

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN
SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ
MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG)
ÇERÇEVESİNDE AYIPLI İFA SEBEBİYLE
ALICININ TAZMİNAT HAKKI

Kamil MEHDİYEV

2501151514

Danışman

Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER

İstanbul, 2019



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : KAMIL MEHDİYEV Numarası : 2501151514
Anabilim Dalı /
Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF.DR. BİLGEHAN ÇETİNER
Tez Savunma Tarihi : 13.09.2019 Saati : 11.00
Tez Başlığı : MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ
MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG) ÇERÇEVESİNDE AYIPLI İFA SEBEBİYLE ALICININ
TAZMİNAT HAKKI

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış,
sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin **KABULÜNE** OYBİRLİĞİ / **YÜKSEKLİĞİNE** karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF. DR. BİLGEHAN ÇETİNER		Kabul
2- PROF. DR. ZAFER ZEYİN		KABUL
3- DR. ÖĞR. ÜYESİ CANSU KAYA KIZILIRMAK		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- DOÇ.DR. MESUT SERDAR ÇETİN		
2- DR. ÖĞR. ÜYESİ MUSTAFA CAHİT GÜNEL		

Versiyon: 1.0.0.2-61559050-302.14.06

ÖZ

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Alıcının Ayıptan Doğan Tazminat Hakkı

Kamil Mehdiyev

Çalışmamızda Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Alıcının Ayıptan Doğan Tazminat Hakkı konusu incelenmiştir. Bu doğrultuda çalışmanın ilk bölümünde Antlaşma çerçevesinde ayıp kavramı, malların sözleşmeye uygunluğunu düzenleyen madde 35 detaylı olarak ele alınmıştır. Akabinde alıcının malların sözleşmeye uygun olmadığına dayanabilmesi için gerekli olan muayene ve bildirim yükümlülüklerine değinilmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise madde 74 bağlamında tazminat hakkına, ilgili maddenin haiz olduğu genel prensiplere ve mahkeme kararları ışığında en sık gündeme gelen zarar türlerine değinilmiştir. Akabinde zararların hesaplanması başlığı altında, özellikle Antlaşma çerçevesinde kabul edilen somut ve soyut hesaplama metotlarına ve genel olarak karşılaşılabilecek diğer hesaplama yöntemlerine yer verilmiştir. Ve son olarak bu bölüm bağlamında ispat yükümlülüğüne ve tazminat hakkının diğer seçimlik haklar ile ilişkisi ele alınmıştır.

Üçüncü ve son bölümde ise Antlaşma çerçevesinde zararların nasıl sınırlanacağına değinilmiş ve bu bağlamda nedensellik bağı, öngörülebilirlik kuralı ve zararların azaltılması külfeti detaylı olarak ele alınmıştır. Son olarak ise satıcının hangi durumlarda sorumluluktan kurtulacağı ile ilgili açıklamalar yapılmıştır.

Antlaşmanın milletlerarası kimliği ve amaçlanan yeknesak uygulamanın sağlanması amacı dikkate alınarak, çalışma boyunca milletlerarası doktrindeki çalışmalardan, çeşitli yabancı mahkeme ve tahkim kurulları tarafından verilen kararlardan faydalanılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Viyana Satım Sözleşmesi, CISG, Ayıptan dolayı tazminat hakkı, Tazminatın sınırlandırılması, CISG md.35.

ABSTRACT

Buyer's Right Of Damages Due To Defective Delivery Under The Scope Of United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods (CISG)

Kamil Mehdiyev

In this thesis, Buyer's Right Of Damages Due To Defective Delivery Under The Scope Of United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods (CISG) has been studied/examined. In the first chapter of this work, the notion of defect and the article 35 which regulates the conformity of the goods has been discussed in detail. Subsequently obligations to examine the goods and to notify for the defects, that allows the buyer to rely on the lack of conformity has been scrutinised.

The second chapter of this work concentrates on right of damages in the sense of article 74. In this regard, the general principles that are prevailed in the related article and the most frequently encountered types of losses in the light of the court decisions has been included. Then under the topic of calculation of damages, the detailed information is provided in respect to the general methods of calculation of the goods, especially "concrete" and "abstract" methods of calculation that've been adopted in the Convention. The matters related with the burden of proof and the relation between the right for damages and the other cures that are regulated in the CISG has been referred in the last part of these chapter.

In the third and last part of the thesis, the general information is supplied as regards to the question of limitation of damages. In this respect causation, the rule of foreseeability and mitigation rule has been analysed extensively.

Due to consideration of the international character of the Convention and the purpose to promote uniformity in its application, articles and studies of the international scholars and various court and arbitral decisions has been used throughout the thesis.

Keywords: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG, Right of damages due to defective delivery, Limitations of damages, CISG Article 35

ÖNSÖZ

Bu tez çalışmasında, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) çerçevesinde alıcının ayıptan doğan tazminat hakkı konusu irdelenmiştir. Öncelikle hem tez konusunun seçiminde hem de yazım sürecinde yardımlarını benden asla esirgemeyen değerli hocam Sayın Prof. Dr. Bilgehan Çetiner’e teşekkürü bir borç bilirim.

Bu süreçte tüm zorlukları benimle göğüsleyen, her daim yanımda olan aileme ve değerli arkadaşım Av. Mustafa Gürbüz’e ayrıca teşekkürlerimi sunarım.

KAMİL MEHDİYEV

İSTANBUL, 2019

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	III
ABSTRACT	IV
ÖNSÖZ.....	V
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR LİSTESİ.....	XII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AYIPLI İFA NEDENİYLE SATICININ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

I.CISG Çerçevesinde Ayıplı İfa	4
A. Genel olarak madde 35	5
B. Madde 35 Çerçevesinde Malların Sözleşmeye Uygunluğu	6
1. Sözleşme ile Kararlaştırılan Miktar	7
2.Sözleşme ile Kararlaştırılan Kalite	8
3. Sözleşme ile Kararlaştırılan Tür.....	9
4. Paketleme	11
C.Madde 35/2’de Belirtilen Standartlara Uygunluk	12
1. Mutat Kullanım Amacına Uygunluk.....	12
a. Ortalama ve Makul Kalite	13
b. İlgili Standartlar Bakımından Satıcı ve Alıcının Yerleşim Yerleri	19
2.Satıcıya Bildirilen Özel Kullanım Amacına Uygunluk	23
a. Genel Olarak	23
b. Satıcının Bilgisine ve Değerlendirilmesine Dayanılan Durumlar	26
3. Sunulan Örnek veya Modele Uygunluk.....	28
4. Mutat ve Uygun Paketleme.....	33
a. Mutat Sayılan Şekilde Paketleme	34
b. Malların Muhafazası ve Korunmasına Uygun Olan Şekilde Paketleme .	35
D. Madde 35/1 ile 35/2 Arasındaki İlişki	35
E. Mallardaki Önemsiz Farklılıklar	38

F. Sorumluluğun Kalkması (35/3)	38
1. Mallardaki Ayıba İlişkin Gerçek veya İsnat Edilecek Bilgi	40
2. Mallardaki Ayıbın Sonradan Öğrenilmesi	41
G. CISG Madde 35 Çerçevesinde İspat Külfeti.....	43
H. Maldaki Ayıbın Tespiti Bakımından Uygun Zaman (Madde 36).....	45
1. Genel Kural	45
2. Hasarın Alıcıya Geçmesinin Ardından Mallarda Meydana Gelen Ayıplar	46
I. Satıcının Teslim Tarihinden Önceki Onarım Hakkı.....	47
II. Mallardaki Ayıp ile İlgili Olarak Muayene ve Bildirim Yükümlülüğü	48
A. Malların Muayenesi	48
1. Muayenenin Şekli/Yöntemi	49
2. Bildirim İçin Süre Sınırı.....	50
3. Sürenin Başlaması	51
4. Muayene İçin Yapılan Masraflar	53
B. Ayıbın Bildirilmesi.....	53
1. Bildirimin Şekli ve İçeriği.....	54
2. Bildirim İçin Süre Sınırı.....	55
a. Sürenin Başlama Anı	55
b. Makul Süre	56
3. Madde 39/2’de Düzenlenen Zamanaşımı Süresi.....	57
4. Bildirim Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları	58
C. Bildirim Yükümlülüğünün İstisnaları	59
1. Sözleşmeye aykırılığın satıcı tarafından bilindiği haller.....	59
2. Alıcının Makul Özrü	59

İKİNCİ BÖLÜM

TAZMİNAT TALEP HAKKI

I. Ayıplı İfa Sebebiyle Alıcının Hakları	62
II. Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı.....	63
III. Tazminatın Belirlenmesi CISG Madde 74	63
IV. Tazmin Edilebilecek Zararlar	68
A. Ayıp Sebebiyle Meydana Gelen Değer Kaybı.....	68
B. Ayıplı İfa Sebebiyle Katlanılan Masraflar	68

C. İhlal Sebebiyle Katlanılan Diğer Zararlar	70
D. Ticari İtibarın Sarsılması Neticesinde Meydana Gelen Zararlar	71
E. Mahrum Kalınan Kar.....	73
F. İşlem Hacmi Zararları (Loss of Volume)	74
G. Kaçırılan Fırsatlar (Loss of Chance).....	76
H. İlerideki Zararlar	78
I. Mallardaki Ayıplar Sebebiyle Katlanılan Diğer Zararlar	78
1. Ölüm ve Yaralanmalar	78
2. Yargılama Giderleri ve Vekaletname Ücreti.....	79
3. Manevi Tazminat	82
V. Zararın Hesaplanması.....	82
A. Genel Olarak	82
B. Sözleşmeden Dönme Durumunda Hesaplama	83
1. Somut Hesaplama (madde 75)	83
a. Ön Şartlar.....	84
(1). Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması	84
(2). İkame İşlem.....	84
(3). İkame İşlemin Makul Bir Şekilde Yapılması.....	88
(4). İkame İşlemin Makul Sürede Yapılması.....	90
2. Soyut Hesaplama Metodu	93
a. Genel Olarak.....	93
b. Şartları	94
C. Sözleşmeye Uygun Olmayan İfa Halinde Zararın Hesaplanması.....	99
D. Özel Hesaplama Metotları	100
1. Alıcının Malları Yeniden Satması.....	100
2. Zarar Gören Tarafça Yapılan İyileştirme Masrafları	101
3. Değer Kaybı	102
E. Ayıplı İfa Hallerinde Bazı Özel Durumlar	104
F. Mahrum Kalınan Kar	106
G. Özel Hallerde Zararların Hesaplanması	109
1. Kaçırılan Fırsatlar.....	109

2. Ticari İtibarın Sarsılması Sebebiyle Meydana Gelen Zararların Hesaplanması	110
H. Tazminatın Para Birimi	113
I. İspat Külfeti ve İspat Standardı	116
1. İspat Yükümlülüğü	116
2. Makul Kesinlik Standardı	117
VI. Tazminat Hakkının Diğer Seçimlik Haklar ile İlişkisi	119
A. Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması ile tazminat talebi	121
B. Semende İndirim ile tazminat talebi	121
C. İhlal Eden Tarafın Onarım Hakkı ve Tazminat Talebi	122

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SATICININ SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI VE TAZMİNAT SORUMLULUĞUNDAN KURTULMA

I. Sorumluluğun Sınırlandırılması	125
A. Nedensellik	125
1. Çoklu Yeterli Nedensellik	127
2. Zarar Gören Tarafın Zarara Katkısı/İştiraki	128
B. Öngörülebilirlik	130
1. Neyin Öngörülmesi Gerektiği Meselesi	135
2. Hangi Anın Dikkate Alınması Gerektiği Meselesi	137
3. İspat Külfeti	137
C. Zararı Azaltma Külfeti	138
1. Genel olarak	138
2. Kapsamı	138
3. Makul Önlemler	138
4. Özel Bazı Hususlar	141
5. İspat Külfeti	142
D. Sorumluluktan Kurtulma	143
1. Madde 79 Uyarınca Muafiyet	143
a. Satıcının Denetimi Dışında Kalan Bir Engel	143
b. Engelin Öngörülemez Olması	146

c. Engelin ve Sonuçlarının Kaçınılmazlığı.....	146
d. İlliyet bağı.....	146
e. Engel.....	147
f. Üçüncü Kişilerin Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluk.....	148
g. Geçici İfa Engelleri.....	149
h. Alıcıyı Bilgilendirme Görevi.....	149
i. Hukuki Sonuç.....	150
2. Madde 80 Uyarınca Sorumluluktan Kurtulma.....	150
SONUÇ.....	153
KAYNAKÇA	158

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AC	: Advisory Council
A.e.	: aynı eser
A.g.e.	: adı geçen eser
Art	: Article
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz.	: bakınız
C.	: cilt
CIETAC	: The China International Economic and Trade Arbitration Commission
CIF	: Cost, Insurance & Freight
CISG	: United Nations Convention on International Sale of Goods
çev.	: çeviren
DLG	: German Agricultural Society
dn.	: dipnot
Ed.	: editor
FOB	: Free on Board
GH	: Gerichtshof
ICC	: International Chamber of Commerce
INCOTERMS	: International Commercial Terms
LG	: Landgericht
m.	: madde

OLG	: Oberlandesgericht
Para.	: paragraf
PECL	: Principles of European Contract Law
s.	: sayfa
S.	: Sayı
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
ZPO	: Zivilprozessordnung

GİRİŞ

Bu çalışmanın konusunu “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nda (CISG) Çerçevesinde Ayıplı İfa Sebebiyle Alıcının Tazminat Hakkı” oluşturmaktadır.

Son 30 yıl içerisinde uluslararası ticaretin gelişmesinin sebeplerinden biri ve belki de en önemlisi, uluslararası ticari ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarının harmanlanması çalışmalarıdır.

CISG, uluslararası ticari ilişkileri düzenlemeyi hedefleyen ilk milletlerarası sözleşme olmasa da, önceki ULİS¹ ve ULF²’ye kıyasla daha başarılı olduğu rahatlıkla söylenebilir. Zira an itibarıyla CISG, Türkiye de dahil 89 ülke tarafından imzalanmıştır.

CISG hükümlerine bakıldığı zaman, Antlaşmanın kazuistik olmaktan ziyade daha genel kurallar ihtiva ettiğini görmekteyiz. Aslında, Antlaşmanın bu kadar başarılı olmasının sebeplerinden birisi de bu minimalist yapısıdır. Gerçekten de farklı hukuk sistemlerine sahip 80’den fazla ülkenin Antlaşmayı imzalaması başka türlü mümkün olmayacaktır. Her ne kadar CISG çerçevesinde düzenlenen bazı maddeler hem *common law*, hem de *civil law* sistemlerinden yola çıkılarak hazırlanmış ise de, hedeflenen yeknesak uygulamanın sağlanabilmesi için, tüm diğer uluslararası sözleşmeler gibi özerk bir biçimde (otonom) yorumlanmalıdır.

Antlaşma çerçevesinde gerek akademisyenler, gerekse de mahkemeler tarafından en çok ele alınan hükümlerden biri, malların sözleşmeye uygunluğunu düzenleyen madde 35’dir. Bu madde aynı zamanda Antlaşmanın en başarılı maddelerinden biri olarak nitelendirilmektedir. Mal satımının söz konusu olduğu ticari ilişkilerde, malların ayıplı çıkması tabi ki uygulamada sık rastlanan durumlardan olacaktır. Bu ayıplı ifa sonucu da alıcının birtakım zararları ve dolayısıyla da bu zararlar

¹ Convention relating a Uniform Law on the International Sale of Goods, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html> (çevrimiçi 02/07/19).

² Convention relating a Uniform Law on the Formation of Contracts fort he International Sale of Goods (1964), <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulf.html> (çevrimiçi 02/07/19).

bakımından tazminat hakkı gündeme gelecektir. Tazminat hakkı ise, CISG madde 74 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. CISG madde 74, Antlaşmanın genel yapısına uygun olarak genel bir hüküm ihtiva etmekte ve bu çerçevede bazı prensiplerin de benimsendiği görülmektedir. Bu hüküm zarar gören tarafı, sözleşmeyi ihlal eden tarafın yükümlülüklerini yerine getirmiş olsaydı bulunacağı duruma azami şekilde yaklaştırma amacı taşımaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, CISG ancak ihlal sebebiyle oluşan zararların parasal karşılığının tazminat olarak ödenebileceğini kabul etmiştir. Bunun sonucu olarak, zarar ve tazminatın parasal karşılığının hesaplanması da Antlaşma çerçevesinde ele alınmış ve genel madde olan 74'ün yanı sıra bazı özel hesaplama metotlarına da yer verilmiştir (madde 75 ve 76). Yine zarar ve tazminatın hesaplanması bakımından, bu zararların nasıl sınırlandırılacağı ve yine tazminat yükümlülüğünden hangi durumlarda kurtulunabileceği de Antlaşma çerçevesinde düzenlenen hususlardandır.

Bu doğrultuda, ilk bölümde CISG madde 35 çerçevesinde ayıplı ifanın ne anlama geleceği, maddenin her bir fıkrası ve bendi ayrı ayrı incelenerek açıklanmaya çalışılacaktır. Bu bağlamda, öncelikle malların taraflar arasında tanzim edilen sözleşmeye uygunluğundan, daha sonra ise madde 35/2 çerçevesinde hangi durumlarda malların sözleşmeye uygun sayılacağı irdelenecektir. Akabinde, malların ne zaman ve ne şekilde muayene edilmesi gerektiğine ve ayıbın tespit edilmesi halinde, yine bu ayıp bildirimin hangi süre zarfında ve ne şekilde yapılması gerektiğine de değinilecektir.

İkinci bölümde ise, ayıplı ifa nedeniyle alıcının tazminat hakkına değinilecektir. Bu bağlamda, CISG madde 74 çerçevesinde; genel olarak hangi zararların tazmin edilebilir olduğuna, başta soyut ve somut yöntem olmak üzere zarar ve tazminatın hesaplanması metodlarına, ispat sorununa ve son olarak da tazminat hakkının diğer seçimlik haklar ile ilişkisine değinilecektir.

Aşağıda da değineceğimiz üzere, CISG çerçevesinde “kusur” müessesesi kabul edilmediğinden, son bölümde ise tazminat yükümlülüğünün hangi “standartlar” ile sınırlandırıldığı üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda sırasıyla; zarar ile ihlal arasındaki nedensellik bağına, zararların öngörülebilirliği müessesine ve zararların

azaltılması külfetine değinilecektir. Son olarak ise, sorumluluktan kurtulma hallerinden CISG madde 79 ve 80.maddeler irdelenecektir.



BİRİNCİ BÖLÜM

AYIPLI İFA NEDENİYLE SATICININ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

I.CISG Çerçevesinde Ayıplı İfa

CISG metninde ayıplı ifa kavramına (defective delivery) rastlamak mümkün değildir. Bunun yerine Antlaşmanın 35.maddesinde, “malın sözleşmeye uygun olmaması” (lack of conformity) şeklindeki yeknesak kavram kabul edilmiştir. Buna göre tarafların anlaştıkları ile satıcı tarafından teslim edilen mallar arasındaki herhangi bir farklılık sözleşmeye uygun olmayan ifa anlamına gelecektir. Bu kavram, sadece malların kalitesindeki farklılıklar ile ilgili olmayıp, miktara ilişkin farklılıkları, *aliud* ifa hallerini ve paketlemeye ilişkin ayıpları da kapsamaktadır. Aslında bu tür bir yaklaşımın, uluslararası ticaret ile uğraşan tacirlerin ihtiyaçlarına daha uygun olacağı kabul edilmektedir.³

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde mevcut olan birçok ayırım Antlaşma çerçevesinde dikkate alınmamaktadır. (gizli ayıp, eksik ifa-ayıplı ifa vs.)⁴ Dolayısıyla CISG çerçevesinde görülen bir davada teslim edilen malların sözleşmeye uygun olup olmadığı tespit edilirken, yerel hukuk sistemlerinde mevcut kavramlardan faydalanılmamalı ve Antlaşmanın 7.maddesi dikkate alınarak “sözleşmeye uygunluk” kavramı yorumlanmalıdır. Antlaşmanın milletlerarası niteliği ve yeknesak

³ Villy De Luca, “The Conformity of Goods to the Contract in International Sales”, 27 Pace Int’l L. Rev. 163, (2015), 163-257, s.176, (çevrimiçi 25/08/2019).

<https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1350&context=pilr>

⁴ Yeşim Atamer, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları** (bundan böyle Satıcının Yükümlülükleri diye anılacaktır), Beta Basım A.Ş., İstanbul 2005, s.184; Yerel hukuk sistemlerinde kabul edilen farklı yanaşmalar için bkz. Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Satım Sözleşmesi) Şerhi**, editörler: Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy, çeviren:Dila Okyar, Birinci Bası, On İki Levha Yayıncılık, Md.35, para.4; John Honnold, **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**, 3.ed., The Hague: Kluwer Law International, 1999, s.252, para.222; Mükerrerem Onur Başar, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Edilmesi Yükümlülüğü ve bu Yükümlülüğün İhlalinde Ötrü Alıcının Hakları**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2018, s.54.

uygulanmasının teşviki göz ardı edilmemelidir. Zira aksi halde her bir hakim kendi ulusal hukuk sistemindeki kavramı dikkate alacak ve neticede aynı madde farklı mahkemeler tarafından farklı bir şekilde ele alınmış olacaktır. Bu ise Antlaşma çerçevesinde güdülen yeknesak uygulamanın sağlanması amacına aykırı olacaktır.

A. Genel olarak madde 35

Madde 35 malların ne zaman sözleşmeye uygun sayılacağını düzenlemektedir. Bu doğrultuda maddenin birinci fıkrası malların taraflar arasındaki sözleşmeye uygunluğunu irdelemektedir. Buna göre; *“satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek zorundadır.”* Maddenin ikinci fıkrası ise zımni uygunluk hallerini düzenlemektedir. Yani taraflar arasında malların durumuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı hallerde madde 35/2, malların sözleşmeye uygun olarak nitelendirilebilmesi için bazı şartları karşılaması gerektiğini düzenlemektedir. Son olarak maddenin üçüncü fıkrası ise, satıcının hangi hallerde sorumlu olmayacağını belirtmektedir.

Esasen CISG madde 35 büyük ölçüde ULIS madde 33⁵’e karşılık gelmektedir. Ancak iki hüküm arasında bazı farklılıklar da mevcuttur. En önemli farklılık; ULIS madde 33’e göre sözleşmeye uygun olmayan ifa, teslim yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilmekte iken, CISG’de bu durumun teslim yükümlülüğüne herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Madde 35’e göre sözleşmeye uygun olmayan malların teslimi halinde alıcı, CISG madde 45 vd. maddelerde düzenlenmiş olan hukuki imkânlarla başvurma imkânına sahiptir.⁶ Bir diğer farklılık maddenin yapısı ile ilgilidir. ULIS madde 33, hangi durumlarda malların sözleşmeye uygun olmayacağını düzenlemiştir. Oysa madde 35, aksi bir yol izleyerek, malların sözleşmeye uygun olması için hangi şartların karşılanması gerektiği üzerinde durmaktadır. Bir diğer farklılık ise sorumluluktan kurtulma ile ilgilidir. ULIS bu hususu ayrıca madde 36’da düzenlemekte iken, CISG aynı madde çerçevesinde ele almıştır. Üstelik ULIS madde 36’dan farklı olarak CISG madde 35/3, sorumluluktan kurtulma hallerinden, örnek veya model sunulması durumlarına da şamil olmaktadır.

⁵ ULIS metin için bkz. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html> (çevrimiçi 25/12/18).

⁶ Swenzer in Schlechtriem, Swenzer, a.g.e., md.35, para.2.

ULIS maddde 33/2'ye göre, mallarda yer alan önemsiz sözleşmeye aykırılıkların satıcının sorumluluğunu doğurmayacağı yönündeki hüküm, CISG çerçevesinde kabul edilmemiştir. Son olarak ise, CISG madde 35/2'nin (d) bendinde düzenlenen ve malların mutlak bir şekilde paketlenmesi gerekliliğini ihtiva eden hükmü ULIS'te yer almamaktadır.

B. Madde 35 Çerçevesinde Malların Sözleşmeye Uygunluğu

Yukarıda da belirtildiği üzere madde 35, malların taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olması gerektiğinden bahsetmektedir. CISG madde 6'da da belirtildiği üzere taraflar, Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilir. Yani CISG çerçevesinde tarafların iradesinin üstünlüğü prensibi hâkimdir. Bu bakımdan Madde 35/1 gereği malları sözleşmeye uygun olarak teslim etme borcu altında olan satıcı, bu yükümlülüğünü malları sözleşmede belirtilen miktar, kalite, tür ve paketleme şartlarına uygun olarak teslim ettiği zaman yerine getirmiş sayılacaktır.

ULIS ilgili madde 33, satıcının teslim yükümlülüğüne aykırı davrandığı hallere yer verirken; CISG, teslim yükümlülüğünün içeriğini pozitif anlamda ele almaktadır. Madde 35/1 satıcının taraflar arasındaki sözleşme çerçevesindeki teslim yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için hangi standartlara uyması gerektiğini düzenlemektedir.

Sekretarya Şerhine⁷ göre, malların uygunluğu hususunda esas alınacak öncelikli kaynak taraflar arasındaki sözleşmedir. Gerçekten de madde 35, uygunluk hususunda objektif kriter uygulamamakta ve aksine birçok yerel hukuk sistemi gibi “sübjektif” ayıp anlayışını benimsemektedir.⁸ Mallar soyut ve objektif olarak belirlenecek standartlara göre değil de, sözleşmede özel olarak belirtilen kriterlere uygun olduğunda, madde 35 çerçevesinde sözleşmeye uygun olarak teslim edildikleri kabul edilecektir.

⁷ Sekretarya Şerhi, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Sekretariat, UN DOC .A/CONF.97/5, commentary on article 33 of the 1978 Draft Art.35 para.4, <http://www.cisg-online.ch/index.cfm?pageID=644> (çevrimiçi 18/04/2019).

⁸ De Luca, a.g.e., s.184.

Satıcının sadece açıkça belirtilen hususlardan değil fakat zımni olarak kabul edilen sözleşmesel yükümlülüklerden de sorumlu olması gerekmektedir. Bu zımni yükümlülükler örneğin taraflar arasındaki alışkanlıklardan kaynaklanabileceği gibi, ilgili ticari kolda yaygın olarak bilinen ticari teamül ve adetlerden de kaynaklanabilir.

Satıcı için bağlayıcı olan zımni uygunluk yükümlülükleri ile, tarafların sözleşme öncesindeki müzakereler esnasında yapılan beyanlarını karıştırmamak gerekir. Sözleşmenin dışında bırakılan hususlar, tarafların yükümlülüklerinin esasını teşkil edemez; ancak, doğrudan bağlayıcı olmasa bile sözleşme öncesi yapılan müzakereler, sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınabilir. Şöyle ki; CISG madde 8/3'de, taraflardan birinin iradesinin veya makul kişi anlayışının tespitinde, taraflar arasındaki sözleşme görüşmelerinin de dikkate alınması gerektiği düzenlenmektedir.

1. Sözleşme ile Kararlaştırılan Miktar

Satıcı sözleşmede belirtilen miktara uygun olarak malları alıcıya teslim etmek zorundadır, aksi takdirde sözleşmenin ihlali söz konusu olur.

Genel kural olarak satıcı, sözleşmede belirtilen miktarda malı tamı tamına teslim etmek zorundadır. Önemli olup olmadığına bakılmaksızın herhangi bir eksiklik; alıcıya, malların sözleşmeye uygun olmaması sebebiyle tanınan hakları kullanmaya uygun bir zemin yaratmaktadır.

Madde 35, sözleşmede belirlenen mal miktarından daha az veya daha fazla mal teslim edilme durumlarını birbirinden ayırmamaktadır.⁹ Her iki durum da CISG madde 35/1 çerçevesinde ihlal teşkil edecektir. Değişen husus, alıcıya tanınan hukuki çareler bakımından söz konusu olacaktır. Kararlaştırıldan daha az teslim durumunda CISG madde 51 gündeme gelecektir. Bu maddeye dayanarak alıcı; teslim edilmeyen kısmın teslimi için ilave süre tanıyabilir, sözleşmeye uygun olmayan malları kabul edip bedelde indirim talep edebilir, teslim edilmeyen kısım için sözleşmeyi ortadan kaldırabilir¹⁰ ve eğer kısmi ifa etmeme sözleşmenin esaslı ihlalini

⁹ Zafer Zeytin, **Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku- CISG- Incoterms**, 3.bası, Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., Ocak 2019 Ankara, s.163.

