açma yükümlülüğü kesin vadeli işlem niteliğinde düzenlenmişse bu durumda bu borcun yerine getirilmemesi esaslı ihlal oluşturacağı kabul edilmektedir. Sarıkaya (n 37) 290, 319ff.

<sup>1599</sup>Schroeter (n 159) Art 25, Para 68, Mohs (n 141) Art 64, Para 10, Huber and Mullis (n 18) 327, Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 74. İçtihatı bu yönde bkz: CIETAC, 21.07.1997, CISG-Online: 1071, Oberlandesgericht, Frankfurt am Main, 24.03.2009, CISG-Online: 2165.

<sup>1600</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 10, İçtihatı bkz: Oberlandesgericht, Düsseldorf, 14.01.1994, CISG-Online: 119.

<sup>1601</sup>Alıcının beyanı üzerine akreditif açılmayacağı anlaşıldığından: Avusturalya Queensland Temyiz Mahkemesi, CISG-Online: 587, Alıcının belirlenen süreçte akreditif açmaması nedeniyle: New York federal Mahkemesi, 21.07.1997, CISG-Online: 297, Bezirgericht der Saana, İsviçre, 20.02.1997, CISG-Online: 426. Ayrıca dönme hakkının varlığının kabul edildiği diğer kararlar: ICC, 1992, CISG-Online:36 ve CISG-Online: 105.Alıcıya daha önce teslim edilmiş ve karşılığında banka teminat mektubu gösterilmiş olduğu durumlarda, bu teminat mektubunun hazırlanamaması da CISG md. 54 kapsamında sayılmıştır. Oberlandesgericht, Düsseldorf, 14.01.1994, CISG-Online:119.

Konuyu aydınlatacağımızı düşündüğümüz Avustralya Temyiz Mercı tarafından verilen *Downs Investments v. Perwaja Çelik* davasında<sup>1602</sup> görülen olayda, Avustralyalı satıcı ve Malezyalı alıcı arasındaki uyuşmazlıkta sözleşmede kararlaştırılan sürede alıcı akreditif mektubunu hazırlayamamıştır. Alıcı şirketin yeni yönetimine de iki kez akreditifin hazırlanması için ek süre verilmiş ancak bu ek sürelerin sonunda da akreditif açılmamıştır. Alıcının akreditif açmayı reddetmesi üzerine satıcı sözleşmeden dönmek istemiştir. Mahkeme; akreditif mektubunun en geç, malların gönderilmesi için anlaşılan sürenin ilk gününden bir önceki gün hazır edilmiş olmasını öngörmüştür. Nitekim satıcının, alıcı tarafından ödeme yapılmaması riskini üstlenmek zorunda olduğu bakış açısıyla satıcının bu belirtilen son tarihe kadar akreditif mektubu hazırlamaması halinde satıcı malların teslim sürecini başlatmak zorunda değildir. Bu nedenle akreditif mektubunun hazırlanmasının reddi mahkeme tarafından, CISG md. 54 kapsamında alıcının bedel ödeme borcuna ilişkin gerekli formalitelerin yerine getirilmesi yan borcunun ihlal edilmesi olarak kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra alıcı tarafından söz konusu asli yükümlülüğün ihlali mahkeme tarafından CISG md. 25'e göre esaslı ihlal teşkil ettiğinden satıcının sözleşmeden derhal dönme beyanı haklı gerekçeye dayanmakla kabul edilmiştir.

Burada üzerinde durulması gereken son bir husus; satıcının sözleşmeden dönmesinin sınırlarının çizilmesidir (CISG md. 64/II). CISG md. 64/II (a) uyarınca satıcı geç ifa halinde, bu ifanın gerçekleşmiş olduğunu öğrenmeden dönme beyanında bulunmalıdır. Bu hüküm sözleşmenin esaslı ihlaline neden olan herhangi bir yükümlülüğün gecikmesi halinde uygulanabilir. Bu nedenle alıcı vadesi gelen bedeli ödeme, aşağıda inceleneceği üzere teslim alma ya da diğer yükümlülüklerinden birini yerine getirmediği süre boyunca satıcı, esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönebilir.<sup>1603</sup>

## **b. TBK'da Bedel Ödeme Borcuna Aykırılık**

Alıcının bedel ödeme yükümlülüğünü gerektiği gibi ifa etmemesi her iki sistemde de sözleşmeye aykırılık sayılmakla birlikte hukuki sonuçları açısından CISG ve TBK'daki

<sup>1602</sup>Avusturalya Queensland Temyiz Mahkemesi, 12.10.2001, CISG-Online: 955.

<sup>1603</sup>Kanışlı, ' Satıcının Hakları Makale' (n 1571) 492,493. CISG md. 64/II (a, b).

farklılıklar dikkati çekmektedir. TBK’da satım sözleşmelerinde alıcı tarafından malın bedelini ödeme yükümlülüğünün ihlali, bedel ödeme borcunda temerrüde düşülmesi anlamını taşır.<sup>1604</sup> Satım sözleşmelerine özgü olarak bedel ödeme borcunda temerrüt, genel hükümleri düzenleyen TBK md. 117 ile aynı şartlara tabi tutulmuş ve TBK md. 125’e göre borçlunun seçimlik hakları düzenlenmiştir.<sup>1605</sup> Bunun yanı sıra, alacaklının temerrüdü başlığı altında, temerrüdün sonuçlarını düzenleyen TBK md. 235<sup>1606</sup> ve zararın hesaplanmasına ilişkin TBK md. 236’da<sup>1607</sup> özel düzenlemeler bulunur.<sup>1608</sup> Ticari hayatın hız ve esnek çözümler arayışı karşısında satıcıya tanınan bu imkânlar yerinde görülmektedir.<sup>1609</sup>

<sup>1604</sup>Zevkliler and Gökyayla (n 71) 166; Tandoğan (n 71) 213; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 117; Aral and Ayrancı (n 71) 175; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 169; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 107; Gümüş (n 71) 114; Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 204 vd.

<sup>1605</sup>Zevkliler and Gökyayla (n 71) 167; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 118; Aral and Ayrancı (n 71) 175; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 169; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 112 vd; Gümüş (n 71) 113 vd; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 124. TBK’da satıcının genel hükümlere göre temerrüdü ve sonuçlarına ilişkin açıklamalar burada da geçerlidir. Tekrardan kaçınmak üzere, edimin muaccel olması ve satıcının da alıcıya ifayı istediğine dair gönderdiği ihtarin hüküm doğurması ile alıcı temerrüde düşer ve hüküm ve sonuçlarına katlanacaktır demekle yetiniyoruz. Oğuzman and Öz (n 66) 494 vd. Türk hukuku ile CISG arasındaki farklılıklardan biri de, ticari satımlardaki TBK md. 18/3 uyarınca ihtarin hüküm ifade ettiği andır. TBK’ya göre alıcıya vardığı an ihtar hüküm ifade eder. Bu halde ihtar çekilmesine gerek olmayan istisnalar hükmün devamında düzenlenmiştir. Oğuzman and Öz (n 66). 494; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 125.

<sup>1606</sup>TBK md. 235 “*Satılanın, ancak satış bedeli ödendikten sonra veya ödenme anında devredilmesi gereken durumlarda alıcı temerrüde düşerse satıcı, herhangi bir işlem gerekmeksizin satıştan dönebilir. Bu hakkını kullanmak isteyen satıcı, durumu gecikmeksizin alıcıya bildirmek zorundadır. Satılanın zilyetliği satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmişse, alıcının temerrüdü sebebiyle satıcının dönme hakkını kullanarak satılanı geri alması, bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmasına bağlıdır.*”

<sup>1607</sup>TBK md. 236 zararın hesaplanması ve giderimi : “*Borcunu ifa etmeyen alıcı, satıcının bu yüzden uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür. Satıcı, satış bedelini ödemediği temerrüde düşmüş olan alıcıdan, bu bedel ile satılanın başkasına dürüstlük kurallarına uygun olarak satımından elde ettiği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir. Satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise satıcı, böyle bir satışa gerek kalmaksızın alıcıdan, satış bedeli ile malın belirlenmiş ödeme günündeki fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir.*”

<sup>1608</sup>Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 112 vd; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 167; Gümüş (n 71) 114; Aral and Ayrancı (n 71) 176; Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 237; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 117. Ayrıca TBK md. 117’ye göre alıcıya tanınması gereken mehil, CISG’de alıcının bedel ödemediği gecikmesi halinde satıcının ek süre vererek sözleşmeden dönme hakkını kullandığı süre ile aynı olarak değerlendirilemez. Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 150.

<sup>1609</sup>Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 237.

Satıcıya tanınan bu imkânlardan ilki; TBK md. 235'te peşin ve ön ödemeli satışlarla, veresiye satışlar açısından getirilen düzenlemelerdir.<sup>1610</sup> Buna göre, TBK md. 235/I-II'ye göre satılan şeyin satış bedelinin ödenmesinden sonra ya da ödeme anında devredilmesi kararlaştırılan durumlarda, bedel ödeme borcunda temerrüde düşülmesi halinde satıcı herhangi bir işleme gerek olmaksızın, derhal yapacağı bildirimle sözleşmeden dönebilmektedir.<sup>1611</sup> O halde, herhangi bir ihtarda bulunmadan veya ek süre vermeden sadece kullanacağı hakkın derhal bildiri ile sözleşmeden dönebilmektedir.<sup>1612</sup>

Bu özel hüküm dışında, satıcı, genel hükümlere göre TBK md. 123'e dayanarak vereceği mehil sonunda TBK md. 125'de sayılı seçimlik haklarını kullanabilir. Bu halde satıcı aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçtiğini bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan müspet zararını ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilecektir.<sup>1613</sup>

Bunun yanı sıra TBK md. 235/III uyarınca, veresiye satışlarda alıcının bedel ödeme borcunda temerrüde düşmesi halinde, satıcının sözleşmeden dönerek malın iadesini ancak bu hakkını sözleşme ile saklı tutmuş ise kullanabileceği düzenlenmiştir.<sup>1614</sup> Bu sınırlandırma dışında, dönme hakkının kullanılma şartları TBK md. 125/II'deki şartlarla aynıdır. O halde öncelikle dönme hakkını kullanmak isteyen satıcı alıcıya uygun bir

---

<sup>1610</sup>BK md. 235 : “*Satılanın, ancak satış bedeli ödendikten sonra veya ödenme anında devredilmesi gereken durumlarda alıcı temerrüde düşerse satıcı, herhangi bir işlem gerekmeksizin satıştan dönebilir. Bu hakkını kullanmak isteyen satıcı, durumu gecikmeksizin alıcıya bildirmek zorundadır*” Gümüş (n 71) 114; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 112; Aral and Ayrancı (n 71) 175 vd

<sup>1611</sup>Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 237, 238; Gümüş (n 71) 114; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 112; Aral and Ayrancı (n 71) 175 vd; Toker, ‘CISG ve TBK’ (n 236) 149; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 124 vd.

<sup>1612</sup>Gümüş (n 71) 114; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 112. Satıcı bu bildiri derhal yapmaz ise veya sözleşmeden dönmek istemez ise bu halde genel temerrüt hükümlerine dayanabilir. Aral and Ayrancı (n 71) 175; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 117; Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 237.

<sup>1613</sup>Gümüş (n 71) 114; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 112; Tandoğan (n 71) 215,217; Aral and Ayrancı (n 71) 175; Oğuzman and Öz (n 66) 544 vd; Yeni dönme teorisini savunan bazı yazarlarca müspet zarar da istenebilir. Serozan, *Dönme* (n 67) 73. Karşı görüşte Oğuzman and Öz (n 66) 552 vd.

<sup>1614</sup>Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 239; Aral and Ayrancı (n 71) 177; Gümüş (n 71) 115; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 113; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 134. TBK md. 235/III : “*Satılanın zilyetliği satış bedeli ödenmeden alıcıya devredilmişse, alıcının temerrüdü sebebiyle satıcının dönme hakkını kullanarak satılanı geri alması, bu hakkın sözleşmede açıkça saklı tutulmasına bağlıdır.*”

süre verecek ve bu süre sonunda ödemedede bulunulmamış ise derhal sözleşmeden döndüğünü beyan ederek sözleşmeden dönebilecektir.<sup>1615</sup>

CISG ve TBK'nın ayrıştığı husus; CISG'de peşin ve ön ödemeli, veresiye satış ayrımı yoktur. Ancak görüldüğü üzere, CISG md. 63/I ile CISG md. 64/I(b)'deki düzenlemeler alacaklının temerrüdünü düzenleyen TBK md. 235/I-II hükümlerine benzemektedir. Nitekim her iki düzenlemede de alıcıya ek süre verildikten sonra sözleşmeden dönülebilmektedir. Öte yandan, veresiye satışlardaki dönme hakkının saklı tutulması şartına bağlanan dönme hakkı benzeri bir düzenleme CISG'de yer almamaktadır.<sup>1616</sup>

Satıcıya tanınan ikinci imkân ise; alıcının temerrüdü sebebine dayanarak uğradığı zararı ikame satım veya fark teorisine göre tazmin edebilmesi imkânıdır.(TBK md. 236).<sup>1617</sup> Dolayısıyla CISG md. 75 ve 76'da düzenlenen sözleşmeden dönme hakkına özgü zararın hesaplanma yolları olan somut ve soyut yöntem TBK md. 236'da da uygulanır. Ancak CISG'de sözleşmeden dönme sonrasında seçilebilen bu yöntem, TBK'da ancak satıcının aynen ifa yerine müspet zararın tazmini isteme hakkını kullanması halinde mümkündür.<sup>1618</sup>

---

<sup>1615</sup>Satıcının TBK md. 235/III'e göre dönme hakkını saklı tutmadığı hallerde diğer seçimlik haklarını kullanma hakkı devam eder. Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 112 vd; Tandoğan (n 71) 215, 217; Aral and Ayrancı (n 71) 177; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 118; Gümüş (n 71) 114.

<sup>1616</sup>Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 150.

<sup>1617</sup>TBK md. 236: "*Satıcı, satış bedelini ödemedede temerrüde düşmüş olan alıcıdan, bu bedel ile satılanın başkasına dürüstlük kurallarına uygun olarak satımından elde ettiği bedel arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir. Satılan, borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan mallardan ise satıcı, böyle bir satışa gerek kalmaksızın alıcıdan, satış bedeli ile malın belirlenmiş ödeme günündeki fiyatı arasındaki farka göre hesaplanacak zararın giderilmesini isteyebilir.*" İkame veya fark teorisine göre zararın karşılanması doktrinde soyut ve somut yöntemlere göre zararın hesaplanması olgusu sözleşmeden dönme halinde uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Nitekim sözleşmeden dönme ile sadece menfi zarar tazmininin kabulü halinde bu yöntemler uygulama bulamaz. Bu nedenle TBK md. 236'daki yöntemler sadece satıcının aynen ifa yerine müspet zararın tazmini seçimlik hakkını kullandığı durumlarda kullanılabilir. O halde satıcının peşin ödemeli ya da veresiye satışlarda TBK md. 117'deki genel hükümlere göre aynen ifa yerine müspet zararın tazminini seçmesi gerekmektedir. Oğuzman and Öz (n 66) 544 vd; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 113; Aral and Ayrancı (n 71) 185; Gümüş (n 71) 115, 116. Ancak bir grup yazar ise, ticari hayatın gereklerine daha uygun olması nedeniyle soyut ve somut hesaplama yöntemleri satıcının sözleşmeden dönmesi halinde de uygulanmalı görüşünü savunur. Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 118; Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 243; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 134.

<sup>1618</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 449; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1261,1262; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 252; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 130

Sonuç olarak, her iki sistemde de bedel ödeme borcuna aykırılık halinde, satıcı aynen ifa, tazminat ve dönme seçimlik haklarına sahip olmakla birlikte konumuzu sınırlandırmak adına dönme hakkının kullanılması açısından yaptığımız karşılaştırmada her iki sistemde bu hakların kullanım şartları ve uygulama şekilleri farklı olduğu tespit edilmiştir.<sup>1619</sup>

## C. Alıcının Malları Teslim Alma Borcunun Esaslı İhlali

### 1. CISG’de Alıcının Malları Teslim Almaması

Alıcının bir diğer asli yükümlülüğü olan malları teslim alma borcu CISG md. 60’da iki kademeli olarak düzenlenmiştir. Buna göre; alıcının, satıcının teslimi gerçekleştirmesi için kendisinden makul olarak beklenebilecek her türlü eylemi gerçekleştirmesini ve malları fiilen devralmasını kapsamaktadır.<sup>1620</sup>

Burada alıcıdan makul olarak beklenen eylemler; taraflar arasındaki sözleşme ve somut olayın şartlarına göre belirlenecek olup söz gelimi malların ithalatı için gerekli işlemlerin yapılmaması bu kapsamda değerlendirilebilir.<sup>1621</sup> O halde alıcının malları teslim alma yükümlülüğünün ihlali her iki şekilde de gerçekleşebildiğinden, bu ihlal; satıcıyı sözleşmesel beklentisinden önemli ölçüde mahrum bıraktığı ölçüde sözleşme ihlali esaslı kabul edilecektir. Alıcının bu yükümlülüğünün ihlalinin esaslı sayılmadığı

<sup>1619</sup> Alıcının bedel ödeme yükümlülüğünde temerrüde düşmesinin bir başka sonucu ise temerrüt faizidir ve konusunu para borcu oluşturduğu takdirde temerrüt faizi satıcı için bir nevi gecikme tazminatı rolü oynar. Oğuzman and Öz (n 66) 549; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1262; Gümüş (n 71) 112. Yanı sıra temerrüt faizi, CISG’deki gibi kusurdan bağımsız hatta zarar şartına bağlı olmaksızın doğar ve satıcının talebine bağlı olarak ödenirken, gecikme tazminatı kusura bağlı olarak doğar. Oğuzman and Öz (n 66) 549; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1262; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 207. Aynen ifa ve tazminat taleplerinin kullanım şartlarında farklılıklar için inceleme: Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 135.

<sup>1620</sup> Schlectriem and Butler (n 28) 220, Huber and Mullis (n 18) 318, Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 31, 75, CISG md. 60: “Alıcının teslim alma borcu (a) satıcının teslimi gerçekleştirebilmesi için kendisinden makul olarak beklenebilecek her türlü eylemde bulunmayı ve (b) malları fiilen devralmayı kapsar.”

<sup>1621</sup> Kaya (n 112) 36; Sarıkaya (n 37) 291. Söz gelimi; gemi acentesiyle navlun sözleşmesi hazırlamak, satıcıya geminin adını ve yükleme yerini bildirmek, teslim edilecek makinelerin kurulumu için kendi iş yerinde yer açmak, CISG md. 65’e göre malların özelliklerini belirlemek alıcıdan makul olarak beklenen diğer eylemlere örnek gösterilebilir. Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 32.



hallerde de, satıcı alıcıya ek süre tanıyarak ek sürenin sonunda malın teslim alınmaması halinde sözleşmeden dönebilir.<sup>1622</sup>

Bunun yanı sıra, CISG md. 65 uyarınca, alıcının teslim edilmesi gereken malların özelliklerinin (şekli, ölçüsü, niteliği vb.) belirlenmesi gerekiyorsa bu yükümlülüğün ihlali de malı teslim alma borcunun bir parçası olarak kabul edilmektedir.<sup>1623</sup> Alıcının bu yükümlülüğünü zamanında yerine getirmemesi halinde satıcıya malların özelliklerini bizzahati belirleyerek malları alıcıya teslim etme ve bu şekilde kendi nezdinde oluşabilecek olumsuzlukları önleme hakkı tanınmıştır.<sup>1624</sup> Bazı yazarlar, satıcının bu hakkı mevcut olduğu sürece, alıcının malların özelliklerini belirlememesi nedeniyle malların teslim alınmamasının esaslı ihlal sayılmayacağını savunur.<sup>1625</sup> Zira satıcı CISG md. 65'in ona sağladığı hak ile satıcının sözleşmeden beklediği menfaatlerin önemli ölçüde olumsuzluğa uğramasını engelleyebilmektedir. Bir diğer görüş ise; alıcının bu yükümlülüğünü zamanında yerine getirmemesi bazı durumlarda esaslı ihlale sebebiyet verebileceğini savunur.<sup>1626</sup> Zira alıcının bu malları belirlememesi ve bu nedenle de malları teslim almada geç kalınması satıcının özellikle teslim zamanının önemine yaptığı vurgu yaptığı hallerde ihlali esaslı hale getirebilir. Benzer şekilde alıcı ile işbirliği yapmakta yaşanan güçlükler, CISG md. 65'in şartlarının oluşumunu belirsiz bırakabileceğinden, satıcı bu hakkını kullanmakta tereddüte düşüyorsa, bu geçen sürede ihlal esaslı hale gelebilir.<sup>1627</sup>

Satıcının sözleşmede kararlaştırılan ya da CISG'de öngörülen şekilde malları teslim ettiği an alıcının teslim alma yükümlülüğü doğmaktadır. Alıcının malları reddetme

---

<sup>1622</sup> Sevon (n 1555) 75.

<sup>1623</sup> CISG md. 65 "(1) Sözleşme uyarınca malların şeklini, ölçüsünü veya diğer niteliklerini alıcının belirlemesi gerekiyor ise ve alıcı bu belirlemeyi kararlaştırılan tarihte veya satıcının talebinin ulaşmasından itibaren makul bir süre içinde yapmamışsa, satıcı, sahip olduğu diğer haklara hanel gelmeksizin, alıcının, kendisi tarafından bilinebilecek ihtiyaçlarına göre bu belirlemeyi bizzat yapabilir. (2) Satıcı belirlemeyi bizzat yaparsa, bunun ayrıntıları hakkında alıcıyı bilgilendirmesi ve ona farklı bir belirleme yapması için makul bir süre tanıması gerekir. Alıcı, satıcının açıklamasının ulaşmasından sonra, bu olanağı, verilmiş süre içinde kullanmazsa, satıcı tarafından yapılmış belirleme bağlayıcı olur." Mohs (n 141) Art 65, Para 1, Zeytin, CISG (n 2) 219, Kanışlı, Satıcının Hakları (n 35) 104.

<sup>1624</sup> Mohs (n 141) Art 65, Para 6,7.

<sup>1625</sup> Mohs (n 141) Art 64, Para 16, Zeytin, 'Esaslı İhlal' (n 541) 647.

<sup>1626</sup> Bell (n 141) Art 65, Para 12.

<sup>1627</sup> Sarıkaya (n 37) 293.

hakkı ancak malların “fazla tesliminde” fazla teslim edilen miktara ilişkin olarak ya da malların “erken tesliminde” doğabilir.<sup>1628</sup> Bunun dışında alıcının yanlış yerde ifası varsa<sup>1629</sup> ya da malları reddetmesi ancak satıcının bu tesliminin esaslı ihlal yaratıyor olması halinde mümkündür.<sup>1630</sup> Dolayısıyla alıcının vadeden önce teslim edilen malları ya da fazlaya ilişkin kısmı reddetme hakkı bulunuyorsa<sup>1631</sup> veya malların esaslı ihlal oluşturması nedeniyle baştan reddedilmesi halinde, alıcının sözleşmeyi esaslı ihlalinden bahsedilemez.<sup>1632</sup>

Alıcının malları hiç teslim almayacağını anlaşılması veya teslim almayacağına ilişkin açık beyanının bulunması halinde sözleşme ihlali prensipte esaslı kabul edilmektedir.<sup>1633</sup> Alıcının malları teslim alamaması bu borcun ifasının imkânsızlığından kaynaklanıyor olsa dahi esaslı ihlal oluşur.<sup>1634</sup>

Ancak satım konusu malın alıcı tarafından geç teslim alınması kendiliğinden esaslı ihlale sebep olmaz.<sup>1635</sup> Bu durumda, bedel ödeme borcunun yerine getirilmemesinde

---

<sup>1628</sup>CISG md. 52.

<sup>1629</sup>Kanışlı, ‘Satıcının Hakları Makale’ (n 1571) 490.

<sup>1630</sup>Söz gelimli malların satıcı tarafından yanlış yerde tesliminin başta esaslı ihlal yarattığı bir durumda da alıcı malları teslim almayı reddedebilir. Sevon (n 1555) 341; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 75. Hatta bu halde alıcı malı redderek hasarın intikali anında malın ayıplı oluşunu ispat külfetinden kurtulmuş olur. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 241 vd; Kaya (n 112) 38, Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 36.

<sup>1631</sup>Alıcının erken ifayı reddetmesi satıcı açısından ciddi sıkıntılar doğuruyorsa, CISG md. 7 dürüstlük kuralı gereğince alıcının bu seçeneği engellenebilmektedir. Will, ‘Article 45-52’ (n 167) Art 52 N 2.1.3; Kaya (n 112) 37.

<sup>1632</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 14; Kaşak (n 185) 294; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 75.

<sup>1633</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 13; Shroeter (n 159) Art 25 Para 70; Björklund (n 186) Art 25 Para 36; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 506; Graffi (n 78) 342; Zeytin, *CISG* (n 2) 215; Kaşak (n 185) 352, Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 75. İtihatla bu yönde: CIETAC, 22.03.2001, CISG-Online No: 1442 sayılı kararda, taraflar FOB teslim kararlaştırılmış olduğundan alıcı malları teslim almak için gemi göndermemiş sözleşme kapsamında alıcı, malları teslim almak üzere gemi göndermeyeceğini bildirmiştir. Hof van Beroep Gent, 20.10.2004, CISG-Online No: 983 sayılı kararda malların satıcı tarafından kararlaştırılan teslim tarihinde teslim edilmediğinden bahisle sözleşmeden dönmek istemiştir. Oberlandesgericht Graz, 29.07.2004, CISG-Online No: 1627 sayılı kararda malların tamamının teslim edilmesinin önemi sözleşmede vurgulandığından sadece bazı malların tesliminin esaslı ihlal oluşturduğu kanaatine varılmıştır. Oberlandesgericht Hamm, 22.09.1992, CISG-Online No: 57 sayılı kararda sözleşme konusu malların yarısından fazlasının teslim alınmaması esaslı ihlal kabul sayılmıştır. Nitekim teslim alınmayan malların ağırlığının belirli bir ölçüde olması halinde sözleşmenin bütünü açısından esaslı ihlalden bahsedilebilir. Handelsgericht des Kantons, 26.09.1997, CISG-Online: 329, Kantonsgericht Zug, 12.12.2002, CISG-Online:720.

<sup>1634</sup>Shroeter (n 159) Art 25, Para 70; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 506.