¹⁰ Secretariat Commentary on article 47 of the 1978 Draft (draft counterpart of CISG article 51), para.2, <http://CISG.law.pace.edu/CISG/text/secomm-51.html> Bu kuralın kabulü bir gereklilik teşkil etmektedir, keza bazı yerel hukuk sistemleri sözleşmenin bir kısmının iptal edilebileceğini kabul

teşkil ediyorsa tüm sözleşmeyi ortadan kaldırabilir. Her halükârda, satıcı kısmi ifa dolayısıyla kaynaklanan zararları tazmin ile mükelleftir.¹¹

Sözleşmede kararlaştırılan miktardan daha fazla malın teslim edildiği durumlarda madde 52 devreye girecektir. Buna göre alıcı isterse malları kabul eder, isterse de reddedebilir. Her ne kadar maddede açıkça belirtilmemişse de, eğer alıcı ilave malları reddedemiyorsa (örn. İlave sunulan mal ayrılamıyorsa) ve ilave teslim sözleşmenin esaslı ihlalini teşkil ediyorsa, alıcı sözleşmeyi ortadan kaldırabilir.

Ancak bazı ticaret sektörlerinde, malların miktarına ilişkin önemsiz sayılan farklılıklara müsaade edilebilmektedir. Bu hallerde, miktardaki önemsiz farklılıklar sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilmemelidir.¹² Bazı durumlarda malın miktarı “aşağı yukarı”, “daha az olmayacak şekilde” veya “yaklaşık” ibareleri kullanarak tespit edilebilir. Bu durumlarda, satıcının muayyen bir serbestliği olduğu söylenebilir.¹³

2.Sözleşme ile Kararlaştırılan Kalite

Kabul edildiği üzere madde 35’te belirtilen “kalite” ifadesi geniş olarak algılanmalı ve sadece fiziki özellikler bakımından dikkate alınmamalıdır.¹⁴ Malların menşeyinin sözleşmede kararlaştırılardan başka bir ülke olduğu durumlarda bile, malların kalitesinde ayıbın meydana geldiği kabul edilecektir.¹⁵ Yine teslim edilen malların benzer kalitede veyahut daha yüksek kalitede olduğu durumlarda da sözleşmenin ihlali söz konusu olacaktır. Ancak bazı ticaret sektörlerinde sözleşme ile

etmemektedir... Yine de, madde 47/1 (draft counterpart of CISG article 51/1) çerçevesinde kısmi uygunsuzluk durumlarında o kısım için sözleşme sonlandırılabilir, tabi ki kriterler gerçekleşmişse.”; De Luca, a.e., s.188 dp.87.

¹¹ Uncitral Digest, “Uncitral Digest Of Case Law On The United Nations Convention On The International Sale Of Goods – Article 5” (2004, No.A/CN.9/SER.C/DIGEST/51), para.5, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/553/20/PDF/V0455320.pdf?OpenElement>

¹² **Schwenzer** in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md.35, para.8; ICC International Court of Arbitration, Case No:9083, 01.08.1999, CISG-online 706, <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=706> (çevrimiçi 18/04/2019); Başar, a.g.e., s.68.

¹³ Peter Huber, Alastair Mullis, **The CISG a New Textbook For Students and Practitioners**, Sellier Europa Law Publisher, 2007, p.130; Almanya Koblenzİstinaf Mahkemesi, 31 Ocak 1997, (akrilik battaniye davası / acrylic blankets case) <https://CISGw3.law.pace.edu/cases/970131g1.html> (çevrimiçi 18/04/2019); Başar, a.g.e., s.67.

¹⁴ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, Art.35, para. 9; Huber, Mullis, a.g.e., s.132; Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.189.

¹⁵ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.189; Bundesgerichtshof 3 April 1996, CISG-Online No. 135 <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/display.cfm?test=135> (çevrimiçi 18/04/2019); Huber, Mullis, a.g.e.,s.131.

kararlaştırılan malların kalitesi ile teslim edilen malların kalitesi arasındaki önemsiz farklılıklar, sözleşmeye aykırılık olarak değeriendirilmeyebilir.¹⁶

Taraflar arasındaki sözleşme ile, satılacak malların belirli bir ÷lke menşeli olması kararlaştırılabilir veyahut mallar üretilirken belli başlı etik kurallarına uygun davranılması gerektiğı hususunda¹⁷ veya bazı üretim standartlarına riayet edilmesi hususu ile ilgili olarak taraflar anlaşabilir. Bu hükümlerin ihlali sonucunda teslim edilen mallar, sözleşmede belirlenen kalite standartına uygun olmayacaktır.

Yine madde 35/1, sözleşmede belirlenen kaliteden daha yüksek veya daha aşağı malların teslimi arasında fark gözetmemiştir. “Miktardan” farklı olarak bu durumlarda madde 46-52 gündeme gelecektir.

Yukarıda bahsedildiğı üzere kalite kavramı geniş algılanmalıdır. Örneğın; *Federal Arbitration Court of the North Caucasus Area* Krasnodar Mahkemesinde gör÷len bir davada, satıcı ve alıcı ilgili teçhizatın satımı ve kurumu hususunda anlaşmışlardır.¹⁸ Ayrıca, anlaşmaya göre kurulacak bu teçhizat yüksek kalitede mallar üretecek ve sözleşmeye göre belirlenen üretilcek malların sayısının 10% oranında azalması halinde, sözleşmenin bedeli de bu ölç÷de azalacaktır. Kurulan teçhizat sözleşmede kararlaştırılan şartlara uymadığınan, yani üretilen mallar yüksek kalitede olmadığınan, alıcı sözleşme bedelinde indirim talep etmiştir. Dolayısıyla bu tür durumlarda da madde 35/1 gereğı ayıplı ifadan bahsedebileceğiz.

3. Sözleşme ile Kararlaştırılan Tür

Yine CISG madde 35/1’e göre, taraflar arasındaki sözleşme uyarınca kararlaştırılan malların tür÷ ile teslim edilen tür arasındaki her nevi farklılık sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir.

Taraflar sözleşme tanzim ederken, sözleşme konusu malları istedikleri gibi tanımlayabilirler. Bunu yaparken malın kendisine atıfta bulunabilecekleri gibi,

¹⁶ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, Art.35, para. 9

¹⁷ P. Schlechtriem, “Non-Material Damages – Recovery under the CISG?”, 19 PACE INT’L L.REV. 89, 100 (2007), <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.az/&httpsredir=1&article=1061&context=pilr> (çevrimiçi 18/04/2019).

¹⁸ *Federal Arbitration Court of the North Caucasus Area, Krasnodar, 03.10.2011*, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1882> (çevrimiçi 18/04/2019).

sözleşme dışı belgelerden de faydalanabilirler. Herhangi bir reklam veya broşüre atıf yapılması örnek olarak gösterilebilir.¹⁹ Sözleşmede satıcının parça veya cins borcu gündeme gelebilir. Eğer satıcının cins borcu söz konusu ise, bu durumda satıcının sadece sözleşmede belirtilen türden malları teslim etmesi yeterli olacak iken; parça borcu söz konusu olduğunda satıcı, ancak sözleşmede belirtilen spesifik malları teslim ederek sorumluluktan kurtulabilmektedir.²⁰

Bir diğer tartışmalı husus ise, *aliud ifa*²¹ hallerinin bu madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesidir. Bir görüşe göre, sözleşmede kararlaştırıldan farklı malların teslim edildiği durumlarda, sözleşmeye uygun olmayan ifadan ziyade teslim etmemeden bahsedilmelidir.²² Bu görüşü savunanlar Sekretarya Şerhinde yer alan özellikle şu cümleye atıf yapmaktadır: “*eğer sözleşmenin ifası mısır teslim edilmesini gerektiriyorsa, satıcının domates teslim etmesi ile mallar teslim edilmiş sayılmayacaktır.*”²³

Aksini savunan görüşe göre ise²⁴, *aliud ifanın* CISG madde 35/1 çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Alman Mahkemesi bir davada açık olarak, CISG’in sözleşmeye uygun olmayan mal teslimi durumları ile farklı mal teslimi durumları arasında herhangi bir fark gözetmediğini belirtmiştir. Ayrıca, CISG çerçevesinde *aliud ifa* durumlarında, genel olarak teslim etmemeden ziyade sözleşmeye uygun olmayan ifanın söz konusu olduğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur.²⁵ Ancak mahkeme bu hususta sadece CISG’e atıf yapmakta ve *aliud ifanın* neden ifa etmeme olarak değerlendirilemeyeceğine değinilmemiştir.

¹⁹ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.185.

²⁰ De Luca, a.g.e., s.192.

²¹ **Aliud ifa* - kararlaştırılan maldan başka bir mal teslimi anlamına gelmektedir.

²² Cesare Massimo Bianca, Michael Joachim Bonell, **Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention**, Giuffrè: Milan, 1987, s.273; De Luca, a.g.e., s.192, dp. 104.

²³ Bianca: “*Ancak Sekretaryat Şerhine esasen teslim yükümlülüğünün yerine getirilmesinden bahsedebilmek için, teslim edilen malların taraflar arasındaki sözleşmede tespit edilen genel tanımlara uyması gerekir. Dolayısıyla bu bağlamda sözleşmenin konusu ile alakasız mal teslimi bu bağlamda ifa olarak değerlendirilmemelidir.*” in Bianca, Bonell, a.g.e., s.274, para.2.4.

²⁴ Peter Schlechtriem, The Seller’s Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods in Matthew Bender, International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Ch. 6, s. 6-1 to 6-35, ed. Galston&Smit, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem10.html> (çevrimiçi 04/07/19); Başar, a.g.e., s.74.

²⁵ Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis, International Sales Law, ed.: Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis, Routledge-Cavendish, 2007, s.247, c 35-3, CISG-Online 135.

CISG madde 35'in lafzı, *aliud* ifa durumlarını da kapsayacak şekildedir. Zira *aliud* ifayı sözleşmeye uygun olmayan malların teslimi çerçevesinde değerlendirmezsek, bu halde madde 35/1'in ihlali ancak satıcının sözleşmede belirlenen türde ve sadece malların kalitesinde farklılıkların mevcut olduğu durumlarda gündeme gelecektir. Bunun sonucunda ise “tür” ifadesi gereksiz ve anlamsız bir hal alacak, “kalite” kavramının bir tekrarı haline gelecektir.²⁶

4. Paketleme

Malların sözleşmenin gerektirdiği şekilde paketlenmemesi, sözleşmeye aykırı malların teslimi anlamına gelecektir.

Paketleme sorunu özellikle malların kalitesini, kullanılabilirliğini ve de yeniden satılabilirliğini etkilemesi sebebiyle oldukça önemlidir. CISG madde 35'in hem birinci hem de ikinci fıkrasında paketleme hususuna yer verilmiştir. Yani bunun sonucunda, özel durumlardan bağımsız olarak, satıcı her zaman malları paketlerken belli başlı kurallara riayet etmelidir. Bu kurallar CISG madde 35/1 gereği direkt sözleşmeden kaynaklanabileceği gibi, 35/2(d) gereği ilgili ticari kolda kabul edilen uygulamalardan da kaynaklanabilir.²⁷ Bir an için 35/2 kenara bırakılırsa, CISG madde 35/1'e göre malların yeterli ve güvenli bir şekilde paketlenmiş olmaları yeterli olmamakta, malların taraflar arasında düzenlenen sözleşmede belirtilen şartlara uygun olarak paketlenmesi gerekmektedir.

Örnek vermek gerekirse; CİETAC'da görülen bir davada, Japon satıcı ile Çinli alıcı polipropilen satımı hususunda anlaşmış ve özellikle malların paketlenmesi ile ilgili olarak: Her torbanın 25 kg, tek kat PE zar astarlı kahve kâğıt ile katlanması; ayrıca paketlemenin deniz, kara ve de iç sular için elverişli olacak şekilde muhkem olması gerekeceği ve her 15 ton malın, 1x20 ölçülerdeki konteynerlere yükleneceği hususlarında özel olarak anlaşmışlardır. Alıcı malları teslim alırken, malların üç kat kahve renkli kâğıt ile kaplandığını tespit etmiş ve sonuç olarak satıcıya dava açmıştır. Davanın esasına ilişkin değerlendirmede mahkeme, satıcının paketlemeyi sözleşmede kararlaştırılan şekilde yapmaması sebebiyle sözleşmeye aykırı

²⁶ De Luca, a.g.e., s.193.

²⁷ De Luca, a.e., s.194.

davrandığı kanaatine varmıştır. Ayıplı paketlenme malların zarar görmesine sebebiyet verdiğiinden satıcı, alıcının bu sebeple uğradığı zararlardan sorumlu tutulmuştur.²⁸

Ancak burada belirtmek gerekir ki, malların her durumda zarar görmesi bu paragraf çerçevesinde bir önkoşul olarak değerlendirilmemelidir. Zira bazı durumlarda, malın ambalajının onun zarar görmeden teslim edilmesi amacı dışında, daha doğrusu bu amacın ötesinde bir amaca hizmet edebilir. Bu tür durumlarda, malın zarar görmesinden bağımsız olarak, ambalajın bozulması sözleşmeye aykırılık anlamına gelecektir.²⁹

C.Madde 35/2’de Belirtilen Standartlara Uygunluk

1. Mutat Kullanım Amacına Uygunluk

Uluslararası bir satım sözleşmesi tanzim edilirken, malların bütün özelliklerinin teker teker yazılması mümkün değildir. Durumun farkında olan Antlaşmayı tanzim edenler, sözleşmede açıkça veya zımnen kararlaştırılmış olmayan malların bazı özellikleri ile ilgili olarak bir dizi objektif kriter belirlemişlerdir. Bu hükümler, ancak tarafların aksini kararlaştırmadıkları durumlarda uygulanmaktadır.

Bu kriterlerden ilki CISG madde 35/2 (a)’da düzenlenmiştir. Buna göre; teslim edilecek malların, aynı türden malların mutat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun olması gerekmektedir. Yani teslim edilen mallar, aynı türden malların mutat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun değillerse, sözleşmeye uygun ifadan bahsedilemeyecektir.

Malların mutat amacı tespit edilirken, somut olaya konu ticaret sektöründe faaliyet gösteren kişinin objektif bakış açısı dikkate alınmalıdır.³⁰ CISG madde 35/2(a)’ya tekabül eden ULİS madde 33/d, malların mutat ve ticari kullanım amacına uygun olarak teslim edilmesini aramaktaydı. Ancak mutat kullanım amacı tabirinin aynı zamanda ticari kullanımı da kapsadığı düşüncesinden yola çıkılarak, Antlaşma çerçevesinde malların mutat amaca uygun olması yeterli sayılmıştır.³¹

28 CIETAC Tahkim yargılaması, 23 Temmuz, 1997, (polipropilen davası / polypropylene case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970723c1.html> (çevrimiçi 18/04/2019).

²⁹ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.1.

³⁰ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., Art.35, para. 14; Huber/Mullis, a.g.e., s.135.

³¹ Bianca, Bonell, a.g.e., s.274.

CISG madde 35/2 (a), malların mutat amaca uygun olmalarını aramakta ise de bu amacın ayrıca sözleşmede belirtilmesine gerek yoktur.³²

a. Ortalama ve Makul Kalite

Mutat amaca aykırılığın hangi durumda söz konusu olacağı yine madde metninde açıkça belirtilmemiştir. Ancak kısaca satım konusu mallarda mevcut ayıp, malın maddi kullanımını engelliyorsa veya anormal kusurlu sonuçların meydana gelmesine veya olağanüstü harcamalara katlanılmasına sebebiyet veriyorsa, mutat amaca uygunluktan bahsedilemeyecektir. Yine malın maddi kullanımına etki etmese bile ticari kullanım bakımından değerini azaltıyorsa veya engelliyorsa, mutat amaca aykırılık yine gündeme gelecektir.³³

Dolayısıyla, özellikle malların yeniden satımı söz konusu olduğu durumlarda, mutat amaca uygunluk bakımından teslim edilen malların hangi kalitede olması gerektiği de tartışmalı konulardandır. Bu bakımdan; “ortalama kalite”, “pazarlanabilir kalite” ve “makul kalite” kavramlarına değinmek gerekecektir.

Yukarıda belirtilen görüşlerden, teslim edilecek malların “satılabilir kalitede” olacağı yönündeki görüşün savunulduğu bilindik bir dava mevcut değildir. Ancak mutat amaca uygunluk bakımından ortalama kalite malın teslim edilmesi gerektiği yönündeki görüşün kabul edildiği bazı kararlar mevcuttur. İtalyan ayakkabı satıcısı Alman alıcıya karşı, malların sözleşmeye aykırı olduğu gerekçesiyle malların bedelini ödemediğini iddia etmiştir. Berlin Bölge Mahkemesi, madde 35 çerçevesinde malların sözleşmeye uygun olabilmesi için, aynı türden malların mutat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun olmaları veya satıcıya bildirilen özel amaca uygun olmaları gerektiğini söylemiştir. Akabinde mahkeme mutat amaca

³² Rene Franz Henschel, “Conformity of Goods: Interpreting or Supplementing Article 35 of the CISG by Using the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principle of European Contract Law”, **An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (1980) as Uniform Sales Law**, ed.: John Felemegas, Cambridge University Press, New York, 2007, s.168.

³³ Henschel, a.e., s.168; Fritz Endderlein, Dietrich Maskow, “*International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for Sale of Goods, Convention on Limitation Period in the International Sale of Goods*”, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html> (çevrimiçi 18/04/2019).

uygunluk için, “malların ortalama kalitede olması gerektiği ve malların yeniden satılabilir olmalarının tek başına yeterli olmadığını” belirtmiştir.³⁴

Bu bağlamda, Hollanda Tahkim Merkezinin vermiş olduğu 15 Ekim 2002 tarihli karara da değinmek gerekir. Zira bu kararda mahkeme yukarıda bahsedilen her üç görüşe de değinmiş ve nihayetinde, “makul kalite” kriterinin uygulanmasının CISG çerçevesinde daha uygun olacağı kanaatine varmıştır. Mevzu bahis bu davada birkaç satıcı ile alıcı, Rijn Blend adlı ürünün satılması hususunda uzun süreli bir sözleşme tanzim etmişlerdir. Rijn Blend, gaz sahasının eksplorasyonundan, gaz akımının ayrılması sonrası elde edilen ilgili maye ürünüdür. 1993 ile 1994 yılları arasında, satım bakımından taraflar arasında herhangi bir sorun yaşanmamıştır. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, 1998 Haziran ayındaki teslimata ilişkin olmuş ve alıcı, Rijn Blend ürünündeki yüksek merkürü oranı dolayısıyla Rijn Blend ürününün sonraki işlem ve satım için kabuledilemez olduğunu ve bu nedenle, bir sonraki teslimatı teslim almayacağını belirtmiştir. İddia edildiği üzere, kısa vadeli pazarın mevcut olmaması sebebiyle Rijn Blend ABD’ye gönderilmiş ve LL. Petroleum Corp.’a oldukça aşağı bir bedelden satılmıştır. Satıcı 1.100.000 dolar tutarında zararının oluştuğunu iddia etmiş; 16 Haziran 1998’de, alıcı merkürü miktarının aşırılığına bir çözüm bulunana kadar sözleşmeyi askıya aldığını açıklamıştır. Problemler çözülmediğinden alıcı sözleşmeyi sonlandırmıştır. Satıcı bu arada, alıcı tarafından alınmayan ürünleri üçüncü kişilere satmış ve iddia edildiği üzere 6.333.178,58 dolar civarında zararın oluştuğu tespit edilmiştir.

Madde 35’e göre, satıcı malları kararlaştırılan miktara, kaliteye ve türe uygun olarak teslim etmelidir. Ancak taraflar arasında yapılan 12 sözleşmenin hiç birisinde kaliteye ilişkin herhangi bir hüküm mevcut bulunmamakta, ancak Rijn Blend’in “...kondansat ve/veya ham petrol karışımı olduğuna” ve Rijn Blend’in hangi bloktan çıkarılması gerektiğine dair bazı hususların belirtildiği görülmektedir. Dolayısıyla madde 35/1’in uygulanması mümkün olmayacaktır.

Madde 35/2 (b) ise, malların sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun olmaları gerektiğine dair bir

³⁴ Almanya, Berlin Bölge Mahkemesi, 15 Eylül, 1994, ayakkabılar davası (shoes case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940915g1.html> (çevrimiçi 28/07/19).

kural öngörmektedir. Ancak mahkeme; olay bakımından alıcının, sözleşmenin kurulması esnasında (1993 ve 1994) ilgili satıcılara malların kullanım amacına dair herhangi bir bilgi vermediğinden, malların sözleşmeye uygunluğunun madde 35/2 (b) hükmü ile çözülemeyeceğine kanaat getirmiştir.

Mahkeme olayın, malların, aynı türden mallarla mutaat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun olmasını öngören madde 35/2 (a) hükmü çerçevesinde çözülmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu bağlamda yukarıda belirtilen her üç görüşe de mahkeme değinmiştir.

İlk görüşe göre, satıcı “pazarlanabilir kalitede” mal teslim etmelidir. Bu yaklaşım antlaşmanın yazımı aşamasına kadar uzanmaktadır. Belirli bir amacın veya özelliğın belirtilmediğı durumlarda, malların sözleşmeye uygunluğunun nasıl yorumlanacağı sorunu ortaya çıktığından; *common law* sistemi ülkeleri “pazarlanabilir kalite”, *civil law* ülkeleri ise “ortalama kalite” malların tesliminin yeterli olacağını ileri sürmüşlerdir. Kanada delegasyonu, tasarıyı aydınlığa kavuşturmak için *common law* yaklaşımının, *civil law* yaklaşımı ile beraber aktarılmasını teklif etmiştir. Ancak bu teklif, bazı *common law* ülkeleri tarafından desteklenmediğinden kabul edilmemiştir.³⁵

Mahkeme, “ortalama kalite” görüşünün doktrinde, özellikle Alman yazarlar tarafından savunulduğunu vurgulamış ve bazı yazarların bu kriteri kabul etmesine rağmen, ilave olarak olayın somut durumuna da bakılması gerektiği hususunu savunduklarını belirtmiştir.

“Ortalama kalite” görüşü, Ferrari tarafından da eleştirilmiştir: *“Diyelim ki, belirli bir pazarda ulaşılabilen mallar ‘düşük’ kalite ile ‘yüksek’ kalite arasında değişmektedir. Kelimenin tam anlamıyla ‘ortalama’ kalite, ‘yüksek’ ile ‘düşük’ün arasında olacaktır. Malların ‘ortalama’ kalitede olması gerektiği yönünde zımni bir güvencenin mevcut olması, ortalama kalitenin altında kalan malların bu güvenceyi karşılayamayacağı anlamına gelecektir. Bunun sonucu olarak; bu kalitede mal teslim eden satıcı, sözleşmesel yükümlölükleri yerine getirmemiş olacaktır. Meğer ki,*

³⁵ Henschel, a.g.e., s.168.

açıkça böyle bir güvenceyi kabul etmemiş olsun. Güvence vermeyi isteyip de, aşağı kalitede mal teslim eden satıcılar ise pazardan çıkmak zorunda kalacaklardır.

Ancak, bu hareketliliğin sonucunda malların ‘ortalama kalite’ standardı yükselecektir. Zira ortalama kalitenin aşağısındaki malların yok olması, geriye kalan mallar için ortalama kalite tanımını değiştirecektir. Yani önceden ortalama kalitede olan mallar, artık aşağı kalite mal haline gelecektir. Ancak bu balans da kısa ömürlü olacak ve artık ‘ortalama kalite’, standarttaki daimi değişiklikler sebebiyle manasını yitirecektir.”³⁶

Son olarak üçüncü görüş ise, her iki kriteri de kabul etmemekte, bu testlerin CISG kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunmakta ve ancak ‘makul kalite’de mal tesliminin yapılması halinde malların mutat amacına uygun olacağını kabul etmektedir.

Tahkim Kurulu, dava konusu Rijn Blend’in yüksek oranda merkürü içermesi durumunun, madde 35/2 (a) çerçevesinde aynı türden malların mutat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygunluğuna etki edip etmemesinin, davanın çözülmesi bakımından en önemli husus olduğunu tespit etmiştir.

Kurul bütün yaklaşımları irdeleyerek, ne ‘pazarlanabilirlik’ ne de ‘ortalama kalite’ yaklaşımlarının, CISG kapsamında kullanılamayacağı kanaatine varmıştır.³⁷ Birçok yazar tarafından savunulduğu ve madde 7/1 gereği CISG’de genel prensip olan “makullük” prensibinin tezahürü olduğu gerekçeleriyle, ‘makul kalite’ testinin uygulanmasının daha uygun olacağına kanaat getirilmiş ve alıcı lehine karar verilmiştir. Bu görüş, 2002 tarihli bir tahkim kararında da kabul edilmiştir. Söz konusu kararda hakemler, ‘ortalama kalite’ ve ‘pazarlanabilirlik’ kriterlerini kullanmaktan imtina etmiş ve bunun yerine ‘makul kalite’ kriterini kullanmışlardır.³⁸

Görüleceği üzere, malların hangi kalitede olması gerektiği hususunda görüş birliğinden bahsedilmesi mümkün değildir. Keza sadece mahkemeler değil, yazarlar

³⁶ Clayton P. Gillette, Franco Ferrari, “Warranties and “Lemons” under CISG Article 35/2 (a)”, Internationales Handelsrecht (1/2010) 2-17, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/gillette-ferrari.html> (çevrimiçi 18/04/2019).

³⁷ Kararın tüm metni için bkz. Fountoulakis, Schwenzer, a.e., s.248, c 35-3, CISG-Online 740/780.

³⁸ Hollanda Tahkim Enstitüsü (Netherlands Arbitration Institute), 15 Ekim 2002, (kondensat ham petrol davası /condensate crude oil case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html> (çevrimiçi 18/04/2019); Henschel, a.g.e., s.170.

da söz konusu problemi farklı ele almışlardır. Bianca³⁹, sözleşmede açık hükmün olmaması durumlarında, malların kesin bir kalitede olması gerektiği yönündeki tespitin yapılamayacağını vurgulamaktadır. Ancak yazara göre; teslim edilecek malların kalitesinin, aşağı yukarı kabul edilebilir bir düzeyde olması, en azından mal için ödenen fiyat ve diğer hal ve şartlar bakımından beklenebilecek kalitenin belirgin derecede altında yer almaması gerekir. Atamer ise bu tür durumlarda her bir olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴⁰

Madde 35/2(a), ancak bazı şartların mevcut olduğu durumlarda bağlayıcı olacaktır. Öncelikle, malın mutat amacı ile çelişen sözleşme hükmü ve Madde 35/2(b) çerçevesinde özel bir amaç söz konusu olmamalıdır. Eğer özel kullanım amacı satıcıya bildirilmiş ise, bu özel amaç malın mutat kullanım amacından öncelikli olacaktır. Bu nedenle mahkemeler tarafından öncelikle 35/2 (b)'nin uygulanması daha mantıklıdır.

Madde 35/2 (a), malların mutat amaca uygunluğu ile ilgili olarak spesifik şart ve teknik standartlar öngörmemektedir. Bunun sonucu olarak; bu madde kapsamında değerlendirme, ilgili davanın hal ve şartları dikkate alınarak, teslim edilen malların kullanılabileceği amaçlar ile aynı türden malların genel kullanım amacı kıyaslanarak sonuca varılmalıdır. Malların çoğu zaman birden çok amaçla kullanılabileceğini nazara alan madde 35/2(a), malların sadece bir değil, birçok amaca uygunluğunu aramaktadır.⁴¹

Bir malın mutat kullanım amacına uygun olup olmadığının, ilgili sektördeki objektif bir kişinin bakış açısı ile tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ancak bu kriter tek başına yeterli değildir.⁴² Bu görüş, sadece “objektif görüşün” tespiti ile ilgili olarak ortaya çıkacak yüksek oranda belirsizlik içermesi nedeniyle değil; standartların sektördeki bir tacir tarafından nasıl belirleneceği hususunda herhangi bir belirlemenin mevcut olmaması sebebiyle de eleştirilebilir.

Malların mutat amacına uygun kullanımının sağlanması için, malların hangi kalitede olması gerektiği sorunu soyut olarak belirlenemez ve bu nedenle her olayın

³⁹ Bianca in Bianca, Bonell, a.g.e., s.274, para.2.5.1.

⁴⁰ Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s.201.

⁴¹ Yücedağ, a.g.e., s.52; De Luca, a.e., s.198.

⁴² De Luca, a.e., s.199.

özelliğine bakılarak, alıcının durumunda olacak makul bir kişinin hangi kalitede mal teslimini bekleyebileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Sonuç olarak kanaatimizce, eğer sözleşmede malların kalitesine ilişkin herhangi bir hüküm mevcut olmaz, taraflar sözleşmenin öncesinde bu hususa değinmezler ve ilgili ticari alanda malların belirli bir kalitenin üzerinde olmasını gerektiren bir uygulama veya adet söz konusu olmaz ise; satıcının en düşük kalitede mal teslim etmesi durumlarında bile, eğer mallar mutata kullanım amacına uygun iseler, sözleşmeye uygun olmayan ifadan bahsedilemez.

Yukarıda belirtilen *Rijn Blend* davasında kısaca, doktrinde mevcut bütün görüşlere değinilmiş ve her birinin eksik yanlarına dikkat çekilmiştir. Kanaatimizce de bu görüşler arasında hem CISG'in tarihçesi ile, hem de yorumlama metodolojisiyle en uyumlu olan görüş "makullük" görüşüdür. Keza yukarıda da bahsettiğimiz üzere, mutata amaç her olayın özelliklerine göre takdir edilmelidir. Ve 'makul kalitede mal teslimi', sadece yüksek esneklik sağladığı için değil, makul olan durumlarda diğer standartların da uygulanmasını temin ettiğinden dolayı tercih edilmelidir. Ayrıca unutulmamalıdır ki, makullük standardı CISG çerçevesinde kabul edilen genel prensiplerdendir.⁴³ Keza CISG madde 7/2, Antlaşmada açıkça cevaplanmamış soruların, Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenmesi gerektiğini düzenlemektedir. Yine CISG madde 7/1'e göre, Antlaşmanın yorumunda Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi, yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilmelidir. Bu maddeden yola çıkarak, yukarıda belirtilen 'ortalama kalite' ve 'pazarlanabilir kalite' görüşleri kanaatimizce reddedilmelidir. Antlaşmanın yorumlanmasında yerel hukukun öngördüğü bir standart kullanılması, Antlaşmanın uluslararası niteliği ile örtüşmeyecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, UNIDROIT Prensipleri madde 5.1.6 da makul kalitede malların teslim edilmesi gerektiğinden bahsetmektedir.

⁴³ Franco Ferrari, "Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law", Georgia Journal of International and Comparative Law, Volume 24, 1994, s.183-228, s.225; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri, s.200.

b. İlgili Standartlar Bakımından Satıcı ve Alıcının Yerleşim Yerleri

Madde 35/2 (a) çerçevesinde oldukça tartışmalı olan bir diğer husus ise, mutata amaca uygunluk tespiti yapılırken taraflardan hangisinin yer hukukunun dikkate alınacağı meselesidir. Bu bağlamda bazı yazarlara göre, satıcının başka ülkelerdeki hususi gereksinimleri bilmek gibi bir sorumluluğu söz konusu değildir; meğerki sözleşmeden aksi anlaşılsın. Bir diğer görüşe göre ise, malların mutata amacına uygun olup olmadığının tespitinin, malların satılacağı yer hukukuna göre belirlenmesi gerekir. Yine bu meselenin konu edildiği önemli birkaç tane mahkeme kararına değindikten sonra, bu tartışma ile ilgili olarak doktrindeki yazarların görüşlerine yer verilecektir.

Alman alıcı ile İsviçreli satıcı, 1.750 kg Yeni Zelanda midyesi satın alınması ile ilgili olarak anlaşmışlardır.⁴⁴ Teslim edilen midyelerin, muayene sonucunda yüksek oranda kadmiyum içerdiği anlaşılmıştır. Bunun üzerine alıcı, malların sağlığa zararlı olduğu sebebiyle satıcıya malları geri gönderdiğini bildirmiş; satıcı ise, bu malları teslim almayacağını beyan etmiştir.

Dava dilekçesinde satıcı, satım bedeli olan 6.475 dolar artı faizin ödenmesini talep etmiştir. Ayrıca, yasak olan limitin üzerinde kadmiyum içermeyen midyelerin tüketime uygun olduğunu ve alıcının süresi içerisinde ayıp bildirimi yapmadığını iddia etmiştir. Alıcı ise, malların ayıplı olması dolayısıyla sözleşmenin esaslı bir şekilde ihlal edildiğine dayanarak sözleşmeyi iptal etmiş ve bu ayıbın yetkili kuruluşlar tarafından tespit edildiğini belirtmiştir. İlk derece mahkemesi, satıcının talebi doğrultusunda alıcı aleyhine karar vermiş ve alıcı üst mahkemeye başvurmuştur.

Yüksek Mahkeme, her ne kadar malların ayıplı olması durumlarında sözleşmenin esaslı ihlal durumunun söz konusu olabileceğini vurgulasa da, olay bakımından böyle bir durumun oluşmadığına kanaat getirmiştir. Teslim edilen midyelerde kadmiyum oranının standarttan 2 kat daha çok olmasına rağmen, midyelerin tüketilemeyecek

⁴⁴ Bundesgerichtshof 8 March 1995, CISG-Online No. 144; <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950308g3.html> (çevrimiçi 18/04/2019); Huber, Mullis, a.g.e., s.136; Schwenzer, Fountoulakis, a.g.e., s.242, c 35-3.

olduğunu iddia etmenin mümkün olmayacağını belirtmiştir. Zira dava konusu mal, diğer et ürünlerinden farklı olarak kısa sürede çok fazla tüketilen bir ürün değildir.

Kadmiyum seviyesinin aşılması, CISG madde 35/2 (b) çerçevesinde değerlendirilemeyecektir. Zira taraflar gerek açıkça gerek ise de zımni olarak teslim olunacak midyelerin ZEBS standartlarına uygun olması gerektiği yönünde anlaşmamışlardır. Satıcı malların Almanya’da satılacağını bilse bile bu durum değişmeyecektir; ki bu standartlar hukuki nitelik de taşımamaktadır.

Olay bakımından madde 35/2 (a)’nın uygulanması gerekir. Ancak malların mutlak kullanım amacına uygunluğun sağlanması için, malların alıcının veyahut malların satılacağı yer hukukunun kamu hukuku düzenlemelerine uygunluğun satıcı tarafından sağlanmasının gerekip gerekmediği tartışmalı hususlardandır. Mahkeme genel görüşe uygun olarak; malların, alıcının veya kullanılacakları yer kamu hukuku standartlarına uygun olmasının, satıcıdan beklenilemeyeceğine kanaat getirmiştir. Buna uygun olarak, malların ancak satıcının yerleşim yeri kamu hukuku düzenlemelerine uygun olması gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda istisnai olarak, satıcı tarafından teslim edilecek malların, alıcının yerleşim yeri kamu hukuku standartlarına uygun olması beklenebilecektir. Bunlar: Bu düzenlemelerin satıcının yer hukukunda da mevcut olduğu; alıcı tarafından satıcıya özel olarak bildirilmiş ve dolayısıyla satıcının tecrübesine güvenilmiş veya güvenilmesinin makul sayılacağı (ki bu daha çok madde 35/2 (b) çerçevesinde değerlendirilecektir); veyahut mevcut olayın hal ve şartlarından satıcının ihracat ülkesindeki kamu hukuku standartlarını bilmesi veya bilmesinin gerektiği durumlardır. Ancak bu olasılıklardan hiçbirisi olay bakımından mevcut olmadığından, mahkeme aksi yönde kanaate varmıştır.

Bu doğrultuda, alıcının kendi hukukundaki veyahut kendisi teyit ettiği için varış yeri hukukunun düzenlemelerini daha iyi bildiği dikkate alındığında, bu yerlerdeki kamu hukuku düzenlemelerini satıcıya bildirmelidir.

Yine bir davada Amerikan Mahkemesi, malların alıcının kamu hukuku uygulamalarına uygun olarak teslim edilmesinin satıcıdan beklenemeyeceğini belirtmiş, ancak üç istisnanın mevcut olduğunu iddia etmiştir: (1) alıcının ülkesindeki kamu hukuku uygulamalarının satıcının ülkesindekiler ile oldukça benzer olduğu

durumlar, (2) alıcının bu uygulamalar hakkında satıcıyı bilgilendirdiği durumlar, (3) satıcının alıcının ülkesinde şubesinin olması gibi bazı özel durumlarda satıcının bu uygulamaları biliyor veya bilmesi gerektiği durumlar.⁴⁵

Bir diğer savunulan görüş ise, malların alıcı tarafından kullanılacağı ülke hukuku standartlarına uygun olması gerektiği yönündedir ve bu görüşü benimseyen kararlar da mevcuttur. Ancak bu görüşü savunanlar bile; satıcının, alıcının veya malların satılacağı yer hukukunu her zaman bilmesinin mümkün olmaması sebebiyle, alıcının daha iyi bildiği bu kanunlar hakkında satıcıyı bilgilendirmesini tavsiye etmektedirler. *The Appellate Court of Grenoble Caito Roger v. Societe française de factoring*⁴⁶ davasında mahkeme bu görüşü benimsemiştir. İlgili davada mahkeme, Fransa'nın *marketing* düzenlemelerine uygun olmayan satım konusu parmesan peynirlerinin teslimini, madde 35/2 (a)'nın ihlalini oluşturduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme, satıcının sözleşme konusu malları alıcının Fransa pazarında satmak niyetinde olduğunu bilmesi sebebiyle, CISG madde 8/1 hükmü gereğince satıcının malları Fransa'da yeniden satılabilecek şekilde -yani ülkenin kamu düzenlemelerine uygun olarak-teslim etmek zorunda olduğunu vurgulamıştır. Mahkemenin bu yaklaşımı oldukça eleştirilmiştir. Zira alıcının kendi iş yeri hukukunun veya malları yeniden satacağı yer hukukunun düzenlemelerini satıcıya bildirmesi, alıcı bakımından daha hafif bir yükümlülük teşkil edecektir. Ayrıca satıcının böyle bir yük altına sokulması, satıcının üretim prosedürünün tadil edilmesi anlamına da gelecektir.⁴⁷ Modern ekonomide mallar seri şekilde üretilmektedir. Satıcının farklı ülke düzenlemelerini karşılayabilecek malları üretmesi mümkün değildir. Buna dayanarak kanaatimizce; özel olarak başkaca hükümler mevcut değilse, sözleşmede malların kullanılacağı

⁴⁵ ABD Federal Bölge Mahkemesi (Louisiana), 17 Mayıs, 1999, *Medical Marketing v. Internazionale Medico Scientifica* davası, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990517u1.html> (çevrimiçi 18/04/2019); Atamer'e göre bu istisna çok dikkatli uygulanmalıdır. Zira, teslim edilecek malların nerede satılacağını, bu mallardan elde edilecek kârları tespit edecek ve dolayısıyla isteklerine uygun mal sipariş edecek olan alıcıdır. Yazara göre; bu durumda satıcının bir uyarma yükümlülüğünden bahsedilemeyecek ve alıcının ülkesindeki standartlardan haberdar olan satıcının, bu standartlardan daha düşük mal teslim etmesi, her zaman için sözleşmeye aykırı ifa olarak nitelendirilemez. Ve bu durumlarda tazminat yükümlülüğü, ancak satıcının alıcıya zarar verme kastı ile hareket ettiği hallerde gündeme gelecektir., Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.205.

⁴⁶ Grenoble İstinaf Mahkemesi, 13 Eylül, 1995, <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/950913f1.html> (çevrimiçi 18/04/2019).

⁴⁷ De Luca, a.g.e., s.205.

yerin belirtilmesi, tek başına satıcıyı bu ülke hukuku düzenlemelerine uygun mal teslim etme yükümlülüğü altına sokmamalıdır.

Yukarıda örnek olarak verilen kararlardan da görüleceği üzere, satıcının kural olarak alıcının veya malların satılacağı yer kamu hukuku düzenlemelerini bilmesi zorunluluğu söz konusu değildir; meğerki, sözleşmenin hal ve şartlarından aksi anlaşılsın. Bu bağlamda *Midye* davası büyük öneme sahip olup, söz konusu karar emsal niteliğindedir. Ancak BGH'nin *Midye* davasındaki yaklaşımı, Peter Schlechtriem gibi önemli bir akademisyen tarafından eleştirilmiştir. Yine de bu yaklaşım hâlâ benimsenmektedir. Bazen direkt *Midye* davasına atıf yapılmış, bazen ise zımni olarak bu yaklaşım benimsenmiştir.

Sonuç olarak kanaatimizce; satıcının, alıcının iş yeri hukukunda veya malların yeniden satılacağı ülke hukukunun bütün kamu düzenlemelerini bilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla bu tür uygulamaların mevcut olduğu olgusu, alıcı tarafından özel olarak satıcıya bildirilmelidir. Bu bakımdan sadece malların satılacağı ülkenin bildirilmesi yeterli olmayacaktır.⁴⁸ Ancak, yukarıda belirtilen bazı mahkeme kararlarında benimsenen istisnalar da dikkate alınmalıdır.⁴⁹ Yine bu bağlamda satıcının, alıcının iş yeri veya malların satılacağı yer hukukunun kamu düzenlemelerine uygun mal teslim etmesi gerekip gerekmediği tespit edilirken, her bir olayın hal ve şartlarına bakmak gerekecektir.⁵⁰ Dolayısıyla, bu özellikler dikkate alınmadan direkt genel kuralın uygulanması doğru olmayacaktır. Zira mahkemelerin belirttiği istisnalar, her bir davanın hal ve şartlarının değerlendirilmesinde bize kılavuzluk edecektir. Buna göre; eğer alıcının ülke veya malların teslim olunacağı/yeniden satılacağı yer kamu hukuku düzenlemeleri ile satıcının iş yeri hukuku düzenlemeleri aynı hükümleri içeriyorsa, bu durumda satıcının sorumluluğundan bahsedebileceğiz. Ancak kanaatimizce; eğer koşullar satıcının bu düzenlemeleri bildiğini gösteriyorsa, bu durumda da satıcıyı sorumlu tutmak gerekecektir. Örneğin; satıcının ilgili ülkede şubesi mevcut ise veya satıcı, alıcı ile

⁴⁸ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.211; Başar, a.g.e., s.86.

⁴⁹ Avusturya Yüksek Mahkemesi, 25 Ocak 2006, (dondurulmuş domuz ciğeri davası / frozen pork liver case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060125a3.html> (çevrimiçi 18/04/2019).

⁵⁰ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.203.

uzun yıllardan beri süre gelen ticari ilişki içerisinde ise, ya da ilgili ülkeye sürekli mal ihraç ediyorsa.⁵¹

2.Satıcıya Bildirilen Özel Kullanım Amacına Uygunluk

a. Genel Olarak

Madde 35/2 (a)'dan daha sınırlı bir hüküm olan madde 35/2 (b), satıcıya ilave bir sorumluluk yüklemekte ve sözleşmenin kurulması esnasında alıcı tarafından satıcıya bildirilen özel şartlara uymayan mal tesliminin, satıcının sorumluluğunu doğuracağını düzenlemektedir. Örneğin; ender görülen bir kuş türünü beslemek isteyen alıcı, satıcı ile hayvan yemi alımı için anlaşmış ve satıcıyı besleyeceği hayvan türü hakkında bilgilendirmiştir. Eğer kuşlar teslim edilen bu yemlerden zarar görür ise, yemin her kuşa aynı zarara neden olup olmayacağına bakılmaksızın madde 35/2(b) çerçevesinde satıcı sorumlu olur.⁵²

Maddede geçen “satıcıya bildirilen” ibaresinden, illa taraflar arasında özel amaca ilişkin fiili bir anlaşmanın mevcut olması gerekliliği anlaşılmamalıdır.⁵³ Tabi ki bu özel amaç satıcıya yeterli kesinlikte bildirilmelidir, zira satıcı bu özel amaca uygun mal teslim edebilip edemeyeceğine karar verebilmelidir. Maddenin lafzından, özel amacın açıkça veya zımnen kararlaştırılabileceği anlaşılmaktadır. Özel amacın zımnen kararlaştırıldığı durumlarda, satıcının sorumluluğundan bahsedebilmek için, yine CISG madde 8/2 gereği aynı konum ve koşullardaki makul bir kişinin algısına bakmak gerekecektir.⁵⁴

Eğer 35/2 (b) çerçevesinde özel amaç malın mutatacılığı ile örtüşüyorsa, zaten madde 35/2(a) bu güvenceyi sağladığından, malın bu mutatacılığının ayrıca bildirilmesine gerek yoktur. Ancak söz konusu mallar başka bir özel amaç için kullanılacaklarsa, bu durumda bu amaç satıcıya ayrıca bildirilmelidir. Örneğin, alıcı ile satıcı karbon çelik levha delimi için matkap satımı hususunda anlaşmışlardır. Eğer satıcı normal matkap teslim etseydi, bu matkaplar dirençli karbon çeliğin delimi sırasında kırılacaktı ve dolayısıyla da alıcı, matkaplardan kullanmak istediği amaç

⁵¹ Huber, Mullis, a.g.e., s.137.

⁵² Huber, Mullis, a.g.e., s.138.

⁵³ Schwenzer in Schelchtrien/Schwenzer, Md.35, para.; Huber, Mullis, a.e., s.138.

⁵⁴ Huber, Mullis, a.e., s.139; Zeytin, a.g.e., s. 166.

doğrultusunda istifade edemeyecekti. Bu nedenle CISG, bir tamamlayıcı hüküm olarak; satıcıya, sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımni olarak bildirilen özel amaçlara uygun mal teslim etme yükümlülüğü getirmektedir.

Paragraf 2(a)'da malların objektif standarda uygunluğu aranırken, paragraf 2(b) malların uygunluğunu sübjektif standartlara bağlamaktadır.

İki paragrafın çakışması durumunda öncelik paragraf 2 (b)'de olacaktır. Yani mutata amacından bağımsız, mallar başka bir özel kullanım amacı için satın alınmışsa, satıcı bu amaca uygun mal teslim etmek zorundadır. Eğer bu iki paragrafa göre belirlenen amaçlar örtüşüyorsa, uygunluk yine özel amaç ışığında tespit edilecek, ancak netice itibarıyla paragraf (a) ile aynı sonuca varılacaktır. Ancak bu amaçlar farklı olur ise, artık malların hangi paragraf çerçevesinde amaca uygun olması gerektiği tartışmalı bir hal alacaktır.⁵⁵ Bazı durumlarda ise, malın özel kullanım amacına uygun olabilmesi için yapılacak modifikasyonlar sonucu satım konusu mal, mutata kullanım amacına aykırı hale gelebilir.⁵⁶ Bunun en belirgin örneği, F1 yarışlarında kullanılacak yarış arabaların satın alınması durumudur. Gerçekten de bu özel amaca uygun olabilmesi için arabaların bazı özellikler barındırması gerekecektir ki; bu özellikler arabaların mutata kullanım amacı olan normal yollarda sürülebilmesini engelleyecektir.⁵⁷

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu paragraf malın özel kullanım amacının sözleşme hükümleri ile kararlaştırıldığı durumları kapsamamaktadır. Söz konusu durumda, bu amaca uygun olmayan mal teslimi, madde 35/1 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Keza bu husus 1980 Diplomatik Konferansta da tartışılmıştır. Resmi Kayıtlar'da (*Official Records*) da yer aldığı üzere, 15.toplantıda Federal Almanya Cumhuriyeti delegasyonu; özel amacın, ancak bu amacın açık veya zımni olarak sözleşmenin bir parçası haline geldiği durumlarda dikkate alınması gerektiği yönünde bir teklif ileri sürmüştür.⁵⁸ Bu teklif, satıcının yükümlülüğünün haksız olarak hafifletilmesi

⁵⁵ De Luca, a.g.e., s.211.

⁵⁶ Nafiye Yücedağ, **Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı –TBK ve CISG Uyarınca**, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul 2018, s.38.

⁵⁷ De Luca, a.e., s.211.

⁵⁸ Resmi Kayıtlar (*Official Records*), United Nations Conference on Contracts for the International Sales of Goods Vienna 10 March – 11 April 1980, *Official Records*, New York 1991, 15.Toplantı,

sonucunu doğurması ve bu sonucun arzu edilmemesi sebepleriyle reddedilmiştir.⁵⁹ Bu anlamda madde 35/2(b), *Coin Change Machine* davasında kullanılmıştır.⁶⁰ Fransız alıcı ile Alman satıcı, para bozdurma makinesi satımı hususunda anlaşmışlardır. Makinelerin beklenildiği gibi çalışmaması üzerine alıcı, dava açarak sözleşmenin sonlandırılmasını ve sözleşme bedelinin iadesini talep etmiştir. Lyon İstinaf Mahkemesi, malların özel kullanım amacına uygun olmaması sebebiyle, satıcının CISG madde 35/2(b) gereği sorumlu olacağına karar vermiştir. Her ne kadar bu özel kullanım amacı açıkça sözleşmede belirtilmemiş olsa da; mahkeme, satıcının bu amacı bilmesi olgusunun tek başına yükümlülüğün tesisi için yeterli olacağına kanaat getirmiştir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, özel kullanım amacı açıkça veya zımnen satıcıya bildirilebilir. Eğer satıcının yerinde makul bir kişi olsaydı, bu özel kullanım amacından haberdar olurdu diyebiliyorsak, satıcının yükümlülüğü gündeme gelecektir.⁶¹ Aynı sonuca *Channel Steel* davasında da ulaşılmıştır.⁶² Taraflar channel steel satımı hususunda anlaşmışlardır. Her ne kadar kullanım amacına ilişkin herhangi bir husus sözleşmede yer almasa da, malın eni ve uzunluğuna ilişkin sözleşmede hükümler yer almaktadır. Malların sözleşmeye uygun olmaması üzerine, alıcı tahkime başvurmuştur. Tahkim Heyeti, malların genişlik ve uzunluğuna ilişkin açıklamaların, malların özel kullanım amacını zımnen gösteren bir ibare olduğuna kanaat getirmiştir. Bu nedenle de özel kullanım amacına uygun malları teslim etmeyen satıcı, CISG madde 35/2(b) çerçevesinde sorumlu tutulmuştur.

Özel kullanım amacının bildiriminin, sözleşmenin kurulması esnasında yapılması gerektiği, paragrafta belirtilmiştir. Bunun amacı; satıcıya sözleşmeye girmeden

para.57, <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf> (çevrimiçi 18/04/2019).

⁵⁹ De Luca, a.g.e., s.212.

⁶⁰ Fransa Lyon İstinaf Mahkemesi, 18 Ocak 2003, Societe P[...] Service et Societe L[...] de transport en commun v. Societe F[...] automatique et Societe G[...], <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031218f1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

⁶¹ Huber, Mullis, s.139, note 51; De Luca, a.g.e., s.213; Yücedağ, a.g.e., s.41.

⁶² De Luca, a.g.e., s.213; CİETAC Tahkim yargılaması, Ekim 23 1996, (kanal çeliği davası/channel steel case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961023c1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

önce, bu özel kullanım amacı doğrultusunda mal teslim edip edemeyeceği hususunda düşünme payı tanınmasıdır.⁶³

b. Satıcının Bilgisine ve Değerlendirilmesine Dayanılan Durumlar

Madde 35/2 (b)'nin ikinci kısmında, malların özel amaca uygunluğu için bir diğer şart öngörülmektedir. Buna göre alıcı, satıcının bilgi ve değerlendirilmesine güvenmiş olmalıdır. Satım sözleşmesinin tarafları, satım konusu mal hakkında farklı derecede bilgiye sahip olurlar. Örneğin; alıcının alanında tecrübeli ve büyük bir şirket, satıcının ise daha az tecrübeli ara satıcı olduğunu ve malların taraflarca kararlaştırılan teknik bir özel amaca uygunluğu için, hangi özellikleri taşıması gerektiği hakkında bilgi sahibi olmadığını düşünelim. Bu tür durumlarda, malların özel amaca uygunluğu yükümlülüğünün daha az tecrübeli satıcı üzerine bırakılması adil olmayacaktır.⁶⁴ Ancak her iki tarafın da aynı derecede tecrübeli olduğu durumlarda; artık alıcının, satıcının bilgi ve değerlendirmesine dayanıp dayanmadığı hususunun, ilgili olayın hal ve şartlarına bakılarak çözülmesi gerekecektir.⁶⁵

Alıcının, satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvendiği veya güvenmesinin makul olduğu durumları, her davanın özel hal ve şartlarına bakarak değerlendirmek gerekecektir. Ancak genel kanı uyarınca madde 35/2(b), alıcının özel kullanım amacıyla satın aldığı malların, bu amaç için hangi özellikleri taşıması gerektiğini bilmediği durumlarda gündeme gelecektir.⁶⁶ Yani genel kural olarak alıcının, özel kullanım amacına uygunluk için malların hangi özellikleri taşıması gerektiğini satıcıya bildirmesine gerek yoktur; sadece özel kullanım amacının bildirilmesi bu bağlamda yeterlidir.

Haziran 1999'da alıcının temsilcisi sıfatıyla P., satıcı ile araba yarışı etkinliğinde reklam aracı olarak kullanılmak üzere, şişme zafer takı temin edilmesi hususunda

⁶³ Secretariat Commentary, md.33, para.8.

⁶⁴ Bu tür durumlarda satıcının sorumluluğunun gündeme gelmeyeceği hususunda bkz. Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.208.

⁶⁵ Atamer'e göre; tarafların bilgisinin eşit olduğu durumlarda, alıcının satıcının bilgisine ve değerlendirmesine dayandığını iddia etmek mümkün olmayacaktır, Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.210.

⁶⁶ Teija Poikela, "Conformity of Goods in the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Nordic Journal of Commercial Law, issue 2003#1, s.42; De Luca, a.g.e., s.215.

görüşmüştür.⁶⁷ 6 Nisan 2000’de alıcı, 3 adet zafer takının üretilmesi, etiketlenmesi ve turbo kompresör temini hususunda satıcı ile anlaşmıştır.

27 Mayıs’ta, kurulu olan takılardan biri çöktüğünden, organizatörler diğer ikisinin de sökülmesi yönünde karar almıştır. Aynı gün alıcı, mallarda meydana gelen bu ayıbı satıcıya fax ile bildirmiştir. Bunun üzerine satıcının vekili tarafından, satıcının sözleşmeyi askıya aldığı yönünde cevap verilmiştir.

Mahkeme öncelikle, malların ne için kullanılacağı hususunda satıcının bilgilendirildiği olgusunu dikkate alarak, CISG madde 35/2(b)’nin uygulanacağı kanaatine varmıştır. Bu çerçevede, her ne kadar alıcı daha üstün teçhizatlı ürün için ilave masraflar ödemese de; alıcı, satıcının bu konuda uzman olması sebebiyle, ona bildirilen özel amaca uygun şişme zafer takısı teslim edeceğine güvenerek hareket etmiştir. Aksi halde satıcı, bu hususta tecrübesinin olmadığı veyahut bildirilen amaç doğrultusunda sözleşme konusu malların kullanılmasının riskli olduğu yönünde alıcıyı bilgilendirmelidir. Sonuç olarak; teslim edilen mallar, madde 35/2(b) çerçevesinde sözleşmenin özel amacına uygun olmamaları sebebiyle ayıplı sayılacaktır.

Eğer alıcı, satımdan önce malları muayene etmiş veya seçmiş ise, bu durumlarda satıcının değerlendirmesine güvenden bahsedemeyiz.⁶⁸ Ancak alıcının malları doğrudan seçmediği, fakat belirli bir marka üzerinde ısrarcı olduğu durumlarda; alıcının, satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenip güvenmediğinin tespiti daha zor olacaktır. Bazı yazarlara göre burada da güvenden bahsedilemeyecektir.⁶⁹ Ancak bu görüş, tek başına marka seçiminin, satıcının değerlendirmesine güvenilmediği anlamına gelmeyeceği sebebiyle eleştirilmiştir.⁷⁰ Kanaatimizce de, alıcı tarafından yapılan marka seçimi tek başına, satıcının bilgi ve kanaatine güvenilmediği anlamına

⁶⁷ Fountoulakis, Schwenzer, a.e., s.268, c 35-9, CISG-Online 715.

⁶⁸ Zeytin, a.g.e., s.167.

⁶⁹ Enderlein, Maskow, a.g.e.; Cf. Huber & Ingeborg Schwenzer, Obligation of the Seller, in Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (Peter Schlechtriem ed., 2nd ed., Oxford University Press, 1998), Md.35, para.23 in De Luca, a.g.e., s.215.; Rychard Hyland, Conformity of Goods to the Contract under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code, Peter Schlechtriem ed., Einheitliches Kaufrecht und nationals Obligationenrecht, Baden-Baden: Nomos (1987) 305-341. <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hyland1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

⁷⁰ De Luca, a.g.e., s.215, dp.194.

gelmeyecek, ancak olayın özel koşullarının tespitinde marka seçiminin de diğer faktörler arasında değerlendirilmesi gerekecektir.

Eğer satıcı, özel kullanım amacına uygun malları teslim edebilecek vasıflara sahip değilse; bu durumda alıcının, satıcının uzmanlığına güvenmesi makul olmayacaktır.⁷¹

Yine, eğer özel kullanım amacı satıcının iştirak ettiği ticari branşta çok bilindik değilse; bu durumda yine alıcının, satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenmesinden bahsedemeyeceğiz.

3. Sunulan Örnek veya Modele Uygunluk

Taraflar arasındaki satım sözleşmesinin konusu, sunulan bir örnek veya modele dayanıyorsa; teslim edilen malların bu örnek veya modelin özelliklerini taşıması, madde 35/2 (c) çerçevesinde ihlal anlamına gelecektir. Burada model veya örneğin amacı sözleşmenin konusunu belirlemektir.