<sup>1635</sup>Mohs (n 141) Art 64, 13,14, Björklund (n 186) Art 25, Para 36; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 506; Zeytin, *CISG* (n 2) 215, 256. Yasemin Durak, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler*

olduğu gibi, satıcı CISG md. 63/I'e göre alıcıya ek süre vererek ek sürenin sonunda hala malın teslim alınmamış olması halinde sözleşmeden dönebilir. Ayrıca CISG md. 63/2 uyarınca tazminat hakkı saklıdır.<sup>1636</sup> Öte yandan, söz gelimi malların teslim alınmasındaki kısa süreli gecikmeler esaslı ihlale sebebiyet vermeyebilir. Bu durumda CISG md. 85'e göre; satıcının malların muhafazası için yapmış olduğu masraflar karşılanıncaya kadar malları alıkoyma hakkı vardır ve bu yolla satıcının gecikme nedeniyle oluşan menfaatlerindeki olumsuzluğu esaslı ihlal seviyesine gelmeden gidermesi mümkün görünmektedir.<sup>1637</sup> Ayrıca CISG md. 88'e göre; alıcı malları teslim almakta makul olmayan ölçüde geç kalmışsa, malları muhafaza etmekle yükümlü olan satıcı yapacağı bildirim sonrasında malları uygun bir şekilde satabilir.<sup>1638</sup>

Öte yandan alıcının malları teslim almakta gecikmesi bazı durumlarda, satıcının bu sözleşme ile beklediği menfaatlerini önemli ölçüde yoksunluğa uğratabileceğinden, sözleşmenin esaslı ihlaline sebebiyet verebilir.<sup>1639</sup> Söz gelimi; satıcı tarafından malların teslim alınma tarihine özel önem atfedilmesi halinde bu zamanda teslimatın alınmaması halinde esaslı ihlal oluşabilir.<sup>1640</sup> Bunun yanı sıra, malların bütün olarak teslim alınmaması halinde satıcının sözleşmenin bütününden beklediği menfaatler önemli ölçüde olumsuzluğa uğramış olabilir.<sup>1641</sup> Yine satıcının malları depoda bekletmesi

---

*Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Alıcının Yükümlülükleri* (1st edn, Oniki Levha 2020) 277; Kaşak (n 185) 352; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 150, içtihatla bu yönde: Strasbourg, 22.12.2006, CISG-Online: 916, Grenoble temyiz mahkemesi, 04.02.1999, CISG-Online: 443.

<sup>1636</sup>Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 150; Grenoble, 04.02.1999, CISG-Online:443

<sup>1637</sup>Kanıslı, *Satıcının Hakları* (n 35) 75; Sevon (n 1555) 342; Sarıkaya (n 37) 291, CISG md. 85 "Alıcı malları teslim almakta geciktiği veya bedelin ödenmesi ile malların teslimi borçlarının aynı anda ifa edilmesi gerektiği hallerde bedeli ödemediği takdirde, malların zilyetliğini halen elinde bulunduran veya başka şekilde onları kontrol edebilecek durumda olan satıcının, malların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alması gerekir. Yapmış olduğu makul masraflar alıcı tarafından karşılanıncaya kadar malları alıkoyabilir".

<sup>1638</sup>CISG md. 85-88, Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 150,151.

<sup>1639</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 10.

<sup>1640</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 14; Shoreter (n 159) Art 25, Para 70; Björklund (n 186) Art 25, Para 36, Huber and Mullis (n 18) 328; Ferrari, 'Fundamental Breach' (n 41) 506; Zeytin, *CISG* (n 2) 215; Durak (n 1636) 277; Kaşak (n 185) 352; Kanıslı, *Satıcının Hakları* (n 35) 75; Sarıkaya (n 37) 292. İchtihatla bkz: Oberlandesgericht Düsseldorf, 22.07.2004, CISG-Online: 1531, Grenoble temyiz mahkemesi, 22.02.1995, CISG-Online: 151.

<sup>1641</sup>Oberlandesgericht Graz, 29.07.2004, CISG-Online No: 1627 sayılı kararında malların bir bütün olarak teslimatına önem atfedildiğinden bahisle, satım konusu bazı parçaların teslim alınmaması ve bunların bedellerinin ödenmesinden kaçınılmasını CISG md. 25 kapsamında esaslı ihlal olarak kabul etmiştir.

imkânının olmaması,<sup>1642</sup> malları kendi deposunda tutma imkânı olmayan satıcının fahiş rakamla başka bir depo tutmak zorunda kalması,<sup>1643</sup> yüklü miktarda siparişlerde satıcının iş planının aksamadan devam edebilmesi için malların tesliminin zorunlu olması,<sup>1644</sup> alıcının bedel ödeme borcunun ifasında gecikmesi nedeniyle malları teslim almaktan da kaçınması,<sup>1645</sup> malların dayanıksız nitelikte oluşu nedeniyle uzun süre depoda beklerse bozulacak olması<sup>1646</sup>, malların özellikle belirli tarihte teslim alınması sonradan nakliyyede yaşanabilecek güçlükler doğuracak olması halinde, tüm bu örneklerde somut olay incelendiğinde, alıcının teslim almakta gecikmesi, satıcının CISG md. 25 kapsamında menfaatlerinin gerçek bir olumsuzluğa uğramasına neden oluyorsa, ihlalin esaslı olduğu kabul edilmektedir.<sup>1647</sup>

Son olarak, alıcının satış sözleşmesine konu belgeleri teslim almayı reddetmesi kendiliğinden esaslı ihlal oluşturmaz. Ancak söz konusu belgelerin teslim alınması sözleşmenin aynı anda ifası için önemli bir unsur ise ve satıcının malları göndermesini etkiliyorsa bu durumda esaslı ihlalin varlığı kabul edilir.<sup>1648</sup>

## 2. TBK’da Malları Teslim Alma Borcuna Aykırılık

Alıcının borçlarını düzenleyen TBK md. 232’de alıcının satım bedelini ödeme borcu yanında bir diğer asli borcu, satılanı devir alma yükümlülüğüdür.<sup>1649</sup> TBK md. 211 hükmü, CISG ile paralel şekilde alıcının teslim alma borcunun kapsamını kendisinden

<sup>1642</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 14; Durak (n 1635) 277; Kaşak (n 185) 352. İçtihat: İsviçre Kanton, 12.12.2002, CISG-Online: 720.

<sup>1643</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 14.

<sup>1644</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 14, Huber and Mullis (n 18) 328, Sarıkaya (n 37) 292.

<sup>1645</sup>Graffi (n 78) 342.

<sup>1646</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 14; Huber and Mullis (n 18) 328; Durak (n 1635) 277. İçtihat: Grenoble, 04.02.1999, CISG-Online: 443.

<sup>1647</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 14; Shoreter (n 159) Art 25, Para 70; Björklund (n 186) Art 25, Para 36, Huber and Mullis (n 18) 328; Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 506; Durak (n 1635) 277; Zeytin, *CISG* (n 2) 215. İçtihat: bu yönde bkz: Oberlandesgericht Düsseldorf, 22.07.2004, CISG-Online: 916

<sup>1648</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 15; Durak (n 1635) 278.

<sup>1649</sup>Aral and Ayrancı (n 71) 186; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 116; Tandoğan (n 71) 207; Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 244; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 159; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 175; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 106; Gümüş (n 71) 111; TBK md. 232: “Alıcı, satış sözleşmesinde kararlaştırılmış olduğu biçimde satış bedelini ödemek ve kendisine sunulan satılanı devralmakla yükümlüdür. Aksine yerel adet veya anlaşma yoksa satılanın hemen devralınması gereklidir.”

beklenen her türlü işlemi yapması gerektiği şeklinde düzenlenmektedir.<sup>1650</sup> Buraya kadar benzer olmakla birlikte alacaklının temerrüdü halinde, CISG ve TBK'nın satıcıya sunduğu hukuki imkânlar açısından her iki sistem birbirinden farklılaşmaktadır.

Şöyle ki, TBK'ya göre alıcının malı teslim alma yükümlülüğüne aykırı davranışında alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabulü halinde,<sup>1651</sup> satıcı alacaklı veya borçlu temerrüdüne hükümlerine başvurarak TBK md. 125 vd. hükümlerine göre aynen ifa ve kusur halinde tazminat talebinde bulunabilir. Yanı sıra, malın teslim alınmaması halinde satıcının; TBK md. 107'e göre şeyin teslimi halinde tevdi ve şeyin niteliği veya işin özelliği gereği tevdi edilmesi uygun değilse md. 108'e göre şeyi sattırma hakkı bulunur.<sup>1652</sup> Ayrıca yapma ve yapmama borçları içeren edimlerde, TBK md. 110'a göre satıcı borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurarak sözleşmeden dönebilir.<sup>1653</sup> Ancak görüldüğü üzere, bu durumda satıcının

---

<sup>1650</sup>TBK md. 211 : “*Aksine sözleşme veya âdet yoksa, ölçme ve tartma gibi devir giderleri satıcıya, satılanı devralmak üzere yapılan giderler ve satılanın ifa yerinden başka yere taşınması gerektiğinde, taşıma giderleri alıcıya aittir. Gidersiz devir kararlaştırılmışsa, satıcı taşıma giderlerini üstlenmiş sayılır. Liman ve gümrük giderleri olmaksızın devir kararlaştırılmışsa satıcı, dış satım, transit ve dış alım vergilerini üstlenmiş sayılır; ancak satılanın alıcı tarafından devralındığı sırada ödenmiş olan tüketim vergilerini üstlenmiş sayılmaz.*” Gümüş (n 71) 113; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 106; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 116; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 135.

<sup>1651</sup>Doktrinde malların teslim alınmasının alacaklının bir yükümlülüğü mü yoksa külfeti mi olduğu konusunda, hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar bulunur. Bir görüş; satılanın devralınmasını külfet olarak değerlendirirken bu yükümlülüğünün ihlalini alacaklının temerrüdü olarak değerlendirir (TBK md. 106/I). Ancak bir diğer görüş satılanın devir alınmasını alıcının gerçek bir yükümlülüğü olarak değerlendirir ve alıcının bu yükümlülüğe aykırı davranışı halinde, satıcı alacaklı temerrüdüne başvurarak TBK md. 125 vd ya da alıcının yükümlülüğü yerine getirmemesi açısından borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK md. 112 ve TBK md. 125 vd maddelerine göre de talepte bulunabilir. Görüşler için bkz: Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 244; Aral and Ayrancı (n 71) 186 vd; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 106. Ayrıca TBK md. 232'nin açık hükmü devralmayı bir yükümlülük olarak tanımlar. Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 114; Gümüş (n 71) 112. Bazı yazarlarca malın devralınması önemli bir menfaati gerektiriyorsa ve alıcının bedel ödemediği kaçınma anlamı taşıyorsa TBK md. 125'e başvurulabilemezdir. Zevkliler and Gökyayla (n 71) 160; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 199; Tandoğan (n 71) 207, 208; CISG md. 60 ise açıkça alacaklının teslim alma yükümlülüğünü ihlali halinde satıcının sahip olacağı haklarda bir değişiklik olmaz buna göre satıcı aynen ifa, dönme ve/veya tazminat haklarını kullanabilir. Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 136; Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 151,

<sup>1652</sup>TBK md. 107: “*Alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve gideri alacalıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir.*” TBK md. 108 “*Sözleşmenin konusu olan şeyin niteliği veya işin özelliği tevdi edilmesine uygun düşmez veya teslim edilecek şey bozulabilir ya da bakımı korunması veya tevdi edilmesi önemli biri gideri gerektirir ise, borçlu alacaklıya ihtarda bulunması koşuluyla, hâkimin izniyle onu açık arttırma yoluya sattırıp bedelini tevdi edebilir.*” Ticari Satımlara ilişkin bkz TTK md. 23/I, Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 114, Aral and Ayrancı (n 71) 188.

<sup>1653</sup>TBK md. 110: “*Borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa, alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir.*”

tazminat hakkından bahsedilmemektedir. CISG de ise, esaslı ihlalin varlığı halinde, satıcının sözleşmeden dönme hakkı yanında tazminat hakkı da bulunmaktadır.<sup>1654</sup>

Öte yandan, alıcının CISG md. 65'te düzenlenen; malların şeklini, ölçüsünü veya diğer niteliklerini belirleme yükümlülüğünü ihlali, TBK'ya göre alacaklı temerrüdü oluşturur zira bu durumda alıcı satıcının sözleşmeye uygun olarak sözleşmeyi ifasını engellemektedir.<sup>1655</sup>

Yanı sıra, CISG 52'ye göre alıcının teslim edilen malı reddetme hakkı belirli şartlarla kendisine tanınmıştır. Buna göre alıcı teslim edilen mal fazla veya erken teslim edildiyse malları reddetme hakkı bulunur. Ayrıca, malın en başında esaslı ihlal oluşturması halinde bir başka deyişle sözleşmeye uygun olmayan ifa halinde de, zamanında yapılacak olsaydı esaslı ihlal yaratacağı kabul ediliyorsa bu durumda alıcı, teslim edilen malı reddedebilecektir.<sup>1656</sup> TBK md. 232/II özel hükmüne göre, TBK md. 90 genel kurala uyumlu şekilde, malların geç teslimi halinde alıcının malları geç ifasını reddetme imkânı yoktur.<sup>1657</sup> Zira genel kural malların derhal devralınmasını içerir.<sup>1658</sup> Öte yandan, mallar ayıplı ise veya mallar üzerinde üçüncü bir kişinin üstün bir hakkı varsa ya da mallar yanlış yerde ya da eksik miktarda teslim edilmişse alıcı herhalde reddetme hakkını kullanabilir.<sup>1659</sup> Bu şekilde alıcının reddetme hakkını kullanması halinde, borçluyu temerrüde düşürerek bu hükümlerden yararlanacak, malı teslim

<sup>1654</sup>Toker, 'CISG ve TBK' (n 236) 152.

<sup>1655</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 376-378; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1144; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71)106, 107.

<sup>1656</sup>CISG md 52: (1) "Satıcı, malları belirlenen tarihten önce teslim ederse, alıcı bu teslimi kabul veya red edebilir. (2) Satıcı, sözleşmede belirtilenden daha fazla miktarda mal teslim ederse, alıcı bu fazla miktarı kabul veya red edebilir." Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 137.

<sup>1657</sup>TBK md. 232/II: "Aksine yerel adet veya anlaşma yoksa satılanın hemen devralınması gereklidir." Gümüş (n 71) 112; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 106; Oğuzman and Öz (n 66) 378; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1149.

<sup>1658</sup>Öte yandan, bu durum dışında, TBK md. 232/II'ye göre şeyin hemen devralınması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Ancak dürüstlük kuralı gereği makul süre verilmesi anlaşılmalıdır zira satıcı için ciddi zorluk yaratması halinde erken teslimi alıcı kabul etmeyebilir. Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 114; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 106,107. Sözelmi, erken teslimde alıcının deposunun müsait olmaması örnek gösterilebilir. Ancak temel kural; vadeden borçlunun yararlanması ilkesi ışığında düzenlendiğinden bu ve benzeri istisna durumlar haricinde erken teslim halinde alıcı malı kabul etmez ise alacaklı temerrüdüne düşer. Oğuzman and Öz (n 66) 378; Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 136.

<sup>1659</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 378, 379; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1149, 1150; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 107. İstisnası mesafeli satışlar TBK md. 226.

alması halinde ise, kötü ifa ve ayıp hükümleri çerçevesinde haklarını ileri sürebilecektir.<sup>1660</sup> Görüldüğü üzere, alıcının “sözleşmeye uygun olmayan” ifayı kabul etmemesi mümkün olup bu da herhangi bir şarta bağlı değildir. Dolayısıyla sözleşmede kararlaştırılan şekilde teslim edilmeyen malı kabul edip etmemek alıcının takdirine bırakılmıştır.<sup>1661</sup> Nihayetinde, farklı şekilde düzenlenmeler içerse de her iki sistemde de alıcının sözleşmeye aykırı yapılan malın teslimini reddetme hakkı bulunmakla birlikte CISG’de bu husus ayrıca esaslı bir ihlalin varlığına bağlanmıştır.

#### **D. Alıcının Diğer Yükümlülüklerinin Esaslı İhlali**

##### **1. CISG’de Diğer Yükümlülüklerin İhlali**

CISG md. 53-60 arasında sayılı iki temel yükümlüğüne ek olarak, alıcının taraflar arasındaki sözleşmeden, ticari teamüllerden ve alışkanlıklardan ya da dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri olabilir.<sup>1662</sup>

Öncelikle taraflar aralarındaki sözleşme ile alıcının bazı yan yükümlülüklerini düzenlemiş olabilirler. Burada önemli olan bu yan borçların, alıcının asli borçları olan bedel ödeme ve malları teslim alma borcunun birer parçası olup olmadığının tespitidir.<sup>1663</sup> Zira tarafların, alıcının asli edimlerinin ifasına yardımcı, bu edimlerden bağımsız olmayan birtakım yan yükümlülükler kararlaştırmaları mümkündür (CISG md. 54 ve 60). Ancak bu durumda bağımsız bir yan edim yükümlülüğünün varlığından bahsedilemeyeceğinden tek başlarına bağımsız talep ve dava edilemezler.<sup>1664</sup>

---

<sup>1660</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 382 vd; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1147 vd.

<sup>1661</sup>Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 106. Alıcının satıcı tarafından yapılan ifayı kabul etmemesi halinde temerrüt hükümleri doğarken malı kabul etmesi halinde ise ayıp hükümleri gündeme gelecektir Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 114, Ancak alıcı satım konusu malı herhangi bir çekince koymadan teslim alırsa bu durumda satıcının sözleşmeye uygun ifa ettiğine karine teşkil eden bir sonuç çıkarılır. Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 114.

<sup>1662</sup>Schwenzer and Hachem, ‘Commentary’ (n 22) Art 7, Para 38; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 242; Zeytin, *CISG* (n 2) 191.

<sup>1663</sup>Mohs (n 141) Art 53, N Para 1, Sevon (n 1555) 338. Malın özelliklerinin belirlenmesi malın teslim borcunun, akreditif açtırmak ise malın bedelini ödeme borcunun bir parçası olarak kabul edilmektedir. Mohs (n 141) Art 64, N Para 16, Art 64, N Para 18.

<sup>1664</sup>Mohs (n 141) Art 53, Para 1, Art 64, Para 20.

Her ne kadar CISG esaslı ihlal düzenlemesinde edimin asli veya yan edim olmasına ya da borcun niteliğinin ne olduğuna bir değer yüklememiş olsa da<sup>1665</sup> bu tespitin önemi; satıcının esaslı ihlalden doğan hukuki imkânlarını kullanımında kendini gösterir. Şöyle ki; satıcı, sadece alıcının malın bedelini ödememesi veya malı teslim almaması asli yükümlülüklerinin ihlali ile bu yükümlülüklerin bir parçası sayılan “yan edim yükümlülüklerinin” ihlali halinde, esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönebileceği gibi ayrıca alıcıya ek süre verme yoluyla da sözleşmeden dönebilir.<sup>1666</sup> Ancak alıcının, asli yükümlülüklerinin bir parçası sayılmayan “diğer yükümlülüklerinin” ihlali halinde sözleşmeden dönmesi ancak bu ihlalin esaslı olduğunun ispatı ile mümkündür (CISG md. 64/I).<sup>1667</sup> Bu halde ek süre verilmesi ancak CISG md. 63/2’deki sonuçlara sebep olur ve tazminat sorumluluğunu doğurur. Ayrıca ek süre sonunda ihlalin öncekinden daha önemli hale gelmesi ile esaslı ihlal oluşturduğu kabul ediliyorsa sözleşmeden dönülebilir.<sup>1668</sup>

Öncelikle belirtmek isteriz ki “satıcının diğer yükümlülüklerini ihlali” başlığı altında ele alınan genel kurallar “alıcının diğer yükümlülüklerini ihlali” açısından da geçerlidir.<sup>1669</sup> Buna göre, alıcı açısından da onun yükümlülüklerin ihlalinin esaslı olup olmadığı somut olay özelinde değerlendirilecektir. Dolayısıyla CISG md. 25 şartları kapsamında satıcının sözleşmesel beklentilerinin ne derece olumsuzluğa uğradığının ve alıcı tarafından bu sonuçların öngörülebilirliği araştırılarak karar verilecektir.<sup>1670</sup> Esaslı ihlalin şartlarının varlığı halinde alıcının bu ek yükümlülüklerinin bir sözleşme hükmünden kaynaklanması ile doğrudan CISG hükümlerinden kaynaklanması arasında bir fark olmamaktadır.

O halde taraflar arasındaki sözleşme ek yükümlülükler düzenleyerek bunların ihlali halinde esaslı ihlal oluşturacağını kararlaştırabilirler. Söz gelimi, alıcının malları belli

<sup>1665</sup>Ferrari, ‘Fundamental Breach’ (n 41) 506; Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 351, 352.

<sup>1666</sup>Mohs (n 141) Art 53, Para 17; Huber and Mullis (n 18) 325.

<sup>1667</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 29; Huber and Mullis (n 18) 328; Durak (n 1635) 279.

<sup>1668</sup>Durak (n 1635) 280.

<sup>1669</sup>Bkz Tez: “Satıcının Diğer Yükümlülükleri Esaslı ihlali” 338 vd.

<sup>1670</sup>Huber and Mullis (n 18) 328.



ülkelere pazarlama ve dağıtım yükümlülüğü,<sup>1671</sup> satıcının üretimi için teknik bilgileri sağlama, satıcının üreteceği mallar için malzeme temin etmek, ithal ve ihraç yasalarına uygun davranmak<sup>1672</sup> şeklinde ihlalleri esaslı ihlal sayabilirler.<sup>1673</sup>

Taraflar arasında sözleşme ile kararlaştırılması dışında, alıcının CISG'den doğan yan edim yükümlülükleri olduğu, CISG md. 61-64 arasındaki “diğer borçları” ifadesinden anlaşılmaktadır. Bu borçlar, alıcının asli yükümlülüklerini düzenleyen hükümlerin devamında değil, içerdikleri borcun konusuna göre CISG'in muhtelif bölümlerinde düzenlenmiştir.<sup>1674</sup> Buna göre; CISG md. 85-88 arasında düzenlenen; alıcının malları muhafaza yükümlülüğü, malların zilyetliğini satıcı adına devralma yükümlülüğü ve malları satma yükümlülüğünü ihlalleri sözleşmenin esaslı ihlaline sebebiyet verebilmektedir.<sup>1675</sup>

Öte yandan, alıcının malları muhafaza yükümlülüğü CISG md. 86/I'de düzenlendiği üzere, alıcının teslim aldığı mallardaki aykırılığı tespit etmesi üzerine seçimlik haklarını kullanmak üzere, malları reddedip iade etmek istemesi halinde, bu malların muhafazası için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.<sup>1676</sup> Ayrıca CISG md. 86/II gereğince; satıcı tarafından gönderilen malların, alıcının tasarruf alanına girmiş ancak alıcı tarafından reddedilmiş olması halinde, satıcı adına malları teslim alacak bir yetkilinin bulunmaması koşuluyla, alıcı malların zilyetliğini satıcı adına almakla yükümlüdür meğer ki bu devralma alıcı için ekstra masraf ve külfet doğurmakta olup kendisinden

---

<sup>1671</sup>Durak (n 1635) 280, Grenoble Temyiz Mahkemesi, 22.02.1995, CISG-Online: 151. Kararda malların Güney Amerika ve Afrika'ya satılacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen alıcının malları İspanyaya satması esaslı olarak değerlendirilmiştir.

<sup>1672</sup>Mohs (n 141) Art 64, Para 20; Schlechtriem and Butler (n 28) 244.

<sup>1673</sup>Landgericht Kessel, 21.09.1996, CISG-Online: 192 sayılı kararda mahkeme akreditifin açılacağına dair banka onayının CISG md. 54 anlamında yan edim yükümlülüğü bir başka deyişle bedelin ödenmesini sağlayacak önlemler” den biri olarak görmemiştir.

<sup>1674</sup>Kaya (n 112) 40.

<sup>1675</sup>Ayrıca malları muayene etme (CISG md. 37), sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunma (CISG md. 38) ek yükümlülükleri bulunmakla birlikte alıcının bu yükümlülüklerine uymaması malları sözleşmeye aykırılık oluşturmaz. Huber and Mullis (n 18) 149, Kanışlı, Satıcının Hakları (n 35) 39.

<sup>1676</sup>Huber and Mullis (n 18) 363,364, CISG md. 86/I : “Malları teslim almış olan alıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan, malları reddetme hakkını kullanmak isterse, onların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alması gerekir. Yapmış olduğu makul masraflar satıcı tarafından karşılanıncaya kadar malları alıkoyabilir.”

beklenemez olsun.<sup>1677</sup> Bu halde alıcının makul önlemleri alarak söz gelimi; malları uygun yerde depolayarak ya da periyodik bakımını yaparak malları muhafaza etme yükümlülüğü doğmaktadır.<sup>1678</sup>

Alıcının malları reddetme hakkı; alıcı tarafından sözleşmenin sona erdirilmesi ya da CISG md. 52'ye göre erken teslim veya fazla miktarda teslimden kaynaklanması arasında bir fark olmaksızın alıcının malları muhafaza etme yükümlülüğü bulunur.<sup>1679</sup> Bazı hallerde, alıcının bu muhafaza yükümlülüğünü ihlali neticesinde iade edilen malların zarara uğraması; satıcının sözleşmeden beklediği menfaatlerin önemli ölçüde olumsuzluğa uğramasına dolayısıyla esaslı ihlale sebebiyet verebilir.<sup>1680</sup> Burada özellikle dikkat edilmesi gereken, alıcının malları iade hakkının başta kendisinin sözleşmeden dönme veya malın yenisi ile değişimi hakkının kullanılması nedeniyle yapılmıyor olmasıdır.<sup>1681</sup> Alıcının bu imkânlarını kullanımı dışında bir sebeple malı iade etmek istemesi halinde esaslı ihlal değerlendirmesi önem taşır. Söz gelimi, alıcı için özel üretilmiş nitelikte bir malın alıcıya vadesinden önce gönderilmesi ve alıcının muhafaza yükümlülüğünü ihlali sebebiyle malın zarar görmesi halinde somut olaya göre

---

<sup>1677</sup>CISG md. 86/II: “Malları teslim almış olan alıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan, malları reddetme hakkını kullanmak isterse, onların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alması gerekir. Yapmış olduğu makul masraflar satıcı tarafından karşılanıncaya kadar malları alıkoyabilir.”

<sup>1678</sup>Bacher (n 1536) Art 85, Para 12-13; Hiroo Sono, ‘Article 85-88’ in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contract for The International Sale of Goods: Commentary* (C. H. Beck, Hart, Nomos 2011) Art 86, Para 1; Kaya (n 112) 42.

<sup>1679</sup>Bacher (n 1536) Art 85, Para 12-13; Sono (n 1678) Art 86; Para 1; Kaya (n 112) 42. Zira burada amaç malların kaderine teslim edilerek ortada kalmasını önlemektir.

<sup>1680</sup>Zeytin, ‘Esaslı İhlal’ (n 541) 647; Kaya (n 113) 42.

<sup>1681</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus CISG md. 82'ye göre; alıcı açısından zaten, muhafaza yükümlülüğünü ihlali nedeniyle malları teslim aldığı duruma yakın şekilde iade edememesi, alıcının seçimlik haklarını kullanmasına engel teşkil edecektir. Ancak malların iade edilmesi zaten sözleşmeden dönülmesine dayanıyorsa, bu durumda esaslı ihlale bağlı kullanılacak başka bir hak kalmadığından bahisle yeniden bir esaslı ihlal araştırması yapılması gerekli görülmemektedir. Zeytin, ‘Esaslı İhlal’ (n 541) 647. CISG md. 82: “ (1) Alıcının, teslim aldığı malları, teslim aldığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade etmesi imkânsızlaşmışsa, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya satıcıdan ikame mal talep etme hakkı düşer. (2) Önceki fıkra hükmü aşağıdaki hallerde uygulanmaz: (a) malların iade edilmesinin veya teslim alındığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade edilmesinin imkânsızlaşması alıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa; (b) mallar veya malların bir bölümü 38. maddeye dayalı olarak yapılan muayene sonucunda ziya'a veya hasara uğramışsa; veya (c) mallar veya malların bir bölümü sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya tespit edilmesi gerektiği tarihten önce ticarî faaliyetin olağan seyri içinde satılmış veya olağan kullanım kapsamında alıcı tarafından tüketilmiş veya şekil değiştirmişse.”

ihlalin esaslı ihlal oluşturduğunun kabulü gerekir.<sup>1682</sup> Zira satıcı bu durumda malı zamanında teslim borcunu yerine getirmekten alıkonulmuş ya da hiç teslim edemeyecek duruma düşürülerek CISG md. 25 anlamında menfaatleri olumsuzluğa uğramış olabilir.