Eğer alıcı örnek veya modelin eline ulaşmasının ardından, bunlara herhangi bir atıfta bulunmaksızın sipariş verirse, bu durumda tartışmalı hususlar gündeme gelebilecektir. Bu halde ilk önce, sözleşme konusu malların örnek veya modele uygun olmasının gerekmeyeceği fikri savunulabilir.⁷² Berlin Bölge Mahkemesi, “ayakkabı” davasında bu yaklaşımı kabul etmiştir.⁷³ Mahkeme, “modelin ancak tarafların bu yönde bir anlaşmaları olduğu durumlarda bağlayıcı etkisinin olacağını” belirtmiştir.

Bunun aksini savunan görüşe göre ise; taraflar arasındaki sözleşmede örnek veya modele herhangi bir atfın söz konusu olmadığı durumlarda dahi, örnek veya model esas alınarak sözleşmenin kurulduğu kabul edilmelidir.⁷⁴ Yine *Delchi Carrier v. Rotorex* davasında⁷⁵ da mahkeme, sözleşmede her ne kadar örneğe herhangi bir atıf olmasa da, taraflar arasındaki anlaşmanın Rotorex tarafından sunulan örnek esas alınarak tanzim edildiğine kanaat getirmiştir.

⁷¹ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.209; Finlandiya Helsinki Temyiz Mahkemesi, 30 Haziran 1998, (vücut bakımı ürünleri davası/skin care products case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980630f5.html> (çevrimiçi 18/04/19).

⁷² Yücedağ, a.g.e., s.46.

⁷³ Almanyaya Berlin Bölge Mahkemesi, 15 Eylül 1994, (ayakkabı davası), <http://CISGW3.law.pace.edu/cases/940915g1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

⁷⁴ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, Md.35, para. 25.

⁷⁵ ABD, New York Federal Mahkemesi, 9 Eylül 1994, *Delchi Carrier v. Rotorex*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html> (çevrimiçi 04/07/19).

Bu iki görüşten ikincisi daha çok destek görmüştür. Bunun sebebi; sadece yasama tarihçesi ile ilgili değil, aynı zamanda bu yaklaşımın Madde 35/2(c)'nin tabiatı ile de daha uygun olmasıdır. ULİS'te model veya örneğe uygun mal teslim etme yükümlülüğü, ancak satıcının açık veya zımni taahhüdünün olduğu durumlarda gündeme gelmekteydi. Satıcının, teslim edilecek malların sunulan örnek veya modele uygun olacağı yönünde bir algı yaratmadığı, sadece model veya örnek sunduğu durumlarda; satıcının bu yönde bir yükümlülüğünden bahsetmek mümkün değildi. Ancak CISG'de bu yaklaşımdan vazgeçilmiştir. Bu ibarenin Antlaşmadan çıkarılmasının sebebi, zaten satıcı tarafından sunulan model veya örneğin, malların sahip olması gereken özellikler konusunda bir vaat teşkil edeceği anlamına gelmesidir. Dolayısıyla, ayrıca bu yönde bir vaade gerek olmadığından, bu ibare Antlaşmaya alınmamıştır.

Kanaatimizce de ikinci görüş kabul edilmelidir. Zira, CISG çerçevesinde örnek veya modele uygun mal teslimi, madde 35/2, yani "zımni uygunluk" hükümleri altında düzenlenmektedir. Bu bağlamda da malların açıkça örnek veya modele uygun olacağı yönünde vaade gerek duyulmamalıdır.

Mallar sınırsız sayıda özelliğe sahip olabilirler; taraflar açıkça kararlaştırmadıkları takdirde, örnek veya model ile acaba hangi özelliklerin gösterilmeye çalışıldığı tartışmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki örnek, satıcının teslim etmeyi düşündüğü mallardan alınır; model ise, daha sonra temin edilecek ancak var olmayan mallardır.⁷⁶ Eğer örnek, sözleşme konusu mallardan veriliyorsa, bu durumda teslim edilen mal ile örnek arasında müthiş bir benzerlik olmalıdır. Eğer satıcı model sunmuş ise; bu durumda satıcı, teslim edilecek malların modelin sahip olduğu bütün özelliklere haiz olacağı algısını yaratmaktadır.⁷⁷

Bir model sunulduğunda, hal ve şartlar dikkate alınarak, bununla malın hangi özelliklerinin gösterilmeye çalışıldığının tespiti yapılmalıdır. Bu oldukça önemlidir; zira satıcı, model ile nümayiş ettiği özelliklere sahip mal teslimi ile yükümlülüğüne uygun davranmış olacaktır. Sekretarya Şerhinde de bildirildiği üzere; eğer satıcı teslim edilecek malların model veya örnekten farklı olacağını belirtmişse, bu

⁷⁶ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.212; Zeytin, a.g.e., s.168.

⁷⁷ De Luca, a.g.e., s.222.

durumda model veya örneğin özelliklerine uygun mal teslim etme borcu altında olmayacaktır.⁷⁸ Ancak model teslim edilmesi durumunda; olayın şartlarına göre modelin, malın tüm özelliklerinin temsil etmesinin mümkün olduğu gibi sadece bazı özelliklerini temsil etmesi de mümkündür.⁷⁹

Eğer teslim edilen malların makul bir muayene sonucu aşikâr olacak özellikleri, sunulan örneğin özelliklerine sahip değilse, madde 35/2 (c) ihlal edilmiş sayılacaktır. Aksine eğer teslim edilen mallar, örneğin makul muayenesi sonucu tespit edilecek özelliklere sahip ise; fakat detaylı muayene ile belirlenecek özelliklere sahip olmazsa, bu durumda da madde 35/2 (c) çerçevesinde ihlal söz konusu olacaktır. Yani teslim edilecek mallar, alıcının sözleşme konusu mala ilişkin bilmediği, fakat sunulan örnekte mevcut ve ancak detaylı muayene ile tespit edilebilecek özelliklere de sahip olmalıdır. Kısaca bu tür durumlarda, alıcının sözleşmenin kurulduğu anda sunulan örneğin gizli niteliklerini bilmediği hususuna önem verilmemelidir. Gerçekten de CISG çerçevesinde aksinin kabul edilmesi için herhangi bir durum söz konusu değildir.⁸⁰

Madde 35/2(c) çerçevesinde bir diğer şart ise, model veya örneğin satıcı tarafından sunulmuş olmasıdır. Bunun sonucu olarak; eğer model veya örnek alıcı tarafından sunulursa, bu durumda satıcının madde 35/2(c) çerçevesinde sorumluluğunun olmayacağı kanaatine varılacaktır.⁸¹ Bir görüşe göre, alıcının model veya örnek sunduğu durumlarda, madde 35/2(c)'nin kıyasen uygulanması gerekir.⁸² Ancak bu yaklaşım, maddenin lafzı ile uyumlu olmadığı sebebiyle eleştirilmektedir.⁸³ İkinci görüş ise, bu tür durumların madde 35/1 çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği yöndedir. Ancak, yine bu yaklaşımın da aynı sonuca götüreceği kanaatindeyiz.⁸⁴ *Marble Slabs* davasında, Graz İstinaf Mahkemesi ikinci görüşü benimsemiştir.⁸⁵ Avusturyalı alıcı ile İtalyan satıcı, granit levhaların alımı için anlaşmışlardır. Sipariş,

⁷⁸ De Luca, a.e., s.222; Sekretarya Şerhi, Guide to CISG Article 35 <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-35.html> (çevrimiçi 04/07/19).

⁷⁹ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.212.

⁸⁰ Huber, Mullis, a.g.e., s.140; De Luca, a.g.e., s.224.

⁸¹ Yücedağ, a.g.e., s.48.

⁸² Huber, Mullis, a.e., s. 140; De Luca, a.e., s.220.

⁸³ De Luca, a.e., s.220.

⁸⁴ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md. 35, para 25; Huber, Mullis, a.g.e., s.140.

⁸⁵ Avusturya Graz İstinaf Mahkemesi, 9 Kasım 1995, (mermer levhalar davası/marble slabs case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951109a3.html> (çevrimiçi 18/04/19).

satıcıya tedarik edilen örneğe uygun olarak verilmiştir. Malların teslim edilmesinin ardından alıcı, malların renginin örneğe uygun olmadığı sebebiyle sözleşmenin ihlalinin söz konusu olduğunu iddia etmiştir. İlk Derece Mahkemesi alıcının lehine karar vererek, %20 oranında bedelde indirim yapılması gerektiğine kanaat getirmiştir. Temyiz Mahkemesi ise;

*“CISG madde 35/2(c)’nin, model veya örneğin satıcı tarafından alıcıya sunulması gerektiği yönündeki varsayımı önemli değildir, olayımızda alıcı broşürden seçmiş olduğu renk örneğini satıcıya sunmuştur. Eğer bir an için madde 35/2(c)’nin bu durumda uygulanamayacağı kabul edilse bile, taraflar arasında satım konusu levhaların, sunulan örneğin rengine uygun olması yönündeki anlaşmaları, madde 35/1 çerçevesinde malın kalitesine ilişkin bir anlaşma anlamına gelecektir.”*⁸⁶

Bazı durumlarda teslim edilen malların örnek veya modele uygun olması, sözleşmesel tarife aykırılık anlamına gelebilmektedir. Sözleşmesel tarifi örnek veya modelle çelişmediği durumlarda, satıcı tarafından teslim edilecek mallar hem model ve örneğe, hem de sözleşmeye uygun olmalıdır. Aksine, model ve örnek ile sözleşmesel tarif arasında çelişki mevcut ise; bu sefer sözleşme, somut olayın şartları ışığında yorumlanarak, tarafların hangisine öncelik verildiği tespit edilmelidir.⁸⁷

Aynı şekilde; teslim edilen malların örnek veya modele uygun olmasına rağmen, malların mutaat amacına veya özel kullanım amacına aykırı olduğu durumlarda da satıcının madde 35 çerçevesinde teslim yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığının tespiti de oldukça zordur.

Örneğin; balık piyasasında oldukça tecrübeli olan alıcı, satıcı ile 150 ila 190 kg ağırlık arasında balık tutabilecek çengel alımı hususunda görüşmektedir. Sözleşme yapılmadan önce, diyelim ki; satıcı birkaç tane çengel modeli sunarak, bu modellerin teklif olunan malları temsilen sunulduğunu da beyan etmiş olsun. Alıcı sipariş verirken, “x modeline” atıf yapmış ancak daha sonra çengelin 150 ve 190 kg ağırlık arasında balık taşınması gerektiğini belirtmiştir. Seçilen model ile sözleşmede belirtilen özellikler arasında çelişki mevcut olduğundan; satıcı, açıkça belirtilen veya zımnen kabul edilen uygunluk yükümlülüğünden hangisinin öncelikli olacağına karar

⁸⁶ De Luca, a.g.e., s.221.

⁸⁷ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.35, para.26.

vermelidir. Her ne kadar CISG, “ *tarafların aksini kararlaştırmadıkları durumlarda*” zımni yükümlülüğünden bahsedilebileceğini düzenlese de, her olayın hal ve şartları dikkate alınarak tarafın gerçek iradesinin ne yönde olduğu tespit edilmelidir.”⁸⁸

Malların model veya örneğe uygun olması, bazen mutata veya özel kullanım amacına aykırılık anlamına gelebilir. Bu tür çelişkilerin mevcut olduğu durumlarda baskın görüş; örnek veya model sunularak yapılan satımlarda, mutata kullanım amacına aykırı olsalar bile, malların örnek veya modele uygun olmaları gerektiği yöndedir.⁸⁹ Bu görüşün gerekçesi; bir noktaya kadar madde 35/2(c)’nin, madde 35/1 gibi taraflar arasındaki açık anlaşma olarak kabul edilebilir olması ve bu anlamda objektif standartlar getiren 35/2(a)’ya göre öncelikli olarak uygulanabilir olmasıdır.⁹⁰ İkinci görüşe göre ise, iki zımni uygunluk yükümlülüğü arasında çelişki olması hallerinde; madde 35/2(c)’nin öncelikli uygulanması, ancak malların örnek veya modele uygun olmasının mutata amaca aykırılık anlamına geleceğinin, taraflarca açıkça anlaşılması hallerinde söz konusu olacaktır.⁹¹ CISG, iki zımni uygunluk yükümlülüğü arasında (paragraf a ile c) herhangi bir hiyerarşi öngörmediğinden, ikinci görüşün kabul edilmesi daha makul olacaktır.⁹²

Paragraf c ile b arasındaki çelişki durumlarında ise, farklı bir çözüm gündeme gelmektedir. Bu bağlamda yukarıda bahsedilen balık oltası örneği gösterilebilir. Olayda alıcı, 190 kg balığı tutabilecek bir olta almak niyetinde iken, 150 kg’dan fazla ağırlık taşıyamayan modele atıf yaparak sipariş vermiştir. Bu tür durumlarda da madde 35/2(c) öncelikli olarak uygulanacaktır. Bunun sebebinin Schlechtriem şöyle özetlemektedir: “*Model veya örnekle satışlarda temel amacın, alıcıya bu malları muayene ve deneme şansı verebilmek olduğu düşünüldüğünde, kural olarak Madde 35/2(c) öncelikli uygulanmalıdır; zira bu bağlamda alıcı, satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenmemektedir.*”⁹³

⁸⁸ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, Md.35, para.26.

⁸⁹ Zeytin, a.g.e., s.168.

⁹⁰ Yücedağ, a.g.e., s.47De Luca, a.g.e., s.226.

⁹¹ Huber, Mullis, a.g.e., s. 140; De Luca, a.e., s.226.

⁹² De Luca, a.e., s.226.

⁹³ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.35, para. 26; De Luca, a.e., s.227.

4. Mutat ve Uygun Paketleme

Madde 35/2 (d)'ye göre teslim edilen malların, ilgili türden mallar için mutat sayılan şekilde veya böyle bir mutat şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olacak şekilde paketlenmesi gerekmektedir.

Bu maddenin amacı, 35/2(a)'da olduğu gibi malların paketlenmesinde satıcıya asgari bir standart getirmektir.⁹⁴ Belirsizliklerle dolu olan bu paragraf, her bir olayın hal ve şartlarına göre değişmektedir. Özellikle malın türünün yanında, mallar paketlenirken dikkat edilmesi gereken bazı hususlar önem arz edecektir: Malların miktarı, taşımanın şekli, taşımanın müddeti ve varılacak ülkenin iklimi vs. sonsuz değişkenlerin farkında olan Antlaşmayı hazırlayanlar, malın paketlenmesinin uygunluğu için somut bir standart getirmekten kaçınmışlardır.⁹⁵

Malların alıcıya teslim edildiği veya alıcının tasarrufuna bırakıldığı durumlarda, zararın ne zaman meydana geldiğinden bağımsız olarak, paketlenme dolayısıyla meydana gelecek zararlardan satıcı sorumlu olacaktır. Buna göre; genel kurala bir istisna olarak, riskin alıcıya geçtiği durumlarda bile satıcının sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu duruma örnek olarak, Koblenz İstinaf Mahkemesi'nde görülen *şişe davası (bottles case)* gösterilebilir.⁹⁶ İtalyan satıcı ile Alman alıcı, muayyen bir miktar şişe satımı için anlaşmışlardır. Mallar *ex-factory* teslim edilecek ve ardından alıcının tayin ettiği taşıyıcı tarafından teslim alınacaktır. Mallar teslim edildikten sonra alıcı, yetersiz paketleme dolayısıyla malların bir kısmının kırılması bir kısmının ise sterilliğini kaybetmesi dolayısıyla kullanılamaz olduğu sebeplerini ileri sürerek sözleşme bedelini ödemeyi reddetmiştir. Bunun üzerine satıcı, tam satım bedeli için alıcıya dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, bu başvuruyu şişelerin uygun paketlenmediği sebebiyle reddetmiştir. Bunun üzerine satıcı davayı temyiz etmiştir. Satıcı zararın, malların tesliminin ardından meydana geldiğini, dolayısıyla riskin alıcıda olduğunu iddia etmiştir. Koblenz Temyiz Mahkemesi, temyiz başvurusunu zararların uygun olmayan paketleme sonucu meydana geldiğinden bahisle ve her ne kadar riskin alıcıya geçmiş olduğu kabul edilse de, satıcının sözleşmeye uygun

⁹⁴ Sekreteryat Şerhi, md.33, para 12.

⁹⁵ De Luca, a.g.e., s.228.

⁹⁶ Almanya, Koblenz Temyiz Mahkemesi, (OLG) 16 Aralık, 2006, (şişeler davası/bottles case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061214g1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

davranmayarak sebep olduğu ayıptan dolayı sorumlu olacağı gerekçeleriyle, ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

a. Mutat Sayılan Şekilde Paketleme

Satım konusu mallar, aynı türden mallar için mutat sayılan şekilde paketlenmelidir. “Mutat” ibaresinin tespitinde, aynı ticari alanda iş yapan makul bir tacirin algısı dikkate alınmalıdır. Yine mutat sayılan şeklin tespitinde, ilgili ticari branşta mevcut bütün teamüller de dikkate alınmalıdır.⁹⁷ Satıcının yükümlülüğünün sınırının anlaşılabilmesi için, hususi ticari teamülün mevcudluğu tespit edilmelidir. Kesin sözleşmesel tanımın mevcut olmadığı durumlarda, teamülün madde 9/2’de öngörülen iki durumda mevcut olduğu kabul edilmektedir.⁹⁸ Öncelikle; sübjektif kritere göre, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği teamüller taraflar için bağlayıcıdır. Objektif kritere göre ise, teamülün yaygın olarak bilinmesi ve ilgili ticari branşta işlem görenler tarafından düzenli olarak kullanılması gerekmektedir.

Yerel ticari teamüller, yaygın olarak bilinmek ve uluslararası satışlarda taraflar arasında düzenli olarak kullanılmak şartıyla uygulanabilir.⁹⁹ Bu görüş, Saarbrücken Temyiz Mahkemesinde görülen *mermer panel (marble panel)* davasında da benimsenmiştir.¹⁰⁰ Doğal taşlardan yapılan mermer panellerin düzgün taşınması için alıcı, taşıma şirketi ile anlaşmıştır. Malların zarar görmüş şekilde teslim edilmesinin ardından alıcı, taşıma şirketine karşı dava başlatmıştır. Taşıma şirketi ise, malların uygun paketlenmemesi dolayısıyla zarar gördüğünü iddia etmiş ve satıcıya karşı dava açmıştır. Temyiz Mahkemesi, öncelikle taraflar arasındaki sözleşmede paketlemeye ilişkin açık hükmün yer almaması sebebiyle, standartların madde 35/2(d)’ye göre belirleneceğini tespit etmiştir: “*Malları teslim etme yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin belirlenebilmesi için, malların aynı türden mallar için mutat sayılan şekilde paketlenip paketlenmediğinin tespit edilmesi gerekir. Mutat amaca uygunluğun tespiti bakımından, satıcının ülkesindeki standartlar dikkate alınmalıdır.*”

⁹⁷ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.214.

⁹⁸ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.214.

⁹⁹ De Luca, a.e., s.231.

¹⁰⁰ Almanya Saarbrücken İstinaf Mahkemesi (OLG), 17 Ocak 2007 (mermer panel davası/marble panel case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070117g1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

CISG'in lafzına uygun olması hasebiyle, yaygın olarak bilinen ve taraflar arasında düzenli olarak kullanılan yerel ticari teamüller, mevzu bahis paragraf bakımından da dikkate alınabilir. Madde 35/2 (d), sadece uluslararası ticari teamüllerin bağlayıcı olacağına dair herhangi bir hüküm ihtiva etmemekte; yaygın olarak bilinen ve kabul edilen yerel menşeli ticari teamüllerin uygulanamayacağına dair bir yasak öngörmemektedir.¹⁰¹

b. Malların Muhafazası ve Korunmasına Uygun Olan Şekilde

Paketleme

Bu bent çerçevesinde öngörülen objektif standarta göre mallar, aynı tür malların muhafazası ve korunmasına uygun olacak şekilde paketlenmelidir. Özellikle, mutad şeklin mevcut olmadığı durumların sıklıkla ortaya çıkabileceği veya malların yeni üretilmesi sebebi ile böyle bir şeklin henüz mevcut olmadığı hususları dikkate alınarak, böyle bir alternatif standart maddeye dahil edilmiştir.¹⁰²

Her ne kadar, paketleme hususunda “yeterlilik” değerlendirmesi malların tesliminden sonra yapılacaksa da; kullanılan paketleme, malların yükleme öncesi durumuna göre tespit edilecektir. Satıcı, malların muhafazası ve korunmasına uygun olan bir şekilde paketleme yapabilmesi için, bazı hususları özellikle dikkate almalıdır: Satım konusu malın tabiatı, taşımanın süresi, teslim türünü, iklim koşulları vs.

Son olarak belirtmek gerekir ki; eğer paketleme, sadece malların muhafazası için yapılmış ve taşıma sonucu ambalajlar zarar görmüşse, satıcının bu paragraf bakımından sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Yok eğer ambalajlama, malların bir parçasını teşkil ediyorsa, satıcının sorumluluğundan bahsedebileceğiz.¹⁰³

D. Madde 35/1 ile 35/2 Arasındaki İlişki

Madde 35 çerçevesinde, taraflar arasında malın sözleşmeye uygunluğu hususunun açıkça düzenlendiği durumlarda; bu hükümün zımni sözleşmeye uygunluk yükümlülüklerini düzenleyen madde 35/2'nin yerini alıp almayacağı da değinilmesi

¹⁰¹ De Luca, a.g.e., s.231.

¹⁰² Bianca, Bonell a.g.e., md.35, para. 2.7.1.

¹⁰³ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.35, para.32.

gereken önemli konulardandır.¹⁰⁴ Yani taraflar arasındaki antlaşma, 35/2'nin yerine mi geçecek; yoksa böyle bir anlaşmanın mevcut olmasına rağmen, madde 35/2 hükümleri de bunun yanında uygulanacak mıdır? Eğer ilk görüş kabul edilirse, madde 35/2 hükümlerinin “tamamlayıcı hükümler” niteliğinde olduğunu ve ancak taraflar arasında malların sözleşmeye uygunluğuna dair herhangi bir hükmün yer almadığı durumlarda uygulanacağını kabul etmiş oluruz. Yok eğer ikinci görüşü kabul edersek; taraflar arasında yapılan sözleşmede malların uygunluğuna dair hüküm mevcut olsa bile, madde 35/2, bu hükümlerin yanında uygulanmaya devam edecektir. Meğer ki, taraflar açıkça madde 35/2'nin uygulanmasını yasaklasınlar veya 35/2 gereğince zımni yükümlülüklerinin uygulanması, anlaşmanın açık hükümlerinin uygulanması ile bağdaşmasın. (kümülatif görüş)

Flechtner'e göre kümülatif görüş benimsenmelidir. Zira, taraflar arasında kararlaştırılan malların sözleşmeye uygunluğuna dair hükümlerin sözleşmede mevcut olması, tek başına zımni yükümlülükleri düzenleyen madde 35/2'nin taraflar arasındaki sözleşmeden hariç tutulmuş olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Meğer ki, taraflar açıkça 35/2 hükümlerinin uygulanmasını yasaklasınlar.

Madde 35/2'deki yükümlülükler ikiye ayrılabilir. Flechtner'e göre bu sınıflandırma (ayrım), “tamamlayıcı hüküm” ve “kümülatif yaklaşım” tartışmasında oldukça yararlı olacaktır. Madde 35/2 (a) (aynı türden malların mutaat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun olmaları) ve 35/2(d) (ilgili türden mallar için mutaat sayılan şekilde veya böyle mutaat bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafaza ve korunmasına uygun olacak şekilde paketlenmiş olması) hükümleri, CISG çerçevesinde her işlemde gündeme gelecektir. Meğer ki, taraflar bu hükümleri kapsam dışı bıraksınlar. Yazar bu iki hükmü, “*genel zımni uygunluk yükümlülükleri*” diye adlandırmaktadır. Aksine, 35.maddenin (b) ve (c) bentlerinde yer alan yükümlülükler ise her daim gündeme gelmezler ve bazı şartların mevcut olmasını gerekli kılarlar. 35/2 (b)'ye göre, satıcının malları “belirlenen amaca” uygun olarak teslim etme zorunluluğundan bahsedebilmek için, iki şartın meydana gelmesi gerekecektir: (1) Belirli bir amacın açıkça veya zımnen satıcıya bildirilmesi, (2)

¹⁰⁴ Harry Flechtner, “Decisions on Conformity of Goods”, **Current Issues in the CISG and Arbitration**, ed.: Ingeborg Schwenzer, Yeşim Atamer, Petra Butler, Eleven International Publishing, Hollanda 2014, s.177-195.

alıcının makul olarak satıcının bilgi ve değerlendirmesine güvenmiş olması.¹⁰⁵ Madde 35/2(c) ise, teslim edilecek malların, satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip olduğu durumlarda gündeme gelecektir. Yazar b ve c bentlerini ise, “*özel zımni uygunluk yükümlülükleri*” diye adlandırmaktadır.

CISG madde 35/2 (a) ve (d) bentlerine ilişkin olarak, “tamamlayıcı hükümler” yaklaşımını uygulanması, alıcı için tehlikeli sonuçlar meydana gelecektir. Bunun sonucu olarak alıcı, teslim edilen malların mutata kullanım amacına ve mutata paketlenme standartlarına aykırılık sebebiyle gündeme gelecek haklarını kullanamayacak; sadece açık anlaşmaya aykırılıklar sebebiyle tazminat ve diğer haklarını kullanabilecektir. Bu yaklaşımın kabulü ile, malların sözleşmeye uygunluğuna ilişkin açık anlaşma yapan alıcı, aldığından çok daha fazlasını yanlışlıkla vermektedir. Bu yorumların hiçbirisi kanaatimizce de makul ve adil değildir.

Tamamlayıcı hüküm yaklaşımını, “*özel zımni uygunluk yükümlülükleri*” ne uyguladığımız zaman ise, daha da belirgin kusurların meydana geleceğini göreceğiz. Yukarıda da belirttiğimiz gibi 35/2 (b); malların, alıcının özel kullanım amacına -bu amacın sözleşmenin kurulması esnasında satıcı tarafından bilinmesi veya alıcının makul olarak satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvendiği durumlar da dahil- uygun olarak teslim etme yükümlülüğünü düzenlemektedir.¹⁰⁶ 35/2 (c) ise, satıcının alıcıya örnek veya model sunduğu durumlarda, teslim edilecek malların bu örnek veya modellere uygun olma yükümlülüğünü düzenlemektedir. Bu hükümler de “*genel zımni uygunluk yükümlülükleri*”nde olduğu gibi, alıcının makul beklentilerini yansıtmaktadır. Ancak bu iki hüküm, bir önceki paragrafta bahsedilen yükümlülüklerden farklı olarak bütün ticari satışlarda değil, belirli satışlarda görünmektedir. Özellikle “*özel zımni uygunluk yükümlülükleri*”, taraflar arasında gerçekleşen bazı etkileşimlerden doğmaktadır.

¹⁰⁵ Harry Flechtner, Decisions on Conformity of goods, s.189: “Bu hüküm CISG’de olumsuz olarak ifade edilmiştir. “Koşullardan alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılabilir.”

¹⁰⁶ Harry Flechtner, Decisions on Conformity of goods, s.191.

Yine tamamlayıcı hüküm görüşüne göre, sırf taraflar satım konusu malların kalitesine ilişkin açık hüküm getirdikleri için; alıcı, madde 35/2 (b) ve (c) ile getirilen zımni uygunluk standartları sebebiyle yaratılan haklı ve makul beklentilerine dayanamayacaktır. Taraflar arasındaki malların kalitesine ilişkin hüküm, alıcının özel beklentisi ile çatışmadığı ve tarafların açıkça madde 35/2’yi sözleşme dışı bırakmadığı durumlarda dahi sonuç değişmeyecektir. “Tamamlayıcı hüküm” yaklaşımı, alıcıyı yine tehlikeli bir duruma sokmaktadır. Şöyle ki; herhangi bir açık hüküm olmamasına rağmen, alıcı yanlışlıkla madde 35/2 (b) ve (c) hükümlerine dayanmak hakkını kaybetmektedir.

E. Mallardaki Önemsiz Farklılıklar

Kural olarak satıcı, mallarda mevcut her türlü ayıptan sorumludur. Bu ayıbın önemli veya önemsiz olması bu olguyu değiştirmemektedir. ULIS madde 33/2’de, satıcının önemsiz ayıplardan sorumlu olmayacağı hükmü, CISG’e bilinçli olarak alınmamıştır.¹⁰⁷ Ancak, satım konusu mallarda yer alan önemsiz farklılıklar, CISG madde 49’a göre sözleşmenin esaslı ihlalini teşkil etmeyecektir.¹⁰⁸ Dolayısıyla alıcı, madde 46/2 uyarınca ikame mal teslim edilmesini ve 49/1 uyarınca sözleşmeden dönülmesini isteyemeyecektir. Buna mukabil alıcı, zararlarının mevcut olduğunu ispat etmesi şartı ile madde 74 çerçevesinde tazminat talep edebilecektir.

F. Sorumluluğun Kalkması (35/3)

Satıcının Antlaşma çerçevesinde getirilen şartlara uygun olmayan mal teslim etmesi, alıcının sözleşmenin ihlali dolayısıyla başvurabileceği hukuki çareleri her daim gündeme getirmeyecektir. Madde 35/3, alıcının sözleşmenin kurulması anında mallardaki ayıpları bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı durumlarda, satıcının bu uygunsuzluklar dolayısıyla sorumlu tutulamayacağını düzenlemektedir. Bu hükmün altında yatan temel prensip; mallardaki göze çarpan ve aşikâr ayıplara rağmen, bu malları satın almaya karar veren alıcının, daha yüksek kalitede mal teslim

¹⁰⁷ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, Md.35, para.33.

¹⁰⁸ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.215; CISG çerçevesinde sözleşmenin esaslı ihlali için bkz. Al-Hajaj Amir, **The Concept of Fundamental Breach and Avoidance under CISG**, Brunel University School of Law, Doktora Tezi, Londra 2015; Robert Koch, **The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**, Institute of Comparative Law Faculty of Law McGill University, Montreal Quebec Canada 1998.

almayı beklemesinin dürüstlük kuralına aykırı olacağıdır.¹⁰⁹ Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşmenin kurulmasının ardından alıcı tarafından malların ayıplı olduğunun öğrenilmesi, satıcının sözleşmeye uygun mal teslim etme yükümlülüğünü etkilemeyecektir.

Her ne kadar madde hükmü, açıkça satıcının madde 35/2 (a) ile d paragrafları çerçevesinde sorumlu olmayacağını düzenlese de; bazı yazarlar, bu hükmün kıyasen madde 35/1'e de uygulanması gerektiğini savunmaktadır.¹¹⁰ Zira bu görüşün gerekçesi olarak, birçok *common law* ve *civil law* ülke hukuklarının bu yönde düzenlemeler içermesi gösterilmektedir.¹¹¹ Ancak, bu görüşün kabul edilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Öncelikle CISG madde 7'de de açıkça düzenlendiği üzere; Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınmalı ve yeknesak uygulanması teşvik edilmelidir. Dolayısıyla, madde 35/3 yorumlanırken yerel hukukların düzenlemelerine başvurmak, Antlaşmanın yukarıda belirtilen amacına aykırılık teşkil edecektir. Yine kanunlaştırma sürecine bakıldığı zaman; Antlaşmayı hazırlayanların, madde 35/3'ün madde 35/1'de belirtilen durumlara uygulanmayacağına karar verdiklerini görebiliriz. Norveç delegasyonu tarafından sunulan, madde 35/3'ün öngördüğü sorumsuzluğun madde 35/1'e de uygulanmasını öngören teklif, Birinci Komitenin 37. Toplantısında reddedilmiştir. Sonuç olarak, madde 35/3'ün sadece madde 35/2'ye uygulanacağı ve 35/1'e şamil edilmeyeceği bilinçli bir tercihtir.

Madde 35'in altında yatan temel prensibi irdelediğimizde ise, 35/3'ün ancak zımni uygunluk yükümlülüklerine uygulanacağı daha belirginleşecektir. Eğer alıcı, sözleşmenin kurulması anında malların ayıplı olduğuna dair pozitif bir bilgiye sahip ise, bu durumda sözleşmeye uygun malların teslim edilmesini bekleyemez. Ancak, tarafların sözleşmesel olarak belli bir kalite hususunda açıkça anlaşmış olmaları halinde (35/1), durum farklı olacaktır. Yine, alıcının mallardaki ayıbı bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmadığı durumlarda bile; alıcı, satıcının bu ayıpları gidereceğine güvenerek uygun ifa için sözleşme akdedebilir. Yani, sözleşmede özel hükümlerin yer aldığı durumlarda, alıcının malların durumuna ilişkin gerçek veya

¹⁰⁹ De Luca, a.g.e., s.233.

¹¹⁰ Enderlein, Maskow, a.g.e.

¹¹¹ Detaylı analiz için bkz. De Luca, a.g.e., s.234, dp.268.

varsayılan bilgisi önemsiz olacaktır.¹¹² Ancak, her hâlükârda alıcının ayıpları bilmesi, tarafların malların hangi özellikleri ile ilgili anlaşma sağladıklarının yorumunda kullanılabilir.¹¹³

Bazen ise satıcı, hileli olarak malların gerçek kalitesinden daha iyi durumda olduğuna dair algı yaratmaya çalışabilir. Bu durumda mallardaki ayıbın tespitini ağır ihmali sebebiyle yapamayan alıcı, hileli davranan satıcıdan daha çok korunmaya değerdir.¹¹⁴ Bu istisna ilk kez, Köln Temyiz Mahkemesi tarafından *İkinci El Araba /Used Car* davasında kullanılmıştır.¹¹⁵ Her ikisi de oto galericisi olan İtalyan satıcı ile Alman alıcı, ikinci el araba satımı konusunda anlaşmışlardır. Belgelerde, sözleşme konusu arabanın 1992’de ruhsatının alındığı ve odometrede gerçekte olandan daha az mil katettiği gösterilmiştir. Arabanın yeniden satılmasının ardından son alıcı, arabanın 1990’da ruhsatının alındığını ve milajının aslında odometrede gösterilenden daha fazla olduğunu tespit etmesinin ardından, asıl alıcıya karşı dava başlatmıştır. Son alıcının zararlarını ödeyen asıl alıcı, daha sonra satıcıyı dava ederek ödemiş olduğu bu tazminatların karşılanmasını talep etmiştir. Köln Temyiz Mahkemesi aşağıdakileri belirtmiştir:

*“[...] Satıcının hileli olarak hareket ettiği durumlarda; satıcı, alıcının bu uygunsuzluğu bilmemesinin mümkün olmadığı hallerde bile sorumlu olmaya devam edecektir. [...] Ağır ihmali olan alıcı, hileli davranan satıcıdan daha çok korunmaya değerdir. Sonuç olarak, satıcının hileli hareketinin olduğu durumlarda madde 35/3’ün uygulanmayacağı, CISG madde 7 ile bağlantılı olarak madde 40’tan çıkarılmalıdır.”*¹¹⁶

1. Mallardaki Ayıba İlişkin Gerçek veya İsnat Edilecek Bilgi

Satıcı eğer, alıcının mallardaki uygunsuzluğu bildiğine veya bilmemesinin mümkün olmadığı hususuna dayanarak sorumluluktan kurtulmak istiyorsa, alıcının gerçek veya varsayılan bilgisinin mevcutluğunu ispat etmek zorundadır. Alıcının gerçek bilgisinin ispat edilmesi oldukça zor olacağından; Antlaşma satıcıya kolaylık

¹¹² De Luca, a.e., s.236.

¹¹³ Huber, Mullis, a.g.e, s.142.

¹¹⁴ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.218; Poikela, s.34, para.5.6;

¹¹⁵ Almanya Köln İstinaf Mahkemesi, (OLG) 21 Mayıs 1996, (ikinci ele araba davası/used car case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

¹¹⁶ De Luca, a.e., s.238.

sağlayarak, alıcının mallardaki ayıpları bilmemesinin mümkün olmadığı durumların ispatı halinde de, ona sorumluluktan kurtulma şansı tanımıştır. Bu ifadeye Antlaşmanın 8/1, 40, 42/1 ve 42/2(a) maddelerinde de rastlanılmaktadır ve bunun amacı satıcının ispat yükümlülüğünü kolaylaştırmaktır. Zira tarafın bilmesi gerektiği şeyin ispatı, tarafın bildiği şeyin ispatından daha kolaydır.¹¹⁷

“Bilmemesinin mümkün olmadığı” ifadesi, yukarıda da belirtildiği üzere Antlaşmanın birçok maddesinde kullanılmışsa da, bu ifadenin tam olarak ne anlama geldiği açıklanmamıştır. Ancak, doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere bu ifade ihmal kavramı ile ilgilidir. Farklılıklar ise, ihmalin derecesinin tespitinde meydana gelmektedir. Bazı yazarlar, alıcının “bilmemesinin mümkün olmadığı” durumlar için ağır ihmal¹¹⁸ kriterinin uygun olduğunu ifade ederken; diğerleri ise, ağır ihmalden bile daha fazlasının gerekeceğini savunmaktadırlar.¹¹⁹ Honnold’un yaklaşımına göre, “bilmemesinin mümkün olmadığı” ifadesine dayanan yükümlülüklerde tarafa muayene görevi yüklenilmemekte, sadece göz önünde olan olguların dikkate alınması beklenilmektedir.¹²⁰ Bunun sonucu olarak, madde 35/3 gereğince sorumluluktan kurtulmak isteyen satıcı, mallardaki ayıpların alıcının gözünün önünde olduğunu ispat etmelidir. Bunu yaparken satıcı objektif standartlara başvurabileceği gibi, mevzu bahis olayın hal ve şartlarına da dayanabilecektir.

2. Mallardaki Ayıbın Sonradan Öğrenilmesi

Alıcı, sözleşmenin kurulmasından önce yapacağı muayene ile veya satıcının söylediği bir şey üzerine, sözleşmeye uygunsuzluk halini tespit edebilir. Son olarak ise mevcut olayın şartları, malların sözleşmeye uygun olmayacağını zımnen çağrıştıracaktır.

İlk ihtimalden başlarsak; Antlaşma, sözleşmenin kurulmasından önce alıcıya malları muayene etme yükümlülüğü yüklememiştir. Muayenenin yapılması alıcının seçimine bırakıldığından; satıcı, alıcıya malları sözleşmeden önce muayene etmek için fırsat yarattığını iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak alıcı, malları sözleşmenin kurulmasından önce muayene ederse, bunun sonucunda tespit edilen

¹¹⁷ Bu ifade Norveç Delegasyonu tarafından Vienna Diplomatik Konferansı sırasında seslendirilmiştir.

¹¹⁸ De Luca, a.e., s.240.

¹¹⁹ Huber, Mullis, a.g.e., s.142.

¹²⁰ Honnold, a.g.e., md.35, para.229.

veya göz ardı edilmesi mümkün olmayan ayıplar dolayısıyla, malların sözleşmeye uygun olmadığını iddia edemeyecektir. Örneğin; *İkinci El Buldozer (Second hand bulldozer)*¹²¹ davasında, İtalyan satıcı ile İsviçreli alıcı ikinci el paletli dozer satımı hususunda anlaşmışlardır. Sözleşmenin kurulmasından önce alıcı dozeri muayene etmiş ve tespit edilen üç ayıbın giderilmesini istemiştir. Malın tesliminin ardından alıcı, malın sözleşmeye uygun olmaması sebebiyle dava açmıştır. Valais Temyiz Mahkemesi, satıcının malların sözleşmeye uygun olmamasından dolayı sorumluluğunun olmayacağı kanaatine varmıştır. Mahkeme, sözleşmenin kurulmasından önce alıcının malları muayene ederek dozerdeki ayıpları öğrendiğini veya öğrenmemesinin mümkün olamayacağını belirtmiştir.

İkinci durumda ise, satıcı ayıptan dolayı alıcıyı haberdar etmektedir. Satıcının ayıbı alıcıya bildirdiğini ispatlaması yeterli olmayacak; ayrıca bu iletişimin ardından, alıcının yerinde olacak herhangi makul birisinin ayıbı bilmemesinin mümkün olmayacağını da ispat etmelidir.¹²² Ayrıca, satıcının genel olarak malın ayıplı olduğunu bildirmesi yeterli olmayacaktır. Madde 35/3 çerçevesinde sorumluluktan kurtulmak isteyen satıcı, ayıbın türü ve doğasını da alıcıya bildirdiğini ispat etmelidir.¹²³

Ve son olarak alıcı, olayın hal ve şartlarını yorumlayarak sözleşmeye uygunsuzluğun mevcut olduğuna kanaat getirebilir. Örneğin; aşağı kalite için öngörülen fiyata mal satın alan alıcı, yüksek kalitede mal teslim alacağını bekleyemez. Yine, satıcıdan her zaman ayıplı mal teslim alan satıcı, bu sefer malların ayıpsız olacağını bekleyemez. Meğerki, sözleşmede uygun ifa talep ettiğini belirtsin.¹²⁴ Bu son duruma örnek olarak, *Hidrolik Basınç (Hydraulic Press Case)* davası gösterilebilir.¹²⁵ Olayda İtalyan satıcı ile Çinli alıcı, hidrolik basınç satımı için anlaşmışlardır. Muayene sonucu ortaya çıkan basınçta yer alan ayıp sebebiyle, hidrolik basınç mutad amaca uygun kullanılamamaktadır. Tahkim Heyeti, bir sene önce alıcının satıcıdan aynı tür

¹²¹ Schwenzer, Fountoulakis, a.g.e., s.275; İsviçre Valais İstinaf Mahkemesi, 28 Ekim 1997, (ikinci el buldozer davası/second hand bulldozer case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971028s1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

¹²² De Luca, a.g.e., s.242.

¹²³ De Luca, a.e., s.242.

¹²⁴ Poikela, a.g.e., s.34, para.5.6.

¹²⁵ CIETAC Tahkim yargılaması, 20 Ocak 1994 (hidrolik basınç davası/hydraulic press case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940120c1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

makineleri satın aldığını hatırlatmış ve teslim edilen mallarda da aynı ayıbın bulunması sebebiyle, alıcının sözleşmeye girerken mallardaki ayıbı bildiğini belirtmiştir. Sonuç olarak, alıcının madde 35/3 çerçevesinde, sözleşmenin kurulması anında ayıbın mevcut olduğunu bilmemesinin mümkün olmaması sebebiyle, alıcının iddiaları reddedilmiştir.

G. CISG Madde 35 Çerçevesinde İspat Külfeti

İspat külfetinin taraflardan hangisinin üzerinde olduğu meselesinin, CISG çerçevesinde düzenlenip düzenlenmediği tartışmalı hususlardandır. Doktrinde mevcut üstün görüşe göre, her ne kadar CISG’de açıkça düzenlenmemiş olsa da; hem genel olarak, hem de madde 35 ile ilgili ispat yükümlülüğünün, madde 7/2 bağlamında CISG kapsamında düzenlenen hususlardan olduğu kabul edilmektedir.

Mahkemeler çoğunlukla, Antlaşmanın vakayı iddia eden tarafın bu iddiasını ispat etmesi gerektiği yönünde genel bir prensip içerdiğini vurgulamakta ve sonuç olarak; malların sözleşmeye uygun olmadığını iddia eden tarafın, bu hususu ispat etmesi gerektiğini savunmaktadırlar.¹²⁶ Bu aynı zamanda, bir istisnaya dayanan tarafın ayrıca bu hususu da ispat etmesi gerektiği anlamına gelecektir.¹²⁷ Diğer taraftan, riskin alıcıya geçtiği anda malların sözleşmeye uygun olduğunu satıcının ispatlaması gerektiği; ancak risk geçtikten sonra, malların uygunsuzluğunun ispatının alıcının üzerinde olduğu, mahkemelerce ağırlıklı olarak kabul edilmektedir.¹²⁸

Ancak aksini ispat meselesinin, CISG çerçevesinde düzenlenmediğini iddia eden yazarlar ve mahkeme kararları da mevcuttur. Bu görüşü benimseyen en önemli yazarlardan biri Fletchner’dir. Flechtner’e göre ispat standartlarına ilişkin sorunlar CISG’in kapsamı dışında bırakılmıştır. Yine yazar, yerel hukukun uygulanması durumunda, ortaya yeknesak olmayan sonuçların meydana gelebileceğini

¹²⁶ Anna L. Linne, “Burden of Proof under Article 35 CISG”, s.34; İsviçre Zürich Ticaret Mahkemesi, 9 Eylül 1993, (mobilya davası/furniture case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930909s1.html> (çevrimiçi 18/04/19); Avusturya Innsbruck İstinaf Mahkemesi, 1 Temmuz 1994, (bahçe çiçekleri davası/garden flowers case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940701a3.html> (çevrimiçi 18/04/19).

¹²⁷ Franco Ferrari, “Burden of Proof under the CISG”, Kluwer Law International (2000-2001) 1-8, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari5.html> (çevrimiçi 18/04/19).

¹²⁸ İsviçre Zürich Ticaret Mahkemesi, 30 Kasım 1998, (kuzu derisi davası/lambcase) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981130s1.html> (çevrimiçi 18/04/19); İsviçre Bern İstinaf Mahkemesi, 11 Şubat 2004, (tel ve kablo davası/wire and cable case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040211s1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

vurgulamaktadır: Bir yerel hukuk sisteminde sözleşmeye uygunsuzluğun tespiti için yeterli olan bir ispat aracı, bir diğer sistemde yeterli olmayabilir. Ancak sırf yeknesak bir uygulamanın oluşması için, bu tür durumların CISG kapsamında olduğunu iddia etmenin pek akıllıca bir yaklaşım olmayacağını ve özellikle politik olarak uluslararası ticaret hukukunun gelişmesi için tehlikeli olabileceğini vurgulamaktadır. Yine yazara göre, eğer malların sözleşmeye uygunluğunun tespiti için standartların ve ispat kurallarının CISG kapsamında olduğu kabul edilirse, bu sefer Antlaşmada bu hususta açık hüküm bulunmadığından, madde 7/2 gereği bu boşluğu Antlaşmanın genel prensipleri ile doldurmamız gerekecektir. Ancak, tüm akit devletlerin usul hukuklarını kapsayacak bir prensibi tasavvur etmek pek mümkün olmayacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ispat meselesinin CISG çerçevesinde düzenlenmediğini benimseyen kararlar da mevcuttur. Örneğin; bir davada mahkeme, madde 35 hükmü ışığında malların sözleşmeye aykırı olup olmadığına uygulanacak ispat standartlarının, yerel hukukça tespit edileceğini belirtmiştir.¹²⁹ Bir diğer kararda örtülü de olsa aynı sonuca ulaşılmıştır. Alıcının sunmayı önerdiği malların sözleşmeye uygun olmadığına dair ekspertiz raporu, mahkemenin yer hukukuna dayalı olarak reddedilmiştir. Şöyle; mahkemeye göre, ancak mahkemenin tayin edeceği eksperin sunacağı rapor yargılamada dikkate alınacaktır.¹³⁰

Kanaatimizce bu hususta, ispat meselesinin CISG çerçevesinde zımni de olsa düzenlendiği görüşü kabul edilmelidir. Zira bu görüş; hem daha iyi gerekçelendirilmiş, hem de uygulanması neticesinde meydana gelecek sonuçlar, CISG madde 7’de öngörülen yeknesak uygulamanın teşviki amacı ile de daha uyumludur.

CISG çerçevesinde Avusturya Mahkemesi’nde görülen bir davada mahkeme, her ne kadar ispat külfetinin ilgili maddenin hükümlerinden yararlanmak isteyen taraf üzerinde olması gerektiğini vurgulasa da, istisnai durumlarda eşitlik anlayışının ispat yükümlülüğünün yer değişmesine sebep olabileceğini, bu bağlamda; *delile daha yakın olma, delilin elde edilmesi bakımından daha elverişli bir durumda bulunma*

¹²⁹ Arjantin İstinaf Mahkemesi, 21 Temmuz 2002, Cervceria y Malteria Paysandu S.A. v. Cervceria Argentina S.A. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020721a1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

¹³⁰ İtalya Vigevano Bölge Mahkemesi, Rheinland Versicherungen v. Atlarex <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html> (çevrimiçi 18/04/19).

veya delilin elde edilmesinin taraftan beklenilmeyecek derecede zor olması kriterlerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.¹³¹Yine ispat meselesi ile ilgili olarak, İsviçre ve İtalyan mahkemeleri tarafından verilen kararlarda belirtilen bazı prensiplere değinmek yerinde olacaktır¹³²: a) *Antlaşma çerçevesinde herhangi bir maddeden yararlanmak isteyen taraf, bu maddenin ön şartlarını ispat etmelidir*; b) *Herhangi bir istisnaya dayanan taraf, bu istisnanın varlığını ispat etmelidir*; c) *Herhangi bir tarafın sorumluluk alanında yer alan vakalar, en azından teorik olarak vakayı daha iyi bildiği varsayılan tarafça ispat edilmelidir*, zira vaka o tarafın kontrol alanında yer almaktadır.

H. Maldaki Ayıbın Tespiti Bakımından Uygun Zaman (Madde 36)

1. Genel Kural

Madde 36'ya göre, hasarın alıcıya geçtiği an itibarıyla satım konusu mallar, madde 35'de belirtilen standartlara uygun olmalıdır. Hasarın ne zaman alıcıya geçtiği, taraflar arasında tanzim edilen sözleşmeden tespit edilebileceği gibi¹³³, böyle bir hükmün yokluğunda CISG madde 66-70'e göre de tespit edilebilecektir. Sonuç olarak, hasarın alıcıya geçtiği anda mallar sözleşmeye uygun olmaz ise, alıcı bu uygunsuzluktan doğan haklarını kullanabilecektir. Eğer hasarın alıcıya geçmesinin ardından mallar ayıplı hale gelmiş ise, artık satıcının sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Örneğin; CISG çerçevesinde görülen bir davada, satım konusu kurutulmuş mantarlar taşıma esnasında bozulmuştur. Mahkeme, hasarın alıcıya geçmesinin ardından sözleşmeye uygunsuzluğun meydana geldiğini vurgulayarak, satıcının madde 36/1 gereğince sorumlu olmayacağı kanaatine ulaşmıştır.¹³⁴

Ancak bu; malların ayıplı olduğu hususunun, hasarın alıcıya geçmesinin ardından anlaşıldığı durumlarda, malların sözleşmeye uygun olacağı anlamına gelmemelidir. Zira madde 36/1, daha ileriki bir zamanda ortaya çıksa bile, hasarın alıcıya geçmesi anında mallarda mevcut olan ayıplardan satıcının sorumlu olacağını açıkça düzenlemektedir. Bununla bağlantılı olarak belirtmek gerekir ki; mutad veya özel

¹³¹ Avusturya Temyiz Mahkemesi, 12 Eylül 2006, (CD media cae), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060912a3.html> (çevrimiçi 18/04/19).

¹³² Ferrari, *Burden of Proof*

¹³³ Zeytin, a.g.e., s.170.

¹³⁴ Huber, Mulis, s.144; Arjantin Temyiz Mahkemesi, 31 Ekim 1995, Bedial v. Müggenburg, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951031a1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

kullanım amacına uygun olabilmesi için, malların teslim anından itibaren makul bir süre boyunca bu amacı yerine getirebilecek kalitede olması gerekir. Mallar teslim anında sözleşmeye uygun olmasına rağmen, eğer taşıyıcının (malların taşınmasının satıcı tarafından üstlenilmediği durumlarda) veya herhangi başka bir üçüncü kişinin ihmali sebebiyle ayıplı hale gelirse, artık satıcının teslim yükümlülüğünü yerine getirdiğini ve alıcının bu ayıplar dolayısıyla taşıyıcıya veya üçüncü kişiye başvurması gerektiği kabul edilmelidir.¹³⁵

2. Hasarın Alıcıya Geçmesinin Ardından Mallarda Meydana Gelen Ayıplar

CISG 36.maddenin ikinci fıkrasına göre satıcı, birinci fıkrafta belirtilen andan sonra meydana gelecek sözleşmeye aykırılıklardan, bu uygunsuzluğa -taahhüt edilen garantiler de dahil olmak üzere- herhangi bir yükümlülüğünü yerine getirmeyerek sebebiyet vermesi halinde sorumlu olacaktır.

Bu hüküm, hasarın alıcıya geçme anından önce mevcut olan sözleşmeye aykırılıklar nedeniyle, hasarın intikalinden sonra mallarda ayıpların vuku bulması durumlarını ele almaktadır. Örneğin; satım sözleşmesinde yer alan hükümler gereği, taşıma sözleşmesi yapmak için satıcıya yetki verilmiş ve satıcı da açıkça yetersiz olan bir taşıyıcı ile anlaşmış ise, hasarın alıcıya geçmesinden sonra olsa bile, taşıyıcının sebep olduğu ayıplardan satıcının sorumluluğu devam edecektir.¹³⁶ Bu durumu madde 36/1 çerçevesinde değerlendiremeyiz. Zira hasarın alıcıya intikali anında malların uygunsuzluğundan bahsetmemiz mümkün değildir. Bu nedenle, satıcının sorumluluğu madde 36/2 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Yine madde 35/2 (d) gereğince, satıcının paketleme yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle, hasarın alıcıya geçmesi anından sonra meydana gelen zararlar ile mevzu bahis durumu da birbirinden ayırmak gerekir. Zira paketleme yükümlülüğüne aykırılık durumunda, uygunsuzluğun hasarın intikali anından önce mevcut olduğu kabul edilmektedir.¹³⁷

¹³⁵ Joseph Lookofsky, “The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods, Article 36, Time of Conformity Determination”, J. Herbots editor / R. Blanpain general editor, International Encyclopaedia of Laws - Contracts, Suppl. 29 (December 2000) 1-192., <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo36.html> (çevrimiçi 18/04/2019).

¹³⁶ Hubber, Mullis, a.g.e, s.145.

¹³⁷ Hubber, Mullis, a.e., s.145.

CISG madde 36/2, hasarın alıcıya geçmesinin ardından satıcının sözleşmeye aykırı davranması neticesinde, mallarda hasarın meydana gelmesi durumlarına da uygulanmalıdır. Ve yine 36/2 gereği satıcı, hasarın alıcıya geçmesinden sonra ortaya çıkan ve malların belirli bir süre için mutaat amaçlarına veya belirli bir amaca elverişli kalacağı; ya da belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlâlüne dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumlu olacaktır. Ancak, bu durumların 36/1 çerçevesinde zaten düzenlendiğini söyleyebiliriz. Zira CISG madde 35/2 (a) ve (b) fıkraları gereğince satıcı, malların mutaat ve özel kullanım amacına makul bir süre için uygun olmasını temin etmelidir. Ve hasarın alıcıya geçmesinin ardından, satıcının mutaat veya özel kullanım amacı bakımından süre kıstasına uymadığı anlaşılırsa, satıcı madde 35 ve 36/1 gereği zaten sorumlu olacaktır.¹³⁸ Madde 36/2, malların alıcı veya üçüncü kişiler tarafından olağanüstü kullanım teminatı altında satın alındığı durumlarda, özellikle uygulama alanı bulacaktır.¹³⁹

I. Satıcının Teslim Tarihinden Önceki Onarım Hakkı

Madde 37 satıcıya; malların teslim tarihinden önce teslim edilmesi halinde, bu tarihe kadar eksik bölümleri veya eksik kalan miktarı teslim etme ya da sözleşmeye uygun olmayan malları ikame eden yeni mallar teslim etme veya malların diğer sözleşmeye aykırılıklarını giderebilme olanağı tanımaktadır. Meğer ki, bu hakkın kullanımı alıcı için makul olmayan zahmet veya masrafa yol açsın. Ancak, madde alıcının tazminat hakkını saklı tutmaktadır.

Teslim tarihinden önce teslim edilen mallardaki eksik kısım veya eksik kalan miktarın sonradan tamamlattırılması, alıcı bakımından her zaman için zahmetli olacaktır. Ancak bu durum, eksik olan kısımların kabul edilmemesi için haklı bir sebep oluşturmamaktadır. Bunun yanı sıra madde, alıcının tazminat hakkını saklı tuttuğundan, alıcı onarım sebebiyle katlanmış olduğu masrafları satıcıdan isteyebilecektir. Dolayısıyla, onarım hakkının kullanımını sınırlayan “*makul olmayan zahmet ve masrafa yol açmasın*” ifadesi değerlendirilirken, alıcının tazminat hakkının saklı olduğu da dikkate alınmalıdır.

¹³⁸ Lookofsky, a.e.

¹³⁹ Hubber, Mullis, a.g.e., s.146.

Madde 37, teslim tarihinin ileri bir tarih ile değiştirildiği durumları kapsamamakta olup, bu durumlarda satıcı, ancak madde 48/1 çerçevesinde iyileştirme yapabilecektir.¹⁴⁰

Son olarak; alıcının asılsız olarak satıcının iyileştirme teklifini reddetmesi hallerinde, artık sözleşmeye aykırılığa kendi fiili ile sebebiyet veren alıcı, uygunsuzluğa dayanamayacaktır.¹⁴¹

II. Mallardaki Ayıp ile İlgili Olarak Muayene ve Bildirim

Yükümlülüğü

A. Malların Muayenesi

Madde 38 genel olarak, satım konusu malların alıcı tarafından muayene edilmesi ile ilgilidir. Maddeye göre malların, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene edilmesi gerekir. Bu maddenin aslında temel amaçlarından biri, malların bir an önce muayene edilerek uygun olmayan hususların satıcıya bildirilmesidir. Malların muayene edilmesi ve sözleşmeye aykırılıkların satıcıya bildirilmesi yükümlülüğü, öte yandan da uygunsuzlukların giderilmesi için satıcıya bir olanak sağlamaktır. Zira satıcı, bu hallerde mallardaki eksiklikleri giderebilir, ikame mal teslimi yapabilir veya mallardaki ayıpları tamirat yolu ile giderebilir. Satıcının malları başka bir kişiden satın aldığı durumlarda, bu üçüncü kişilere bir an önce başvurabilme olanağının sağlanabilmesi de madde 38'nin temel amaçlarındandır.