Görüldüğü üzere vadeden önce teslim edilen malların iade edilmek istenmesi halinde, alıcının muhafaza etme yan edim yükümlülüğünü ihlali esaslı ihlal oluşturabilir. Satıcının sözleşmeyi alıcıdan önce ihlal etmiş olmasının bir önemi yoktur. Ancak alıcının sözleşmeyi bu ihlaline satıcının davranışları ile sebep olunması halinde CISG md. 80 hükümleri devreye girmekle satıcının sözleşmeden dönme hakkının varlığı buna göre araştırılması gerekmektedir.

Son olarak, CISG md. 88/I'e göre satıcının malları muhafaza için gerekli masrafları ödemekten kaçınması, haklı sebebe dayanmaksızın malların zilyetliğini devralmaması halinden alıcının malları satma hakkı gündeme gelmektedir.<sup>1683</sup> Ayrıca CISG md. 88/II'ye göre; malları muhafaza etmekle yükümlü olan alıcının; malların bozulacak türden olması veya muhafaza edilmesi makul olmayacak masraf gerektirmesi halinde bu malların satımı için uygun önlemleri almakla yükümlüdür.<sup>1684</sup> Bu önlemlerin alınmaması da CISG md. 25'te sayılı şartların oluşması neticesinde esaslı ihlale sebebiyet verebilir.<sup>1685</sup>

---

<sup>1682</sup> Örnek için bkz: Sarıkaya (n 37) 304.

<sup>1683</sup> CISG md. 88/I: "85 veya 86. madde uyarınca malları muhafaza etmekle yükümlü olan taraf, diğer taraf, malların zilyetliğini devralmakta veya bunları geri almakta veya semeni veyahut muhafaza masraflarını ödemekte makul olmayan ölçüde geç kalmış ise bunları uygun bir şekilde satabilir. Şu kadar ki, satma niyetine ilişkin olarak diğer tarafa makul bir bildirimde bulunulmuş olsun."

<sup>1684</sup> CISG md. 88/II: "Mallar çabuk bozulacak türdence veya bunların muhafazası makul sayılmayacak masraflı gerektirecekse, 85 veya 86. madde uyarınca malları muhafaza etmekle yükümlü olan taraf, bunları satmak için uygun önlemleri almak zorundadır. Mümkün olduğu ölçüde diğer tarafa satma niyetine ilişkin bildirimde bulunulmalıdır."

<sup>1685</sup> Kantonsgericht Zug, 30.08.2007, CISG-Online: 1722. İsviçre Mahkemesi tarafından verilen bir kararda; taraflar arasında Metil üçüncü bütül eter satımı konusunda anlaşılmıştır. Yapılan sözleşmede malların varış limanına ulaşmasından sonra ilk teslim alınma süresine sözleşmede özel önem atfedildiği görülmüştür. Alıcının malları teslim almaktan imtina etmesi üzerine satıcı tarafından alıcıya ek süre verilerek CISG md. 47'ye göre sözleşmeden dönülmek istenilmiştir. Mahkemece öncelikle satıcının verilen bu ek süre devam ederken malları yeniden satarak menfaatlerinin önemli ölçüde olumsuzluğa uğramasını engellemek zorunda olmadığını belirtmiştir. Ayrıca bu süre içerisinde alıcının malların teslim etmeyeceğine dair açık bir beyanı olmadığı sürece bu ek sürenin beklenilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir. O halde satıcı verilen ek süre sonunda ya da alıcının malları reddettiğinin açık beyanı üzerine malları yeniden satma imkânını değerlendirebilir. Böyle bir imkânının bulunmaması ve CISG md. 25'in diğer şartlarının oluşması halinde esaslı ihlalden bahsedilebilecektir

## 2. TBK’da Alıcının Yan Edim ve Koruma Yükümlülüklerinin İhlali

Alıcının kanun ve sözleşme ve dürüstlük kuralından doğan ve sözleşme ilişkisini karakterize eden asli edimlerinin yanı sıra başka yükümlülükleri de olup TBK’da genel kabul gören görüşe göre; yan edim sınıflandırması üzerinden bu yükümlülükler ayrıştırılmaktadır.<sup>1686</sup> Alıcının TBK’da sayılı yan edim yükümlülükleri; TBK md 234/II uyarınca faiz ödemek, TBK md. 236/I uyarınca; mesafe satımında satılanı saklamak, TBK md. 226/son uyarınca; mesafe satımında satılanı sattırmak, TBK md. 208/I’ göre; satıcının teslimden önce yaptığı zorunlu ve yararlı giderleri ödemek, TBK md. 211/I’e göre; teslim alma ve senet masraflarını ödemek, TBK md. 211/III uyarınca; satılanın ambalajını geri vermek şeklinde düzenlenmektedir.<sup>1687</sup> Yanı sıra, taraflar satım sözleşmesi ile alıcının yan edim yükümlülüğü olarak; malların dağıtımı ve satımını sadece belirli ülkelere yapmak, satıcının üretimi için teknik bilgileri sağlamak ve akreditifle ödeme yapmak ve ayrıca koruma yükümlülükleri de kararlaştırabilirler.<sup>1688</sup>

CISG’in asli edim yan edim yapmayan düzenlemesinin doğal bir sonucu olarak, herhangi bir yükümlülük ihlalinde satıcının elinde olan imkânlar açısından TBK’dan ayrıştığı görülmektedir. CISG’e göre, satıcı aynen ifa, zarara uğraması halinde tazminat ve ihlalin esaslı olması halinde sözleşmeden dönme imkânlarına sahiptir. Önemli olan fark, alıcının bedel ödeme ve malı teslim borcunu aykırılığında satıcı md. 63’teki ek süre imkânını kullanarak süre sonunda ifa gerçekleşmemişse sözleşmeden dönebilirken, bu temel yükümlülüklerin haricinde kalan veya bu yükümlülüklerle bağlı sayılmayan edimlerinin ifasına yönelik aykırılıklarda ancak ihlalin esaslı olması halinde sözleşmeden dönülebilmektedir.

TBK’daki duruma baktığımızda ise, satıcının yan edim yükümlülüklerinin ihlali halinde, edim imkânlı ise aynen ifayı talep ve dava edebilmesi ancak söz konusu bu yan

<sup>1686</sup>Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 38 vd; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 58 vd; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 161; Gümüş (n 71) 113; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 51,52; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 104.

<sup>1687</sup>Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 246; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 161; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 115 vd; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 51, 52; Gümüş (n 71) 113 vd; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 178 vd; Aral and Ayrancı (n 71) 189.

<sup>1688</sup>Eren, *Özel Hükümler* (n 66) 178 vd; Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 169; Gümüş (n 71) 113; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 51,52; CISG md. 5 ile kişi varlığına gelebilecek zararlar Sözleşmenin kapsamı dışında tutulmuştur.

edim yükümlülüğün asli edimden bağımsız olarak doğması ile mümkündür.<sup>1689</sup> Başka bir deyişle, asli edimden bağımsız olmayan yan edim yükümlülüklerinin ihlali halinde, satıcının aynen ifayı talep ve dava hakkı bulunmadığı gibi bu halde sadece zararı oranında tazminat talep edebilecektir.<sup>1690</sup> CISG sistemi ile bir diğer önemli farkı ise, TBK’da alıcının yan edim yükümlülüklerine aykırılığı halinde satıcının sözleşmeden dönmesi veya aynen ifadan vazgeçerek uğradığı müspet zararın tazmini talep hakkının bulunmamasıdır. O halde alacaklı veya borçlu temerrüdüne dayalı hükümlere başvurulamamaktadır. Bunun başlıca nedeni; yan edim yükümlülüklerinin taraflar arasındaki sinallagma ilişkisi içine dahil olmadığı kabul edilmesidir.<sup>1691</sup> Benzer şekilde, koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde de satıcının elindeki tek imkân tazminattır.<sup>1692</sup>

Sonuç olarak, iki sistem arasında konumuz açısından ortaya konulan en büyük farklılık; alıcının söz konusu diğer yükümlülüklerine aykırılığı bir diğer deyişle yan edim yükümlülüklerini ihlali halinde CISG’de ihlalin esaslı olma şartına bağlı olarak sözleşmeden dönülebilirken TBK’da satıcıya böyle bir imkân tanınmamıştır.

### **III. ESASLI İHLAL DEĞERLENDİRMESİNİN ÖNEM KAZANDIĞI DİĞER HALLER VE TBK’DAKİ BENZER DÜZENLEMELERLE KARŞILAŞTIRILMASI**

#### **A. Genel Olarak**

CISG sisteminde esaslı ihlal kavramının önem kazandığı kuşkusuz en önemli düzenleme sözleşmeden dönme (CISG md. 49,64) ve malın yenisi ile değişimi (CISG md. 45/II) hukuki yaptırımlarıdır. Taraflarca sözleşmeden dönme ve alıcının malın yenisi ile değişimi hukuki imkânlarına başvurabilmesi ihlalin esaslı olması şartına bağlanmış olup, ilk bölümde dönme hakkının ve malın yenisi ile değişimi hakkının

<sup>1689</sup>Yan edimin ifasının imkânsız olması halinde sadece tazminat talep edilebilecektir. Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 143.

<sup>1690</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 507, 1777ff, Aral (n 1336) 41.

<sup>1691</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 507,1777ff; karşı görüş Serozan, *Özel Hükümler* (n 71) 247.

<sup>1692</sup>Aral (n 1336) 88.

sınırlandırılması başlıkları altında incelenmiş ve çalışmamızın ilgili yerlerinde de değinilmiş olduğundan burada tekrardan kaçınılacaktır.<sup>1693</sup> Ayrıca esaslı ihlal değerlendirmesinin önem kazandığı bir diğer hükümler; satıcının vadeden önce (CISG md. 37) ve vadeden sonra (CISG md. 48) satılardaki aykırılığı giderme hakkı olup ihlalin esaslı olarak değerlendirilmesi üzerinde etkili olmaktadır. Bu düzenlemeye ilişkin tartışmaların yoğunluk kazandığı “satıcının sözleşmeye aykırı mal teslimi” başlığı altında konunun incelenmesi uygun görülmüştür.<sup>1694</sup> Bu nedenle bu bölümde, buraya kadar değinilmeyen; esaslı ihlalin hasar riski geçişine etkisi, esaslı İhlalin öncelenmiş borca aykırılıkta etkisi, esaslı ihlalin ardı ardına teslimli sözleşmelere etkisine yer verilmiştir.

## **B. Esaslı İhlalin Hasar Riski Geçişine Etkisi**

### **1. CISG’de Hasar Riskinin Geçışı**

Hasar, satılanın taraflardan birinin sorumlu olmadığı sebeplerden dolayı telef olması ya da değerinin azalması olarak tanımlanmakta olup hasarın geçışı kavramı ise sözleşmenin kurulması ile ifa edilmesi arasındaki süreçte, satılanın hasarından dolayı sorumlu olma durumunu ifade eder.<sup>1695</sup> Türlerine göre edim hasarı; edim konusunun yok olmasına veya kötüleşmesine rağmen satıcının gereği gibi ifa ile sorumluluğunun devam etmesi olarak tanımlanırken, bedel hasarı ise satılanın hasara uğramasına ve bu nedenle satıcının gereği gibi ifa yükümlülüğünün ortadan kalkmasına rağmen alıcının satış bedelini tamamen ödemek zorunda olması olarak tanımlanır.<sup>1696</sup>

<sup>1693</sup>Detaylı inceleme için Bkz: “Esaslı İhlalin Hakları Sınırlandırıcı İşlevi” 48 vd.

<sup>1694</sup>Detaylı inceleme için Bkz: “Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkının Esaslılık Üzerindeki Etkisi, 289 vd.

<sup>1695</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 34,35; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 47; Aral and Ayrancı (n 71) 89,90; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 47; Gümüş (n 71) 30,31; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 52.

<sup>1696</sup>Aral and Ayrancı (n 71) 90; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 50; Gümüş (n 71) 30,31.

Bedel hasarı riski CISG md. 66'da açıkça düzenlendiği üzere;<sup>1697</sup> hasar riski alıcıya geçtikten sonra malların yok olması veya zarara uğraması, bu yok olma veya zarar satıcının bir fiili veya ihmali nedeniyle ortaya çıkmadıkça, alıcıyı malın bedelini ödemekten kurtarmaz.<sup>1698</sup> Milletlerarası satışlarda zarar ve ziya riskinin kimin tarafından taşınacağı taraflarca belirlenmediği sürece,<sup>1699</sup> CISG md. 66-70 hükümlerinde düzenlenen hasarın geçişine ilişkin kurallar uygulanır.<sup>1700</sup> Bu hükümlerden hangisinin uygulanacağı satımın niteliğine göre belirlenir.<sup>1701</sup> Böylece uygulanacak hükmün belirlenmesi neticesinde “hasarın alıcıya geçeceği an” tespit edilmiş olacaktır. Nitekim satımın türüne göre; gönderilecek mallarda ilk taşıyıcıya teslim ile (md. 67), malların nakli halindeyken satılması halinde sözleşmenin kurulması ile (md. 68) veya diğer hallerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurma (md. 69) eylemlerinden biri ile hasar alıcıya geçmekte ve satıcının sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluğuna gidilememektedir.<sup>1702</sup> Zira CISG md. 36/I genel kuralı gereğince;<sup>1703</sup> satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, aykırılık hasarın geçiş anından sonra belirgin hale gelse de sorumlu olduğu hükme bağlanmış olduğundan, hasarın alıcıya geçtiği anın belirlenmesi aynı zamanda satıcının sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluğunun da zaman itibariyle sınırını belirlemektedir.<sup>1704</sup> O

---

<sup>1697</sup>CISG md. 66 “*Hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz meğer ki ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın*”

<sup>1698</sup>Hakan Acar, ‘Hasar Riskinin Geçişine İlişkin TBK, CISG ve INCOTERMS Hükümlerinin Mukayeseli Olarak İncelenmesi’ in Sinan Okur (eds) *Milletlerarası Satım Hukuku* (1st edn, Adalet 2016) 508, 513.

<sup>1699</sup>CISG md. 6. Taraflar sözleşmeye koyacakları incoterms ya da farklı bir düzenleme ile bu hükümlerin uygulanmasını dışlayabilirler.

<sup>1700</sup>Şamlı Yetiş, ‘Borçlar Kanunu ve CISG çerçevesinde Hasarın İntikali’ (2007) 65(1) İÜHF 303, 346.

<sup>1701</sup>Buna göre CISG md. 67'nin uygulanması için “gönderme satım”ın varlığı, CISG md. 68'in uygulanması için malların taşıma halindeyken satım durumu söz konusu olmalıdır. CISG md. 69 bu ikisi dışındaki halleri kapsayan tamamlayıcı hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu özel şartlar satış sözleşmesine hangi hükmün uygulanacağını belirlemesini sağlar. Bu nedenle hasarın intikal an'ı da bu hükümlerden hangisinin uygulanacağına göre değişeceğinden satış sözleşmesinin şartlarının doğru belirlenmesi önemlidir. Doğan, *Hasarın Geçışı* (n 220) 123.

<sup>1702</sup>Micheal Bridge, ‘CISG uyarınca Hasarın Geçmesi’ in Yeşim M Atamer (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (1st edn, Oniki Levha 2008) 193, 201; Doğan, *Hasarın Geçışı* (n 220) 197.

<sup>1703</sup>Erauw (n 220) 216, CISG md. 36/I “*Satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, sözleşmeye aykırılık bu andan sonra belirgin hale gelmiş olsa dahi, sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca sorumludur.*”

<sup>1704</sup>Hasarın alıcıya geçtiği andan sonra satıcının sorumluluğunun devam ettiği istisna CISG md. 36/II hükmü saklıdır. Buna göre; “*Satıcı birinci fıkrada belirtilen andan sonra ortaya çıkan ve malların belirli bir süre için, mutad amaçlarına veya belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya*

halde, öncelikle genel kural gereği sözleşmeye aykırı mal tesliminin, hasarın intikalini engellemediği kabul edilir.<sup>1705</sup> Bu nedenle satıcının teslim ettiği mallar sözleşmeye aykırı olsa dahi, mallara ilişkin hasar riski geçişi sözleşme hükümlerine göre, böyle bir hüküm olmaması halinde ise CISG md. 67-69 hükümlerine göre belirlenecektir.

Konumuz açısından; sözleşme ihlalinin esaslı olduğunun tespit edilmesi halinde ise, satım konusu mallara ilişkin zarar ve ziya riskinin geçişi özellik arz etmektedir. Nitekim CISG md. 70'e göre;<sup>1706</sup> satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlal etmesi halinde, alıcının sahip olacağı CISG md. 45-52 arasındaki hukuki imkânlar CISG md. 67-69 arasında sayılı hasarın intikali hükümleri nedeniyle ortadan kalkmaz.<sup>1707</sup> Bir başka deyişle, hasarın aynı zamanda satıcının sözleşmeye göre sorumluluğunu gerektirmesi durumunda, bu aykırılığın esaslı bir ihlal oluşturacak seviyede kabul edilmesi halinde, hasarın alıcıya geçeceği an'ın tespiti için kullanılan hükümler (md. 67-69), alıcının sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan haklarını kullanmasın önünde engel oluşturmaz.<sup>1708</sup> Bu hüküm ile özellikle satıcının sözleşmeye aykırı mal tesliminin esaslı ihlal oluşturması halinde, malın kimseye isnat olunamayacak şekilde telef olması ya da hasar görmesi durumunda, alıcının sözleşmenin esaslı ihlaline dayalı olarak kullanabileceği haklarının bundan etkilenmeyecek olmasını düzenlemektedir.<sup>1709</sup> Başka bir deyişle, satıcının sözleşmeyi esaslı aykırılığı mevcut ise, hasar alıcıya geçmiş olsa

---

*özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlali de dahil olmak üzere herhangi bir yükümlülüğün ihlaline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumludur.” Zira CISG md. 66 “Hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz, meğerki, ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın.” her iki hüküm birbiri ile paralel bir düzenleme içermektedir. UNCITRAL, ‘Uncitral Digest’ (n 56) 303.*

<sup>1705</sup>Bridge, ‘Hasarın Geçmesi’ (n 1702) 200; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 276.

<sup>1706</sup>CISG md. 70 “*Satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl etmişse, 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlâl dolayısıyla sahip olduğu hukukî imkânlarla hanel vermez.*”

<sup>1707</sup>Pascal Hachem, ‘Art 70’ in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)* (1st eds, Oniki Levha 2015) Art 70, Para 1; Erdelein and Maskow (n 20) Art 70, Para 1; Barry Nicholas, ‘Article 66-70’ in Bianca C M and Bonell M J (eds), *Commentary On The Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè, 1987) Art 70, Para 2.3; Bridge, ‘Hasarın Geçmesi’ (n 1702) 216; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 276; Doğan, *Hasarın Geçişi* (n 220) 248.

<sup>1708</sup>Acar (n 1698) 521.

<sup>1709</sup>Acar (n 1698) 521; Şamlı (n 1700) 376; Kanişlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 34. ULIS md. 97/2’de sözleşmeye aykırı mal teslimi nedeniyle alıcının esaslı ihlalden doğan seçimlik haklarını kullanmadığı takdirde hasarın kendisine geçeceği düzenlenmişti. Ancak bu uygulama hasarın geçişini ayıpsız mal teslimine bağlayan karmaşık bir sistem kurması nedeniyle CISG’de benimsenmemiş hasarın geçişi ile teslim birbirinden ayrılmıştır. Bridge, ‘Hasarın Geçmesi’ (n 1702) 216; Hachem (n 1707) Art 70, Para 1.



da, mallar kazaen telef olmuş veya zarara uğramış ise alıcı, sözleşmenin esaslı ihlaline dayalı haklarını kullanabilecektir.<sup>1710</sup>

Burada dikkat edilmesi gereken husus; CISG md. 70'in uygulanabilmesi için malın hasara uğramasının sözleşmenin esaslı olarak ihlal edilmesiyle bir bağlantısının olmaması, malın kimseye atfedilemeyen bir sebeple zarar ve ziya olması gereğidir. Nitekim mallar sözleşme ihlali sebebiyle telef olmuşsa bu durumda hasar sorunu değil malların ayıplı teslimi söz konusu olacaktır. Bu hüküm ile satıcının hasar kuralına dayanarak sözleşmenin esaslı ihlali neticesinde karşılaşıcağı hukuki yaptırımlardan kurtulmasının önüne geçilmektedir.<sup>1711</sup> Zira alıcı esaslı ihlale dayanan seçimlik haklarını kullandığında hasar geçmişe etkili olarak intikal etmekte ve alıcının bedel ödeme borcu ortadan kalkmaktadır.<sup>1712</sup> Nitekim CISG md. 67-69 uyarınca alıcıya geçmiş olan hasar riski, alıcının CISG md. 70 uyarınca sahip olduğu esaslı ihlale dayalı hukuki imkânları sayesinde, geçmişe etkili olarak hasar riski satıcıya geri dönmektedir.<sup>1713</sup>

Bu düzenlemenin pratik sonucu kendisini CISG md. 82/I düzenlemesinde gösterir. Şöyle ki, bu madde uyarınca alıcının teslim aldığı malları, teslim aldığı andaki durumuna en yakın şekilde iade etmesi aranır.<sup>1714</sup> Eğer bu durum imkânsızlaşmışsa, alıcının esaslı ihlale dayanarak, normal şartlarda malların iadesini öngören<sup>1715</sup> sözleşmeden dönme ve malın yenisi ile değişimini talep imkânı bulunmamaktadır.<sup>1716</sup> Ancak CISG md. 82/II(a)'da bu genel kuralın istisnaları düzenlenmiştir.<sup>1717</sup> Bunlarda

---

<sup>1710</sup>Erauw (n 220) 216.

<sup>1711</sup>Hachem (n 1707) Art 70, Para 2; Nicholas (n 1707) Art 70 Para 2.

<sup>1712</sup>Hachem (n 1707) Art 70, Para 4; Nicholas (n 1707) Art 70 Para 2.3

<sup>1713</sup>Hachem (n 1707) Art 70, Para 3; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 278.

<sup>1714</sup>CISG md. 82 “Alıcının teslim aldığı malları teslim aldığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade etmesi imkânsızlaşmışsa, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya satıcıdan ikame mal talep etme hakkı düşer”

<sup>1715</sup>Bazı yazarlar bu hakların kullanılması için malların iade edilmesi şartını aramaktadır. Detaylı bilgi için: Fountoulakis Christiana, ‘Commentary on Art 71-73,82’ in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)*, (1st eds, Oniki Levha 2015) Art 82, Para 3.

<sup>1716</sup>Huber and Mullis (n 18) 244; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 276.

<sup>1717</sup>Erauw (n 220) 276, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 276. CISG md. 82/II/a “Önceki fıkra hükmü aşağıdaki hallerde uygulanmaz: (a) malların iade edilmesinin veya teslim alındığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade edilmesinin imkânsızlaşması alıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa..” Ayrıca alıcının esaslı ihlale dayalı haklarını kullanmasının önünü

biri, hasarın alıcının bir eyleminden veya ihmalden kaynaklanmadığı sürece, alıcının bu haklarını kullanmasının önünü açan istisnadır.<sup>1718</sup> Görüldüğü üzere, CISG md. 70'e paralel bir düzenleme ile alıcının malları iade etmesinin imkânsızlaşması halinde de, esaslı ihlale dayanan seçimlik haklarını kullanabilmesine olanak sağlanmıştır.<sup>1719</sup>

Burada dikkat edilmesi gereken başka bir husus; alıcının CISG md. 70'e göre esaslı ihlalden doğan hakkını kullanabilmesi için, sözleşmeye aykırılık içeren malları CISG md. 38/I uyarınca en kısa sürede muayene ettirmesi ve durumu CISG md. 39 /I uyarınca makul sürede, türünü de somutlaştırarak satıcıya ihbar etmesi gerekmektedir. Daha önce belirtildiği üzere, alıcının sözleşmeye aykırı mal tesliminden doğan haklarını kullanması için muayene ve ihbar külfeti bulunmaktadır. O halde bu yükümlülüklerini yerine getirmese alıcı hasara katlanmak zorunda kalacaktır.<sup>1720</sup> Sonuç olarak, CISG md. 70 hükmünde, malın esaslı ihlal oluşturacak seviyede ayıplı olarak teslim edilmesi halinde, malın daha sonradan kaza sonucu telef olması veya zarar görmesi durumunda, alıcının sahip olacağı hakları kullanmasının engellenemeyeceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla

---

açan iki istisnaya daha yer verilmiştir. CISG md. 82/III(b) "*mallar veya malların bir bölümü 38. maddeye dayalı olarak yapılan muayene sonucunda ziya'a veya hasara uğramışsa; veya (c) mallar veya malların bir bölümü sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya tespit edilmesi gerektiği tarihten önce ticari faaliyetin olağan seyri içinde satılmış veya olağan kullanım kapsamında alıcı tarafından tüketilmiş veya şekil değiştirmişse.*"

<sup>1718</sup> Bridge, 'Hasarın Geçmesi' (n 1702) 216.

<sup>1719</sup> Hachem (n 1707) Art 70, Para 2; Doğan, *Hasarın Geçişi* (n 220) (n 221) 253. Hükmün bir takım ispat sorunları oluşturacağını zira malların tek bir mal değil de art arda teslimli mallara ilişkin olması halinde hangi mallardaki ayıpların esaslı sayılacağına bir takım güçlükler doğuracağını belirtmektedir. Bridge, 'Hasarın Geçmesi' (n 1702) 217.

<sup>1720</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 277. Söz gelimi, satıcı ocak ayı içerisinde 100 adet televizyonu fabrikasında alıcıya borçlanmıştır. 1 Ocakta malları belirleyerek deponun dışına alıcının tasarrufuna hazır bırakmıştır. Alıcı malları 20 Ocakta teslim almıştır. Bu durumda hasar alıcıya 20 ocakta geçmiş sayılacaktır (CISG md. 69/I) Ancak TV'lerin 50 tanesi alıcı md. 38'de muayneyi yapmadan yangın sonucu telef olmuştur. Alıcı kalan 50 adedi muayyne ettirmiş ve sözleşmeye esaslı aykırılık taşıdığını görmüştür. Bu halde CISG md. 70 uyarınca hasar alıcıya intikal etmiş olsa da alıcının esaslı ihlale dayanması mümkündür zira muayyne ve ihbar külfetini en kısa zamanda gerçekleştirdiği kabul edilir. Örnek için bkz: Doğan, *Hasarın Geçişi* (n 220) 254. Bir başka örnekte ise; satıcı sözleşme uyarınca malları 30 Kasım'da teslim edecek iken, satıcı teslimde gecikmiş bunun üzerine alıcı tarafından kendisine ek 14 gün süre verilmiş ve bu süre içerisinde (21 Aralık) malları teslim ederken satıcının nakliye kamyonu kaza yapmış ve mallar hasarlı olarak alıcıya ulaşmıştır. Alıcının makul süre içerisinde muayyne ve ihbar külfetine uyması kaydı ile sözleşmeden esaslı ihlaline dayanarak sözleşmeden dönmesi mümkündür bu beyanın malların tesliminden önce ya da sonra yapılmasının bir önemi yoktur. Ancak bu koşullarda CISG md. 70'e göre alıcının sözleşmenin esaslı ihlaline dayanarak sözleşmeden dönme hakkı değil ancak şartları varsa sözleşmeye aykırı mal teslimi (ayıba) ya da malların geç tesliminin CISG md. 25'in şartlarını karşılaması haline dayanarak sözleşmeden dönebilir. Örnek için bkz: Bridge, 'Hasarın Geçmesi' (n 1702) 218. Görüldüğü üzere hasarın yangın sonucu ortaya çıkması ve satıcıya atfedilebilecek bir kusur nedeniyle oluşması arasında fark bulunmaktadır.

alıcı mal ayıplı olarak teslim edildiğinde mal sonradan kaza veya diğer bir nedenle telef olsa dahi sözleşmeden dönebilecek, satış bedelinin indirilmesini talep edebilecektir.