Ayrıca muayene ve bildirim yükümlülüğünün mevcudluğu, alıcının kötünietli olarak spekülasyon yapmasını da engellemektedir. Zira kötünietli alıcı, dava açacağına güvenerek zararların artmasını isteyebilir. Dolayısıyla, muayene ve bildirim yükümlülüklerinin belirli bir süre içerisinde yapılması gerektiğinin şart koşulması, nispeten de olsa bu tür spekülasyonların önüne geçmiştir.

Malların muayenesi teknik anlamda bir yükümlülük olmayıp, yapılması alıcı lehine olan bir külfettir.¹⁴² Yani bu yükümlülüğün ihlali sonucu alıcı, mallardaki ayıbı tespit edemediğinden CISG madde 39 gereği süresinde ayıp bildiriminde bulunamayacak

¹⁴⁰ Zeytin, a.g.e., s.174.

¹⁴¹ Bianca, Bonell, a.g.e., md.37, para. 2.5.

¹⁴² Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.38, para. 5.

ve neticede malların sözleşmeye uygunsuzluğu sebebiyle sahip olduğu hukuki imkânlara başvurma hakkını kaybedecektir.¹⁴³ Eğer alıcı, uygun bir muayeneye rağmen mallardaki ayıpları tespit edemez ise, bu durumda hukuki imkânlara başvurma hakkını kaybetmemektedir. Aynı şekilde, uygun bir muayeneye bile saptanamayacak ayıpların mevcut olması durumunda, malların muayene edilmemiş ve dolayısıyla da ayıp ihbarı gönderilmemiş olması, alıcının durumunu etkilemeyecektir.¹⁴⁴

Yine belirtmek gerekir ki, malların muayenesi ve akabinde ayıp bildirimi hususları irdelenirken öncelikli kaynağımız, taraflar arasında yapılan sözleşme olacaktır. CISG bu hususta emredici hükümler getirmediğinden, öncelikle muayene metoduna ilişkin taraflar arasındaki sözleşmeye bakılacaktır.

Genel olarak bakıldığı zaman, uygun muayenenin ne olduğu ve ne zaman yapılması gerektiği hususlarına ilişkin genel bir çözümün mevcut olmadığından, her olayın hal ve şartlarına bakılması gerekecektir. Sözleşmede eğer herhangi bir hüküm yer almaz ise, bu sefer taraflar arasındaki teamüllere bakılacaktır. Antlaşmanın veya teamülün yokluğunda ise, CISG'in hükümlerine başvuru gündeme gelecektir. Alıcı; malların tabiatını, miktarını, paketlemesini ve diğer tüm koşulları dikkate alarak bu doğrultuda bir muayene yapmalıdır. Yüzeysel koruyucu film satımına ilişkin bir davada Karlsruhe Temyiz Mahkemesi, muayenenin kapsamı ve yoğunluğunun; malların türüne, paketlemesine ve test etme imkânlarına bağlı olarak tespit edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.¹⁴⁵

1. Muayenenin Şekli/Yöntemi

ULİS'te yer alan hükme göre, muayenenin nasıl yapılacağı sözleşme ile kararlaştırılırdı; ancak böyle bir kloz yoksa, muayenenin yapılması gereken yer hukuku kurallarına veya teamüllerine göre tespit edilmekte idi. Ancak, malların muayene edilmesi gereken yer hukukunda bu hususta herhangi bir kural veya teamülün mevcut olmaması, alıcının muayene külfetinden azat edilmesi anlamına geldiğinden, haklı olarak bu yetersiz düzenleme CISG'e dahil edilmemiştir. Bunun

¹⁴³ Zeytin, a.g.e., s.178.

¹⁴⁴ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.38, para. 5.

¹⁴⁵ Almanya Karlsruhe Temyiz Mahkemesi, 25 Haziran 1997, (yüzeysel koruyucu film davası/surface protective film case), <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

sebebi, Antlaşmanın uluslararası ticaret ile ilgili olması dolayısıyla, bu bağlamda muayenenin kapsamının ve şeklinin de uluslararası teamüllere göre belirlenmesi gerektiği düşüncesidir.¹⁴⁶ (Sekretaryat Şerhi) Ancak böyle bir teamülün olmadığı durumlarda, kriterlerin neye göre belirlenmesi gerektiği de tespit edilmelidir. Düzenlemenin amacı dikkate alındığında, bu hususta uluslararası teamülün olmadığı durumlarda muayene; malın tabiatı, sayısı ve paketlenme şekli dikkate alınarak makul bir şekilde yapılmalıdır. Bu bakımdan, alıcının kompleks teknolojik araçların istifadesini gerektirecek bir muayene yapma külfeti söz konusu değildir. Meğer ki, malların ve durumun özelliği özellikle bu tür bir muayenenin yapılmasını gerektirsin. Ancak, malların kompleks olduğu veya sayısının fazla olduğu durumlarda bile, muayenenin her bir mal veya parça için tek tek yapılması gerekmemektedir.

Madde 38, muayenenin alıcı tarafından yapılması gerektiğine dair bir düzenleme içermemektedir. Dolayısıyla alıcı, malların muayenesini kendisi yapabileceği gibi, bağımsız bir üçüncü kişiye de yaptırabilir.¹⁴⁷ Ancak muayeneyi ister kendisi yapsın, isterse de başkasına yaptırınsın, alıcının madde 38 çerçevesinde sorumluluğu devam edecektir. Yani, eğer malların muayenesi üçüncü bir kişi tarafından yapılmış ve yapılan bu muayene de yetersiz olmuşsa (ayıplı), bu tür durumlarda genel olarak kabul edildiği üzere, uygunsuz muayene için alıcının sorumluluğu söz konusu olacaktır. Ancak, eğer tarafların anlaşması ile muayeneyi yapan nötr bir üçüncü kişi veya satıcı özel olarak bir üçüncü kişinin eksper olması hususunda ısrarcı olmuş ise, artık yukarıda belirtilen genel kural uygulanmayacaktır.

Kısaca, her bir olayın hal ve şartları dikkate alınmalıdır. Bu hususta genel kuralların tespit edilmesi mümkün değildir. Yani, çabuk bozulabilen malların söz konusu olduğu bir olayda, muayene için uzun süren metotların kullanılmaması gerekecektir.

2. Bildirim İçin Süre Sınırı

Antlaşma, muayenenin “koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde” yapılması gerektiğini öngörmektedir. Aslında, uluslararası ticari satımlarda söz konusu olabilecek sonsuz sayıda mal türü dikkate alındığında, CISG’in böyle esnek

¹⁴⁶ Sekretarya Şerhi, md.36, para.3, <http://www.cisg-online.ch/index.cfm?pageID=644#Article%2036> (çevrimiçi 18/04/19).

¹⁴⁷ Zeytin, a.g.e., s.177.

bir hükme yer vermesi isabetli olmuştur. Dolayısıyla, yine her bir olayın hal ve şartlarına ayrı ayrı bakılması gerekmeyle birlikte, genel olarak madde 38'in muayene işleminin hızlı bir şekilde yapılmasını amaçladığı da dikkate alınmalıdır. Örneğin; malların çabuk bozulabilen cinsten olması veya sezonluk olması hallerinde, muayenenin hemen yapılması aranmaktadır.¹⁴⁸ Aksine, malların dayanıklı olması halinde ise durum farklı olacaktır. Yine dayanıklı mallar söz konusu olsa bile, malların sayısının veya cinsinin sözleşmeye uygun olup olmadığının tespiti için derhal muayene gerekebilir. Ancak mallardaki ayıplar bazen, alıcının bu malları başkaca bir işleme tabi tutması sonucu ortaya çıkabilir.¹⁴⁹ Yani teslim edilen bir parçanın ayıplı olup olmadığı, ancak o parçanın amacı doğrultusunda kullanılması sonucu tespit edilebilir. Eğer alıcı, malları yeniden satmayı düşünüyorsa, muayenenin malların yeniden satılmasından önce hayata geçirilmesi gereklidir.¹⁵⁰ Keza, teslim edilen malların kullanılması başka mallarla karıştırılmasını gerektiriyorsa, muayenenin birleşmeden önce yapılması gerekecektir.¹⁵¹ Yine yukarıda da belirtildiği üzere, taraflar arasında süre gelen bir ticari ilişki söz konusu olursa ve satıcı daha önce ayıplı mal teslim etmişse, artık alıcının bir an önce malları muayene etmesi beklenecektir.

3. Sürenin Başlaması

Genel olarak, malların muayene edilmesi için süre, malların teslimi ile başlayacaktır. Ancak, teknik ekipman için gereken işletim talimatları eksikse veya satıcı sözleşmede kararlaştırılan belgeleri temin etmediğinden alıcı uygun bir muayene yapamıyorsa, bu durumlarda muayene için öngörülen süre başlamayacaktır.¹⁵²

¹⁴⁸ Zeytin, a.g.e., s177.

¹⁴⁹ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.38, para.17; Almanya (DLG) Karlsruhe İstinaf Mahkemesi, 25 Haziran, 1997, (yüzey koruyucu kaplama davası/surface protective film case) <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

¹⁵⁰ (Dutch) Arrondissementsrechtbank Zwolle 5 March 1997, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=332&step=Abstract> (çevrimiçi 18/04/19)

¹⁵¹ Almanya Köln İstinaf Mahkemesi, 21 Ağustos 1997, (alüminyum hidroksit davası/aluminium hydroxide case) (teslimden sonra kimyasalların başka maddeler ile karıştırılacağı durumlarda, kimyasalların muayenesi hemen yapılması gerekir), <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/970821g1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

¹⁵² Sanna Kuoppala, "Examination of the Goods under the CISG and the Finnish Sale of Goods Act" (Examination of the Goods diye anılacaktır), Publication of the Faculty of Law of the University of Turku, Private law publication series B:53, <http://www.cisg.law.pace.edu/CISG/biblio/kuoppala.html> (çevrimiçi 18/04/19).

Eğer teslimat, zamanından önce yapılmışsa; yani öngörülen tarihten önce ya da teslimat için kararlaştırılan tarih aralığının başlangıcında mallar teslim edilmişse, asıl teslimat tarihinden önce alıcının muayene yapması beklenmemelidir. Zira, muayene tarihinin önceden kararlaştırıldığı durumlarda, artık bu tarihin erkene alınması külfetli olabilmektedir. Ancak hal ve şartların uygun olması halinde, zamanından önce yapılan ifayı kabul eden alıcının, malların muayenesini ertelemeğinde makul bir sebebi yoktur.

Ancak madde 38, fıkra 2 ve 3 ile bazı istisnalar getirmektedir. İkinci fıkraya göre, eğer taraflar arasındaki sözleşme malların taşınmasını gerektiriyorsa, muayene malların varma yerine ulaşması sonrasında ertelenebilir. Buna göre CIF veya FOB satımlarda¹⁵³ muayene, malların son varma yerine ulaşması anına kadar ertelenecek ve muayene süresi de bu andan sonra işlemeye başlayacaktır. Yine belirtmek gerekir ki, taraflar madde 38/2'yi aralarındaki sözleşmeye getirecekleri hüküm ile bertaraf edebilirler.¹⁵⁴

Madde 38/3 ise; malların alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkâna sahip olmaksızın taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilmesi veya onun tarafından başka bir yere gönderilmesi hallerinde, satıcının sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi koşuluyla, muayenenin, malların yeni varma yerine ulaşması sonrasında ertelenebileceğini düzenlemektedir. Öncelikle, Madde 38/3'te kullanılan yönlendirme ve gönderilmenin ne anlama geldiğinin açıklanması gerekmektedir. Eğer, mallar taşıma halindeyken asıl teslimat yerine varmadan başka bir yere yönlendirilmişse “yönlendirmeden” bahsedeceğiz. Bu yönlendirmenin alıcı tarafından mı, yoksa alıcının müşterisi tarafından mı yapıldığı önemsizdir.¹⁵⁵ Yok eğer, mallar asıl teslimat yerine vardıktan sonra başka bir yere gönderilmişlerse

¹⁵³ ICC, **Incoterms 2010 by the International Chamber of Commerce (ICC), ICC rules for the use of domestic and international trade terms**, ICC Services Publications, 2011 Fransa; Mutlu Yılmaz, Ahmet Özkan, Necmettin Şahin, “Incoterms 2000 ve 2010’nun Mukayeseli Analizi ve Türkiye Uygulamalarındaki Eksiklikler”, Journal of Yasar University 2011 23(6) 3814-3825.

¹⁵⁴ Huber, Mullis, a.g.e., s.153; Almanya Düsseldorf İstinaf Mahkemesi, 8 Ocak 1993, (konserve salatalık davası/tinned cucumbers case), <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/930108g1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

¹⁵⁵ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.38, para. 23.

“gönderilmeden” bahsedeceğiz. Yine burada da gönderilmeye kimin sebebiyet verdiği önemli olmayacaktır.

Madde 38/3 uyarınca, muayene başlangıç tarihinin malların yeni varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilmesi için, satıcının sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini bilmesi veya bilmesinin gerekmesi şarttır. Bilme, çoğu zaman alıcının ara satıcı olduğu durumlarda söz konusu olacaktır.¹⁵⁶ Ancak, genel olarak malları yeniden satma veya başka bir yere yönlendirme ya da gönderme niyetinde olan alıcının, bu niyetini açıkça satıcıya bildirmesi tavsiye edilmektedir.¹⁵⁷

4. Muayene İçin Yapılan Masraflar

Eğer taraflar arasındaki sözleşmeden veya ticari teamüllerden aksi anlaşılmıyorsa, genel olarak muayene masraflarına alıcı katlanacaktır.¹⁵⁸ Eğer, sözleşmeye aykırı ifa sebebiyle sözleşme iptal edilmiş ise, alıcı bu masrafını tazminat olarak isteyebilecektir. Aynı durum, ikame mal teslimi veya tamiratın söz konusu olduğu durumlar için de geçerli olacaktır. Eğer alıcı yeniden muayene yapmak zorunda kalırsa, bu masraflarını da madde 74 çerçevesinde satıcıdan isteyebilecektir.

B. Ayıbın Bildirilmesi

Madde 39, alıcının malların ayıplı olması sebebiyle hukuki imkânlardan faydalanamayacağı iki durumu düzenlemektedir: Bunlardan ilki, alıcının malların ayıplı olduğunu saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir sürede satıcıya bu ayıpları bildirmemesi (39/1); ikinci olarak ise, malların fiilen tesliminden itibaren alıcının iki yıllık bir süre içinde ayıbı satıcıya bildirmemesi halinde, madde 45 vd düzenlenen hukuki imkânlardan artık faydalanamamasıdır. Ancak aşağıda da belirteceğimiz üzere bu kuralların istisnaları mevcuttur.

Bu fıkraların birbirinden bağımsız olduğu unutulmamalıdır. Yani alıcı, maksimum iki yıl içerisinde mallardaki ayıbı satıcıya bildirmelidir. Ancak çoğu zaman bu süre

¹⁵⁶ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.38, para. 24; Huber, Mullis, a.g.e, s.154; Bianca, Bonell md.38, para.2.9.2.

¹⁵⁷ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.38, para. 24; Huber, Mullis, a.g.e., s.154.

¹⁵⁸ Zeytin, a.g.e., s.179.

dolmadan, madde 39/1'in uygulanması sonucu alıcı zaten mallardaki ayıba dayanma hakkını kaybedecektir.

1. Bildirimin Şekli ve İçeriği

Bildirimin ne şekilde yapılması gerektiği madde 39'da düzenlenmemiştir. Taraflar istedikleri şekli aralarındaki sözleşmede öngörebilirler. Dahası taraflar, sözleşmeye uygun olmayan mallar için bildirim yükümlülüğünün hiç uygulanmayacağını da kararlaştırabilirler.¹⁵⁹ Genel olarak yazılı şeklin yeterli olacağı kabul edilse de, telefonla sözlü bildirimin de geçerli olacağı savunulmaktadır.¹⁶⁰ Sadece, bu tür bildirimlerin daha sonra ispat bakımından zorluk çıkaracağı dikkate alınmalıdır.

CISG madde 27 sebebiyle, ayıp ihbarının iletimindeki gecikme veya ulaşamama riski satıcıya aittir.¹⁶¹ Ancak, bu halde yapılan bildirimin olayın hal ve şartlarına göre uygun vasıtalarla yapılması gerekir. Bu noktada faks ve e-mail kullanımı uluslararası ticarete kabul edilen yöntemlerdendir. Yukarıda bahsedilen sakıncasına rağmen, telefonla sözlü bildirim de makul sayılabilmektedir.

Ayıp bildirimini sözleşmeye aykırılığın türünü de içermelidir. Bu zorunluluğun getirilmesindeki temel amaç, satıcıyı mallardaki ayıplar hakkında bilgilendirmek ve gerekli önlemleri almasını sağlamaktır.¹⁶² Yine de bu zorunluluk çok katı bir şekilde yorumlanmamalıdır. Alman Mahkemesinde görülen ve konusu moda malları olan bir davada mahkeme, malların tesliminden itibaren sekiz gün içerisinde yapılan “ucuz işçilik ve uygunsuz duruş” şeklindeki bildirimin, ayıpları yeterli ölçüde belirtmediği gerekçesiyle, alıcının malların sözleşmeye uygun olmamasına dayanamayacağına kanaat getirmiştir.¹⁶³

Bildirimin içeriği bakımından dikkate alınması gereken bir diğer önemli faktör ise, alıcının tecrübesi ve uzmanlığıdır.¹⁶⁴ Belirli bir ticaret dalında profesyonel olan alıcının, satıcıyı daha sofistike ifadelerle bilgilendirmesi gerekecektir. Alman Mahkemesi, “yer altı mantar” satımına ilişkin bir davada alıcının, mantarların

¹⁵⁹ Kuoppala, *Examination of the Goods*.

¹⁶⁰ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, Md.39, para.11.

¹⁶¹ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.39, para.11.

¹⁶² Zeytin, a.g.e., s.181.

¹⁶³ Almanyada München Yerel Mahkemesi 3 Temmuz 1989, *Moda tekstilleri davası (Fashion textiles case)*, <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/890703g1.html> (çevrimiçi18/04/19).

¹⁶⁴ Kuoppala, *Examination of the Goods*.

yumuşak olduğu yönündeki bildiriminin yeterince belirli olmadığına kanaat getirmiştir.¹⁶⁵ Alıcı, profesyonel yer mantarı satıcılarının çoğunun, mantarlardaki yumuşaklığın onların kurtlu olduğu anlamına geldiğini bileceğini iddia etse de mahkemenin kanaati değişmemiştir.

2. Bildirim İçin Süre Sınırı

a. Sürenin Başlama Anı

Madde 39/1; alıcıya, sözleşmeye uygun olmama durumunu öğrendiğinden veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren makul bir sürede bu hususu satıcıya bildirme yükümlülüğü getirmektedir.

Alıcının ayıpları hangi anda öğrenmesi gerektiği hususu madde 38’de düzenlenmiştir ve buna göre, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayenenin yapılması gerekir. Yani, görüleceği üzere süreler birbirini izlemekte ve bu nedenle, bu iki sürenin birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir. İki olayın aynı anda baş vermesi mümkün ise de aksi durumun gündeme gelmesi de söz konusu olabilmektedir. Bu ayrımın yapılmasındaki temel amaç, alıcının korunmasıdır.

Bildirim için makul süre, alıcının ayıpları keşfettiği veya keşfetmesi gerektiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Uygun bir muayene ile tespit edilemeyen ayıplar için süre, ayıbın gerçekten keşfedildiği veya edilmesi gerektiği tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu husus, alıcının sürekli olarak malları kontrol etmesi gerektiği anlamına gelmemelidir.¹⁶⁶ Ancak alıcı, ayıbın gizli olduğunu ve muayene sırasında tespit edilemediğini ispat etmelidir. Bu hükmün amacı ise, yukarıdaki paragrafta kabul edilen alıcı lehine düzenlemenin dengelenmesidir.¹⁶⁷

Alıcının muayene yapıp yapmadığı bu hüküm çerçevesinde önemsizdir; önemli olan, sözleşmeye aykırılığın tespit edilebileceği tarihte tespit edilmemesidir.¹⁶⁸ Böyle bir hükmün varlığının amacı, hem alıcının malları bir an önce muayene etmesini teşvik

¹⁶⁵ Almanya Bochum Yerel Mahkemesi, 24 Ocak 1996, (yermantarı davası/truffles case), <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960124g1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

¹⁶⁶ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.39, para.20.

¹⁶⁷ De Luca, a.g.e., s.247.

¹⁶⁸ Martin Karollus, Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994 CORNELL REV. CONV. ON CONTRACTS FOR THE INT’L SALE OF GOODS, 69, Sept. 19, 2011, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/karollus.html> (çevrimiçi 18/04/19).

etmek, hem de satıcının malların tesliminden itibaren bir hayli zaman geçtikten sonra yapılacak olan ayıp bildirimlerinden korunmasını sağlamaktır.

Alıcının uygunsuzluğu bilmesi durumunda bildirim için süre, malların muayene süresinin dolup dolmamasından bağımsız olarak işleyecektir. Bu tür durumlarda muayenenin yapıp yapılmaması bile önemli olmayacaktır. Örneğin; malların teslimi sonrası muayene yapılmadan alıcı, başka bir yolla mallardaki ayıbı öğrenirse (örn. müşteri tarafından yapılan bilgilendirme) süresi içerisinde bu ayıpları satıcıya bildirmelidir.¹⁶⁹

b. Makul Süre

Madde 39, makul bir süre içerisinde mallardaki ayıbın satıcıya bildirilmesi gerektiğini öngörmektedir. “*Makul süre*”, her bir olayın hal ve şartlarına bakılarak tespit edilmelidir. Tabi ki genel ölçümüz, yine maddede belirtildiği üzere “makullük” olacaktır. Ancak, özellikle dikkat edilmelidir ki, eğer taraflar sözleşmede bildirim için belirli bir süre öngörmüşlerse, artık bu süre dikkate alınacaktır. Örneğin; ICC’de görülen bir davada, hakem heyetinin bildirim için kararlaştırılan 1 aylık sürenin makul olarak değerlendirilebileceği yönündeki ifadesi doktrinde fazlaca eleştirilmiştir. Davanın özetinde Camilla Andersen, ayıpların bildirimi için taraflar arasında kararlaştırılan sürenin makul olup olmamasına bakılmaksızın, CISG madde 6 gereğince belirlenen bu bir aylık sürenin uygulanması gerektiğine haklı olarak dikkat çekmiştir.¹⁷⁰

Eğer taraflar arasındaki sözleşmede bu hususta herhangi bir hüküm yer almıyorsa, bu sefer taraflar arasındaki teamüllere bakılmalıdır.¹⁷¹ Aksi halde ise, makul sürenin tespitinde her bir olayın hal ve şartlarına bakılması gerekecektir.¹⁷² *Sürme kapı* satımına ilişkin bir davada İsviçre Mahkemesi, bildirimin teslimattan itibaren bir sene sonra yapılmasını, açıkça gecikmiş bildirim olarak değerlendirmiştir.¹⁷³

¹⁶⁹ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.39, para.21.

¹⁷⁰ ICC Tahkim yargılaması, Case No. 7331 of 1994, (sığır derisi/cowhide case) <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/947331i1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

¹⁷¹ Zeytin, a.g.e., s.180.

¹⁷² Daniel Girsberger, “The Time Limits of Article 39”, 25 Journal of Law and Commerce (2005-2006) 241-251, s.242.

¹⁷³ İsviçre St. Gallen Judicial Commission Oberrheintal, 30 Haziran 1995, (sürme kapı davası / sliding doors case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950630s1.html> (çevrimiçi 18/04/19).

Yine, malların çabuk bozulabilen türde olması, bildirim süresini kısaltmaktadır: Bildirimin saatler içerisinde veya en fazla birkaç gün içerisinde yapılması söz konusu olabilir.¹⁷⁴ Sezonluk mallar söz konusu ise, yine bildirimin en kısa sürede yapılması gerekir. Yapışkan kaplama kâğıtlarının satımına ilişkin bir davada Alman Mahkemesi, aybın tespitiinden itibaren 21 gün içerisinde yapılan bildirimin uygun olduğuna ve yapışkan kaplama kâğıtlarının dayanaksız ve sezonluk olmadığına kanaat getirmiştir.

Alıcının sözleşmeye aykırılık sebebiyle kullanacağı hukuki imkân da makul sürenin tespiti bakımından önemlidir. Yani, eğer alıcı sözleşmeyi iptal etmek niyetinde ise, bildirimin derhal yapılması gerekir; yok eğer malları elinde tutarak sadece tazminat talep etmek istiyorsa, bu sefer bildirimin nispeten daha uzun bir sürede yapılması kabul edilebilir.¹⁷⁵¹⁷⁶

3. Madde 39/2’de Düzenlenen Zamanaşımı Süresi

Madde 39/2, her hâlükârda alıcının malların tesliminden itibaren iki yıllık süre içerisinde, mallardaki ayıpları satıcıya bildirmesi gerekeceğini düzenlemektedir. Bu iki yıllık süre, malların alıcıya fiziken teslim edilmesinin ardından işlemeye başlayacaktır. Yani sadece malları temsil eden belgelerin teslimi değil, malların fiziken teslim edildiği tarih dikkate alınacaktır.¹⁷⁷ Madde 38/2’ye göre, eğer malların taşınması söz konusu olursa, iki yıllık zamanaşımı süresi malların varma yerine ulaşmasından itibaren işlemeye başlayacaktır. Madde 38/3 gereğince, malların yönlendirilmesi veya gönderilmesi hallerinde muayene, malların yeni varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir. Madde 38/3 çerçevesinde alıcı, muayene için yeterli imkâna sahip olmasa bile malları teslim almış olacağından, iki yıllık süre yine bu

¹⁷⁴ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, Md.39, para.21.

¹⁷⁵ Huber, Mullis, a.g.e, s.161; Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md.39, para.16; Bianca, Bonell, a.g.e., md.39, para.1.5; Zeytin, a.g.e., s.180.

¹⁷⁶ Yine bildirimin hangi sürede yapılması gerektiğine ilişkin Profesör Schwenzer tarafından ileri sürülen “Noble Month” görüşüne göre, bildirimin ne zaman yapılması gerektiği hususu ile ilgili bütün hal ve şartlar göz önünde bulundurulmalı (örn. malın tabiatı, planlanan iyileştirmeler, ihlalin türü vs.) ve eğer sürenin uzaması veya ksalmasını gerektiren herhangi bir özel durum mevcut değilse, dayanıklı mallar için ayıp bildiriminin ortalama en az bir ay içerisinde yapılması gerekecektir., Ingeborg Schwenzer, “National Preconceptions that Endanger Uniformity”, 19 Pace INT’L L. REV.103 (2007) s.103-124.

¹⁷⁷ Bianca, Bonell, a.g.e., md.39, para.2.7.

teslim tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır.¹⁷⁸ Ancak, alıcının malları müşterilerine doğrudan teslim ettiği durumlarda, iki yıllık süre malların müşterilere tesliminden itibaren işlemeye başlayacaktır.¹⁷⁹

Bu iki yıllık zamanaşımı süresi, alıcının zamanında bildirimde bulunmaması konusunda makul bir özü olduğu durumlarda bile uygulanacaktır. (madde 44) Ancak madde 40 gereğince, satıcının kötünietli olarak hareket ettiği durumlarda madde 39 uygulama alanı bulamayacaktır.

Madde 39/2, iki yıllık süre sınırının sözleşmesel bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olduğu durumlarda uygulanmayacağını düzenlemektedir. Garanti süresi ile iki yıllık süre sınırının birbiri ile bağdaşıp bağdaşmadığı, taraflar arasındaki sözleşmenin yorumlanması ile tespit edilmelidir. Örneğin; ayıp bildiriminin malların tesliminden itibaren iki ay içinde yapılması gerektiği kararlaştırılmışsa, bu klozun madde 39/2’de düzenlenen iki yıllık sürenin kısaltılması amacıyla yapıldığının kabul edilmesi gerekir.¹⁸⁰ Aksine, bir yıl boyunca teslim edilen makinalarının belirli bir tüketimi aşmayacağı garantisi, tek başına CISG madde 39/2 ile çelişki yaratmaz.¹⁸¹

İlgili yerel hukukta talep zamanaşımı süresinin, CISG madde 39/2’de düzenlenen iki yıllık süre sınırından daha kısa olduğu durumlarda da bazı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Ancak, kanaatimizce bu hallerde CISG madde 39/2 gereği iki yıllık süre sınırının uygulanması daha doğru olacaktır.¹⁸² Zira bu husus açıkça Antlaşmada düzenlenen hususlardandır.

4. Bildirim Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları

Madde 39 çerçevesinde ayıp ihbarında bulunmayan alıcı, madde 45’e göre sahip olduğu tüm hakları kaybetmektedir: Tazminat talebi (madde 45/1(b) ve 74-77), aynen ifa talebi (madde 46), sözleşmenin iptal edilmesi (madde 49) ve bedel indirimi talebidir (madde 50). Alıcı, mallar ayıplı olsa dahi, önceden kararlaştırılan malların bedelini ödemek zorundadır. Ayrıca, eğer satıcı malların bedelinin ödenmesi için

¹⁷⁸ Bianca, Bonell, a.e., md.39, para.2.7; Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.39, para.24.

¹⁷⁹ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.39, para.24.

¹⁸⁰ Bianca, Bonell, a.g.e., md.39, para.3.2; Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.39, para.24.

¹⁸¹ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.e., Md.39, para.26.

¹⁸² (İsviçre) Cour de Justice de Genève 10 October 1997, (Filinter v. Moulinages Poizat) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971010s1.html> (çevrimiçi 20/04/19); Daha ayrıntılı analiz için bkz Schwenzer in Schlechtriem, Schwnezer, a.g.e., md.39, para. 29.

dava açar ise, bu dava sırasında alıcı karşı iddia olarak malların sözleşmeye aykırı olduğuna dayanamayacaktır. Meğerki, zamanında ayıp bildiriminde bulunsun.¹⁸³

C. Bildirim Yükümlülüğünün İstisnaları

1. Sözleşmeye aykırılığın satıcı tarafından bilindiği haller

Madde 39, alıcının tespit ettiği ayıpları makul bir süre içinde satıcıya bildirmesini düzenlemektedir. Ancak, eğer sözleşmeye aykırılık satıcı tarafından biliniyor ise veya bilinmemesi mümkün değilse, satıcı artık bildiği bir şey için ilaveten bildirim talep edememelidir. Yani “satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı” ayıpların varlığı halinde satıcı alıcının bildirim külfetini zamanında yerine getirmediği savunmasına başvuramayacaktır.¹⁸⁴ Bu istisnanın uygulanabilmesi için alıcı, satıcının ayıpları bildiğini veya bilmemesinin mümkün olmadığını ispat etmelidir.¹⁸⁵ Eğer alıcı, satıcının ayıpları bildiğini ispatlayamıyor ise, bu durumda satıcının yerinde olacak makul bir kişinin bu ayıpları bilmemesinin mümkün olmadığı hususunu kanıtlaması yeterli olacaktır. Eğer satıcı ayıpları alıcıya bildirmiş ise, tabi ki madde 40 çerçevesinde istisna gündeme gelmeyecektir. Dürüstlük kuralı gereğince bu hüküm, satıcının kendi kabahati dolayısıyla fayda elde etmesini engellemektedir.¹⁸⁶

2. Alıcının Makul Özrü

Madde 44’e göre alıcı, bildirim yapmama konusunda makul bir özrünün olduğunu ispat edebilirse, semende indirim yapma veya yoksun kalınan kârındaki diğer zararlarının tazminini isteyebilecektir. Burada “makul özrün” ne anlama geleceğini *a priori* tespit etmek mümkün olmayacak ve her olayın hal ve şartlarına bakılması gerekecektir. Bu anlamda özellikle; alıcının yükümlülük ihlalinin ağırlığına, alıcının ticaretinin tipine¹⁸⁷, malların tabiatına ve alıcının deneyimine bakılması gerekir.¹⁸⁸

¹⁸³ Honnold, a.g.e., md.39, para.259.

¹⁸⁴ Çetiner Bilgehan, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVII, S.1-2, s.97-114.

¹⁸⁵ Zeytin, a.g.e., s.184.

¹⁸⁶ De Luca, a.g.e., s.254.

¹⁸⁷ Almanya München İstinaf Mahkemesi, 8 Şubat 1995, (arabalar davası/auotomobiles case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g1.html> (çevrimiçi 20/04/19), Mahkeme kararında bireysel/şahsi ticaret ile uğraşan tacirin madde 39 gereğince süresinde bildirim yapamamasında makul

Ayrıca, her iki tarafın menfaati de bu anlamda göz ardı edilmemelidir.¹⁸⁹ Ancak belirtmek gerekir ki, bildirim yükümlülüğüne aykırı davranmakta makul bir özrü olan alıcı, ayıp bildirimini madde 39'a uygun şekilde yapan alıcı ile aynı haklara sahip olmayacaktır.¹⁹⁰ Zira ikincisi Antlaşma çerçevesinde bütün haklarını kullanabilecek iken, ilki ancak semende indirim ve yoksun kalınan kârhariç diğer zararlarının tazmini isteyebilecektir. Bu anlamda alıcı, mallarda mevcut olan ayıpların sözleşmenin esaslı ihlalini teşkil etmesi halinde sözleşmeyi sonlandıramayacaktır.

Geç ihbarın nedeni; alıcının malları yeterince incelememiş olması, yeterli bir inceleme yapmasına rağmen ayıp bildirimini zamanında yapamaması veya ihbarın yeterince detaylı yapılmaması olabilir.¹⁹¹ Madde 44, her ne kadar sadece madde 39'a atıf yapsa da kanaatimizce madde 38'de bu maddenin kapsamında değerlendirilmelidir. Zira, madde 44 ihbarın zamanında yapılmaması hallerinden bahsetmektedir. Uygulamada zamanında ihbar yapılmamasının nedeni, çoğu zaman malların zamanında muayene edilmemiş olmasıdır. Sonuç olarak, madde 38 çerçevesinde yeterli bir inceleme yapamayan alıcının durumu, eğer bu bağlamda makul özrü varsa, madde 44 çerçevesinde değerlendirilmelidir. Keza, madde 44'de bahsedilen alıcının makul özürlü olarak sayılabileceği hallerden biri de, madde 38 çerçevesinde malların muayene edilememesi durumudur.¹⁹²¹⁹³

Madde 44 çerçevesinde alıcının makul özrü olsa bile, bu durum madde 40 çerçevesinde iki yıllık sürenin işlemesine etki etmeyecektir. Sonuç olarak makul özrü olsa bile alıcı, madde 39/2 gereği iki yıllık süre içerisinde ayıp bildiriminde bulunamaz ise, artık madde 44'ten yararlanamayacaktır.

Eğer taraflar ayıp bildirimini için belirli bir süre öngörmüşler ise, bu sadece madde 39/1'i değil ayrıca madde 44'ü de hükümsüz kılmaktadır. Aynı şekilde, madde 9

özrünün bulunma ihtimalinin, daha seri ticaret ile meşgul olan büyük şirketlere nispeten daha fazla olacağını belirtmiştir.

¹⁸⁸ Huber, Mullis, a.g.e., s.167; De Luca, a.e., s.252.

¹⁸⁹ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.44, para.5.

¹⁹⁰ De Luca, a.g.e., s.252.

¹⁹¹ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.44, para.6.

¹⁹² Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.44, para.6.

¹⁹³ Aksi görüşün benimsendiği karar için bkz. Almanya Karlsruhe İstinaf Mahkemesi, 25 Haziran 1997, (yüzeysel koruyu film davası/surface protective film case). <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

çerçevesinde tarafları bağlayan teamüller kapsamında da belirli bir süre öngörülmekte ise, sonuç aynı olacaktır.¹⁹⁴

Son olarak madde 44 ile zararın azaltılması külfetini düzenleyen madde 77 arasındaki ilişkiye de değinmek gerekecek. Madde 77; sözleşmenin ihlaline dayanan tarafın, ihlalden doğan zararı azaltmak için, koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almasını zorunlu kılmaktadır. Bu önlemleri almaması halinde ihlal eden taraf, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilecektir. Ayıp bildirimının zamanında yapılmaması durumunun, madde 77 çerçevesinde zararın azaltılması yükümlülüğüne aykırılık oluşturup oluşturmadığı tespitinde şu ayrıma dikkat edilmelidir: Alıcının malların değerindeki azalma nedeniyle mi, yoksa sözleşmenin ihlali sebebiyle meydana gelen dolaylı zararlardan mütevellit mi tazminat istediği tespit edilmelidir.¹⁹⁵ Eğer, malların değerindeki azalma nedeniyle tazminat talebi söz konusu ise, alıcının zamanında muayene yapması sonucu zararların azaltılabileceğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla, madde 77 çerçevesinde bu gecikme sebebiyle zararların artmasına alıcı katlanacaktır. Ancak, eğer mallarda mevcut gizli ayıplar sebebiyle dolaylı zararlar söz konusu olursa durum farklı olacaktır. Bu durumda satıcının; zamanında muayene yapılsaydı malların ayıplı olduğu tespit edilecekti, dolayısıyla ayıplı mallar kullanılmayacaktı ve neticede zararlar da meydana gelmeyecekti, şeklindeki iddiaları dikkate alınmayacaktır. Zira, gizli ayıpların alıcıya zarar vermesini önlemek ve bunu sağlamak için de gerekli kontrolleri yapmak, satıcının yükümlülüğündedir.¹⁹⁶ Eğer, mallardaki ayıplar aşikârnitelikte olur ve buna rağmen alıcı malları kullanırsa, alıcının müterafik kusuru gündeme gelebilir ve dolayısıyla satıcı madde 77 çerçevesinde indirim talep edebilir.

¹⁹⁴ Huber, Mullis, a.g.e., s.167.

¹⁹⁵ Kuopalla, *Examination of the Goods*; Schwenger in Schlechtriem, Schwenger, md.44, para.13-14.

¹⁹⁶ Kuopalla, *Examination of the Goods*; Schwenger in Schlechtriem, Schwenger, md.44, para.13-14.

İKİNCİ BÖLÜM

TAZMİNAT TALEP HAKKI

I. Ayıplı İfa Sebebiyle Alıcının Hakları

CISG madde 45, satıcının sözleşmeden veya Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmediği durumlarda, alıcının bu bağlamda seçimlik haklarından bahsetmektedir. Buna göre alıcı CISG madde 46 uyarınca aynen ifayı talep edebilir. Bu bir asli ifa talebi olabileceği gibi; alıcı, ayıbın sözleşmenin esaslı bir ihlalini teşkil etmesi ve bildirim yükümlülüğüne uyulması şartıyla ikame mal teslimini veya makul olması koşuluyla mallardaki ayıbın onarılmasını da talep edebilir. CISG madde 50 uyarınca alıcı, fiilen teslim edilen ayıplı mallar ile sözleşmeye uygun mallar arasındaki fark oranında semenin tenzilini talep edebilir. Ancak, eğer satıcı CISG madde 37 veya 48 uyarınca mallardaki ayıpları gidermiş ise, artık alıcı madde 50'ye dayanarak semende indirim talep edemeyecektir. Mallardaki ayıbın sözleşmenin esaslı bir ihlalini oluşturması halinde alıcı, CISG madde 49'a dayanarak sözleşmeden dönebilir. Tüm bu seçimlik hakların yanı sıra, CISG madde 45/2 uyarınca alıcı aynı zamanda tazminat talep edebilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, alıcının CISG madde 45'te belirtilen haklarından yararlanabilmesi için, satıcının kusurlu bir davranış ile sözleşmeye aykırılığa sebebiyet vermiş olması aranmamaktadır.¹⁹⁷

Netice itibarıyla ayıpla ifa durumunda alıcı, bu ayıbın sözleşmenin esaslı bir ihlalini de teşkil etmesi koşuluyla; ya madde 46/2 gereği ikame mal teslimi veya bu ayıbın onarım yoluyla onarılmasını isteyebilir, madde 49 gereği sözleşmeden dönebilir veya bedelde indirim yapılmasını talep edebilir. Ancak bu durumda alıcı yukarıda belirtilen haklardan biri seçmelidir. Zira bu hakların beraber kullanılması, her birinin ayrı sonuçlar yaratması sebebiyle mümkün değildir.¹⁹⁸ Gerçekten de alıcı sözleşmeden dönerse artık malların bedelini ödeme yükümlülüğünden kurtulmuş

¹⁹⁷ Cansu Kaya, CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s.54; Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.326.

¹⁹⁸ Müller, Chen in Schlechtriem, Schwenger, a.g.e., md.45, para.12.

olacak iken, ikame malların teslim edilmesini talep etmiş ise bu yükümlülüğü devam edecektir. Yine semende indirim talep eden alıcı ise bu sefer diğer iki seçimlik haktan farklı olarak malları iade etme borcu altında olmayacaktır.¹⁹⁹

II. Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı

CISG madde 45(1)(b), satıcının sözleşmeden veya Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmediği durumlarda, alıcının CISG madde 74-77’de öngörülen tazminat talep edebileceğini düzenlemektedir. Bu tazminat talep etme hakkı, satıcının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ifasına ilişkin genel bir garanti sorumluluğunun bulunduğu prensibine dayanmaktadır.²⁰⁰

CISG madde 45/2 ise, alıcının seçimlik haklarından herhangi birini kullanması ile tazminat talep hakkını kaybetmeyeceğini düzenlemektedir. Yani, alıcı CISG madde 45 uyarınca ayıplı ifa hallerinde seçimlik haklarının yanı sıra tazminat da talep edebilecektir. Ancak yapılan bu tercihe göre tazminatın kapsamı değişeceği de aşikardır.²⁰¹

III. Tazminatın Belirlenmesi CISG Madde 74

Tazminat müessesesinin uluslararası hukukta, sözleşmenin ihlal edilmesi sebebiyle meydana gelen zararların parasal olarak karşılanması amacını taşıdığını söyleyebiliriz. Her ne kadar bu amacı teorik olarak ortaya koymak kolay olsa da, uygulamada oldukça zorlu neticeler ortaya çıkabilmektedir.²⁰² Özellikle zarar kavramının tanımlanması, bu zorlukların yaşanmasına en çok etki eden faktördür. İlk olarak, herhangi bir zararın yeteri kadar gerçek olduğu ve hukuki olarak korunacak derecede esaslı olduğu hususları tespit edilmelidir. Diğer bir sorun ise, özellikle tazminatın hesaplanmasında uygulanacak yöntem ile ilgilidir. Şöyle ki, bir çok yerel hukuk sisteminde de görüleceği üzere, tazminat “somut” veya “soyut” yöntemle göre hesaplanmaktadır. Ve bu yöntemlerden birinin kullanılması, tazminatı sınırlandıran

¹⁹⁹ Belirtilen seçimlik haklardan birinin seçilmesi halinde alıcının seçmiş olduğu bu hak ile ne oranda bağlı olacağı meselesi için bkz. Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.330 vd.; Müller, Chen in Schlechtriem, Schwenzler, a.g.e., md.45, para.14 vd.

²⁰⁰ Müller, Chen in Schlechtriem, Schwenzler, a.g.e., md.45, para.23.

²⁰¹ Tazminat hakkı ile diğer seçimlik haklar arasındaki ilişki için bkz. s.83-87.

²⁰² Djakhongir Saidov, **The Law of Damages in The International Sales of Goods: The CISG and other International Instruments** (bundan sonra The Law of Damages olarak anılacaktır), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2008, p.17.

“zararın artmasını engelleme sorumluluğu” ve “nedensellik bağı” kavramlarını da doğrudan veya dolaylı olarak etkilemektedir.

Ayrıca, tazminatın uluslararası satım hukukundaki rolüne de değinmek gerekecektir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere tazminat kurumunun başlıca amacı, zarar gören tarafın bu zararını karşılamaktır. Ancak, tabi ki bu kurumun önemini sadece bununla sınırlı tutmamak gerekir. Belirtmek gerekir ki, ortaya çıkacak belirli zararları karşılayabilecek hukuki çarelerin varlığı, uluslararası sözleşmeler hukukunun efektif işleyişi bakımından oldukça önemlidir; aksi durumda, hukuki çarelerin yokluğu uluslararası sözleşme hukukunun amacı olan uluslararası pazar ekonomisi ve uluslararası ticaretin temellerinin çökmesine neden olabilecektir.²⁰³ Ayrıca tazminat, sözleşme taraflarını sözleşme ihlalden caydırmakta ve böylelikle *pacta sunt servanda* (ahde vefa) ve *favour contractus* (sözleşmenin ayakta tutulması) ilkeleri ışığında uluslararası ticari işlemlerde güvenliğin sağlanmasında önemli rol oynamaktadır.²⁰⁴ CISG’de tazminat bakımından genel kuralların düzenlendiği madde 74’e göre; sözleşmenin ihlali halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşit olacaktır. Ayrıca söz konusu tazminat, ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği ya da bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi beklenen zarar miktarını aşamaz.

Tazminat talep etme hakkı; sözleşme ihlali, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin problemler ve sözleşme öncesi ilişkilerden kaynaklanabilir. Ancak, konumuz itibarıyla sadece sözleşme ihlali durumlarından kaynaklanan tazminat hakkına değineceğiz. Bu bağlamda, zarar gören tarafın tazminat talep edebilmesi için, öncelikle meydana gelen zararın ihlalin sonucu olarak meydana geldiğini ispat etmelidir. Yani, sözleşmenin ihlali ile zarar gören tarafın zararı arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Ayrıca, sözleşmenin kurulması anında meydana gelen bu zarar, ihlal eden taraf açısından öngörülebilir olmalıdır. Aksi halde sözleşmeyi ihlal eden taraf, sözleşmenin kurulması anında öngöremeyeceği zararları tazminle yükümlü olmayacaktır. Zararların öngörülebilir olduğunun ispatı zarar gören taraf üzerindedir.

²⁰³ Saidov, **The Law of Damages**, s.18.

²⁰⁴ Saidov, **The Law of Damages**, s.18.

Ayrıca zarar gören taraf, meydana gelen zararları azaltmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün ihlali oranında, tazminat miktarından indirim yapılacaktır. Öngörülebilirlik kurumunun aksine, bu yükümlülüğün zarar gören tarafından ihlal edildiği olgusu, ihlal eden tarafından ispatlanmalıdır.²⁰⁵

CISG çerçevesinde herhangi bir ihlal veya ifa etmeme, tazminat sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır.

Bazı yerel hukuk sistemleri, tazminat taleplerini zarar veren tarafın kusuruna bağlamaktadır. Genel olarak iki tür kusurdan bahsedilebilir: Gerçek anlamda fiili kusur ve ihmali. İlki, genel olarak subjektif anlamda kusur kavramını irdelemektedir. İkincisi ise, objektif anlamda kusur kavramını ele almaktadır. Ve yine bazı yerel hukuk sistemlerinde ağır ihmalden, bazılarında ise hafif ihmalden de sorumluluk söz konusu olabilmektedir.

CISG çerçevesinde ise kusur müessesesi benimsenmemiştir. Yani, madde 74 çerçevesinde belirtilen şartların var olması kaydıyla, ihlal eden tarafın kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, zararlardan dolayı tazminat ödeme yükümlülüğü altında olduğunu söyleyebileceğiz. Yine madde 6 gereğince, taraflar ancak kusurlu olunması hallerinde tazminat yükümlülüğünün doğacağını kararlaştırabilirler. Örneğin; CISG çerçevesinde görülen bir davada, dava konusu sözleşmede yer alan bir kloz gereği malların sözleşmeye uygun olmadığı durumlarda alıcı, ancak bu ayıbın satıcının kastı veya ağır bir ihmali sonucu meydana gelmesi şartıyla tazminat isteyebilmekte idi.²⁰⁶

CISG madde 74 gereğince tazmin edilecek zarar, mahrum kalınan kâr da dahil olmak üzere, ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. Görüleceği üzere, tazminat miktarı gerçek zararı aşamaz. Benzer bir şekilde PECL 9:502’de de belirtildiği gibi, zarar gören tarafın sözleşme ihlali olmasa idi bulunacağı duruma yakınlştırılmaya çalışılmıştır. Bu açıklamalar ışığında, öncelikle CISG çerçevesinde “tam tazminat” (full compensation) ilkesinin kabul edildiğini söyleyebiliriz.²⁰⁷

²⁰⁵ Saidov, *The Law of Damages*, s.20.

²⁰⁶ Finlandiya Turku İstinaf Mahkemesi, 12 Nisan 2002, (ormancılık için ekipmanlar davası/forestry equipment case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020412f5.html> (çevrimiçi 20/04/19).

²⁰⁷ Huber, Mullis, a.g.e, s.268; Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.74, para.5.

“Tam tazminat” prensibine göre, tazminat miktarı meydana gelen zararlara eşit olmalıdır. Dolayısıyla, zarar gören tarafın sözleşmenin ihlali sebebiyle edindiği kazanımlar veya yapmaktan kurtulduğu masraflar, bu bakımdan tazminat hesabında dikkate alınacak ve bu miktarlar tazminattan indirilecektir. Tazminat, zarar gören tarafın zenginleşmesine sebep olmamalıdır.

Genel olarak yukarıda da açıklandığı üzere, uluslararası hukuk çerçevesinde tazminatın temel amacı zarar gören tarafın zararını karşılamak olduğundan, ihlal eden tarafın sözleşme ihlalden dolayı elde ettiği menfaat ve kazanımlar tazminatın hesabında dikkate alınmayacaktır.²⁰⁸ Ancak, her ne kadar tereddütler mevcut olsa da, tazminat hesabında bu kalemlerin kesin olarak hesaplamanın dışında tutulması da doğru olmayacaktır. Zira, bazı durumlarda ihlal eden tarafından ihlal sonucu edinilen kazanımlarının hesaba katılması, tazminatın telafi edici özelliğinin yansıtılması bakımından önemlidir.

Zarar gören tarafın bu zararını yeterince ispat edemediği durumlarda, ihlal sonucu elde edilen karların bu bağlamda dikkate alınacağı kabul edilebilir. Ancak, tabi ki tek başına bu durum yeterli olmayacak ve ilave şartların mevcut olması da aranacaktır. Öncelikle zarar gören tarafın, karşı tarafın ihlalden dolayı edinmekte olduğu karları engellemekte meşru bir yararı bulunmalıdır. Böyle bir yararın yanında, ayrıca ihlal eden tarafın bu ihlale kasten veya kötüniyetli olarak sebebiyet vermiş olması, bazı durumlarda dikkate alınacaktır. Örneğin; CISG çerçevesinde görülmekte olan bir davada satıcı, alıcıya basınç sensörünü satmayı, bununla ilgili ruhsat almayı ve bu basınç sensörünü alıcının diğer ürünleri ile birleştirmeyi kabul etmiştir. Ve taraflar sözleşmeye bir kloz ekleyerek, tarafların gizli ve mülkiyete ilişkin bilgilere ulaşılmasını ve bu bilgilerin üçüncü kişilerle paylaşılmasını engellemişlerdir. Durum bu iken satıcı, alıcının her iki yükümlülüğe aykırı davrandığını ve hatta alıcının sözleşme gereği mevcut yükümlülüklerini katiyen yerine getirmek gibi bir amacının olmadığını ve sözleşme ilişkisine girmesinin tek sebebinin gizli bilgilere ulaşmak olduğunu iddia etmiş ve hakem de gerçekten de alıcının satıcının bilgilerini kopyaladığını ve böylelikle yarar elde ettiğine kanaat getirmiştir. Ve tazminatın takdirinde, alıcı tarafından satıcının teknolojisi kopyalanarak elde edilen kârlar esas

²⁰⁸ Saidov, **The Law of Damages**, s.33.

alınmıştır.²⁰⁹ Bir diğer örnekte, kot satıcısı ile Amerikan alıcı tarafından bir sözleşme akdedilmiş ve alıcının sözleşme konusu kotları ancak Güney Amerika ve Afrika’da satabileceği hususunda anlaşılmıştır. Ancak alıcı, bu yükümlülüğü ihlal etmiş ve kot pantolonları İspanya’da satmıştır.²¹⁰ Yine başka bir olayda, insan haklarına oldukça önem veren bir alıcı, sözleşme konusu malların üretimi aşamasında kesinlikle çocuk işçilerin çalıştırılmayacağına dair bir klozu sözleşmeye eklemiştir. Akabinde satıcı, bu kloza aykırı davranarak çocuk işçi çalıştırmıştır. Her iki olayda da, alıcının zararının tespiti oldukça güç olacağından, satıcının elde ettiği kâr miktarı tazminat olarak kabul edilebilir.²¹¹

Pek çok yerel hukuk sistemi gibi, CISG çerçevesinde de tazminatın sınırlandırılması söz konusudur. Tazminat miktarları; madde 74’de belirtilen “nedensellik bağı” ve “öngörülebilirlik”, madde 77’de düzenlenen “zararın azaltılması külfeti” ve bir noktaya kadar da ispat ölçütleri vasıtasıyla sınırlandırılmaktadır.

Madde 74, tazminat için zararların sözleşmenin ihlali sebebiyle meydana gelmesini şart koşmaktadır. Dolayısıyla, sözleşmenin ihlali ile meydana gelen zararlar arasında nedensellik bağının mevcut olduğu, alıcı tarafından ispat edilmelidir. Maddenin ikinci cümlesinde zararların öngörülebilir olması gerektiğini düzenlenmektedir. Yine, zararların öngörülebilir olduğu da alıcı tarafından ispat edilecektir.²¹² Ayrıca, madde 74’e de uygulanacak zararların azaltılması yükümlülüğünü düzenleyen madde 77 de bu çerçevede zararları sınırlayan normlardan birini ihtiva etmektedir. Bu sınırlama ölçütlerinin her birine aşağıda değinilecektir.

Madde 74, aslında bir sınırlama getirmemekte ve tüm zararlar bu madde kapsamında istenebileceğini kabul etmektedir. Bu husus, “tam tazminat” prensibinin bir yansımasıdır. Yani sözleşmenin ihlali sebebiyle meydana gelen her türlü zarar, madde 74’te düzenlenen şartları karşılaması koşuluyla tazmin edilebilecektir. Madde

²⁰⁹ Stockholm Ticaret Odası Tahkim yargılaması, 5 Nisan 2007, (Basın sensörleri davası/Pressure sensors case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070405s5.html> (çevrimiçi 20/04/19).

²¹⁰ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, “*The Scope of the CISG Provisions on Damages*”, s.91-107, **Contract Damages Domestic and International Perspectives**, ed.: Djahongir Saidov, Ralph Cunnington, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2008, s.108; Saidov, a.e. s.35, Schwenzer Hachem s.101.

²¹¹ Schwenzer, Hachem, a.g.e., s. 101; Saidov, **The Law of Damages**, s.35.

²¹² Liu Chengwei, “*Remedies for Non-Performance – Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*”, s.188.

74'te, mahrum kalınan karların da bu madde çerçevesinde istenebileceğinin ayrıca açıklanmasındaki amaç, bazı yerel hukuk sistemlerinde mahrum kalınan karların tazminat olarak istenememesindendir.²¹³

IV. Tazmin Edilebilecek Zararlar

A. Ayıp Sebebiyle Meydana Gelen Değer Kaybı

Ayıplı malın teslimi sebebiyle meydana gelen zararlar, satıcı tarafından tazmin edilecektir. Bu hallerde teslim edilen ayıplı mal ile sözleşme gereği teslim edilmesi gereken mal arasındaki değer farkı tazminat olarak istenebilecektir. Eğer alıcı, maldaki ayıpları gidermek için bazı masraflara katlanmış ise, bu masrafları zorunlu ve makul olması şartıyla tazmin ettirebilecektir. Ayrıca bu masrafların gerçekten yapılmasına gerek olmayıp, soyut tamir masraflarına dayanan bir zarar hesabının yapılmasına da izin verilmelidir.²¹⁴ Ancak her hâlükârda, Antlaşmanın 48.maddesinde düzenlenen satıcının onarım hakkı da bu bağlamda dikkat edilmesi gereken hususlardandır. Yani satıcı, eğer mallardaki ayıpları giderir veya alıcı, satıcının onarım talebini reddederse, artık alıcı değer kaybı dolayısıyla tazminat talep edemeyecektir.²¹⁵

B. Ayıplı İfa Sebebiyle Katlanılan Masraflar

Taraflar yükümlülüklerini yerine getirirken bazı masraflara katlanmaktadırlar. Karşı tarafın ifası ile birlikte bu masrafları gidereceğini düşünen taraf, ifanın gerçekleşmemesi ile birlikte bu masrafları boşa yapmış olacaktır. Örnek vermek gerekirse; alıcı tarafından katlanılan ithalat vergisi, gümrük masrafları, malların taşınması için yapılan masraflar, sigorta masrafları ve kredi için yapılan masraflar da bu bağlamda değerlendirilmelidir. Yani, önemli olan yapılan masrafın ifanın önemli bir parçası olmasıdır. CISG çerçevesinde çifte tazminat söz konusu olamayacağından, boşa yapılan masraflar ancak “net kar” ile birlikte istenebilecektir.²¹⁶ Bunun aksine, eğer iddia brüt kara ilişkin ise ve masraf (ifanın

²¹³ Secretariat Commentary, Art.70 para.3; Huber, Mullis, a.g.e., s.269.