## 2. TBK’da Hasar Riskinin Geçişi

CISG md. 66-70 arasında düzenlenen hükümlerde yukarıda bahsedildiği üzere göre hasarın geçişi; aranacak, götürülecek ve gönderilecek borç ayrımına göre düzenlenmiş olup her iki sistemde de hasarın zilyetliğin devri ile geçeceği kabul edilmiştir.<sup>1721</sup> Nitekim TBK md. 208/I’e göre de; genel kural satış konusu şeyin hasar ve yararının taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anına kadar satıcıya ait olmasıdır.<sup>1722</sup> İkinci fıkrada ise; taşınır satımında alıcı zilyetliği devralmada temerrüde düşmüşse, zilyetliğin devri gerçekleşmiş gibi satış konusunun hasar ve yararı alıcıya geçeceği düzenlenmiştir.<sup>1723</sup> Alıcının zilyetliği devralmada temerrüde düşmesi, satıcının hasar ve yarardan sorumluluğunu sona erdirmektedir.<sup>1724</sup> Buraya kadar her iki sistem kıyaslandığında; TBK md. 208/II hükmü ile “götürülecek borçlarda” hasar riski geçişini düzenleyen CISG md. 69 hükümleri benzerlik gösterir ve alıcının sözleşmeye uygun teslim edilen malları teslim almakta temerrüde düşmesi halinde hasarın alıcıya geçeceği kabul edilir.<sup>1725</sup>

Diğer yandan, TBK’nin 208/III’e göre;<sup>1726</sup> taraflar satış konusu malın kanuni ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi hususunda anlaştıkları mesafe satımında, hasar ve

<sup>1721</sup>Şamlı (n 1700) 323. Diğer bir ifadeyle, satıcının son ifa hareketinin tamamlaması ile hasar alıcıya geçmektedir. Ayrıca CISG sadece semen hasarından bahsetmiş olsa da edim hasarında da aynı anda hasarın geçişi doktrinde kabul edilir. Şamlı (n 1700) 322, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 262.

<sup>1722</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 40; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 48 vd; Gümüş (n 71) 32; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 53; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 52; Aral and Ayrancı (n 71) 91; TBK md. 208: “Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayırık haller dışında satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri ve taşınmaz satımlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.”

<sup>1723</sup>Gümüş (n 71) 32 vd; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 53; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 57; Aral and Ayrancı (n 71) 92; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 45,46; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 48 vd; TBK md. 208/II: “Taşınır satışlarında Taşınır satımında alıcı zilyetliği devralmada temerrüde düşmüşse, zilyetliğin devri gerçekleşmiş gibi satış konusunun hasar ve yararı alıcıya geçmektedir.”

<sup>1724</sup>Özdemir, *TBK ve CISG’e Göre Ayıp* (n 144) 375; Acar (n 1698) 524.

<sup>1725</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 45,46; Kamışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 137.

<sup>1726</sup>TBK md. 208/III: “Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.”

yarar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçmektedir.<sup>1727</sup> Bu hüküm gönderilecek borçlarda hasar riskinin geçişini düzenleyen CISG md. 67'deki düzenleme ile benzerlik göstermektedir.<sup>1728</sup> Her iki düzenlemede de hasar riskinin geçişine ilişkin yerinde satışlar ve mesafeli satışlara ilişkin genel bir ayırım yapılmış ancak TBK md. 208'de mesafeli satışların bir türü olan götürülecek borçlara ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Sonuç olarak, CISG md. 68'de mesafeli satışların bir türü olarak "taşınmakta olan mallara" ilişkin hasar riski geçişi açıkça düzenlenmişken, TBK'da buna ilişkin özel bir düzenleme yoktur.<sup>1729</sup>

Konumuz esaslı ihlal açısından her iki sistemdeki en önemli fark; CISG md. 70 düzenlenmesi ile ihlalin esaslı olmasına bağlı olarak alıcının seçimlik haklarının korunması istinasına TBK'da yer verilmemiş olmasıdır.<sup>1730</sup>

## C. Esaslı İhlalin Öncelenmiş Borca Aykırılıkta Etkisi

### 1. CISG'de Öncelenmiş Borca Aykırılık

CISG'in beşinci bölümünde "Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılıklar"<sup>1731</sup> ve Art Arda Teslimli Sözleşmeler" başlığı altında düzenlenen öne alınmış sözleşme ihlali; borçlunun edimini yerini getirmeyeceğinin vadeden önce anlaşıldığı durumlara ilişkin özel düzenlemeler içermektedir. Hükümler "satıcı ve alıcının yükümlülüklerine ilişkin ortak

<sup>1727</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 42; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 48,49; Gümüş (n 71) 35; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 53; Aral and Ayrancı (n 71) 94; Sabah Altay, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçişi' in *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı* (Beta 2013) 1 (77) GAÜHFD 2013/1, 183, 203.

<sup>1728</sup>Detaylı açıklamalar için: Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 46, Süleyman Yılmaz, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Çerçevesinde Hasarın İntikali' (2014) 9 (100) THD, 135, 137.

<sup>1729</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 46; Acar (n 1698) 531.

<sup>1730</sup>Acar (n 1698) 531.

<sup>1731</sup>Sözleşmeye aykırılık kanun teklifinde "anticipatory breach" yani öne alınmış sözleşmeye aykırılık olarak geçmiş ancak "öncelemek" sözcüğünün bu kavramı daha iyi karşılaması nedeniyle bu kavramın yerine "öncelenmiş borca aykırılık" deyiminin daha yerinde olduğu görüşü için bkz. Başak Başoğlu, 'Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları' (2008) 66(2) İÜHFM 287, 288.

hükümler” başlığında altında yer aldığından bu bölümde incelenmesi uygun görülmüştür.<sup>1732</sup>

CISG md. 71/I’de (a) ve (b) bentlerinde yer alan “ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi<sup>1733</sup> bir yetersizlik nedeniyle” ve “sözleşmenin ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları nedeniyle” ifadeleri, öne alınmış sözleşme ihlali belirlemesini yapmayı kolaylaştırmaktadır.<sup>1734</sup> Bu durumda karşı taraf, kendi yükümlülüklerini askıya alabilir hale gelmektedir. Konumuzu oluşturan CISG md. 25 anlamında esaslı bir ihlalin varlığını aramayan bu maddeye sadece değinmeyi yeterli görüyoruz.

Esaslı ihlal kavramının önem kazandığı CISG md. 72; esaslı ihlal halinde öne alınmış sözleşme ihlaline dayanarak sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen özel bir hükümdür.<sup>1735</sup> Hükme göre; vadeden önce taraflardan birinin borcunu ifa etmeyeceğini bildirmesi veya borcun vade tarihinde ifa edilmeyeceğinin ve bu nedenle sözleşmesel yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını esaslı bir şekilde ihlal edeceğine dair kuvvetli bir şüphenin bulunması halinde, diğer taraf vadeyi beklemeye gerek olmaksızın sözleşmeden dönerek kendi yükümlülüklerinden kurtulabilmektedir.<sup>1736</sup> Ancak tarafların bu haklarını kullanabilmeleri için, karşı tarafın sözleşmeyi esaslı surette ihlal edecek olması ve bu durumun açıkça anlaşılıyor olması şartları birlikte

---

<sup>1732</sup>Honnold and Flethner (n 214) 443; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 409, 688ff; Başoğlu, ‘Öncelenmiş’ (n 1731) 305.

<sup>1733</sup> Her ne kadar Türkçe çevirisinde “yükümlülüklerin esaslı bir kısmını” olarak çevirilmiş olan metindeki ibare CISG md. 25 anlamında esaslılık anlamında kullanılmamıştır. Zira orijinal metninde “fundamental” değil “substantial” ibaresi kullanılmış olup, esaslılığa göre daha ılımlı ve alt derece bir ihlali kastetmektedir. Huber and Mullis (n 18) 341, Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 497.

<sup>1734</sup> CISG md. 71 hükmü öncelikle taraflara, öncelenmiş borç ihlali halinde, karşı tarafa bildirimde bulunarak, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alma hakkı tanımaktadır. Bu halde karşı tarafın, yerine getiremediği yükümlülüklerine karşılık teminat göstermesi halinde, kendi yükümlülüklerini askıya almak isteyen taraf yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda kalacaktır.(CISG md. 71/III) Ayrıca belirtmek isteriz ki öne alınmış sözleşme ihlallerini düzenleyen md. 71 hükmü düzenleniş şekli bakımından satıcıyı koruyan hükümlerdir. Başoğlu, ‘Öncelenmiş’ (n 1731) 305. İçtihat: ABD Newyork, 29.05.2009, CISG-Online: Taksitle ödeme yapması beklenen satıcı beş taksidi ödememiştir, satıcı da mal gönderimlerini askıya almıştır. Mahkeme alıcının bedel ödemeyeceği belli olduğundan satıcının ifayı askıya alma md 71 hakkını ya da md 72 kapsamında sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği yönünde karar vermiştir.

<sup>1735</sup> Erdem, ‘İhlalin Sonuçları’ (n 221) 277.

<sup>1736</sup> Fountoulakis, ‘Commentary 71-73,82’ (n 1715) , Art. 72 N. 10, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 409, Yelkenci, *Dönme* (n 166) 131.

aranmaktadır.<sup>1737</sup> Öte yandan, gerçekleşecek olan ihlalin, sözleşmenin kurulmasından önce biliniyor olması, alacaklının CISG md. 72'ye başvurmasına engel oluşturmaz.<sup>1738</sup>

CISG md. 72'de, iki ayrı öncelenmiş sözleşmeye aykırılık hali tek maddede düzenlemiştir. İlki CISG md. 72/I'de zikredilen; somut olgulardan hareketle sözleşmenin ifa zamanında esaslı şekilde ihlal edileceği hali olup, ikinci ise CISG md. 72/III'de düzenlenmiş olan; karşı tarafın borcu ifa etmeyeceğini beyan etmesi ya da bu durumun onun hareketlerinden anlaşılması halidir.<sup>1739</sup>

İlk olarak, “esaslı surette ihlal edecek olma” kriteri, CISG md. 25 anlamında değerlendirilmelidir.<sup>1740</sup> Buna göre; bu hükme dayanan tarafın, sözleşmeden beklediği menfaatlerdeki “muhtemel önemli ölçüde olumsuzluğu” ve sözleşmeyi esaslı ihlale uğratabilecek tarafın bu muhtemel ihlalin sonuçlarını öngörebileceğinin araştırılmasının yapılması gerekir.<sup>1741</sup> Şöyle ki, sözleşmenin esaslı ihlali; hiç ifa etmeme, zamanında ifa etmeme, sözleşmeye uygun mal teslim etmeme ve belgelerle ilgili sözleşmeye aykırılık durumlarından kaynaklanabilecektir.<sup>1742</sup>

<sup>1737</sup>Fountulakis, ‘Commentary 71,73,82’ (n 1715) Art. 72 N. 10; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 409, Erkan (n 161) 121; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 131.

<sup>1738</sup>Verilen örnekte: borçlunun içinde bulunduğu ekonomik sıkıntı bilinmesine rağmen sözleşmenin kurulması ve bu zorluk nedeniyle borçlunun edimini zamanında yerine getirmeyeceği öngörülse dahi md. 72'ye dayanarak sözleşmeden dönmeye engel görülmemiştir. Fountulakis, ‘Commentary 71-73,82’ (n 1715) Art. 72 N. 10,

<sup>1739</sup>Erhan Kanışlı , ‘CISG’de ve Diğer Uluslararası Hukuk Uyumlaştırması Metinlerinde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık’ (2016) 22(3) MÜHFD (Cevdet Yavuz’a Armağan) 1399,1451. CISG md 72/III: “Karşı taraf yükümlülüklerini ifa etmeyeceğini beyan ettiği takdirde 2. fıkra hükümleri uygulanmaz.”

<sup>1740</sup>Fountulakis, ‘Commentary 71-73,82’ (n 1715) Art. 72 N. 10; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 410, Başoğlu ‘Öncelenmiş’ (n 1731) 305.

<sup>1741</sup>Schlectriem and Butler (n 28) 190, İçtihatla bkz: Illionis Federal Mahkemesi, 07.12.1999, CISG-Online: 439.Söz gelimi; taraflar sözleşmede 15 Haziran gününü kesin vade olarak kararlaştırmışlardır. Malların bu tarihte teslim edilmeyecek olduğu durumda vadenin niteliğinin CISG md. 25'e göre araştırılması gerekir. Yelkenci, *Dönme* (n 166) 131.

<sup>1742</sup>CISG md. 72 ile ileride gerçekleşeceği belli olan ihlalin sözleşmeyi adeta konusuz bırakacak derecede ciddi olması yanısıra aranır. Kanışlı, ‘Öncelenmiş Aykırılık’ (n 1739) 1432. Sözleşmenin esaslı ihlalinin sebepleri CISG md. 72 anlamında önemli olmayıp, CISG md. 71'dekinin aksine, kapsam geniş tutulmuştur. Şöyle ki, CISG md. 71 uyarınca, yükümlülüğün esaslı bir kısmının ihlal edileceğinin ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlikten ya da ifa sırasındaki veya ifaya hazırlık hareketlerinden kaynaklanması halinde ifanı askıya alınabileceği hüküm altına alınmış ancak CISG md. 72'de, bu olguları da içine alacak şekilde geniş bir öngörü alanı kabul edildiği gibi ihlalin de esaslı olması aranmıştır. Kanışlı, ‘Öncelenmiş Aykırılık’ (n 1739) 1432.

İkinci olarak, CISG md. 72 gelecekteki esaslı ihlal olasılıklarından birini düzenler ve sözleşmenin ortadan kaldırılması için sözleşmenin esaslı ihlal edileceğinin “açıkça” varlığını aramaktadır. Gelecekte sözleşmenin esaslı ihlali sonucunu doğurabilecek bir diğer madde ise; CISG md. 73/II’de düzenlenmektedir. Buna göre; sözleşmenin ortadan kaldırılmasında esaslı ihlalin gerçekleşeceğine dair “sağlam gerekçeler” aranmaktadır.<sup>1743</sup> “Ciddi bir yetersizlik” arayan CISG md. 71 ile birlikte her üç düzenleme değerlendirildiğinde, hukuki açıdan çözüm için en güçlü olanın md. 72 düzenlemesi olduğu açıktır.<sup>1744</sup> İkinci sırada 73. maddenin ikinci fıkrası ve son sırada ve en zayıf olanı ise 71. maddedir.<sup>1745</sup> O halde sözleşmeden dönme için CISG md. 72 uyarınca vadesinde sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceği ihtimali en yüksek seviyede aranmaktadır.<sup>1746</sup>

Bundan anlaşılması gereken; esaslı ihlalin gerçekleşmesinin tam bir kesinlik içinde olması değil, büyük bir olasılık dahilinde bulunması, belirli ve açık kuvvetli bir olasılık dahilinde olması çoğunlukça görüşünce aranan seviye olmaktadır.<sup>1747</sup> Zira satıcının CISG md. 34 ve 37 uyarınca vadeden önce sözleşmeye aykırılıkları giderme imkânı bulunmaktadır. Dolayısıyla satıcının zaten böyle bir hakkının mevcut olduğu durumlarda esaslı ihlalin gerçekleşme olasılığına ilişkin öngörünün de yüksek seviyede

---

<sup>1743</sup>Ayrıca, Viyana Satım Antlaşması’nın 72. maddesinin aksine 73. maddesinin ikinci fıkrasında sözleşmenin ortadan kaldırılması için makul bir süre tanınması gerekir. Emre Cumalıoğlu, *TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal* (1st edn, Oniki Levha 2019) 145

<sup>1744</sup>Karşılaştırmalar için: Bridge, ‘Hasarın Geçmesi’ (n 1702) 413 vd.

<sup>1745</sup>Fountoulakis, ‘Commentary 71-73,82’ (n 1715) Art 73, Para 24-27; Huber and Mullis (n 18) 351-352. hem mahkeme uygulamasında hem de doktrinin çoğunluğunca kabul edilen görüş; CISG md. 72’deki aşikar olmanın, olasılık merdiveninde CISG md. 71’deki “anlaşılır olma” şartından daha üstün tutar. Kanışlı, ‘Öncelenmiş Aykırılık’ (n 1739) 1435.

<sup>1746</sup>Huber and Mullis (n 18) 345; Kanışlı, ‘Öncelenmiş Aykırılık’ (n 1739) 1436; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 132

<sup>1747</sup>Fountoulakis, ‘Commentary 71-73,82’ (n 1715) Art. 72 N. 13; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 410, Koch, ‘Fundamental Breach’ (n 109) 253; Huber and Mullis (n 18) 345. İçtihatla bkz: Landgericht, Berlin, 30.09.1992, CISG-Online: 70. CISG md. 71’de ifayı askıya alma düzenlemesinde geçen “anlaşılması” tabiri, CISG md. 73’te geçen “ciddi gerekçenin bulunması” tabirleri ile kıyaslandığında CISG md. 72’de bulunan ifa etmemenin “aşikar” olması tabirinde aranan esaslı ihlalin oluşması öngörüsünün en yüksek seviyede arandığı belirtilmektedir. Tartışmalar için bkz: Honnold and Flechtner (n 214) 443. Ayrıca Atamer; CISG md. 72 uyarınca sözleşmeden dönme halinde sözleşme ihlali henüz gerçekleşmediğinden CISG md. 73’e nazaran daha yüksek bir seviyede öngörünün bulunması gereğini belirtmektedir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 413, 707 ff.

olması gerekir ki bu maddelerin varlığı anlamını yitirmesin.<sup>1748</sup> Son olarak burada aranacak öngörünün, sözleşmeden dönme beyanında bulunan tarafa göre değil makul bir üçüncü kişinin öngörüsü ele alınarak saptanması gereği belirtmekte yarar vardır.<sup>1749</sup>

O halde, vade tarihinde aynı ihlal gerçekleşseydi esaslı ihlal olduğu kabul edilebiliyorsa, bu durumdaki öncelenmiş sözleşmeye aykırılık halinde de esaslı ihlalin hükümlerinden yararlanarak sözleşmeden dönmek mümkün görülmelidir.<sup>1750</sup> Söz gelimi; satım konusu malın başkasına satılmış olması, fabrikanın yanması vb. hallerde ifanın zamanında gerçekleştirilemeyeceği kesine yakın bir olasılık içindedir.<sup>1751</sup> Yine uygulamada; sözleşme konusu malların üçüncü kişiye satılması,<sup>1752</sup> malın tedarikinin sözleşmede bulunmayan ek koşullara bağlanması, akreditifin açılmaması,<sup>1753</sup> bir tarafın kendi yükümlülüğünü ifa etmeyeceğine dair açık beyanı, satıcının mal tedarikini kesmesi, numunelerin gecikmesinin malın zamanında teslim edilme imkânını ortadan kaldırması, öncelenmiş borca aykırılığın esaslı ihlal yarattığı durumlar olarak kabul edilmiştir.<sup>1754</sup> Ancak satıcının sözleşme görüşmelerine devam etmek istediğinin alıcı tarafından karşılanmaması halinde satıcının mal tedarikini kesmesi öne alınmış sözleşmeye esaslı ihlal olarak görülmemiştir.<sup>1755</sup>

---

<sup>1748</sup>Fountoulakis, 'Commentary 71,73,82' (n 1715) Art. 72, Para 10, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 410.

<sup>1749</sup>Djakhongir Saidov, 'Article 71-73' in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contract for The International Sale of Goods: Commentary* (C. H. Beck, Hart, Nomos 2011) Art 72 Para 4, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 410.

<sup>1750</sup>Fountoulakis, 'Commentary 71-73,82' (n 1715) Art 72, Para 27; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 410, Başoğlu, 'Öncelenmiş' (n 1731) 305. İçtihadta bkz: ICC, Ocak 1997, CISG-Online: 497 sayılı kararda taraflar arasındaki satım sözleşmesine konu kıyafetlerin teslimi için kesin vade kararlaştırılmış ancak satıcı tarafından bu tarihte teslim yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu durumda vadeden önce ifanın gerçekleşmeyeceği büyük olasılık dahilinde olduğundan vadeden önce esaslı ihlalin kabulü ile satıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 410 Dn 692.

<sup>1751</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 410.

<sup>1752</sup>Oberlandesgericht, Celle, 24.05.1999, CISG-Online: 152.

<sup>1753</sup>Satıcı akreditif şartları içinde yer alan konişmento koşulunun çıkartılmaması halinde sözleşmeyi ifa etmeyeceğini bildirmesi öngörülebilir ihlal oluşturur. ABD, Illionis Federal Mahkemesi, 07.12.1999, CISG-Online: 439.

<sup>1754</sup>İçtihadta bkz: tedarik kesilmesi: Zürih Mahkemesi, 31.05.1996, CISG-Online: 1291. Teslim için ek şartlar koşulması: Schiedergericht der Hamburger Arbitrage, 29.12.1998, CISG-Online: 638. Akreditif açılmaması halinde: Avustralya Queensland, CISG-Online: 587, Numumenin onaya geç gönderilmesi: ICC, 01.1997, CISG-Online:749.

<sup>1755</sup>ICC, 09. 1996, CISG-Online: 1293.



CISG md. 72 uyarınca dönme hakkının kullanılması, CISG md. 49’da düzenlenen şartlarla paralellik göstermekte olup, sözleşmeden dönme beyanının, işin icabı gereği, en geç sözleşmenin vadesinden önce yapılması gerekir.<sup>1756</sup> Doktrinde CISG md. 72’deki esaslı ihlale dayalı dönme hakkını vadeye kadar kullanmayan tarafın CISG md. 77 uyarınca “zararları asgaride tutma” yükümlülüğüne aykırı davranışta bulunacağı tartışılmıştır.<sup>1757</sup> Alacaklı sözleşmeden dönmeden önce, bu niyetini açıklayan ve borçluya yükümlülüklerinin ifası için teminat gösterme imkânı sunan makul bir bildirimde bulunmalıdır (CISG md. 72/II). Ancak karşı tarafın yükümlülüklerini ifa etmeyeceğini kesin olarak bildirmesi halinde CISG md. 72/3’e göre ya da süre elvermiyorsa<sup>1758</sup> böyle bir bildirimde bulunmaya gerek yoktur.

CISG md. 72’ye göre tarafların sözleşme ilişkisi tasfiye ilişkisine gireceğinden, esaslı ihlale dayanarak malın yenisi ile değiştirilmesi veya diğer seçimlik hakların kullanılması imkânı bulunmamaktadır.<sup>1759</sup>

Son olarak, borçlunun yeterli teminatı gösteremediği durumlarda, md. 72’ye öncelenmiş esaslı ihlale dayanarak sözleşmeyi sona erdirmek isteyen taraf dayanarak vadeye kadar dönme hakkını kullanmalıdır.<sup>1760</sup> Vadeden sonra, ancak CISG md. 49, md. 64 şartları varsa CISG md. 73 kapsamında sözleşmeyi sona erdirebilir.<sup>1761</sup>

## 2. TBK’da İfa Güçsüzlüğü

Öncelenmiş sözleşmeye aykırılık kurumunu tam anlamıyla karşılayabilen bir hüküm Türk hukukunda olmamakla birlikte, TBK’nın çeşitli hükümlerinde vadeden önce

---

<sup>1756</sup>Baçoğlu, ‘Öncelenmiş’ (n 1731) 305. Bu bildirim ile karşı tarafa teminat göstererek bu sonucu engelleme imkânı verilmektedir. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 410,

<sup>1757</sup>Tartışmalar için bkz: Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 410, 701ff; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 133.

<sup>1758</sup>Söz gelimi, sezonluk malların varlığı halinde derhal ikame mal satın alımı yapılması gerektiğinden bildirim yapılmaması. Huber and Mullis (n 18) 347; Kanışlı, ‘Satıcının Hakları Makale’ (n 1571) 499.

<sup>1759</sup>Fountoulakis, ‘Commentary 71,73,82’ (n 1715) Art 72, Para 37; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 410; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 133.

<sup>1760</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 410.

<sup>1761</sup>Schlectriem and Butler (n 28) 188; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 133. İçtihatla bkz: Bundesgerichtshof, Almanya, 03.04.1996, CISG-Online:135.

borcun yerine getirilemeyeceğinin anlaşılması durumunda alacaklıyı koruyan düzenlemelere yer verilmiştir.<sup>1762</sup>

İfa güçsüzlüğü, öngörülebilir ihlalin TBK'daki genel hükümleri olup, ayrıca TBK'da öngörülebilir ihlale ilişkin özel düzenlemeler de yer almaktadır. TBK md. 98 hükmü,<sup>1763</sup> öngörülebilir ihlalin bir görünümü olarak, alacaklıya vadesinden önce sözleşmenin sona erdirilmesine imkân veren bir düzenleme içerir. Buna göre; borcunu henüz ifa etmemiş olan borçlunun ifa güçsüzlüğüne düşmesi üzerine alacaklı borcun ifasından kaçınabilmektedir. Şöyle ki; alacaklının, borçludan borcun ifa edileceğine dair teminat isteminin karşılıksız kalması halinde bu hüküm; alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı veren bir ödemezlik defii olarak görülebilmektedir.<sup>1764</sup> O halde borçlunun aşırı ifa güçlüğü önceden öngörülebilecek düzeyde ise, alacaklı, borçlunun ödemedi ve teminat vermeden ifa güçsüzlüğüne düşmesi halinde sözleşmeden derhal dönebilecektir.<sup>1765</sup>

Bunun yanı sıra, TBK'da ifa güçsüzlüğüne ilişkin özel düzenlemelere farklı sözleşme tiplerinde rastlanılmaktadır. Konumuz açısından, CISG'deki esaslı ihlal hükmüne paralel düzenlemeleri içermesi açısından burada yer vermeyi uygun görüyoruz. Şöyle ki, TBK md. 473/I'te;<sup>1766</sup> satıcının özen yükümlülüğü kapsamında, eser sözleşmelerinde yüklenicinin işe zamanında başlamaması, işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple vade tarihinde edimi yerine getirmeyeceğinin anlaşılması halinde, iş sahibinin sözleşmeden erken dönme hakkını düzenlemektedir.<sup>1767</sup> Görüldüğü

---

<sup>1762</sup>Kanıslı, 'Öncelenmiş Aykırılık' (n 1739) 1429.

<sup>1763</sup>TBK md. 98: "*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birini borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkında haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, bu taraf karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.*"

<sup>1764</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 373; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1128; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 759. Bir nevi güvenlik defii olduğunu belirtir. Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 98, Daha fazla bilgi için: Cumalioğlu (n 1743) 124.

<sup>1765</sup>Oğuzman and Öz (n 66) 375; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1135; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 768; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 100.

<sup>1766</sup>TBK md. 473/I : "*Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir.*"

<sup>1767</sup> Bu hüküm ile yüklenicinin işin icrasında temerrürde düştüğü ve erken dönmenin bu nedenle kabul edileceğini savunan yazarlar aynı zamanda TBK dm 117 vd hükmü ile temerrüdün diğer şartlarının tamamlanması gereğini savunur. Buna göre, 473'teki şartların oluşması temerrüdün şartları olarak kabul

üzere bu hüküm de, iş sahibine muacceliyetten önce dönme hakkı tanıyan ihlalin öngörülebilmesine ilişkin bir düzenlemedir.<sup>1768</sup> CISG md. 72’de açıkça düzenlenmeyen bir husus olarak<sup>1769</sup> bu hükümde; iş sahibinin kusuru nedeniyle işin aksamaması halinde, yüklenici ile sözleşmeye aykırılık arasında aranan nedensellik bağının koptuğu ve iş sahibinin dönme hakkını kullanamayacağı kabul edilmektedir.<sup>1770</sup>

Bunun yanı sıra, eserin tesliminin gecikmesinin değil eserin ayıplı olarak, sözleşmeye aykırı teslim edileceğinin açıkça öngörülmesi halinde; iş sahibi TBK md. 473/II göre üçüncü bir kişiye işi yaptırabilmektedir.<sup>1771</sup> O halde, sözleşmeye aykırı teslim ihtimalinde, verilen sürede ayıp ve aykırılık ortadan kaldırılmazsa, iş sahibi işi başkasına yaptırabilmektedir. CISG’de olduğu gibi, TBK’nın bu hükmünde dönme hakkına yer verilmemiş olmakla birlikte, doktrinde işin üçüncü kişiye yaptırılması mümkün değilse, iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir.<sup>1772</sup>

Burada değinilmesi gereken bir diğer hüküm; TBK md. 484’te düzenlenen, eserin tesliminden önceki safhada, iş sahibinin herhangi bir haklı sebebe dayanmaksızın, yapılmış olan kısmın tam karşılığını ödemek ve yüklenicinin zararlarını karşılamak

---

edilmelidir. Zevkliler and Gökyayla (n 71) 548; Tandoğan (n 71) 119; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 561; Teslim borcunda değil yerine getirme borcunda temerrüttür. Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 641, Gümüş (n 71) 349; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 462; Aral and Ayrancı (n 71) 392.

<sup>1768</sup>Güler Gümüşsoy Karakurt, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması* (1st edn, Oniki Levha 2017) 98 vd; Cumalıoğlu (n 1743) 131.

<sup>1769</sup>Her ne kadar CISG md. 72 açıkça bunu düzenlemese de, ifa etmeme durumu kendi eylemi veya eylemsizliğinden kaynaklandığı durumlarda CISG md. 80 hükmünün uygulama bulacağı kanısındayız.

<sup>1770</sup>Cumalıoğlu (n 1768) 131.

<sup>1771</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 560; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 645,646; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 467; Aral and Ayrancı (n 71) 396; Gümüşsoy Karakurt (n 1768) 250 vd; Cumalıoğlu (n 1743) 136. Yüklenici, iş sahibi tarafından verilen malzemeyi kullanması ve saklanmasında gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Zevkliler and Gökyayla (n 72) 544, Gümüş (n 71) 352 TBK md. 473/II’ye göre “*Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.*”

<sup>1772</sup>Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 554; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 645; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 544; Gümüş (n 71) 352; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 467; Aral and Ayrancı (n 71) 396; bazı yazarlarca, öncelikle yükleniciye yapılacak bildirimle uygun süre tanınmalı tanınan bu süre içinde ayıp giderilmezse iş sahibi TBK md. 125’e göre kıyasen sözleşmeden dönebilmelidir. İşin ayıplı olması ve iş sahibinin tanıdığı sürede ayıpsız olarak teslim edilmeyeceğinin belli olması durumunda, iş sahibinin TBK md. 125 veya md. 473/II’e göre sözleşmeden dönebilir. İş sahibi md. 473/I kıyasen uygulanması ile öncelenmiş dönme hakkını kullanabilir. Bunun için iş sahibinin uygun süre vermesi yüklenicinin kusurlu olması ve ayıp giderilmezse dönme hakkını kullanabileceği yönünde: Cumalıoğlu (n 1743) 137.

koşulu ile eserin tamamlanmasından önce olmak kaydıyla her zaman dönme hakkına sahip olduğu hükümdür.<sup>1773</sup> TBK md. 484'deki dönme hakkı; TBK md. 473/I'deki iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkından farklıdır. Burada öngörülebilir ihlal yoktur, sadece iş sahibine sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanınmış ve bu hakkın şartları ortaya konulmuştur. Bu düzenleme ahde vefa ilkesine bir istisna getirerek, sözleşmeyi sona erdirme hakkının, borçludan kaynaklanmayan ya da taraflara ilişkin olmayan nedenlerle ortadan kaldırılmasına imkân tanındığı bir hüküm olup ihlalin öngörülebilmesine dayalı bir dönme hakkından bahsedilemez.<sup>1774</sup>

Ayrıca, kira sözleşmelerini düzenleyen TBK md. 332 hükmü, kiracının ifa güçsüzlüğüne düşmesi halinde TBK md. 98 genel hükmünün özel bir uygulamasını öngörmektedir. Buna göre kiracının iflas etmesi şart olmamakta ödemedi acze düşmüş olması yeterli görülmektedir.<sup>1775</sup> Kiracının ödemedi ve teminat göstermeden aczi, sözleşmeden dönmenin ön koşulu olarak düzenlenmiştir.<sup>1776</sup> Buna göre; kiracının kiralananın tesliminden sonra iflas etmesi durumunda, kira bedelleri için güvence vermekle yükümlü tutulmuş olup, aksi takdirde herhangi bir fesih bildirimine gerek olmaksızın sözleşme derhal feshedilecektir.<sup>1777</sup> Ancak burada öngörülebilir ihlal değil, haklı nedenle feshe ilişkin bir düzenleme yapıldığı kabul edilmelidir.<sup>1778</sup>

TBK'da vadesinden önce sözleşme ihlalinin görünümü olan bir diğer düzenleme de; ödünç alanın ödeme güçlüğüne düştüğü durumda ödünç verene sözleşmeden dönme

---

<sup>1773</sup>TBK md. 484 “İşsahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir.” Özel bir sebebe dayanmayarak sözleşmeye son veren işsahibi yüklenicinin tüm zararını karşılamalıdır. Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 554, tam tazminat bir başka deyişle sözleşmenin yerine getirilmesine olan menfaati karşılayan müspet zarar karşılanmalıdır. Aral and Ayrancı (n 71) 436,437; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 697; Gümüş (n 71) 410,

<sup>1774</sup>Cumalıoğlu (n 1743) 45.

<sup>1775</sup>Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 271;Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 397; Aral and Ayrancı (n 71) 335; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 544.

<sup>1776</sup>TBK md. 332 : “Kiracı kiralananın tesliminden sonra iflas ederse kiraya veren, işleyecek kira bedelleri için güvence verilmesini isteyebilir...”

<sup>1777</sup>Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 271. Ancak sözleşme kendiliğinden sona ermez. Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 398; Aral and Ayrancı (n 71) 335. Konut ve çatılı işyerleri açısından da hüküm uygulama alanı bulur Gümüş (n 71) 299.

<sup>1778</sup>Cumalıoğlu (n 1743) 127.

hakkı tanıyan, tüketim öduncünü düzenleyen TBK md. 390 hükmüdür.<sup>1779</sup> Buna göre, ödünç verenin sözleşmeden dönebilmesi için, ödünç alanın, sözleşme kurulmasından sonra ödeme güçlüğü içinde bulunması ya da sözleşme kurulmadan önce bu aczin ödünç veren tarafından bilinmiyor olması gerekir.<sup>1780</sup> Bu nedenle ödünç alanın borcu ifa edemeyeceğinin açıkça anlaşılması halinde, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olma niteliği gereği sözleşmeden dönme değil, ödünç verenin ifayı askıya alma hakkı doğar. Ancak bu sözleşme her iki tarafa borç yükleyecek şekilde söz gelimi ödünç alanın faiz ödeme borcu bulunuyorsa, bu durumda ödünç alanın ifa güçsüzlüğü öngörülebilir ihlale neden olabilmektedir.<sup>1781</sup>

Yayın sözleşmelerine ilişkin TBK md. 500/II hükmü de, ifa güçsüzlüğünün TBK'daki özel bir düzenlemesi olup, yayımcının iflas etmesi halinde öngörülebilir ihlale ilişkin düzenleme içermektedir.<sup>1782</sup>

Son olarak, ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde mehil verilmeksizin fesih hakkını düzenleyen TBK md. 617 uyarınca borca aykırı davranışlar nedeniyle sözleşmenin devamının çekilmez hale gelmesi ya da aşırı ölçüde güçleşmesi halinde derhal fesih hakkı doğmaktadır.<sup>1783</sup>

Yukarıda verilen bu hükümlerdeki örnekler satış sözleşmeleri dışında tarafların sözleşmeye aykırı davranışlarının belirli bir ağırlığa ulaşacağı öngörülmesi halinde

<sup>1779</sup> TBK md. 390: “Ödünç alan, ödünç sözleşmesinin kurulmasından sonra ödeme güçsüzlüğüne düşerse ödünç veren, ödünç konusunun tesliminden kaçınabilir. Ödünç veren, ödünç alanın sözleşmenin kurulmasından önce ödeme güçsüzlüğüne düşmüş olduğunu daha sonra öğrenmişse, aynı hakka sahiptir. “Zevkliler and Gökyayla (n 71) 403

<sup>1780</sup> TBK md. 98'den farklı olarak hakların tehlikede olduğunu kanıtlaması gerekmez. Alacak sonradan güvence altına alınsa da durum değişmez. Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 528; Aral and Ayrancı (n 71) 365; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 374; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 403.

<sup>1781</sup> Cumalıoğlu (n 1743) 128.

<sup>1782</sup> Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 534; Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 622. Detaylı karşılaştırma için: Cumalıoğlu (n 1743) 128. TBK md. 500/II: “Yayımcı iflas ederse, yayımlanan eseri başka bir yayımcıya verebilir ancak iflas anında henüz muaccel olmamış borcun yerine getirileceği konusunda güvence gösterilmemişse yayımlanan eseri başka bir yayıncıya veremez.”

<sup>1783</sup> Yavuz, *Özel Hükümler* (n 71) 878; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 727; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 839. TBK md. 617: “Sözleşmeden doğan borçlara aykırı davranılması sebebiyle sözleşmenin devamı çekilmez hâle gelir veya başkaca önemli sebepler sözleşmenin devamını imkânsız hâle getirir ya da aşırı ölçüde güçleştirirse, taraflardan her biri sözleşmeyi önel vermeksizin feshedebilir. Sözleşme bu sebeplerden birine dayanılarak feshedildiği takdirde kusurlu taraf, aldığı şeyi geri verir ve kusursuz tarafa, bu yüzden uğradığı zarara karşılık uygun bir tazminat ödemekle yükümlü olur.”

dönme hakkı veren hükümler olarak, CISG md. 72’de düzenlenen öncelenmiş borca aykırılığın TBK’daki yansımaları olarak kabul edilebilir. Görüldüğü üzere, bu düzenlenmelerde de ihlalin belirli bir ağırlığa ulaşması beklenilmektedir. Bu nedenle öngörülebilir ihlallerin, sözleşmeden dönme veya fesih hakkı vermesi için esaslı ihlal seviyesine ulaşmış olmasını arayan CISG md. 25 düzenlemesi ile benzerlik göstermektedirler.

Öte yandan, CISG md. 72 borçlunun ifa güçsüzlüğü dışında, borçlunun vadesinden önce borcu ifa etmeyeceğini bildirmesi durumunda da uygulama alanı bulur. Borcun ifa edilmeyeceğinin bildirilmesi CISG md. 25 anlamında esaslı ihlal oluşturur ve alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı verir.<sup>1784</sup> Türk hukukunda bu anlamda bir genel hüküm olmaması açısından boşluk olduğu savunulur.<sup>1785</sup> TBK’da farklı görüşler ortaya atılmış olmakla birlikte, sözleşmenin olumlu (müspet) ihlali görüşüne göre; alacaklıya öncelenmiş dönme hakkı; “sözleşmenin amacını ihlal” ya da “sadakatsizlik edip güven temelini çökertme” düşüncesi temel alınarak verilmelidir.<sup>1786</sup> Bir diğer görüş ise, borçlunun borcunu ifa etmeyeceği beyanını sözleşmenin olumlu ihlali olarak kabul etmez ve vadeden önce olumlu bir davranışla kötü ifa olmayacağını, alacaklının dönme hakkının bulunmadığını zira edim yükümünden bağımsız borç ilişkilerinde sadece tazminat yükümlülüğünden bahsedebileceğini savunur.<sup>1787</sup> Bir diğer görüş ise, bu durumda borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiğini savunur.<sup>1788</sup> Son bir görüş ise, TBK md. 473/I hükmünün kıyasen uygulanmasını savunur.<sup>1789</sup> Bu görüş, her ne kadar dönme hakkı tanınması nedeniyle olumlu görünse de

---

<sup>1784</sup> Cumalıoğlu (n 1743) 176.

<sup>1785</sup> Başoğlu, ‘Öncelenmiş’ (n 1731) 287.

<sup>1786</sup> Alacaklı talep ettiği sürece ifa gününe dek bekleyip aynen ifayı talep hakkı saklıdır. Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 342, 343.

<sup>1787</sup> Oğuzman and Öz (n 67) 480-481.

<sup>1788</sup> Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1236. Ancak bu görüş Oğuzman tarafından muaccel olmayan bir borca temerrüt hükümlerinin uygulanmasının caiz görülmemesi ve kanun sistemimize ters olması ile eleştirilmiştir. Oğuzman and Öz (n 66) 481, Alacaklıya sözleşmeden dönme ve olumlu zarar tazmini talep konusunda seçimlik hak tanınması olumlu yönü olarak görülmüştür. Ancak özellikle fark teorisinin uygulandığı durumlarda olumlu zararın hesaplamasında yaşanabilecek güçlüklerle ilgili karşılaşılabilecektir. Başoğlu, ‘Öncelenmiş’ (n 1731) 292.

<sup>1789</sup> Atamer, ‘İfa Engelleri Sistematiği’ (n 40) 245, Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 387.

eser sözleşmeleri hükümlerinin tüm sözleşmelere uygulanmasının sakıncalı olabileceği düşüncesiyle eleştirilmiştir.<sup>1790</sup>

Katıldığımız görüşe göre; CISG md. 72 ile benzer bir yaklaşımla boşluğu doldurmak üzere, *SEROZAN*'ın ve *BAŞOĞLU*'nun ileri sürdüğü üzere, öncelenmiş borca aykırılığa ilişkin diğer TBK hükümlerinden, TMK md. 2'den ve CISG md. 72'den “toplu hukuki kıyas yoluyla” temel bir ilke üretmek mümkündür.<sup>1791</sup>

## **D. Esaslı İhlalin Ardı Ardına Teslimli Sözleşmelere Etkisi**

### **1. CISG’de Ardı Ardına Teslimli Sözleşmeler**

CISG’in beşinci bölümünde satıcı ve alıcının ortak yükümlülükleri başlığı altında düzenlenen bir diğer hüküm “Art Arda Teslimli Sözleşmeler” başlığı altındaki 73. maddesidir. Ardı ardına teslimli sözleşmelerde ifa yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin sonuçlarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre; satıcının belirli bir türe ait satım konusu mala ilişkin, teslim ve mülkiyeti devir borcunu farklı vadelerde yerine getirdiği, kısmi veya dönemsel edimler ile zamana yayılmış olarak ifa ettiği, alıcının ise bedeli peşin ödediği ya da vadeler halinde ödeyebileceği, sadece taşınır mallarda mümkün görülen sözleşmeler ard arda teslimli sözleşmelerdir.<sup>1792</sup>

Konumuz açısından art arda teslimli sözleşmelerin ihlalini düzenleyen CISG md. 73 önemi; sözleşmeden dönmeyi esaslı ihlale bağlayan özel bir düzenleme getirmekte oluşu ve tek bir teslimattaki ihlalin sözleşmenin akıbetini nasıl belirleyeceğini

<sup>1790</sup>Başoğlu, ‘Öncelenmiş’ (n 1731) 299.

<sup>1791</sup>Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 344; Başoğlu, ‘Öncelenmiş’ (n 1731) 309 vd. Aynı görüşte Kanişlı, ‘Öncelenmiş Aykırılık’ (n 1739) 1429. Bu boşluğu Türk hukuku bağlamında doldururken, somut ilişkinin özellikleri esas alınarak, somut olay adaleti sağlanacak şekilde tümevarım yöntemi izlenmelidir. Kavram hukukçuluğu ve menfaat değerlendirme hukukçuluğu arasındaki yonteme ilişkin: Işıktaç and Metin (n 446) 69 vd.

<sup>1792</sup>Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 344; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1275; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler* (n 66) 938; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 112, Sert (n 9) 200. Bu tip bir sözleşmelerde teslimatın en az iki farklı vadeye bölünmüş olması aranmaktadır. Viscasillas (n 255) Art 73, para 8; Açıklalın (n 67) 130. Ayrıca her ne kadar farklı vadeler öngörülmüş olsa da malların teslimi tek bir sözleşme ile bağlantılı olmalıdır. Handelsgericht, Zürich, 30.10.1998, CISG-Online: 416.

saptamasıdır.<sup>1793</sup> İlgili hüküm üç fıkradan oluşmakta ve ifa yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi durumunda sözleşmenin üç farklı şekilde ortadan kaldırılmasını mümkün kılmaktadır.<sup>1794</sup> Hükümün ilk iki fıkrasında esaslı ihlalin taraflardan hangisi tarafından gerçekleştirildiğinin ayırımına gidilmemiştir.<sup>1795</sup>

CISG md. 73/I'de; tek bir teslimatın ihlali halinde, bu teslimata ilişkin sözleşmeden dönülebilmesi için, satıcının bu teslimattan kaynaklanan yükümlülüklerinin ihlalinin esaslı olması aranmaktadır.<sup>1796</sup> Burada esaslı ihlal kavramı CISG md. 49/1(a)'daki esaslı ihlali hem de md. 49/1 (b)'deki ek süreye rağmen malların teslim edilmemiş olması durumunu kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalıdır.<sup>1797</sup> Söz gelimi, satıcının üç ayrı vadede teslimi kararlaştırılan bir olayda, ikinci teslimat 15 martta yapılması gerekirken gecikmiştir. Bu durumda vadenin kesin vade olduğu kanısına varılırsa esaslı ihlal varlığı kabul edilecektir. Bu durumda alıcı ikinci teslimata ilişkin geç ifanın esaslı ihlale dayandığını iddia edebilir. Ancak 15 Mart kesin vade olarak belirlenmemişse, bu durumda geç ifa nedeniyle ek süre tanıyarak ek sürenin sonunda ifa gerçekleşmemişse yine sözleşmeden dönebilecektir.<sup>1798</sup> Bu fıkra ile sadece ilgili teslimattan dönülmekte ancak yapılmış olan teslimler ile gelecekte yapılacak olan teslimler bu sona ermeden etkilenmemektedirler.<sup>1799</sup>

---

<sup>1793</sup>Fountoulakis, 'Commentary 71-73,82' (n 1715) Art 73 Para 12; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 414.

<sup>1794</sup>Fountoulakis, 'Commentary 71-73,82' (n 1715) Art 73 Para 12.

<sup>1795</sup>Fountoulakis, 'Commentary 71-73,82' (n 1715) Art 73 Para 15; CumaHoğlu (n 1743) 142.

<sup>1796</sup>Huber and Mullis (n 18) 439, Erkan (n 161) 135, CISG Md. 73/I "*Malların art arda teslim edilmesinin öngörüldüğü bir sözleşmede, taraflardan birinin münferit teslimatlardan birine dair yükümlülüklerini ifa etmemesinin bu teslimata dair sözleşmenin esaslı şekilde ihlalinin teşkil etmesi halinde, karşı taraf, bu teslimata ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir.*"

<sup>1797</sup>Fountoulakis, 'Commentary 71-73,82' (n 1715) Art 73 Para 13; Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık*, (n 2) 412. Malların ek süreye rağmen teslim edilmemiş olması esaslı ihlalin olduğu yönündeki şüpheleri kuvvetlendirir ancak başlı başına bir sözleşmeden dönme sebebi oluşturmayacağı yönünde Saidov (n 1749) Art 73 Para 11; Erkan (n 161) 125.

<sup>1798</sup>Örnek için Yelkenci, *Dönme* (n 166) 135.

<sup>1799</sup>Fountoulakis 'Commentary 71-73,82' (n 1715) Art 73 Para 15,16; Huber and Mullis (n 18) 349, Söz gelimi, altmış ton hayvan yeminin bir yıl boyunca her ay beş ton olarak teslim edilmesinin kararlaştırılmış olduğu bir sözleşmede altıncı ayda teslim edilen yemler bozuk çıkarsa, bu esaslı ihlal sözleşmenin tümünü değil sadece ilgili teslim dönemini kapsamaktadır. Hakkı Mert Doğu, 'Ardı Ardına Teslimli Satış Sözleşmesi' (2020) Yayınlanmamış Doktora Tezi, 142.



CISG md. 73/II ise; alacaklıya geleceğe dönük olarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmaktadır. Şöyle ki; satıcının bir teslimata ilişkin yükümlülüğünü ihlali, sonraki teslimatlara ilişkin sözleşmenin esaslı olarak ihlal edileceği yönünde ciddi bir gerekçe taşıyorsa bu halde alıcı ileriye dönük olarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahiptir.<sup>1800</sup> Ancak görüldüğü üzere, birinci fıkradan farklı olarak sözleşmenin geleceğe yönelik ortadan kaldırılması için münferit teslimatın esaslı ihlal yaratması aranmamaktadır.<sup>1801</sup> Diğer yandan, ilgili teslimatın sadece sözleşme ihlali yaratması yeterliyken, gelecek teslimlere ilişkin olarak sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceğine dair “ciddi bir gerekçe” teşkil etmesi aranmaktadır.<sup>1802</sup>

Söz gelimi, doktrinde; tek bir teslimde yaşanan gecikme, ciddi bir gerekçe olarak kabul edilmezken, birden fazla teslimde yaşanan gecikme veya aksaklığın ciddi bir gerekçe olarak ele alınması mümkündür. Bu halde alıcının, satıcıya ek süre vererek ifayı gerçekleştirmesine yardımcı olması halinde tanınan ek süre içerisinde ifanın gerçekleşmemesi de, gelecek teslimlerde ciddi gerekçe ile esaslı aykırılık yaratacağının göstergesi olabilir.<sup>1803</sup> Uygulamada, art arda üç teslimatın yapılmaması nedeniyle alıcının üretim bandında ciddi aksamalar oluşması,<sup>1804</sup> aylık periyotlarda gönderilmesi planlanan malların ilk tedarikinin dahi yapılmamış olması,<sup>1805</sup> teslim edilen malların o ülkedeki gıda güvenliği yasalarına uygun olmaması ve sonraki teslimatlarda da bunun sağlanmayacağına dair güven kaybının<sup>1806</sup> CISG md. 73/II uyarınca ciddi gerekçe

---

<sup>1800</sup>Fountoulakis ‘Commentary 71-73,82’ (n 1715) Art 73 Para 20; (n 21) Art 73, Para 7, Huber and Mullis (n 18) 351, Yelkenci, *Dönme* (n 166) 137. CISG md 73/II “*Taraflardan birinin münferit teslimatlardan herhangi birine dair yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi, karşı taraf açısından, gelecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edileceğine dair ciddi bir gerekçe teşkil ettiği takdirde, karşı taraf, makul bir süre içerisinde sözleşmenin ileriye dönük olarak ortadan kalktığını beyan edebilir.*”

<sup>1801</sup>Fountoulakis ‘Commentary 71-73,82’ (n 1715) Art 73, Para 20; Cumalıoğlu (n 1743)143.

<sup>1802</sup>Fountoulakis ‘Commentary 71-73,82’ (n 1715) Art 73, Para 20; Saidov (n 1749) Art 73 Para 8.

<sup>1803</sup>Fountoulakis ‘Commentary 71-73,82’ (n 1715) Art 73, Para 20, Saidov (n 1749) Art 73, Para 8.

<sup>1804</sup>Barcelona, 03.11.1997, CISG-Online: 442.

<sup>1805</sup>Handelsgericht, Zürich, 31.05.1996, CISG-Online: 1291

<sup>1806</sup>Landgericht, Ellwangen, 21.08.1995, CISG-Online: 279.

oluşturması ile sözleşmenin tamamının sona erdirilebileceği durumlara örnek gösterilebilir.<sup>1807</sup>

Son olarak CISG md. 73/III uyarınca sözleşmenin geçmişe ve geleceğe yönelik teslimatların iptali ile tamamen sona erdirilmesi mümkün kılınmıştır. Buna göre, teslimatlar arasındaki bağlantı nedeniyle teslimatlardan birinin sözleşmeye uygun yerine getirilmemesi, diğerleri üzerinde etki yaratarak, sözleşmenin kurulması sırasında tarafların öngördükleri amacın gerçekleşmesine engel oluşturuyorsa, bir başka ifadeyle münferit teslimattaki ihlal esaslı ise, sözleşmenin ortadan kalktığı beyan edebilir.<sup>1808</sup> Düzenlemede dikkat edilmesi gereken durum, sonraki teslimler bakımından ne esaslı ihlal ne de sözleşmeye aykırılığın aranıyor olmasıdır.<sup>1809</sup>

Dolayısıyla CISG md. 73/III'e başvurmayı gerektiren ilk durumda, söz konusu teslimatın CISG md. 73/I'in şartlarını sağlayarak sözleşmenin esaslı ihlaline neden olması gerekmektedir.<sup>1810</sup> Ayrıca ek şart olarak; bu teslimattaki esaslı ihlali yapan tarafın ilerideki teslimatları yerine getirirse dahi, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın bu sözleşme ile gerçekleştirmeyi beklediği menfaatlerinin yerine getirilmesi imkânsızlaşmış ve adeta sözleşme konusuz kalmış olmalıdır.<sup>1811</sup> O halde alıcı gelecek ya da geçmiş teslimatları sona erdirebilmekle birlikte sadece geçmiş dönük bu hakkını kullanırsa bu durumda CISG md. 73/I hükmünü kullanmış olmaktadır.<sup>1812</sup> Alıcı hem geçmiş hem de gelecekteki teslimlere ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kaldırılmasını

<sup>1807</sup> Ayrıca İçtihatla bkz: akreditif açılmaması ve daha sonradan açılan akreditifteki sürenin yetersiz olması ya da akreditifin sonradan iptal edilmesi halinde Danimarka, 17.10.2007, CISG-Online: 2014, taraflarca kararlaştırılan yeniden ihracat kurallarına uyulmaması Grenoble, 22.02.1995, CISG-Online: 151, Alıcının teslim aldığı malların bedelini ödememesi ICC, Ağustos 1999, CISG-Online: 706 durumlarında da sözleşmenin ileriye dönük teslimatlara ilişkin sona erdirilmesi kabul edilmiştir.

<sup>1808</sup> CISG md. 73/III "*Münferit bir teslimata ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan eden alıcı, aynı zamanda, gerçekleşmiş teslimatlara ve gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak da sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir, yeter ki teslimatlar arasındaki bağlantı nedeniyle bunlar artık sözleşmenin kurulması sırasında taraflarca öngörülen amaç doğrultusunda kullanılmayacak olsun.*" Saidov (n 1749) Art 73, para 8; Huber and Mullis (n 18) 352 Bu çerçevede yapılacak olan dönme beyanı makul sürede bildirim yapılması ile sınırlandırılmıştır. Bu süre geçtikten sonra hüküm doğurmayacaktır. Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 403.

<sup>1809</sup> Cumalıoğlu (n 1743) 145

<sup>1810</sup> Fountoulakis, 'Commentary 71-73,82' (n 1715) Art 73, Para 32; Huber and Mullis (n 18) 352, Sert (n 9) 164.

<sup>1811</sup> Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 414.

<sup>1812</sup> Fountoulakis, 'Commentary 71-73,82' (n 1715) Art 73, Para 37.

istemisse, burada geçmiş teslimlerin iadesi ile gelecek teslimlerin sona ermesi gündeme gelmektedir.<sup>1813</sup>

Diğer yandan, her bir edimin birbiriyle sıkı bağlantı içinde olduğu ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde sözleşmenin esaslı ihlalinin tespit etmek güçleşebilmektedir. Bu noktada cevaplanması gereken en önemli soru; esaslı ihlalin sözleşmenin tümüne etkili olup olmadığı olmalıdır. Diğer taraftan, münferit teslimatın yerine getirilmemesi neticesinde ortaya çıkan ihlal esaslı olup bütün bir sözleşmenin ortadan kaldırılması hakkını alacaklıya tanıyorsa, ilgili teslim açısından ihlalin, esaslı olduğu kabul edilebilir.<sup>1814</sup>

Görüldüğü üzere tüm fıkralar uyarınca aynı olan; sözleşmenin hangi kısmı sona erdirilecek ise o kısım açısından ihlalin esaslılığının aranmasıdır.<sup>1815</sup> Öte yandan, CISG md. 73/III sadece alıcı tarafından sözleşmenin ortadan kaldırılabileceğine ilişkin bir düzenleme içerir.<sup>1816</sup>

## 2. TBK’da Ardı Ardına Teslimli Sözleşmeler

Ardı ardına teslimli satım sözleşmeleri satış bedelinin peşin ödendiği ancak satım konusu malın daha sonra ve bir defada değil birbirini izleyen teslimatlar şeklinde teslim edildiği sözleşme tipi olup, TBK’da düzenlenmemiştir.<sup>1817</sup> Bu çeşit satımlarda teslimler arasında bir bütünlük vardır. Bu nedenle bu teslimler, TBK md. 84’e göre kısmi ifa

<sup>1813</sup>Sert (n 9) 164. Bu durumda gerçekleşmiş ve gelecekteki teslimlere ilişkin olarak da sözleşmenin ortadan kalkabileceği belirtildiği için, burada dönme ve feshin sonuçlarının aynı anda gerçekleşmesi gibi bir durum ortaya çıkmaktadır. Sert (n 9) 164; Yelkenci, *Dönme* (n 166) 13

<sup>1814</sup>Fountoulakis, ‘Commentary 71-73,82’ (n 1715) Art 73, Para 14.Söz gelimi, monte edilmek üzere bir makine oluşturacak parçaların ayrı ayrı teslimi. Sekretarya Şerhi, (n 179) Art 64, para 7, Ancak sıkı bağlılık için tek şart bu değildir. Ayrıca sözgelimi alıcının işleyeceği hammaddenin tümünün aynı kalitede olmasının gerekli olduğu ve bu koşulun ancak tüm hammaddenin aynı kaynaktan çıkmasına bağlı olduğu bir durumda da gerçekleşebilir. Sekretarya Şerhi, (n 179) Art 64, Para 7.

<sup>1815</sup>Atamer, *Sözleşmeye Aykırılık* (n 2) 412. ICC, Ocak 1995, CISG-Online: 526 sayılı kararında ard arda teslimli sözleşmede esaslı aykırılık olması halinde kısmi dönmenin mümkün olduğu yönünde karar verilmiştir.

<sup>1816</sup>Saidov (n 1749) Art 73, para 8; Zeytin, *CISG* (n 2) 293; Cumalioğlu (n 1743) 144.

<sup>1817</sup>Sadece TTK md. 23’de bu tip sözleşmelere ilişkin bir kurala yer verilmiştir. Zevkliler and Gökyayla (n 71) 112.

değil, tek bir borcun yerine getirilmesi şeklinde gerçekleşir.<sup>1818</sup> Bu nedenle, ard arda teslimli satım sözleşmelerinde genel satım sözleşmesindeki zapttan ve ayıptan sorumluluk hükümleri ve temerrüt hükümleri her bir teslimat kısmı için uygulanmaz bulur.<sup>1819</sup>

TBK'da ardı ardına teslimli sözleşmelerde; borçlunun teslim edilecek her kısım için sadece o kısma ilişkin vade tarihinin geçirilmesi ile ayrı ayrı temerrüde düştüğü kabul edilmektedir.<sup>1820</sup> Nitekim ardı ardına teslimli sözleşmelerde teslim edilecek her kısmın muacceliyet tarihin birbirinden farklı olduğu kabul edilir ve bu nedenle borçlu herhangi bir kısmın ifasını geciktirirse sadece bu kısım için mütemerrit sayılır. Bu durumda TBK md. 123-125 hükümleri sadece temerrüde düşülen kısım için geçerli olacaktır.<sup>1821</sup> Ancak borçlunun durum ve davranışından ilerideki kısımları da vaktinde ödemeyeceği anlaşılıyorsa, bu durumda alacaklının sözleşme ile elde etmeyi beklediği menfaatleri ortadan kaldırıyorsa alacaklı sözleşmenin tamamından dönebilir.<sup>1822</sup>

TBK md. 230/I'a göre; ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde teslimatlardan birinin ayıplı olması halinde de sadece ayıplı olan kısım için sözleşmeden dönme hakkının kullanılması mümkündür.<sup>1823</sup> Ancak ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde ayıplı çıkan kısmın ayrılması, alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin gerçekleştirilemiyorsa, dönme hakkının sözleşmenin tamamı için kullanılabilir.<sup>1824</sup> O

---

<sup>1818</sup>Zevkliler and Gökyayla (n 71) 112.

<sup>1819</sup>Doğu (n 1799) 123.

<sup>1820</sup>Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1275; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 138; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 112; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 344; Cumalıoğlu (n 1743) 138.

<sup>1821</sup>Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1275; Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 138; Zevkliler and Gökyayla (n 71) 114; Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 344. Ardı ardına teslimli satış sözleşmesinde malın gözden geçirilmesi ve ayıp varsa, ayıbın bildirilmesi her bir teslim için ayrı yapılmalıdır. Doğu (n 1799) 131, Cumalıoğlu (n 1743) 138.

<sup>1822</sup>Zevkliler and Gökyayla (n 71) 113; Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1274,1275; Cumalıoğlu (n 1743) 138.

<sup>1823</sup>TBK md. 230/I “Birden çok mal veya birden çok parçadan oluşan bir mal, birlikte satılmış olup da bunlardan bazıları ayıplı çıkarsa, dönme hakkı bunlardan ancak ayıplı çıkanlar için kullanılabilir.” Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 138; Gümüş (n 71) 96; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 94; Doğu (n 1799) 136, Sert (n 9) 202.

<sup>1824</sup>TBK md. 230/II: “...Ancak, alıcıya veya satıcıya önemli bir zarar vermeksizin ayıplı parçanın diğerlerinden ayrılmasına imkân yoksa, dönme hakkının satılanın tamamını kapsamaması zorunludur.” Alıcının her zarar iddiasında değil sadece “önemli” zarar iddiasında dönmeye yer verilmiştir. Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 94. Maddeden anlaşıldığı üzere, kısmi dönme genel kural tam dönme istina olan

halde ancak iki durumda sözleşmenin tamamından dönülmesi mümkündür bunlardan ilki mallar arasındaki işlevsel bağ nedeniyle ayrılamamaları ikincisi ise; ayıplı malın ayıpsız maldan ayrılmasının alıcıya önemli zarar vermesi hali ile ikincisi satılanın aslı için sözleşmeden dönmenin malın eklentilerini de kapsamaması durumudur.<sup>1825</sup>

Ayrıca TBK md. 228/I uyarınca; ardı ardına teslimli satış sözleşmelerinde alıcıya ayıplı olarak teslim edilen ilgili döneme ait satılanın, ayıptan, beklenmedik hal veya mücbir sebepten yok olması ya da ağır bir biçimde zarara uğraması sonucunu doğuran durumlarda alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına engel değildir.<sup>1826</sup>

Öte yandan, TTK md. 23/I-a'ya göre, sözleşmenin niteliği, tarafların amacı ve malın cinsi sözleşmenin kısım kısım yerine getirilmesi mümkün kılıyor ya da bu şartlar bulunmamasına rağmen alıcı tarafından çekince koymadan kabul edilmişse, alıcı haklarını sadece teslim edilmemiş kısma ilişkin olarak kullanabilir. Ancak ilgili kısmın teslim edilmemesi sözleşmeden beklenen yararı, sözleşmenin amacını ortadan kaldırılabilecek nispette ise ya da sözleşmenin gereği gibi yerine getirilemeyeceği anlaşılıyorsa sözleşmenin tamamından dönülebilir.<sup>1827</sup>

Görüldüğü üzere TBK ve TTK'da ardı ardına teslimli sözleşmelerde ihlalin öngörülmesi halinde, henüz vadesi gelmemiş ihlalleri de kapsar şekilde vadeden önce sözleşmeden dönme imkânı düzenlenmiştir. Sözleşmenin tamamından dönülebilmesi için ihlalin esaslı olarak ihlal edilmesi koşulunu arayan CISG'de düzenlenen ard arda teslimli sözleşmelerle kıyaslandığında, Türk hukukunda sözleşme ile beklenen menfaatleri

---

düzenlemedir. Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 138. Söz gelimi ciltler halinde satılan bir kitabın teslimi için yapılan ardı ardına teslimli satım sözleşmesinde, örneğin dördüncü ciltteki ayıp gelecekteki teslimi de olumsuz etkiliyor kullanımını faydasız bırakıyorsa, dönme hakkı tüm sözleşmeyi kapsamalıdır. Doğu (n 1799) 137.

<sup>1825</sup>Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 139; Gümüş (n 71) 97; Kılıçoğlu, *Özel Hükümler* (n 71) 94. TBK md. 230/II “*Satılanın aslı için satıştan dönülmesi, ayrı satış bedeli gösterilerek satılmış olsalar bile, eklentilerini de kapsar; fakat eklentiler için dönme, satılanın aslını kapsamaz.*”

<sup>1826</sup>Eren, *Özel Hükümler* (n 71) 138; Gümüş (n 71) 94; TBK md. 228/I “*Alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez.*” Ayrıca TBK md. 259/II uyarınca, dönme hakkının saklı tutulmuş olması kaydı ile alıcının taksitleri ödemede temerrüde düşmesi halinde, diğer şartların varlığı halinde, dönme hakkı düzenlenmiştir. TBK md. 271'de ön ödemeli satışlara ilişkin hüküm yer alır.

<sup>1827</sup>Zevkliler and Gökyayla (n 71) 112,113.

ortadan kaldıracak nispette bir “ağırlığın” aranması CISG’in esaslı ihlal şartı arayan düzenlemesi ile paralel görünmektedir.

Sonuç olarak, CISG md. 73/I sadece ilgili teslimata ilişkin sözleşmeden dönmeyi, CISG md. 73/II ilerideki teslimatları kapsayacak şekilde sözleşmeden dönmeyi ve CISG md. 73/III hem gelecekteki hem geçmişteki teslimatları kapsayacak şekilde sözleşmeden dönmeyi düzenler.<sup>1828</sup> TBK’da ardı ardına teslimli sözleşmelerde ilgili teslimata ilişkin sadece bu kısım için sözleşmeden dönme ve hem geçmişteki hem gelecekteki teslimatları kapsayacak şekilde sözleşmenin tamamından dönme TBK md. 230 ile düzenlenerek paralel düzenlemeler yapılmış ancak CISG md. 73/II uyarınca sadece ilerideki teslimatları kapsayacak şekilde fesih TBK’da sadece sürekli sözleşmelere hasredilmiş bir durumdur. Zira sürekli sözleşmelerde geriye etkili olarak sözleşmeden dönme bazı sakıncalar doğurabilir bu sebeple geçmişe etkili dönme yerine geleceğe etkili fesih ile sözleşme ortadan kaldırılabilir.<sup>1829</sup>

---

<sup>1828</sup>Kanışlı, *Satıcının Hakları* (n 35) 105.

<sup>1829</sup>Eren, *Genel Hükümler* (n 66) 1275. Genel kural sadece o edime ilişkin dönme ve tazminat hakkının kullanılması olup, sürekli sözleşmelerde aykırılık belirli bir ağırlıkta ise haklı nedenle fesih hakkı kullanılarak sözleşme tümüyle sona erdirilebilir. Serozan, *Genel Hükümler* (n 66) 344,345.

## SONUÇ

Viyana Satım Sözleşmesi 1988 yılında yürürlüğe girmiş ve milletlerarası mal satım hukukunu yeknesaklaştırma hareketlerinin başarılı bir örneği olarak milletlerarası taşınır mal satımlarına ilişkin uyuşmazlıklara dair maddi hükümler içeren, 94 ülkenin taraf olduğu, en önemli hukuk kaynaklarından biri haline gelmiştir. Doğrudan ve dolaylı olarak uygulama alanı bulabilen CISG, 1 Ağustos 2011 tarihinde Türkiye’de yürürlüğe girmesi ile Türk satım hukukunun bir parçası olarak doğrudan uygulanmaktadır.

ULIS sürecinde beklentilerin karşılanamaması, CISG’in daha kapsayıcı olarak düzenlenmesine adeta vesile olmuş, *common law* ve *civil law* sistemleri arasında bir köprü kurarak, milletlerarası ticaretin geleneklerine uygun nitelikte ilkeler içeren bir sistem kurulmuştur.

İfa engelleri sistemi bakımından CISG; *common law* etkilerinin ağır bastığı, yeknesak bir sözleşmeye aykırılık (*breach of contract*) sistemi benimsemiş ve ifa engellerinin türleri açısından bir ayrımı yerine ifa engellerinin tümünü tek bir “ademi ifa” kavramı altında toplamış böylece yapay ayrımları ortadan kaldırmıştır. Aynı yeknesak yaklaşım, hukuki yaptırımların düzenlemesi açısından da benimsenmiştir. Sözleşme ihlallerinin türlerine göre bir başka deyişle ihlallerin görünüm şekillerine göre hukuki sonuçların bağlanmasını öngören, kavramsal olarak otomatiğe bağlanan TBK sisteminden farklılaşarak, sözleşmenin ihlalinin sebepleri ile ilgilenmeyen (*remedy approach*), somut olaydaki sözleşme ihlallerin sonuçlarının ağırlığına göre hukuki yaptırımları belirleyen bir sistem geliştirmiştir. Genel geçer kurallar olmadığından, “esaslı ihlal” in (*fundamental breach*) varlığının her somut olayda ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Esaslı ihlal kavramının kökeni *common law* ve Fransız hukukunun etkilerini taşıdığından Türk hukuk sistemimize yabancı bir kavramdır. Oysa CISG’in kabulü ile maddi hukukumuzun bir parçası haline gelen CISG’in kavramlarının, Türk hukukçuları tarafından anlaşılması önem taşımaktadır. Bu amaçla çalışmamızda; önce TBK ifa engelleri sistemi ile CISG ifa engelleri arasındaki temel farklılıklar ortaya konulmuş, bu farklılaşmanın merkezinde bulunan “esaslı ihlal” kavramını irdelemek üzere, ilgili

olduğu tüm hükümler tel tek ele alınmak suretiyle, uygulamadan örneklerle, esaslı ihlal yaratan konular hakkında açıklamalarda bulunarak, TBK’da yer alan sözleşmeye aykırılık türleri ile farklılık ve benzerliklerine değinilmiş bu kapsamda Türk hukukçusunun CISG’i uygularken TBK kavramları üzerinden “esaslı ihlal” kavrayışını derinleştirmek amaçlanmış, öte yandan TBK’daki bazı düzenlemelerin yorumlanması açısından da CISG’in esaslı ihlal kavramından nasıl yararlanılabileceğine ışık tutmak amaçlanmıştır.

Esaslı ihlal, sözleşmenin ihlali nedeniyle hak sahibinin hangi hukuki imkânlarla sahip olduğunun belirlenmesinde, anahtar kavram olmakta ve esaslı ihlalin varlığı halinde; sözleşmeden dönme ve malın yenisi ile değişimi talep imkânının kapısını açmaktadır. Esaslı ihlalin oluşmadığı durumlarda ise ancak bedelin indirilmesi veya onarılması talebi yanı sıra tazminat hakkı talebinde bulunulabilmektedir.

Sözleşmeden dönme ve malın yenisi ile değişimi haklarının esaslı ihlal kavramı ile sınırlandırılmasındaki temel düşünce ise, bu yaptırımların diğerleri karşısındaki ağır sonuçlarıdır. *Ahde vefa* ilkesini benimseyen CISG’in temel prensiplerinden biri olan dönmenin son çare olarak görülmesi (*ultimo ratio*) ile sözleşmenin ayakta tutulması amaçlanmaktadır. Bunun yanı sıra, hız gerektiren milletlerarası ticaretin gerekleri düşünülerek, tasfiye rejimi gerektiren bu yaptırımların külfetlerinin de önüne geçilmiş olunmaktadır. Bu anlamda, esaslı ihlal bu yaptırımları sınırlandırmanın bir yöntemi olarak görülmektedir. Bu yaklaşımla şüphe halinde ihlalin esaslı olmadığı yönünde hüküm kurularak dar yorumlanması gerekmektedir.

Esaslı ihlal kavramı, farklı hükümlerde yer alan atıflarla sistemin merkezinde bir konuma yerleştirilmiştir. Bu nedenle esaslı ihlalin ilgili olduğu birçok düzenlemenin de incelemesini gerektirmiştir. Çalışmamız bir karşılaştırmalı hukuk tezi olmamakla birlikte konunun daha iyi anlaşılması açısından TBK’daki paralel düzenlemelere de yer verilerek, “esaslı ihlal”in ilgili olduğu hükümler incelenmiştir.

Nitekim ek süre tanınarak sözleşmeden dönülmesi imkânı dışında, esaslı ihlalin varlığına bağlı olarak sözleşmeden dönülebileceği şartı farklı hükümlerde yer almaktadır. (CISG md. 49/I(a), md.64/I(a),md. 51/II, md. 51/II, md. 72/I, md 73/I,II).



Öte yandan, hasarın geçişinin alıcının hukuki imkânlarını kullanmasını engellemeyeceğini öngören (md. 70) de esaslı ihlal ön şartına bağlanmıştır.

CISG md. 25'te yer alan esaslı ihlal hükmünün düzenlenişindeki soyut ifadeler eleştirilmekte ise de, uluslararası boyutta her somut olaya uygulanabilecek nispette genel ve esnek bir yapı tercih edilmiştir. Ancak CISG'in milletlerarası niteliği ve yeknesak uygulanması hedefinin de aynı oranda gerçekleştirilebilmesi için hükmün belirli ilkeler ışığında yorumlanması önemlidir. Bu kapsamda öncelikle irade serbestisi ilkesi gereği taraf iradelerinin ortaya konulması önem taşır. Tarafların CISG md. 25'in uygulamasını tamamen dışlamaları ya da kendi ölçütlerini getirmeleri mümkündür. (CISG md 6) Taraflarca belirli yükümlülüklerle özel önem atfedilmesi halinde, satım sözleşmesinin yorumunda tarafların gerçek iradesinin araştırılması ve objektif üçüncü kişinin bu irade açıklamasına vereceği anlam tespit edilmelidir. (CISG md. 8) Zira taraflar açık veya örtülü olarak, belirli bir yükümlülüğün ihlalinin esaslı ihlal teşkil edeceğini sözleşmede kararlaştırmış olabilirler. Bu kapsamda sözleşmeyi çevreleyen tüm faktörlerin (sözleşme görüşmeleri, teamüller ve yerleşik alışkanlıkların ve tarafların sonraki davranışlarının) araştırılarak iradelerinin tespit edilmesi gerekir. (CISG md. 8/III) Öte yandan, milletlerarası ticarete genel olarak kabul edilen teamüller de irade tespitinde dikkate alınmaktadır. (CISG md 9/II) CISG hükümlerinin yorumlanmasında ise, CISG'in milletlerarası niteliği, uluslararası ticaretteki dürüstlük kuralı ve yeknesak uygulamanın teşviki çerçevesinde (CISG md. 7), otonom ve sistematik yorum yöntemi tercih edilmesi ayrıca hükmün hazırlık tarihçesi ve düzenlenme biçimi de dikkate alınmaktadır.

CISG md. 25 hükmünde, esaslı ihlalin ilk şartı olan "sözleşme ihlali" nin varlığı, bir ön şart olarak belirlenmiştir. CISG hükümlerinin ya da sözleşme hükümlerinin hatta taraflar arasında bağlayıcılığı kabul edilmiş alışkanlık ve teamüllerin ihlali bu kapsamda değerlendirilir. İhlalin varlığı halinde aranan ikinci şart; sözleşme ile beklenen haklı menfaatlerin önemli ölçüde yoksunluğa uğramasıdır. Ortaya çıkan olumsuz sonucun tespiti "somut olay" bazında yapılmalıdır. Böyle bir sonuç yoksa esaslı ihlalin diğer şartlarını incelemeye gerek yoktur. Haklı menfaatin kapsamının belirlenmesinde, sözleşmeyi çevreleyen tüm faktörler değerlendirilerek taraf iradelerinin araştırılması, eğer açık veya örtülü olarak özel önem atfedilen yükümlülükler ortaya konulamıyorsa,

bu durumda CISG md. 8 uyarınca sözleşmenin yorumlanması ile sonuca varmak gerekmektedir. Zira tarafların bir yükümlülüğe özel önem atfederek bunu vurgulamış olmaları bu yükümlülük uyarınca beklenen menfaatlerin haklı sayılmasında etkili olmaktadır. Ayrıca bu menfaatlerin tespiti önemli ölçü eşiğinin tespitinde önem taşımaktadır. Önemli ölçü eşiğinin tespiti için doktrinde ve uygulamada kabul edilen diğer ölçütler ise; ihlale maruz kalan tarafın sözleşme yapma niyetini konusuz bırakacak nispette bir olumsuzluğun varlığı, başka bir hukuki imkânla alacaklının tatmin edilebilme imkânı ve satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının mevcudiyetidir. Ayrıca bizim de katıldığımız görüşe göre, önemli menfaat kaybı; mevcut veya muhtemel olan, gerçekleşmesi beklenen olumsuz sonuçları kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalı, olumsuzluğun ölçülebilir olması gerekmediği gibi salt mali kayıp ya da zararın ortaya çıkması aranmamaktadır.

Üçüncü şart olarak; bu menfaat kaybının sözleşmeyi ihlal eden tarafça ve aynı konum ve koşullar altındaki üçüncü bir kişi tarafından öngörülebilir olmasıdır. Sözleşmeyi ihlal eden üzerinden düzenlenmiş öngörülebilirlik kriteri ek bir filtre olarak, esaslı ihlalin sonuçlarından kaçınmak için sözleşmeyi ihlal eden tarafa bir kurtuluş imkânı getirir. Öngörülebilirliğin tespitinde dikkate alınacak zaman dilimi hükümde düzenlenmemiştir. Hakim görüş olan sözleşmenin kurulma an'ının dikkate alınması görüşü dışında sözleşme ihlali an'ının dikkate alınması gerektiğine ilişkin görüşler de ortaya atılmıştır. Bizim katıldığımız görüşe göre, ilgili zaman diliminin hükümde yer almasının tercih edilmemesi bilinçli susma olarak değerlendirilmeli ve hükmü hazırlayanların somut olayın takdirini mahkemelere bıraktıklarının bir göstergesi olduğunun kabul edilmesidir. Bunun yanı sıra, en makul yaklaşım, somut olayın özelliklerinden aksi çıkarılmadıkça, sözleşmenin kurulma anının öngörülebilirliğin değerlendirilmesinde öncelikle esas alınması olmalıdır. Sözleşme ihlalinin ve önemli menfaat kaybının ispat yükü, esaslı ihlal nedeniyle zarar gördüğünü iddia eden tarafa aittir. Öngörülebilirlik şartının ispatı ise bizim de katıldığımız; öngörülebilirliği kurtuluş kanıtı olarak gören görüşün bir sonucu olarak sözleşmeyi ihlal eden tarafa aittir.

CISG md. 25 uyarınca esaslı ihlalin gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında doktrin ve uygulamada yer alan kararlar yol gösterici olmakla birlikte, esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken, hükmün esnek yapısının bir sonucu olarak, her zaman somut olay bazında

değerlendirme yapılmalıdır. Bu nedenle x ihlal her zaman esaslı ihlal oluşturur denilebilecek bir kesinlik içermediğinden her daim ihlalin sonuçlarının ağırlığının araştırılması gerekmektedir. Çalışmamızda son bölümde sözleşme ihlalinin tipik görünüm biçimleri bu bakış açısı kaybedilmeden TBK ile kıyaslanmıştır. Buna göre tipik sözleşme ihlalleri üzerine esaslı ihlal değerlendirmesi aşağıdaki başlıklar altında toplanabilir:

- Satıcının malları ‘temelli ifa etmemesinin’ esaslı ihlale yol açabileceği kabul edilir. Bu durum ifanın objektif ve subjektif olarak imkânsız olmasından ya da borçlunun edimi ifa etmeyeceğini beyanı üzerine gerçekleşebilir. Kusursuz (objektif) imkânsızlık halleri esaslı ihlalin oluşmasına engel değildir. Kusurun esaslı ihlalin değerlendirmesinde bir rolü yoktur. Hiç ifa etmeme ile alacaklının menfaatleri üzerinde olumsuz bir sonucun doğduğu kabul edilir meğer ki satıcının ifa etmemesi haklı bir sebebe dayansın. Bu anlamda CISG, imkânsızlığa merkezi bir konum kazandıran TBK’deki uygulamadan ayrılır. Zira kesin hükümsüzlük sonucunu doğuran; sözleşme öncesi (konuda) imkânsızlık (TBK md. 27) veya sözleşmeyi kendiliğinden sona erdiren sözleşme sonrası kusursuz imkânsızlık (TBK md. 136) ve borca aykırılık olarak değerlendirilen sözleşme sonrası kusurlu (objektif) imkânsızlık (TBK md. 112) hükümlerine TBK’da farklı hukuki sonuçlar bağlanır. CISG’de ise; önceki imkânsızlıkta sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu kabul edilmekte, sonraki imkânsızlıkta kusurlu/kusursuz ayrımı olmaksızın alacaklının esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönme imkânı bulunmaktadır. İmkânsızlık veya ifa güçlüğü halinde ise alıcının malın yenisi ile değişimi hakkından bahsedilemez.
- CISG’e göre edimin eksik ifası nedeniyle esaslı ihlalin sözleşmenin tamamını etkilemesi halinde sözleşmenin tamamından dönülebilmektedir. Aynı durum TBK açısından da geçerlidir (kısmi imkânsızlık) ancak TBK’da borcun tamamı kendiliğinden sona erecektir.
- Geç ifa halinde ise, ifa tarihinin kesin vade olarak kararlaştırılması veya malın niteliği gereği belirli süre içinde teslimi gerekiyorsa, ihlalin esaslı olduğu kabul edilebilir. Ancak TBK md. 212/II’deki gibi ticari satımlarda kesin vade karinesi geçerli olmadığından CISG’e göre belirli bir tarihe özel önem atfedilmesi bu

tarihi kendiliğinden kesin vadeli işlem haline getirmeyecektir. Bu halde ifade gecikme doğrudan esaslı ihlal oluşturmayacağından satıcı CISG md 49/I(b)'ye göre ek süre vererek, bu ek sürenin sonunda ifa gerçekleşmezse sözleşmeden dönebilmektedir. TBK md. 124, CISG md. 49/I(a) hükmüyle paralel şekilde; temerrüt halinde dönme hakkının kullanılmasında süre verilmesine gerek olmayan durumların; özellikle borçlunun ifa etmemesinin alacaklı için taşıdığı önemin bir seviye yukarıda olduğu hallere özgülülmüştür. Her iki sistemde de temerrüt halinde sözleşmeden dönülebilmesi için kusur aranmaz.

- CISG'e göre alıcının erken teslimi reddetme hakkı bulunur. TBK md. 96 uyarınca, istisna haller dışında borçlunun erken ifa teklifini kabul zorunluluğunu düzenleyen hükümden farklılaşır. Sözleşmede kararlaştırılandan farklı bir yerde ifanın gerçekleştirileceğinin bildirilmesi kendiliğinden esaslı ihlal sonucu doğurmaz. Bu nedenle somut olayın özelliklerine göre uygun yerde ifanın gerçekleşeceğine ilişkin güvenin yitirilmiş olması ya da mevcut değişiklik tekliflerinin hâlihazırda esaslı ihlal oluşturacak seviyede olması halinde, esaslı ihlal kabul edilir.
- CISG'de sözleşmeye aykırılık kavramı altında “gereği gibi ifa etmeme” ve “ayıplı ifa” kastedilmektedir. Esaslı ihlal doktrininin en karmaşık alanı kabul edilir zira sözleşmeye aykırı teslim, ihlali kendiliğinden esaslı hale getirmez. Esaslı ihlalin tespitinde CISG md. 25'in şartlarının somut olayda değerlendirilmesi dışında, ihlalin esaslı sayılması için ayrıca bir takım testlerden geçmesi gerekmektedir. Esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken dört temel kriterden bahsedilmektedir: 1) Ayrıcalık kazandırılmış sözleşme hükümlerinin varlığı 2) Sözleşmeye aykırılığın ağırlığı/ciddiyetinin anlaşılması için sözleşmenin objektif yorumu ile yükümlülüklerin öneminin araştırılması 3) Sözleşmeye aykırı malın başka türlü değerlendirilmesi olasılığı a) Malların satılması b) Malların kullanımı c) Bunların alıcıdan beklenebilirliği 4) Satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme imkânı a) Aykırılığın makul sürede giderilebilme imkânı ve bu süreyi beklemenin alıcı açısından bir olumsuzluk yaratıp yaratmadığı b) Alıcıya ek külfet getirip getirmediği ve bunların yanı sıra alıcının farklı bir hukuki imkândan faydalanarak tatmin edilebilme imkânının araştırılması neticesinde esaslı ihlal yönünde hüküm kurulmalıdır. Bu kriterler,

her somut olayda sadece ihlalin derecesini aydınlatma işlevi görür yoksa kesin sınırlar çizmez. Esaslı ihlalin araştırması; TBK genel hükümlerde gereği gibi ifa etmeme (TBK md 112) halinde öngörülen yaptırımların uygulanmasından önce dürüstlük kurallarının dikkate alınarak menfaat dengesinin sağlandığı tedbirler olarak değerlendirilebilir.

- Satıcının CISG md 48'e göre aykırılığı giderme hakkı, ihlalin henüz esaslı ihlal seviyesine ulaşmadığı aşamada, esaslı ihlal değerlendirmesi üzerinde etkili olmakta ve esaslı ihlalin oluşumuna engel olabilmektedir. Ancak ihlalin esaslı olduğu seviye bir kez aşıldıktan sonra alıcının sözleşmeden dönme hakkının, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı ile sınırlandırılması mümkün değildir.
- Malların sözleşmeye aykırı tesliminin basit bir ayıp olarak nitelendirilmesi halinde, alıcının CISG md 49/I(a) uyarınca ek süre tanınması yoluyla sözleşmeden dönülemez.
- TBK düzenlemesi, CISG md. 35'in "sözleşmeye uygun malların nesnel ölçütlerini" ortaya koyan ve bunlardan sapma halinde sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkacağını kabul eden düzenlemesi karşısında, satım konusu malda olması gereken özelliklerin olmaması ve malın ayıplı olması şeklinde negatif yönden bir ifade tarzı benimsemiştir. Diğer yandan sözleşmede CISG sadece kalite eksikliği değil aynı zamanda miktar, tür, paketleme eksikliğini de kapsayacak şekilde "sözleşmeye aykırılık" kavramını TBK'ya göre daha geniş düzenlemiştir. Ayrıca performans eksikliği ve sürdürülebilirlik kalite eksikliği kapsamında değerlendirildiği kararlarda göze çarpmaktadır. Malın paketlenmesine ilişkin yükümlülük TBK'da yan edim yükümlülüğü olarak düzenlenmiş ve kaynağını dürüstlük kuralından almakta iken bu yükümlülüğe uyulmaması halinde sadece tazminat yaptırımı öngörülmüştür. O halde TBK'da ancak ihlalin malın niteliği üzerinde etkili olması halinde ayıp hükümleri uygulanır oysa CISG'de paketleme yükümlülüğünün ihlali doğrudan malın niteliğinde ihlal anlamını taşıdığından esaslı ihlal oluşturabilmektedir.
- TBK'ya göre, malın yenisi ile değişimini düzenleyen hükümdeki 'imkânı varsa' ifadesi bu hakkın hem çeşit hem parça satışlarında kullanılması yönündeki tartışmaları sonlandırmıştır. CISG'de de, benzer şekilde parça/çeşit borcu ayrımı

yapılmamış olmakla birlikte malın yenisi ile değişimi esaslılık ve makul sürede talep edilmesi şartlarına bağlanmıştır. TBK’da malın ayıplı teslimi halinde, alıcının malın ayıpsız benzeri ile değişim talep hakkı, “imkân varsa” kullanılabilir olup, bu hukuki imkân esaslı ihlal şartı benzeri bir düzenleme ile ağırlaştırılmamıştır.

- CISG uyarınca teslim edilen malın türünün de sözleşmeye uygun olması aranır. Bu nedenle alid ifa, malın sözleşmeye aykırı teslimi olarak kabul edilmiş ve taraflara ancak esaslı ihlal değerlendirmesi neticesine göre kullanılabilir yaptırımların türünü belirleme imkânı tanınmıştır. O halde alelade ihlal oluşturan bir alid ifa halinde, ek süre tanınması yoluyla sözleşmeden dönülmesi mümkün değildir. TBK’ya göre ise alid ifanın niteliği hakkında hâkim olan görüş; alid ifanın “hiç ifa etmeme” olarak değerlendirilmesi ve duruma göre temerrüt veya imkânsızlık hükümlerine başvurulmasını savunmaktadır. TBK’ya göre kötü ifa ve alid ifa farklı şeyler olarak kabul edilmektedir. Hem cins hem de tür borçları açısından TBK md. 112 vd uygulama alanı bulmaktadır. TBK’da alid ifa halinde malın yenisi ile değiştirilmesinin istenemeyeceği yaklaşımı CISG’de yer almamaktadır. Zira alid, malın ayıplı teslimi olarak değerlendirilmekle, malın yenisi ile değişimi talebi esaslı ihlalin varlığı halinde dönme dışında uygulanabilecek yaptırımlardan bir diğeri olmaktadır.
- Kararlaştırılan miktardan farklı miktarda mal teslim edilmesi, CISG’de sözleşmeye aykırı mal teslimi olarak kabul edilirken TBK’da kötü ifa olarak değil, kısmen ifa etmeme olarak kabul edilir.
- CISG’e göre hukuki ayıp sözleşmeye aykırı teslimdir ve TBK’da düzenlenen zapta karşı tekeffül hükümlerini de kapsamaktadır. CISG’e göre tam zapt halinde sözleşmeden dönülebilirken TBK’ya göre sözleşme kendiliğinden sona ermektedir. CISG; kısmi zapt halinde alıcının kullanımının kısıtlandığı durumun/miktarın alıcının sözleşmenin tamamından beklediği haklı menfaati önemli ölçüde sekteye uğratması halinde esaslı saymaktadır. TBK’da benzer yaklaşımla, alıcının bu ayıbı bilseydi sözleşme ilişkisine hiç girmeyecek olduğu varsayımında sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesini kabul ederek paralel bir düzenleme içermektedir.

- CISG’de belgelerin teslim edilmemesi veya yanlış belgelerin teslim edilmesi “gereği gibi ifa etmeme” nin veya “kötü ifa” nın görünüm biçimi olmaktadır. Sözleşmeyi akdetme sebebi olarak kabul edilen belgelerin teslim edilmemesi, yanlış belgelerin teslim edilmesi veya kesin vadeli bir işlemin varlığında ihlal esaslı kabul edilir. Malı temsil eden belgelerin teslim edilmemesi halinde TBK’da ve CISG’de borçlunun temerrüdüne benzer sonuçlar kabul edilmiştir. Diğer yardımcı belgelere aykırılıkta esaslı ihlal değerlendirmesi ayrıca testten (belge eksikliğine rağmen malın kullanılabilmesi ya da yeniden satılabilmesi imkânı) geçirilmektedir. TBK bakımından ayıplı ifa ile benzerlik göstermektedir.
- Satıcının ve alıcının diğer yükümlülüklerinin ihlalinin değerlendirmesinde CISG asli edim, yan edim ayrımı gözetmeksizin CISG md. 25 anlamında esaslı ihlal şartları üzerinden yapılacak değerlendirme sonucunda yaptırımların kullanılabilmesini kabul etmektedir. TBK’da ise; satılanın niteliğini etkilemediği sürece yan edim yükümlülüklerinin ihlalinde sadece tazminat yaptırımı öngörülmüş, sözleşmeden dönme imkânı verilmemiştir.
- Alıcının bedel ödeme yükümlülüğüne ilişkin esaslı ihlal değerlendirmesi satıcının “malları teslim etme yükümlülüğü” nü ihlaline paralel bir düzenleme içerir. Alıcının bedel ödeme ve malları teslim alma yükümlülüğünü ihlaline temelli aykırılığı esaslı ihlal kabul edilir. Ancak ifanın gecikmesinde, geçen uzun sürenin esaslı ihlal oluşturma olasılığını arttırırken, kısa süreli gecikmelerin esaslı ihlal olarak değerlendirilmesi için ayrıca satıcının vaktinde ödeme ya da teslim almakta özel bir menfaatinin olması aranır. Alıcının bedel ödeme yükümlülüğünü gerektiği gibi ifa etmemesi CISG ve TBK’da sözleşmeye aykırılık sayılmakla birlikte hukuki sonuçlar açısından farklılıklar dikkati çekmektedir. Veresiye satışlarda ise, dönme hakkının kullanılması satıcının dönme hakkını saklı tutmasına bağlanmıştır.
- Alacaklının malı teslim alma yükümlülüğün ihlalinde CISG ve TBK’nın sunduğu hukuki imkânlar birbirinden farklılaşır. CISG de, esaslı ihlalin varlığı halinde, satıcının sözleşmeden dönme hakkı ile tazminat hakkı bulunmakta iken CISG’de sadece esaslı ihlalin varlığı halinde dönme hakkından bahsedilmektedir.

Esaslı ihlal değerlendirmesinin önem kazandığı buraya kadar değinilmeyen diğer hükümler:

- Esaslı ihlalin hasar riski geçişine etkisi (CISG md 70)'de düzenlenmiştir. Satıcının esaslı ihlal oluşturan sözleşmeye aykırı mal tesliminde, malın kimseye isnat olunamayacak şekilde telef olması ya da hasar görmesi durumunda, hasar riskinin satıcıya geri dönmesi kabul edilmiş ve alıcının sözleşmenin esaslı ihlaline dayalı olarak kullanabileceği haklarının bundan etkilenmeyecek olmasını düzenlenmiştir. TBK'da böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.
- Öncelenmiş Borca Aykırılığı düzenleyen CISG md. 72 ise esaslı ihlal halinde öne alınmış sözleşme ihlaline dayanarak sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen özel bir hükümdür. Tarafların bu haklarını kullanabilmeleri için, karşı tarafın sözleşmeyi esaslı surette ihlal edecek olması ve bu durumun açıkça anlaşılıyor olması şartları birlikte aranmaktadır. Esaslı ihlalin gerçekleşmesinin tam bir kesinlik içinde olması değil, büyük bir olasılık dâhilinde bulunması çoğunlukça görüşünce aranan seviyedir. TBK md. 98, öngörülebilir ihlalin genel hükümlerindeki düzenlemesi olup, ifa güçsüzlüğü halinde alacaklıya vadesinden önce sözleşmenin sona erdirilmesine imkân veren bir düzenleme içerir. Yanı sıra, TBK'daki öncelenmiş borca aykırılığa ilişkin özel düzenlemelere farklı sözleşme tiplerinde rastlanılmaktadır. Bu düzenlemelerde de ihlalin belirli bir ağırlığa ulaşması beklenilmektedir. Her iki sistemde birbirine paralel yaklaşımlar benimsemiştir.
- Esaslı ihlalin varlığının ardı ardına teslimli sözleşmelere etkisine CISG md. 73'te yer verilmiştir. CISG md. 73/I esaslı bir ihlalin varlığı halinde; sadece ilgili teslimata ilişkin sözleşmeden dönmeyi, md. 73/II ilerideki teslimatları kapsayacak şekilde sözleşmeden dönmeyi ve md. 73/III hem gelecekteki hem geçmişteki teslimatları kapsayacak şekilde sözleşmeden dönmeyi düzenler. Tüm fıkralar uyarınca aynı olan; sözleşmenin hangi kısmı sona erdirilecek ise o kısım açısından ihlalin esaslılığının aranmış olmaktadır. Görüldüğü üzere bu hükümler sözleşmeden dönme hakkını esaslı ihlal şartına bağlayan özel düzenlemeler içermektedir. Bu anlamda esaslı ihlalin varlığı yaptırımların kullanılmasını belirleyici önemli bir roledir.



Esaslı ihlal kavramı, CISG sisteminde bulunduğu şekilde Türk Satım hukukunda düzenlenmiş değildir. Yine de sözleşmeden dönme ve malın yenisi ile değişimi taleplerinin kullanılması için TBK’da da sınırlamalar öngörülmüştür. TBK’da dönme yaptırımının kullanılabilmesi için, ihlalin belirli bir ağırlığın üzerinde olmasını arayan düzenlemelere rastlanılmaktadır. Ancak bu düzenlemeler karmaşık bir haldedir ve ortak bir parantezde toplanmak bugün ki sistem üzerinden mümkün görülmemektedir. CISG; ifa engellerini tek bir çatı bir kavram altında toplayan sade ve pragmatik yapısı ile bu anlamda referans alınabilecek bir kaynaktır. Söz gelimi; alıcının seçimlik haklarının kullanımını sınırlayan TBK md. 227/IV uyarınca hakim; “durum bunu haklı göstermiyorsa” alıcının bazı seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebildiği bir takdir hakkı ile donatılmıştır. Bu noktada “haklı durumun” tespitinde esaslı ihlal kavramının ölçütleri referans alınarak, somut olayın yorumlanmasında esaslı ihlal kavramının değerlendirme kriterlerinin, hükmün objektif bir zeminde değerlendirilmesine ışık tutabileceği kanısındayız. TBK ifa engelleri sisteminin tamamen değişmesi beklenen olmadığından, Türk hukukunun bir parçası olan CISG’in kavramlarından yararlanılması, milletlerarası hukukun yeknesaklaşması hareketleri çerçevesindeki gelişmelerden de uzaklaşmamızı önleyecektir.

Öte yandan, asıl gelişmeyi sağlayacak olan taraf devletlerin metindeki yeknesak düzenlemeyi uygulamaya yansıtmaları olduğundan CISG’in tek başına varlığı gerçek anlamda yeknesaklaşmanın sadece başlangıç noktası olabilir. Bu amaçla *common law* etkisinde gelişmekle Türk hukukçuna uzak olan, üstelik genel ve soyut ifadeler barındırmakla değerlendirilmesi kimi zaman güçleşen ancak varlığı halinde ağır yaptırımların uygulanmasına yol açabilecek, titizlikle tespiti gereken “esaslı ihlal kavramı”nın daha iyi anlaşılması için, TBK’da alışık olduğumuz borca aykırılık türleri ve yaptırımları üzerinden karşılaştırmalar yapılarak kavrama ışık tutmaya çalışılmıştır. TBK’da belirli bir ağırlığın üzerindeki ihlallerde sözleşmeden dönme hakkı tanıyan düzenlemeler incelendiğinde, sözleşmeden dönme hakkını sınırlandıran bu hükümlerin ‘esaslı ihlal’ kavramı ile paralel bir anlayış içinde olduğu görülmüştür. Her ne kadar otonom yorum ilkesi gereği, CISG sistemi içinde kalan kavramların kendi sistemi içerisinde yorumlanması ve anlamlandırmanın da buna göre yapılması gerekse de, Türk

Hukukçusunun ‘esaslđ ihlal’ anlayışını derinleştirmek üzere Tũrk satım hukuku karşılaştırmalarından yararlanılmıştır.



## KAYNAKLAR

- Acar H, 'Hasar Riskinin Geçişine İlişkin TBK, CISG ve INCOTERMS Hükümlerinin Mukayeseli Olarak İncelenmesi' in Sinan Okur (eds), *Milletlerarası Satım Hukuku* (1st edn, Adalet 2016) 508-536.
- Açıkalin M C, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2014).
- Akçaal M, 'İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı'nda (or. 2020) İfa Engellerinin Şartları', (2019) 68 (3) AÜHFD 529-550.
- Akçura Karaman T, 'Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları' in Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı (Beta 2013) 1 (77) GAÜHFD 225-259.
- Aksakal E, 'Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG ) kapsamında Satıcının Sözleşmeye Uygun ve Üçüncü Kişilerin Hak veya Taleplerinden Ari Mal Teslim Etme Borcu'(2012) 88 (1) İSBD 340-368.

- Altay S, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçişi' in *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı* (Beta 2013) 1 (77) GAÜHFD 183-224.
- Aral F and Ayrancı H, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* (14th edn Yetkin 2021) (n 71)
- Aral F, *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa* (1st edn, Yetkin 2011).
- Arvas M M, 'Viyana Satım Sözleşmesi Kapsamında Esaslı İhlal' in Şebnem Akipek Öcal (eds), *Viyana Satım Anlaşması* (1st edn, Yetkin 2020).
- Atamer M Y, 'Article 79-80' in Stefan Kröll, Loukas A Mistelis and Maria del Pilar Perales Viscacillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (CH Beck-Hart-Nomos 2011) (1054-1107) (Article 79-80).
- Atamer M Y, 'Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı' (1995) 69 (10-11-12) *İstanbul Barosu Dergisi* 561-568. (Uygulama Alanı).
- Atamer M Y, 'İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik', (2010) 1, (Prof. Dr. Rona Serozan' a Armağan) 317-360 (İfa Engelleri Sistematiği).

- Atamer M Y, ‘Saticının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış’ in Yeşim Atamer (eds), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (2nd edn, Oniki Levha 2008) 221-263 (İfa Engelleri).
- Atamer M Y, ‘Taşınır Satımı Sözleşmesi’ in Murat İnceoğlu (eds), *Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu* (2012).
- Atamer M Y, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Saticının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (1st edn, Beta 2005) (Sözleşmeye Aykırılık).
- Atamer M Y, ‘Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Türkiye’ (2006) 8(10) Hukuki Perspektifler Dergisi 158-163 (Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru).
- Atamer M Y,  
Kabakoğlu  
Arslanyürek Y and  
Taşkın Z D, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Danışma Kurulu Görüşleri, (1st edn, Oniki Levha 2019).
- Ataşlar A H, *Türk Hukuku ve Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Satış Sözleşmesinde Aliud* (1st edn, Yetkin 2020).
- Ayanoğlu Moralı A, ‘Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi’ in *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nun (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı* (Beta 2013) 1 (77) GAÜHFD 289-310.

- Aydın Ünver T  
and Rössler H, 'Alman ve Uluslararası Sözleşme Hukukunda Değişen ve Öngörülemeyen Koşullar' (2008) 66 (1) İÜHFM 353-363.
- Ayhan H L, 'Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'ne Göre Uluslararası Satım Sözleşmelerinde Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu' (2011) GÜHFD 15(2), 1-57.
- Babiak A, 'Defining Fundamental Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' 1992, 6 Temple International and Comparative Law Journal 113, [https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/bibliography/andrew\\_babiak.pdf](https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/bibliography/andrew_babiak.pdf) (Erişim Tarihi 18.02.2022).
- Bach I, 'Article 50-52' in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contract for The International Sale of Goods: Commentary* (C. H. Beck, Hart, Nomos 2011) 748.
- Bacher K, 'Commentary on 85-88' in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)* (1st eds, Oniki Levha 2015).
- Basedow J, 'Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG' (2005) 30(3) International Review of Law and Economics 487-500. <http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-0019-C586-3> ( Erişim Tarihi 03.06.2021).
- Baş E, 'Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu' (2013) 8 (Prof. Dr. Aydın Zevkliler Armağanı-özel sayı) Yaşar Üniversitesi Dergisi 623-656.

- Başoğlu B, 'Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları' (2008) 66(2) İÜHFM 287-310 (Öncelenmiş).
- Başoğlu B, *Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi* (1st edn, Oniki Levha 2012) 16 (Aynen İfa).
- Başoğlu B, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Aynen İfa ve Bunun Tarihsel Arka Planı' in Sinan Okur (eds), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)* (Adalet 2016) 336-366 (Aynen İfa Tarihsel Arka Planı).
- Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması* (4th edn, Onikilevha 2020) (Uyarlama).
- Baysal B, *Zarar Görenin Kusuru* (Müterafik Kusur) (1st edn, Oniki Levha 2012).
- Baysal P, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri' in Şükran Şıpka and Cemil Yıldırım (eds), (Oniki Levha 2012) 221-268 (n 1121) (Satıcının Ayıptan Sorumluluğu).
- Bell F G, 'Article 61-65' in Stefan Kröll, Loukas A Mistelis and Maria del Pilar Perales Viscacillas (eds), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* (CH Beck-Hart-Nomos 2011)854-877.
- Bianca C M, 'Article 35-38' Bianca C M and Bonell M J (eds), *Commentary On The Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, (Giuffrè, 1987).

- Bilgehan M G, 'CISG'e göre Alıcının Sözleşmeden Dönmesi' in Sinan Okur (eds), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku* (1st edn, Adalet 2016) 413-432.
- Bingöl I, 'Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep: Türk Borçlar Hukuku'nda ve Viyana Satım Antlaşması'nda Mücbir Sebep'(1st edn, Yetkin 2011).
- Björklund K A, 'Article 25-29' in Stefan Kröll, Loukas A Mistelis and Maria del Pilar Perales Viscacillas (eds), *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CH Beck-Hart-Nomos 2011).
- Boghossian N, 'A Comparative Study of Specific Performance Provisions in the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' (1999-2000) *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* 1-85.  
<https://www.collectionscanada.gc.ca/obj/s4/f2/dsk2/ftp03/MQ64262.pdf>, Erişim Tarihi: 23.06. 2021.
- Bonell M J, 'Article 6, 7,9' in Bianca C M and Bonell M J (eds), *Commentary On The Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè, 1987) (51-94, 103-115).
- Bozkurt Yüksel E A, 'UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanununa Genel Bakış' (2011) 2 (4) *TAAD* 135-172.
- Bridge M G, 'Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods' *International and Comparative Law Quarterly* (2010) 59(4) (Fundamental Breach).



- Bridge M G, 'CISG uyarınca Hasarın Geçmesi' in Yeşim M. Atamer (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (1st edn, Oniki Levha 2008) 193-220 (n 1702) (Hasarın Geçmesi).
- Bridge M G, *The International Sale of Goods* (3rd edn, Oxford 2013) (Sale of Goods) (n 4)
- Butler A E, 'Art 10' in John Felemegas (eds), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale Of Goods* (Cambridge Universtiy Press 2007) 69-61.
- Buz V, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* (1st edn, Yetkin 2014).
- Büyük Y, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri' in Sinan Okur (eds) , *Milletlerlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)* 173-202.
- Clausson O, B, 'Avoidance in Nonpayment Situations and Fundamental Breach under the 1980 U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods' (1984) 6(1) *New York Law School Journal of International and Comparative Law* 93-117, [https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1204&context=journal\\_of\\_international\\_and\\_comparative\\_law](https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1204&context=journal_of_international_and_comparative_law) (Erişim Tarihi: 08.05.2022).
- Cumalıoğlu E, *TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilir İhlal* (1st edn, Oniki Levha, 2019)

Çelikel A and  
Erdem B

*Milletlerarası Özel Hukuk* (17th edn, Beta 2021).

Dayıoğlu Y,

‘CISG Kapsamında Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı’ in Sinan Okur (eds), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)*, (1st edn, Adalet 2016) 299-337 (Tazminat Makale).

Dayıoğlu Y,

*CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı* (1st edn, Oniki Levha 2011) (Tazminat).

Doğan M,

*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın İntikali* (8th edn, Yetkin 2016) (Hasarın Geçişi).

Doğan F,

‘INCOTERMS 2000, Tarihi Gelişimi, Geçerlilik Kaynağı-Münferit Kozlar-Son Değişiklikler’ in *Prof. Dr. Ömer Teoman’ a Armağan* (1st edn, Beta 2002) 337-367 (INCOTERMS).

Doğu H M,

‘Ardı Ardına Teslimli Satış Sözleşmesi’, (2020) Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara.

Dural M,

‘İmkânsızlık Kavramı ve Türleri’ (1973) 7(1) *Batider*, 11-58.

Durak Y,

*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Alıcının Yükümlülükleri* (1st edn, Onikilevha 2020).

Ekşi N,

‘Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation” (1999) 19 (1-2) *MHB* 106-291.

- Ekşi N, Milletlerarası Ticaret Hukuku (4th edn, Beta 2020) (Milletlerarası Ticaret).
- El-Saghir H, 'Fundamental Breach of Contract: Remarks on the Manner in Which the Principles of European Contract Law may be used to Interpret or Supplement Article 25 of the CISG' in John Felemegas (eds), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (Cambridge University Press 2007) 335,339 (n 488)
- Enderlein F and Maskow D, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, (1<sup>st</sup> edn, Oceana Publications, 1992).
- Erauw J, 'CISG Articles 66-70: The Risk of Loss and Passing It' (2005) 6 (25) *Journal of Law and Commerce* 203-217 <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/erauw.pdf> (Erişim Tarihi: 05.03.2022).
- Erdem E, 'Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)' (1992) 54(3) *Batider* 35-105 (Viyana Satım Sözleşmesi).
- Erdem E, 'Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu' in Yeşim M. Atamer, *Milletlerarası Mal Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (1st edn, Oniki Levha 2008) 105-162. (n 949).
- Erdem E, *Sif Satışlar (Cif Sales)* (1st edn, Beta 1999) (Cif Satışlar).

- Erdem E, ‘Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı’ in Şükran Şıpka (eds), *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri* (1st edn, Oniki Levha 2012) 117-156. (Uygulama Alanı).
- Erdem E, ‘Viyana Satım Antlaşması’na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması’ (2013) 12(1) GÜHFD 259-289 (İhlalin Sonuçları).
- Erdem E, ‘Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmeden Dönme’ in Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan (1st edn, 2010 Oniki Levha) 857-895 (Dönme).
- Eren F, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (26th edn, Yetkin 2021) (Genel Hükümler).
- Eren F, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler* (9th edn, Yetkin 2021) (Özel Hükümler).
- Erkan K, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi* (1st edn, Oniki Levha 2012).
- Felemegas J, “Introduction” in John Felemegas (eds), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale Of Goods* (Cambridge University Press 2007) (1-38).

- Ferrari F, 'Fundamental Breach Of Contract Under the UN Sales Convention-25 years of article 25 CISG' (2006) 25 (2) Journal of Law and Commerce 389-495 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html>. (Erişim Tarihi: 10.10.2021) (Fundamental Breach).
- Ferrari F, 'Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG'de Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler' in Yeşim Atamer (eds), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (1st edn, Oniki Levha 2012) 37-82 (Yorum ve Boşluk Doldurma).
- Fitzgerald P L, 'The International Contracting Practices Survey Project: An Empirical Study of the Value and Utility of the United Nations Convention on the International Sale of Goods (CISG) and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts to Practitioners, Jurists, and Legal Academics in the United States' (2008) 27(1) Journal of Law and Commerce,1-34 <https://jlc.law.pitt.edu/ojs/jlc/article/view/15/15> (Erişim Tarihi: 02.05.2021).
- Flechtner M H, 'Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi' in Yeşim M Atamer (eds), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (1st edn, Oniki Levha 2008) 163-193.
- Fountoulakis C, 'Commentary on Art 71-73,82' in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)*, (1st eds, Oniki Levha 2015) (Commentary 71-73,82).

- Fountoulakis C, 'Remedies for Breach of Contract Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods' (2011) 12 (1) ERA Forum 7-23 (Remedies).
- Gabriel D H, 'The Buyer's Performance Under the CISG: Articles 53-60 Trends in the Decisions' (2005-2006) 25 Journal of Law and Commerces 273-283.  
<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/gabriel.pdf> (Erişim Tarihi: 05.05.2022).
- Gabriel D H, 'General provisions, Obligations of the Seller, and Remedies for Breach of Contract by the Seller' in Ferrari F, Flechtner H and Brand R, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention* (Sellier European Law Publishers 2004) 336-361.
- Garro M A, 'Cases, Analyses and Unresolved Issues in Articles 25-34, 45-52' in Ferrari F, Flechtner H and Brand R, *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention* (Sellier European Law Publishers 2004) 362-376.
- Graffi L, 'Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention' (2003) 3 International Business Law Journal 338-349.  
<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>. (Erişim tarihi: 03.09.2021).
- Grebler E, 'Fundamental Breach of Contract under the CISG: A Controversial Rule' (2007) 1 The American Society of International Law: Proceedings of the Annual Meeting, The Future of International Law 407-413.

- Gümüş M A, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Kısa Ders Kitabı, (5th edn, Filiz 2020).
- Gümüşsoy Karakurt G, *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması* (1st edn, Oniki Levha 2017).
- Gündoğdu F, ‘Birleşmiş Milletler Uluslararası Satım Sözleşmelerine ilişkin Viyana Konvansiyonuna Göre İmkansızlık ve Hukuki Sonuçları’ (2011) 10(2) İÜHFD 331-355.
- Güven K, ‘Alman, İsviçre, Türk Hukuklarında ve Viyana Satım Antlaşması’nda Eksik İfa Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme’ (2020) 26(1) MÜHFD 423- 466.
- Hachem P, ‘Art 70’ in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods* (CISG) (1st edn, Oniki Levha 2015) (Commentary 70).
- Hacıbekiroğlu E, ‘Akdi Borç İlişkinine Uygulanacak Hukukta İrade Serbestisi’ in Tufan Öğüz (eds) *Mustafa Dural’a Armağan* (Filiz 2013) 579, 580. (n 353)
- Heiderhoff B, ‘CISG’in Uygulama Alanı: Konu Bakımından’ in Yeşim Atamer (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (1st edn, Oniki Levha 2008) 25-36.
- Hiroo Sono ‘Article 85-88’ in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contract for The International Sale of Goods: Commentary* (C. H. Beck, Hart,

Nomos 2011) 1150-1187.

Honnold J, *Documentary History Of The Uniform Law For International Sales: The Studies, Deliberations and Decisions That Led To The 1980 United Nations Convention With Introductions And Explanations* (1st edn, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989).

Honnold J and Flechtner M H, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (4th edn, Kluwer Law International 2009) (uniform Law).

Huber P, 'Article 45-49' in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contract for The International Sale of Goods*, (C. H. Beck, Hart, Nomos 2011) (Article 45-49) 681-747.

Huber P, 'CISG-Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları' in Yeşim M. Atamer (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (1st edn, Oniki Levha 2008) (CISG).

Huber P, 'CISG-The Structure of Remedies' *Rabel's Journal for Foreign and International Private Law* (2007) 81(1) 13-34 (Structure of Remedies).

Huber P and Mullis A, *The CISG, A new Textbook for the students and Practitioners* (Sellier European Law Publishers 2007).

Işıқтаç Y and Metin S, *Hukuk Metodolojisi* (8th edn, Seçkin 2021).



International  
Institute for the  
Unification of  
Private Law,

Unification of Law: A general survey of work for the  
unification of private law (Drafts and Conventions) (1948)  
Rome, Editions "Unidroit" .

International  
Institute for the  
Unification of  
Private Law,

Unification of Law: A general survey of work for the  
unification of private law (Drafts and Conventions) (1965)  
Rome, Editions "Unidroit" .

Johnson W P,

‘Understanding the Exclusion of the CISG: A new Paradigm  
of Determining Party Intent’ (2011) 59(1) Buffalo Law  
Review 213-292  
<https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol59/iss1/5>,(Erişim Tarihi 05.05.2021).

Kanışlı E,

‘CISG’de ve Diğer Uluslararası Hukuk Uyumlaştırması  
Metinlerinde Öncelenmiş Sözleşmeye Aykırılık’ (2016) 22(3)  
MÜHFD (Cevdet Yavuz’a Armağan)1399-1456. (Öncelenmiş  
Aykırılık).

Kanışlı E,

*CISG uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye  
Aykırılık Halinde Satıcının Hakları* (1st edn, Oniki Levha  
2013) (n 35) (Satıcının Hakları).

Kanışlı E,

‘CISG uyarınca Alıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde  
Satıcının Hakları’ in Sinan Okur (eds), *Milletlerarası Mal  
Satım Hukuku (CISG)* (Adalet 2016) 470-506. (Satıcının  
Hakları Makale).

- Kaplan İ, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (7th edn, Yetkin 2021).
- Karacan H, ‘Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonunda (CISG) Satıcı Açısından İfa Yeri ve İfa Zamanı (TBK ile karşılaştırmalı olarak)’ (2007) 2( 3-4) EÜHFD 243-270.
- Kaşak E, ‘Viyana Satım Sözleşmesi'nde Esaslı İhlâl Kavramı’ (2013) (Ersin Çamoğlu'na Armağan) (1st edn, Vedat 2013).
- Kaya C, *CISG (Milletlerarası Mal Satımına ilişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu*, (1st edn, Oniki Levha 2012).
- Keily T, ‘Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)’ (1999) 3(1) Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, 15-40 <https://dro.deakin.edu.au/eserv/DU:30073192/keily-good-faith-1999.pdf> (Erişim Tarihi: 01.05.2021).
- Kılıçoğlu M A, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (25th edn, Turhan 2021) (Genel Hükümler).
- Kılıçoğlu M A, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler* (3rd edn, Turhan 2021).
- Kilian M, ‘CISG and The Problem With Law Jurisdictions’ (2001) 10(2) <https://dro.deakin.edu.au/eserv/DU:30073192/keily-good-faith-1999.pdf> (Erişim Tarihi: 12.03.2021) 217-240.

Kocayusufpaşaoğlu  
N, Hatemi H,  
Serozan R, Arpacı  
N,

*Borçlar Hukuku Genel Bölüm İfa Ve İfa Engeli Haksız  
Zenginleşme Cilt 3* (7th edn, Filiz 2016).

Koehler F M and  
Yujun G,

‘The Acceptance of the Unified Sales Law (CISG) in Different  
Legal Systems: An International Comparison of Three Surveys  
on the Exclusion of the CISG's Application Conducted in the  
United States, Germany and China’ (2008) 20 (45) *Pace  
International Law Review* 45-60  
[https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1  
049&context=pilr](https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=pilr), (Erişim Tarihi: 02.05.2021).

Koch R,

‘Fundamental Breach: Commentary on whether the  
UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts  
may be used to interpret or supplement Article 25 CISG’ in  
John Felemegas, *An International Approach to the  
Interpretation of the United Nations Convention on Contracts  
for the International Sale of Goods* (Cambridge University  
Press 2007) 124-133 (n 200) (Commentary Art 25).

Koch R,

‘The Concept of Fundamental Breach of Contract under the  
United Nations Convention on Contracts for the International  
Sale of Goods (CISG)’ (1999) *Pace Review of the Convention  
on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)* 177-  
354 (fundamental Breach).

Kröll S,

‘Article 35-44’ in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar  
Perales Viscasillas (eds) *UN Convention on Contract for The  
International Sale of Goods: Commentary* (2<sup>nd</sup> edn, C. H.  
Beck, Hart, Nomos 2011) 487-680.

Kröll S and Mistelis  
L and Viscasillas P  
P,

*UN Convention on Contracts for the International Sale Of  
Goods* (2<sup>nd</sup> edn, C.H Beck, Hart, Nomos 2011).

- League of Nations  
International  
Institute in Rome for  
the Unification of  
Private Law,  
Draft of An International Law of the Sale of Goods (1935)  
Roma, La Libreria Dello Stato, 79- 108.  
<https://www.unidroit.org/> (Erişim Tarihi: 09.04.2022).
- Leisinger B K,  
*Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the  
Goods* (1st edn, Sellier European Law Publishers 2007).
- Liu C,  
The Concept of Fundamental Breach: Perspectives from the  
CISG, UNIDROIT Principles and PECL and case law (2nd  
edition, May 2005).
- Lookofsky J,  
'Understanding the CISG in Europe' (3rd edn, Kluwer Law  
International 2008).
- Lorenz A,  
'Fundamental Breach Under the CISG' (1998) 1  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html>, Erişim  
tarihi: 24.01.2022.
- Lubbe G,  
'Fundamental Breach Under the CISG: A source of  
Fundamentaly Divergent Results' (2004) 68(3) *Rabels  
Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht /  
The Rabel Journal of Comparative and International Private  
Law*, 444-472 <http://www.jstor.org/stable/27878460> (Erişim  
Tarihi: 05.05.2022).
- Magnus U,  
'Beyond the Digest: Part III (Articles 25,34,45-52)' in Ferrari  
F, Flechtner H and Brand R, *The Draft UNCITRAL Digest and  
Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N.  
Sales Convention* (Sellier European Law Publishers 2004)  
(Beyond the Digest) 319-335.

- Magnus U, 'CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma' in Yeşim M Atamer (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (1st edn, Oniki Levha 2008) 287-310 (Sorumluluktan Kurtulma).
- Magnus U, 'The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG- General Remarks and Special Cases' (2005-2006) 25, *Journal of Law and Commerce* 423-436 (Avoidance).
- Maskow D, 'Article 53-60' in Bianca C M and Bonell M J (eds), *Commentary On The Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, (Giuffrè, 1987).
- Mistelis L, 'Article 6' in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contract for The International Sale of Goods: Commentary*, (C. H. Beck, Hart, Nomos 2011) 99-109. (Article 6).
- Mistelis L, 'CISG'in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından' in Yeşim Atamer (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (2nd edn, Oniki Levha 2012) (Uygulama Alanı).
- Mohs F, 'Commentary on Art 53-65' in Ingeborg Schwenzer and Peter Schlechtriem (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)* (1st eds, Oniki Levha 2015).
- Murray J E, 'Buyer Obligations under the CISG' in Ferrari F, Fletcher H, Brand R A (eds), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N Sales Convention*, (Sellier European Law Publishers, 2004) 440-467.

- Müller-Chen M, 'Commentary on Art 45-52' in Ingeborg Schwenzer and Peter Schlectriem, *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)* (1st edn, Oniki Levha 2015).
- Nicholas B 'Article 66-70' in Bianca C M and Bonell M J (eds), *Commentary On The Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, (Giuffrè, 1987).
- Official Records, United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 10 March-11 April 1980, Official Records, Newyork 1991 <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/aconf-97-19-ocred-e.pdf> (Erişim Tarihi 22.03.2021).
- Oğuzman K and Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1 (19th edn, Vedat 2021).
- Okur S and Yağcı U, 'CISG uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılıkları Giderme ve Islah Hakkı' in Sinan Okur (eds), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)* (1st edn, Adalet 2016) 383-411.
- Öz T, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümleri'nin Kısa Karşılaştırması*, *CISG Metni* (1st Vedat, 2016) (CISG metni).
- Öz, T, 'Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (2013) 1(özel sayı) GÜHFD 3-19. (CISG).

- Özdemir H, *Türk Borçlar Kanununa Göre ve Viyana Satım Sözleşmesine (CISG) Göre Ayrıptan Doğan Sorumluluğun Şartları* (1st edn, Yetkin 2013) (TBK ve CISG'e Göre Ayıp).
- Özdemir H, 'Viyana Satım Sözleşmesi'nde Sözleşmeye Aykırılık ve Aykırılığın Şartları' in Sinan Okur (eds), *Milletlerarası Satım Hukuku (CISG)* (1st edn, Adalet 2016) 202-268 (Sözleşmeye Aykırılığın Şartları).
- Özsunay E, '1980 tarihli "Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Anlaşması (CISG) ve Türk Teşebbüslerin Taraf Olduğu Uluslararası Mal satım Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları' (2006) 78 (3) 906.
- Paiva R M, 'Fundamental Breach Under the UN Convention on Contracts for The International Sale of Goods' (2004) 40 [www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/paiva.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/paiva.html) Erişim Tarihi:04.01.2022.
- Pauly C, 'The Concept of Fundamental Breach as an International Principle to Create Uniformity of Commercial Law' (2000) 19 (2) *Journal of Law and Commerce*, 221-225.
- Peacock D, 'Avoidance and the Notion of Fundamental Breach Under the CISG: An English Perspective' (2003) 4 (8) *International Trade and Business Law Review*. <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/IntTBLawRw/2003/4.html>, Erişim Tarihi: 11.10.2021.
- Saidov D, 'Article 71-73' in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contract for The International Sale of Goods: Commentary* (C. H. Beck, Hart, Nomos 2011) 912-989.

- Salinger A, 'The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods: What Is The Relevant Time Of Foreseeability In Article 25?' (2011) Sydney University Of Technology, 1-63.  
<https://www.uts.edu.au/sites/default/files/law-form-alysha-salinger.pdf> (Erişim Tarihi: 03.05.2022).
- Sarıkaya M, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali* (1st edn, Filiz Kitapevi 2007).
- Sayın C, *Viyana Satım Sözleşmesi'nde Satıcının Ayrıptan Doğan Sorumluluğu* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2020).
- Schlechtriem P, 'Interpretation, Gap-Filling and Further Development of the U.N. Sales Convention' (2004) 16 (2) Pace International Law Review 279-306  
(<https://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol16/iss2/2> (Erişim Tarihi: 14.02.2022) (n 429) (Interpretation).
- Schlechtriem P, 'Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG' (2005) 36 (4) Victoria University of Wellington Law Review 781–794. (Applicability of the CISG).
- Schlechtriem P, *Uniform Sales Law, The Un Convention on Contracts for the International Sale Of Goods*, (1st edn, Manz 1986) (Uniform Sales Law).
- Schlechtriem P and Butler A E, *UN Law on International Sales, The UN Convention on the International Sales of Goods* (1st edn, Springer 2009).



- Schmidt-Kessel M, 'Commentary on Art 8-9' in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)*, (1st eds, Oniki Levha 2015).
- Schroeter U G, 'Commentary on Art 25' Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)*, (1<sup>st</sup> edn, Oniki Levha 2015).
- Schwartz A, 'The Case for Specific Performance' (1979) 89 (2) The Yale Law Journal 271-306.
- Schwenzer I, 'Avoidance of The Contract in Case of Non-Conforming Goods' (2005) Journal Of Law and Commerce 25(6) 437-442 <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/schwenzer.pdf>(Erişim Tarihi 08.05.2021) (Avoidance).
- Schwenzer I, 'Commentary on Art 35-41' in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)*, (1st eds, Oniki Levha 2015) (Commentary 35-41).
- Schwenzer I, 'Commentary on Art 80' in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)*, (1st eds, Oniki Levha 2015) (Commentary 80).
- Schwenzer I, Fountoulakis C and Dimsey M, *International Sales Law, A Guide To CISG* (3rd edn, Hart 2019) (Sales Law).
- Schwenzer I and Hachem P, 'The CISG – Successes and Pitfalls' (2009) American Journal of Comparative Law 57(2) 457-478 (The CISG).

- Schwenzer I and Hachem P, 'Commentary on Art 1-7,10' in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)*, (1st eds, Oniki Levha 2015) (Commentary).
- Schwenzer I and Kee C, 'International Sales Law - The Actual Practice' (2011) 29(3) Penn St. International Law Review, 426-447 (Schwenzer/Kee (n 25) <http://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol29/iss3/4> (Erişim Tarihi: 02.05.2021).
- Sekreteryaya şerhi* Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods Prepared by the Secretariat ("Secretariat Commentary"), UN DOC. A/CONF. 97/5, United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980, Official Records [http://www.uncitral.org/pdf/a\\_conf.97\\_5-ocred.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/a_conf.97_5-ocred.pdf) (Çevrimiçi Erişim, 01.08.2021).
- Selanik A A, Bayram O and Talay Değirmenci I, 'Viyana Satım Antlaşması'nın (CISG) Tarihsel Gelişimi ve Uygulama Alanı' (2018) Gaziantep University Journal of Social Sciences 17 (4) 1353-1367.
- Serozan R, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, (8th edn, Oniki Levha 2022) (Genel Hükümler).
- Serozan R, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm* (4th edn, Oniki Levha 2019) (Özel Hükümler).
- Serozan R, 'CISG'a ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları' (2013) 70(2) İÜHFİM 207-220 (Dönmenin Sınırları).

- Serozan R, *Sözleşmeden Dönme* (2nd edn, Vedat 2007) (Dönme).
- Serozan R, ‘Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler’ (2000) İÜHFİM 58 (1,2) 231-248. (Alman İfa Engelleri).
- Serozan R, ‘Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Aşılmasında Giderek Önemi Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrehendo’ (1990) 15 (18) İÜMHAD 27-42 (İfa Engelleri Yetersizlikleri).
- Sert Canbolat S, *Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları* (1st edn, Vedat 2013).
- Sevinç A, *Uluslararası Ticari Terimler (INCOTERMS)* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2009).
- Sevon L, ‘Obligation of the Buyer under the Vienna Convention on the International Sale of Goods’ (1990) 126 Finnish Law Society 327-343.
- Singh L, ‘Caveat Emptor: Are Decisions more Favourable to the Seller on Matters Relating to the Letters of Credit?’ (2006) 2 Nordic Journal of Commercial Law 12-14, <https://journals.aau.dk/index.php/NJCL/article/view/3042/2566> (Erişim Tarihi 10.03.2022).
- Singh L and Leisinger B, ‘A Law for International Sale of Goods: A Reply to Michael Bridge’, (2008) 20 (161) Pace International Law Review 161-190, <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1054&context=pilr> (Erişim Tarihi 05.052002).

- Süral C, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri* (1st edn, Güncel 2008).
- Şamlı K Y, 'Borçlar Kanunu ve CISG çerçevesinde Hasarın İntikali' (2007) 65(1) İÜHF 303-350.
- Tarman, Z D, *Viyana Satım Anlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak* (1st edn, Beta 2015) (Uygulama Alanı).
- Tarman, Z D, 'Türk Satım Hukunda Yeni Bir Dönem: Viyana Satım Antlaşması'nın Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi' (2011) 4 (88) Güncel Hukuk Dergisi, 169-186 (Makale).
- Tandoğan H, *Özel Borç İlişkileri Cilt I/I* (6th edn, Vedat 2008).
- Tekinay S S, Akman S B, Burcuoğlu H and Altop A H, *Borçlar Hukuku - Genel Hükümler* (7th edn, Filiz 1993).
- Tiryakioğlu B, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, (1st edn, AÜHFY 1996).
- Toker A G, *11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, (1 st edn, Seçkin 2005) (Uygulama Alanı) .
- Toker A G, 'CISG'te Sözleşmenin Esaslı İhlali (md 25): Esaslı İhlalin TBK'da Yer Alan Sözleşmeye Aykırılık Türleri İle Karşılaştırması' in Sinan Okur (eds) *Milletlerarası Mal Satım Hukuku* (1st edn, Adalet 2016) 127-171 (CISG ve TBK).

- Toker, A G, 'Vienna Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali' (2013) 33(1) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 213 - 250 (Esaslı İhlal).
- Troiano S, 'The CISG's Impact on EU Legislation' in Ferrari Franco (eds) *The CISG and its Impact on National Legal Systems* (Sellier 2008) 223.
- Tütüncübaşı U, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Sözleşmesi- CISG' in Işıl Özkan, Ceyda Süral Efeçinar, Bengül Kavlak (eds) *Yeni Lex Mercatoria ve Kaynakları* (OnikiLevha 2021) 123.
- UNCITRAL, UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2016) Vienna 113 114, [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) Erişim Tarihi: 20.04.2021 (Uncitral Digest).
- UNCITRAL, 'Yearbook 6: 1975', (1976) New York, United Nations (n 297) [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/yb\\_1975\\_e.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/yb_1975_e.pdf) (Erişim Tarihi 08.05.2022).
- UNCITRAL, 'Yearbook 7, 1976' (1977) New York United Nations 89 - 96. <https://uncitral.un.org/en/library/publications/yearbooks> (Erişim Tarihi 08.02.2022).
- UNCITRAL, 'Yearbook 8 (1977)' (1978) New York, United Nations, 31, 32 <https://uncitral.un.org/en/library/publications/yearbooks> (Erişim Tarihi 08.02.2022).

- UNCITRAL, 'Year Book 9 (1978)' (1979), New York, United Nations, 14 -  
21 <https://uncitral.un.org/en/library/publications/yearbooks> (Erişim Tarihi 08.02.2022).
- Ulus A E, *Milletlerarası Mal Satımına ilişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçları Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi* (1st edn, Beta 2011)
- Vuuren V and Janse E, 'Termination of International Commercial Contracts for Breach of Contract: The Provisions of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts' (1998) 15 (2) *Arizona Journal of International and Comparative Law* 583-634.
- Welser R and Welser I, 'Legal Remedies in Breach of Contract by the Seller under CISG' (2006) 5(1,2) *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 125-143
- Widmer L, 'Commentary on Art 30-34' in Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer (eds), *Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)*, (1st edn, Oniki Levha 2015)
- William P J, 'Understanding the Exclusion of the CISG: A new Paradigm of Determining Party Intent' (2011) 59(1) *Buffalo Law Review* 213-223,  
<https://digitalcommons.law.buffalo.edu/buffalolawreview/vol59/iss1/5>, Erişim Tarihi: 15.05.2021

- Will M, 'Article 45-52' in Bianca C M and Bonell M J (eds), *Commentary On The Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, (Giuffrè, 1987) 329-382 <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/willbb25.html>, Erişim Tarihi:23.11.2021. (Article 45-52)
- Will M, 'Article 25' in Bianca C M and Bonell M J (eds), *Commentary On The Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention* (Giuffrè, 1987) 205-221. (Article 25)
- Witz C, 'Articles 53-65' in Ferrari F, Fletcher H and Brand R A (eds), *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention* (Sellier European Law Publishers 2004) 725-752.
- Yalçıntaş S, 'Vienna Satım Sözleşmesinin Kapsamı ve Sözleşme İle Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler' (2011) 27 (3) *Batider* 281-308.
- Yavuz C, *Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler* (16th edn, Beta 2019) (Özel Hükümler).
- Yavuz C, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, (1st edn, Beta 1989) (Satıcının Sorumluluğu).
- Yelkenci I, *CISG uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*, (1st edn, OnikiLevha 2014) (Dönme).
- Yelkenci I, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali' (Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan) (1st edn, Filiz 2013) 1333-1372 (Esaslı İhlal).

- Yılmaz S, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları* (1st edn, Yetkin 2013) (CISG)
- Yılmaz S, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Çerçevesinde Hasarın İntikali' (2014) 9 (100) THD, 135-145 (Hasar İntikali).
- Yovel J, 'The Seller's Right to Avoid the Contract in International Sales' in John Felemegas (eds), *An International Approach to the Interpretation of the United Convention on Contracts for the Ineternational Sales of Goods* (Cambridge University Press 2007) 380-396.
- Yücedağ N, *Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değişirme Hakkı* (1st edn, Oniki Levha 2018).
- Viscasillas P P, 'Article 7,9,11,13' in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contract for The International Sale of Goods: Commentary*, (C. H. Beck, Hart, Nomos 2011).
- Zeller B, 'Fundamental Breach and the CISG - A Unique Treatment or Failed Experiment?'" (2004) 8(1) Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration 81-94 (Fundamental Breach) .
- Zeller B, *CISG and the Unification of International Trade Law* (1st edn, Routledge-Cavendish 2007) (Unification).



Zeytin Z, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku* (2 nd edn, Seçkin 2015) (CISG).

Zeytin Z, 'Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasının Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme' (2008) 24 (3) BATIDER 217-264 (BATIDER)

Zeytin Z, 'Milletlerlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Sözleşmenin Esaslı İhlali', (2014) 9(100) Terazı Hukuk Dergisi 642-654 (Esaslı İhlal).

Zevkliler A and Gökyayla E, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* (21st edn Vedat 2021).

Ziegel, J S, 'The Remedial Provisions in the Vienna Convention: Some Common Law Perspectives' in Nina M. Galston, Hans Smit and Mathew Bender (eds), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Mathew Bander, 1984) 1-47 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ziegel6.html>,> (Erişim Tarihi: 31.01.2022).

Zuppi L A, 'Article 8' in Stefan Kröll, Loukas Mistelis and Pilar Perales Viscasillas (eds), *UN Convention on Contract for The International Sale of Goods: Commentary* (C. H. Beck, Hart, Nomos 2011) 142-153.

# ÖZGEÇMİŞ

**Beyhan KAPLAN GÜLER**

## **Eğitim Durumu**

**Lisans Öğrenimi:** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2006)

**Yüksek Lisans Öğrenimi:** Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Özel Hukuk (2014)  
Beykent Üniversitesi- Klinik Psikoloji (2016)

**Yurtdışı Araştırma:** Viadrina Universitat- Frankfurt Am Oder (2008)  
Max Plankt Ensitute- München (2022)

**Bildiği Yabancı Diller:** İngilizce, Almanca (B1)

## **Basılı Kitaplar:**

Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk- 2014 Sümer Kitapevi

## **İş Deneyimi:**

**Kaplan & Guler Law Firm: Partner/Owner - Lawyer – Mediator, 2009 – 2019**  
**Istanbul/Antalya**

Legal and Compliance service for National/International clients mainly in the area of Labor law, Commercial, Banking, Enforcement law, IP & IT Law, Civil Law, including all litigation processes on the courts and governmental offices.

**Marmara University Training Center- Mediation Lecturer, 2017 – 2019**

**Istanbul Ticaret University Training Center-Mediation Lecturer, 2017 – 2019**

**Kadir Has University Training Center-Mediation Lecturer, 2017 - 2019**

**Istanbul University Training Center-Mediation and Compromissory Lecturer, 2015 – 2019**

Acted as Mediation/Compromissory Lecturer in basic topics of mediation, additionally focused on family mediation, negotiations in mediation, effective communication skills, ethics in mediation, managing of meetings in mediation/ compromissory, history of mediation, body language.

**Akev University- Research Assistant, 2017 – 2019, Antalya, Turkey**

Acted as lecturer in Justice High School & Faculty of Science and Letters, mainly gave lectures regarding Ethics, Compliance, Introduction to law, Communication and Negotiations skills.

**Akinci Law Firm**

Trainee Lawyer, 2007 – 2009