²¹⁴ Schwenzer, Schlechtriem, Schwenzer, Md.74, para.24.

²¹⁵ Huber, Mullis, a.g.e., s.274.

²¹⁶ Net karın tazminat olarak istenebileceğine dair bkz. CISG-AC Opinion No.6, Calculation of Damages under CISG Article 74. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/cisg-AC-op6.html> (çevrimiçi 20/04/19).

yapılabilmesi için) daha yapılmamışsa, bu durumda söz konusu masraf (tasarruf edilmiş masraflar olarak) genel tazminat miktarından indirilecektir. Örneğin; Satıcının belirli bir malın satımı hususunda alıcı ile komisyoncu aracılığı ile anlaştığını düşünelim. Alıcının ihlali sonucu satıcı malları başka birine satmış ve bu nedenle komisyoncuya komisyon verme yükümlülüğünden de kurtulmuşsa, -ki alıcı ifayı kabul etse idi satıcı komisyonu ödeme zorunluluğu altında olacaktı- bu komisyon ücreti “tasarruf edilmiş masraf” olarak nitelendirilecek ve sözleşme fiyatı ile yeniden satış fiyatı arasındaki farktan düşülecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu başlık çerçevesinde masrafların tazmin edilebilmesi için, yapılan masrafın ifanın önemli bir parçasını teşkil etmesi gerekmektedir. Yani, söz konusu masraf yapılmasa ifa da mümkün olmayacaktı diyorsak, bu masraf tazminat kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak bu durumun fazlaca istisnası olabilir. Örneğin; alıcı malların ayıplı olduğunu öğrenmeden, bu malların tanıtımı için masraflar veya mallar üzerinde bazı küçük değişiklikler yapmışsa, iki şartın sağlanması koşulu ile bu masraflar kural olarak tazmin edilebilmelidir. Bu şartlardan birincisi, yapılan masraflar ile sözleşme konusu malın ilerideki kullanımı arasında mantıklı bir ilişkinin bulunması; ikincisi ise, yapılan böyle bir masrafın makul ve elverişli olmasıdır.²¹⁷

Eğer, zarar gören taraf yapılan bu masraf sonucunda kâr elde etmişse, tazminatın hesaplanmasında bu durum da göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin CISG çerçevesinde görülen bir davada satıcı, satım konusu ekstrüzyon boru üretim bandının teslimini yapamamış; alıcı ise, üretim bandının kullanımını artırmak için satın aldığı yardımcı ekipmanlar için yaptığı masrafları da tazminat olarak istemiştir. Tahkim heyeti yardımcı ekipmanların bütünüyle değer kaybetmediğini vurgulayarak, bu talebi kısmen kabul etmiştir.²¹⁸ Burada alınan ekipmanların daha sonra alıcı tarafından kullanılmasının söz konusu olabileceği veya bu ekipmanların alıcı tarafından üçüncü kişilere satılabileceği dikkate alınarak, söz konusu yardımcı ekipmanların tam bedeli tazminat olarak kararlaştırılmamıştır.

²¹⁷ Saidov, **The Law of Damages**, s.42.

²¹⁸ CIETAC Tahkim yargılaması, 6 Kasım 2002, (Ekstrüzyon boru davası/Pipe extrusion case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021106c1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

C. İhlal Sebebiyle Katlanılan Diğer Zararlar

Yukarıdakilerden farklı olarak bu başlıkta irdelenecek masraflar, sadece ifanın bir parçası olmayıp, sözleşmenin ihlali sonucu katlanılan ilave masraflardır. Bu hususta ortaya konulan örneklerden birçoğu, zarar gören tarafın zararın azaltılması külfeti çerçevesinde yaptığı masraflardır. Satıcının ayıplı mal teslim ettiği hallerde, bu ayıpların giderilmesi için yapılan masraflar, makul olması şartıyla tazmin edilecektir.²¹⁹ Görüleceği üzere, yine makullük ölçütü tazminatın belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Ancak, CISG çerçevesinde görülen bir kaç davada, “makullük” ölçütünün yanında “gereklik” ve “kaçınılmazlık” şartları da aranmıştır. Bu çerçevede, bu iki ön şart makullük kavramını genişletmekte kalmayıp, aynı zamanda hangi masrafların makul olduğunun da adeta tespitini yapmaktadır. Örneğin; CISG çerçevesinde görülen bir davada²²⁰ satıcı, satım konusu Kore yapımı kalay levhanın teslimini yapamaması sonucunda, Çinli alıcının müşterilerine cezai şart ödemek zorunda kalmıştır. Tahkim heyeti, bu davada alıcı ile müşterisi arasında kararlaştırılan cezai şartı makul ve bağlayıcı bulmuş, dolayısıyla bu miktarı satıcının tazmin etmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Bir başka CISG çerçevesinde görülen davada²²¹ mahkeme, satıcının malları teslim etmemesi üzerine, alıcının müşterisine ödediği cezai şartı “kaçınılmaz” olduğu gerekçesiyle kabul etmiştir. Bazı davarda alıcının cezai şart talebi bir mahkeme kararına da dayalı olabilir.²²² Ancak, bu tür durumlarda ister zararın azaltılması ilkesi, isterse de makullük prensibi uyarınca, alıcı ilgili davayı takip etmeli ve cezai şartın azaltılması için makul önlemler almalıdır. Bu şartlar ayıplı ifa halinde üçüncü kişilere ödenen cezai şartlar için de geçerlidir.

Zincirleme satış söz konusu olduğu durumlarda, alıcının bütün bu alt satışlardan kaynaklanan tazminat taleplerini satıcıdan isteyip isteyemeyeceği hususu tartışmalı konulardan biridir. Bu meselenin net bir şekilde çözüme kavuşturulabilmesi için her

²¹⁹ Saidov, **The Law of Damages**, s.44.

²²⁰ CİETAC Tahkim yargılaması, 17 Ekim 1996, (teneke levha davası/ tinplate case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961017c1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

²²¹ CİETAC Tahkim yargılaması, 14 Mart 1996, (kurutulmuş tatlı patates davası / dried sweet potatoes case) <http://CISGW3.law.pace.edu/cases/960314c1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

²²² Saidov, a.e., s.46; CİETAC Tahkim yargılaması, 25 Ekim 1994, (gerilebilir çelik çubuk davası/high tensile steel bar case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941025c1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

bir olayın özelliğine bakılmalıdır. Ancak daha sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için; illiyet bağı, öngörülebilirlik ve zararı azaltma külfeti ölçütlerinin dikkate alınması gerekecektir.²²³ Yani bu hallerde, öncelikle satıcının yapmış olduğu ayıplı ifa ile, bu ayıplı malın zincirleme satışı dolayısıyla meydana gelen zarar arasında nedensellik ilişkisinin mevcut olup olmadığına bakılması gerekecek. Zira alt alıcıların birinin makul olmayan eylemi veya eylemsizliği illiyet bağının kopmasına neden olabilir. Eğer satıcı böyle bir zincirin varlığını veya boyutunu, sözleşmenin kurulması anında öngöremiyorsa, yine bu zararlardan sorumlu tutulamaz. Son olarak ise, alıcı CISG madde 77 çerçevesinde bu zincirin uzamaması için makul bir çaba ortaya koymadığı sürece, azaltılabileceği zarar miktarını satıcıdan isteyemeyecektir.

Yine bazı durumlarda alıcı, ayıplı ifa dolayısıyla devlet otoritelerine ceza ödemek durumunda da kalabilir. Örneğin CISG çerçevesinde görülen bir davada²²⁴, satıcının geç teslimi dolayısıyla alıcı daha fazla gümrük vergisine maruz kalmıştır. Bu tür masrafların ayıplı ifa halinde de, öngörülebilir olması şartıyla tazmin edilebilir olduğu kabul edilmelidir.

Her ne kadar CISG madde 5'e göre, satıcı tarafından teslim edilen ayıplı malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olması durumları sözleşmenin kapsamına dahil edilmese de, alıcının diğer mallarına zarar gelmesi durumunda CISG çerçevesinde tazminat talep edilebilir.²²⁵ Zira, madde 5'de ancak ölüm ve yaralamadan bahsedildiğinden; ayıplı malın alıcının diğer mallarına zarar vermesi durumunda, artık madde 74 çerçevesinde tazminat yükümlülüğü gündeme gelecektir.

D. Ticari İtibarın Sarsılması Neticesinde Meydana Gelen Zararlar

UPİCC ve PECL'den farklı olarak CISG, manevi zarara ilişkin düzenleme içermemektedir. Ancak, ticari itibarın sarsılmasından ve iyiniyetten kaynaklanan zararların kesin bir şekilde CISG'de düzenlenmediğini iddia etmek doğru olmayacaktır. CISG çerçevesinde görülen birçok davada, maddi olmayan zararların maddi zararlara sebebiyet verdiği durumlarda, bu zararların CISG hükümleri

²²³ Saidov, *The Law of Damages*, s.46.

²²⁴ Saidov, *The Law of Damages*, s.46, İCAC Case No. 437 437/1992.

²²⁵ Huber, Mullis, a.g.e., s.277; İsviçre, Zürich Ticaret Mahkemesi, 26 Nisan 1995, (*tuzlu su konteynır davası /saltwater isolation tank case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426s1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

uyarınca tazmin edilebileceğine kanaat getirilmiştir. CISG çerçevesinde görülen bir davada mahkeme, “ticari itibarın sarsılması” sebebiyle meydana gelen zararların, ancak parasal zararlara sebebiyet vermesi hallerinde tazmin edilebileceğini vurgulamıştır.²²⁶

CISG madde 74’e dayanan “tam tazminat” prensibi uyarınca, “ticari itibarın sarsılması” zararlarının da Antlaşma çerçevesinde tazmin edilmesi gerektiği savunulabilir ise de, bu zararların ancak CISG madde 74 uyarınca “zarar” anlayışına uygun olduğu hallerde tazmin edilebilmelidir.

Keza mahkeme kararlarına da bakıldığı zaman, ticari itibarın sarsılması zararlarının tek başına tazmin edilebilir olmadığı anlaşılmaktadır. Örneğin; Almanya Darmstadt Bölge Mahkemesinde görülen bir davada mahkeme, ticari itibarın sarsılmasının satışlarda azalmaya veya mahrum kalınan kara sebebiyet vermediği sürece önemsiz olacağını vurgulamıştır.²²⁷ Yine, benzer bir şekilde başka bir mahkeme de ticari imajın (itibar) sarsılmasının kendiliğinden tazmin edilebilir bir zarar olmadığını belirtmiş ve ancak maddi zararlara neden olduğunun ispat edilmesi hallerinde tazminata konu olabileceğini vurgulamıştır.²²⁸

Bazı ticaret alanlarında “ticari itibar” çok önemli olabilir iken, bazı sektörlerde o kadar da tesirli değildir.²²⁹ Ancak, “ticari itibar” karine olarak bir tacir için önemlidir ve bir nevi malvarlığı niteliğindedir. Gerçekten de ticari itibar, ticari hayatta oldukça önemli bir etkidir. Zira, ticari itibarı olan bir şirket; malları için ortalamanın üzerinde bir fiyat uygulayabilir, en iyi müşterileri çekebilir, daha stabil kâroranını yakalayabilir, kriz dönemlerini daha az zararla atlatabilir, daha kolay kredi alabilir vs. Bu nedenle ticari şirketler, ticari itibarın iyileşmesi ve korunması için oldukça

²²⁶ Djakhongir Saidov, “Damage to Business Reputation and Goodwill under the Vienna Sales Convention” (bundan sonra *Damages to Reputation* olarak anılacaktır), **Contract Damages Domestic and International Perspectives**, ed.:Djakhongir Saidov, Ralph Cunnington, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2008, s.389-419; Fransa Grenoble Temyiz Mahkemesi, 21 Ekim 1999, (Calzados Magnanni v. Shoes General International), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991021f1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

²²⁷ Almanya Darmstadt Bölge Mahkemesi, 9 May 2000, (Video kayıt cihazı davası/Video recorders case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000509g1.html> (çevrimiçi 20/04/19); Saidov, *Damages to Reputation*, s.391.

²²⁸ Ste Calzados Magnanni v SARL Shoes General International (21 October 1999) (Grenoble, Court of Appeal, France), <http://cisgw3.law.pace.edu/CISG/wais/db/cases2/991021f1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

²²⁹ Saidov, *Damages to Reputation*, s.392.

önemli yatırımlar yapmaktadırlar. CISG'ın uluslararası ticaretin yaygınlaşmasını amaçladığını ve desteklediğini daha önce belirtmiştik. Bu amaç doğrultusunda da Antlaşma, tacirlerin menfaatlerini koruyacak hükümler içermektedir. Netice itibarıyla “ticari itibar”, uluslararası arenada işlem gören bir tacir için önemli bir ticari varlık olup, bu itibara verilen zararların tazmininin de CISG çerçevesinde düzenlendiğini kabul etmek gerekir.

Her ne kadar ticari itibarın tanımının yapılması zor olsa da, kavramın esaslı özelliklerinin tespiti mümkündür. Ticari itibar, aslında üçüncü kişilerin herhangi bir şirketi nasıl algıladıkları ile ilgilidir. Bu üçüncü kişilerin kimler olduğu asıl önemli olan noktadır. Zira, bir ticari şirketin gelir elde edebilmesi veya artırabilmesi müşteri sayısı ile doğrudan ilişkilidir. Dolayısıyla önemli olan, ticari şirketin müşteriler nezdindeki imajıdır. Ve eğer alıcı, müşterilerine ayıplı mal teslim etmesi sonucu müşteri kaybı yaşamış ise, artık ticari itibarın sarsıldığından bahsedebileceğiz. Ve müşteri kaybı da alıcı açısından maddi zararlara sebebiyet vereceğinden, ticari itibarın sarsılması sebebiyle meydana gelen zararların CISG çerçevesinde tazmin edilebilir olduğu kabul edilmelidir. Ancak, ABD’de görülen bir davada mahkeme, ticari itibar zararlarının öncelikle müşteriler nezdinde doğacağını, ancak bununla sınırlı olmayacağını; şirket ile kredi veren ve özellikle de tarafın kendi bankası ile olan ilişkisinin zedelenmesinin, bu kapsamda ticari itibarın sarsılması olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatine varmıştır.²³⁰ Kanaatimizce mahkemenin bu yaklaşımı doğrudur. Bu tür durumlarda davacı, ticari itibarın sarsılmasının kimin nezdinde meydana geldiğini, hangi sebeple meydana geldiğini ispatlamalıdır. Örneğin müşteri için, hizmet ve malların sözleşmeye uygunluğu veya zamanında teslim gibi hususlar önemli iken; yatırımcı için önemli olan ise, şirketin finansal olarak sağlam ve stabil olmasıdır. Yine davacı, ticari itibarın sarsılması nedeniyle maddi zararların oluştuğunu veya oluşacağını da ispat etmelidir.

E. Mahrum Kalınan Kar

Mahrum kalınan kar, kural olarak CISG çerçevesinde tazmin edilebilir zararlardandır. Örneğin; satıcı malları önemli ayıplar ile teslim ederse, alıcı bu malları yeniden satamadığından dolayı kâr elde etmekten mahrum edilmiş

²³⁰ Karar için bkz. Saidov, *Damages to Reputation*, s.393.

sayılacaktır. Taraflardan biri ayrıca “işlem hacmi zararları”na (*loss of volume*) da uğrayabilir. Yani ifanın gereği gibi yapılmaması sonucunda alıcı, tüm müşterilerine mal tedarik edemiyorsa “işlem hacmi zararı” oluşacaktır. Ayrıca, eğer satıcı ayıplı mal teslim ederse veya geç bir tarihte ifada bulunursa, bu durumda alıcı bu malları hiç satamamış veya ayıp ya da gecikme sebebiyle normalde planladığı fiyatın altında satmış ise, burada alıcının zararından bahsedilecek ve dolayısıyla tazminat istenebilecektir.

Genel olarak kabul edildiği üzere, mahrum kalınan kâr öngörülebilir zararlardandır. Ancak, eğer ilgili pazarda satım konusu mallara her daim ulaşılabiliriyorsa; ihlal eden tarafın, artık sözleşmenin ihlali sebebiyle alıcının kâr kaybına uğrayacağını öngörmesi mümkün olmayabilir.²³¹

Mahrum kalınan kar, çoğu zaman müşteri kaybı ile meydana gelir. Tipik örnek, satıcının ayıplı mal teslim etmesi sonucu müşterisinin sözleşmeyi iptal etmesi ve ileriye dönük ticari ilişkinin sonlandırılmasıdır. Burada müşteri kaybı dolayısıyla mahrum kalınan kardan bahsedebiliriz.

Tam tazmin ilkesinin gereği olarak, sadece mahkeme veya hakem heyeti tarafından verilen karar anına kadar işlemiş değil, öngörülebilir olması şartıyla ilerideki zararlar da mahrum kalınan kâr olarak istenebilir.²³²

F. İşlem Hacmi Zararları (Loss of Volume)

Eğer alıcı, sözleşmeye aykırı davranarak sözleşme konusu malları teslim almayı reddederse, satıcı başka bir alıcıya malları satmış olsa bile; ikinci satışın ilk sözleşmenin ihlal edilmesinden bağımsız olarak, her hâlükârda gerçekleşeceğini ispat ederse; bu durumda satıcı bakımından işlem hacmi zararından bahsedilebilecek ve bu zararlar da CISG kapsamında tazmin edilebilecektir.²³³ Yani, işlem hacmi zararlarının söz konusu olduğu durumlarda, satıcının temin edebileceği/üretebileceği mal miktarı piyasadaki talebi aşacaktır. Bu anlamda satıcı, eğer malları özel olarak

²³¹ Eric C. Schneider, “Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analysis of Two Decisions”, *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, Vol 16, No.4, p.615-668, 1995, s.636.

²³² Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.74, para.36.; Honnold, a.g.e., md.74, para.40.4; CISG-AC No.6, para. 3-B.

²³³ Saidov, *The Law of Damages*, s.66.

alıcı için (alıcının isteklerini karşılar şekilde) üretmişse veyahut mallar özel niteliklere haiz iseler ya da mallar alıcının amblemini taşıyorsa, yine işlem hacmi zararlarından bahsedebiliriz.²³⁴

Alıcının ara satıcı veyahut imalatçı olduğu durumlarda da işlem hacmi zararları gündeme gelecektir. Örneğin; alıcı, satıcıdan aldığı malları yeniden satmak niyetinde ise veya nihai malların üretiminde kullanacaksa, işlem hacmi zararları alıcı bakımından da gündeme gelebilir. Bu durumda ise, alıcının elindeki mal piyasadaki talepten daha az olduğundan zararlar meydana gelmektedir. Yine alıcı, ikame satım sözleşmesi ile malları temin etse bile; bu ikinci satışın her hâlükârda yapılacağını ispatlarsa, yine bu zararlarını da tazmin ettirebilecektir.²³⁵

Zarar gören taraf, ileride elde etmeyi düşündüğü kardan mahrum kalacağından ve mahrum kalınan kâr da CISG çerçevesinde tazmin edilebilir zararlardan olduğu için; zarar gören tarafın gerçek anlamda işlem hacmi zararları yaşaması durumunda, iş bu zararları CISG çerçevesinde tazmin ettirebilmelidir. Zira, bunun aksinin kabul edilmesi için herhangi bir mantıklı neden de yoktur.²³⁶ CISG çerçevesinde görülen birçok davada bu görüş benimsenmiştir. Bir kararda, bijüteri ürünleri üretme ve satımı ile iştigal eden satıcı, alıcının yükümlülüğünü yerine getirmemesi üzerine, mahrum kalınan karını tazminat olarak talep etmiştir. Mahkeme, satıcının sözleşmenin ihlalden sonra başka bir satım işlemi yapmasının, ihlal edilen sözleşmeden bağımsız olarak her hâlükârda gerçekleşeceğini kabul etmiş ve satıcının tazminat talebini haklı bulmuştur.²³⁷ Bir diğer davada alıcı/ara satıcı, klima üretmek için satıcıdan kompresör alımı hususunda sözleşme akdetmiş, satıcının ayıplı ifası ve başka türlü kompresör alımının mümkün olmaması nedeniyle daha az miktarda klima üretmiş ve neticede geçmiş yıllara nispeten daha az klima satışı gerçekleştirmiştir. Bu nedenle mahrum kalınan kâr gerçekleşmiş, alıcının tazminat talebi mahkeme tarafından kabul edilmiş ve mahkeme, “CISG çerçevesinde az miktarda satış

²³⁴ Avusturya Yüksek Mahkemesi, 28 Nisan 2000 (ziynet eşyaları davası/jewelery case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000428a3.html>, (çevrimiçi 20/04/19); İsviçre Aargau Ticaret Mahkemesi, 26 Eylül 1997, (çatal bıçak takımı davası/cultery case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970926s1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

²³⁵ Saidov, **The Law of Damages**, s.67.

²³⁶ CISG-AC No.6, para 3-C; Saidov, a.e., s.68, dp.196.

²³⁷ Avusturya Yüksek Mahkemesi, 28 Nisan 2000 (ziynet eşyaları davası/jewelery case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000428a3.html>, (çevrimiçi 20/04/19).

sebebiyle ortaya çıkan mahrum kalınan kâr zararlarının tazmin edilebileceğini” bildirmiştir.²³⁸

G. Kaçırılan Fırsatlar (Loss of Chance)

UPICC madde 7.4.3(2)’e göre, “kaçırılan fırsatlar” nedeniyle meydana gelen zararlar, bu fırsatın gerçekleşme ihtimali oranında tazmin edilecektir. Her ne kadar CISG’de açıkça böyle bir madde yer almasa da, kaçırılan fırsatlar nedeniyle meydana gelen zararlar Antlaşma çerçevesinde tazmin edilebilecektir. Ancak, bu iddia ileri sürülmeden önce, gerekçelendirilmelidir.

Bu durumlara bazı örnekler gösterilebilir: Örneğin; karşı tarafın ihlali sebebiyle zarar gören taraf, önemli bir sergiye veya açık artırmaya katılamamış ve dolayısıyla karlı sözleşmeler akdetmekten mahrum kalmış ise, kaçırılan fırsattan bahsedebiliriz. Bu durumlarda kabul edildiği üzere fırsat, bir “kazanç” veya “varlık” olarak algılanacaktır.²³⁹ Gerçekten de fırsat kavramı ticari hayatın akışında oldukça önemlidir. Risk almak, her zaman için ticari hayatın vazgeçilmez bir parçasıdır. Meşhur mimarlar Herzog&de Meuron, Beijing’de Olimpiyat stadı yapımı için teklif vermek istemişlerdir. Mimarlar teklifi tamamlamak için satıcıdan bazı malları beklediklerinden, satıcının malları zamanında teslim etmemesi sebebiyle ihale için belirlenen süreyi kaçırmışlardır. Acaba bu durumda mimarlar, ihaleyi kazanma şansından mahrum edilmelerinden dolayı tazminat isteyebilirler mi? Aksi görüşlerin mevcut olmasına rağmen, böyle şansların ekonomik değerinin olduğu tartışmasızdır. Zira, teklif için yapılan harcamalar bu bakımdan örnek gösterilebilir.

“Kaçırılan fırsat” ile klasik “mahrum kalınan kar” arasındaki tek fark ispatın kesinliği bakımındandır. Madde 74’deki “mahrum kalınan kar” ifadesinden, kaçırılan fırsatların da madde kapsamında talep edilebileceğini anlamak mümkündür.²⁴⁰ Ancak, kabul etmek gerekir ki çoğu zaman mahrum kalınan karın kesin olarak ispat edilmesi mümkün olmayabilir. Bu durumlarda, acaba zarar gören taraf tamamıyla tazminattan mahrum edilmeli midir? “Ya hep ya hiç” prensibinden uzaklaşarak, daha liberal bir görüşün benimsenmesi kanaatimizce daha yerinde olacaktır. Zira, bu

²³⁸ ABD New York Federal Mahkemesi, 9 Eylül 1994, (*Delchi Carrier v. Rotorex davası*), <http://CISGw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

²³⁹ Saidov, *The Law of Damages*, s.71.

²⁴⁰ Schwenzer, Hachem, a.g.e., s.98.

yaklaşımın kabulü ile muhtemelen taraf menfaatleri arasında bir denge kurulmuş olacaktır.²⁴¹ Bu zararın CISG’de düzenlenip düzenlenmediği sorusuna ise, Antlaşmanın genel prensiplerinden ve öngörülen amaçlarından yola çıkarak cevap verebiliriz. Bu bağlamda dikkate alınması gereken husus zarar kavramıdır ve bu anlamda kaçırılan fırsata dayanan zararlar CISG çerçevesinde düzenlendiğine dair oldukça güçlü ilkeler mevcuttur. Zira, mahrum kalınan kâr ile kaçırılan fırsatlar benzer nitelikler taşımakta olup, yukarıda da belirttiğimiz üzere, kaçırılan fırsata dayanan zararların ispatında daha belirgin delillerin sunulması gerektiği söylenebilir. Madde 74’te ise mahrum kalınan karın tazminat olarak istenebileceği açıkça vurgulanmıştır. Dolayısıyla sadece ispat bakımından farklılık gösteren kaçırılan fırsat nedeniyle meydana gelecek zararların da, madde 74 çerçevesinde tazminat olarak istenebilmesi gerekir.

Kurgusal ve kesin olmayan fırsat kayıpları bile, acaba CISG çerçevesinde tazmin edilecek mi, yoksa sadece “gerçek” veya “önemli” fırsatlar mı bu çerçevede değerlendirilecektir? Mantıklı bir yaklaşımla, bir tacirin ancak “gerçek” ve “önemli” fırsatları değerlendirmek için risk alacağını söylemek mümkün olacaktır. Keza bir kararında hakem heyeti de fırsatın “oldukça yüksek bir olasılığa” sahip olması gerektiğini vurgulamıştır.²⁴²

Bir diğer soru ise, fırsatın “gerçek” ve “önemli” olduğunun nasıl tespit edileceğidir? Bir görüşe göre, fırsatın “gerçek” ve “önemli” olduğunun tespiti içgüdüsel olup, matematiksel bir mesele değildir.²⁴³ Her ne kadar bu görüş birçok duruma uygun olsa da, bazı davalarda oran tespit edilmeden bir fırsatın “gerçek” ve “önemli” olduğunun tespiti mümkün olmamaktadır. Yine bu husus, belirli bir alt sınırın olması gerektiği anlamına gelmemelidir. Örneğin, %50’den fazla gerçekleşme ihtimali olan fırsatların “gerçek” ve “önemli” olarak addedileceği yönündeki düşünce hatalıdır.²⁴⁴

²⁴¹ Saidov, **The Law of Damages**, s.72.

²⁴² ICC Tahkim yargılaması, Dava No 9078, Ekim 2001, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=1059&step=FullText> (çevrimiçi 20/04/19).

²⁴³ Saidov, **The Law of Damages**, s.73.

²⁴⁴ Saidov, **The Law of Damages**, s.74.

H. İlerideki Zararlar

Gelecekte meydana gelecek zararlar bakımından UPİCC ve PECL²⁴⁵’de açık hükümler yer alsa da, CISG bu hususta herhangi bir düzenleme içermemektedir. CISG çerçevesinde görülen bazı davalarda²⁴⁶, tazminatın ancak fiili zararlar bakımından söz konusu olacağı vurgulanmıştır.

Ancak, genel olarak kabul edildiği üzere gelecekte oluşacak zararlar CISG kapsamındadır. Aksi takdirde zarar gören taraf, gelecekte oluşacak zararların aktüelleşmesini beklemek zorunda kalacak; bazı hukuk sistemlerinde aynı iddia sebebiyle ikinci kez dava açmak mümkün olamayacağından, adaletsiz sonuçlar meydana gelecektir.²⁴⁷ Her hâlükârda ikinci kez dava açmak zorunda kalan zarar gören, yeniden dava masraflarına katlanmak zorunda kalacaktır. Neticede bu hususlar, tarafların CISG’i uygulama dışı bırakması ile sonuçlanacaktır. Bu tür sonuçlar Antlaşma’nın amacına aykırı olacağından, ileride oluşacak zararların da CISG çerçevesinde tazmin edileceğinin kabul edilmesi gerekir.

I. Mallardaki Ayıplar Sebebiyle Katlanılan Diğer Zararlar

1. Ölüm ve Yaralanmalar

CISG madde 5 açıkça, Antlaşma çerçevesinde satıcının, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanmayacağını düzenlemektedir. Buna mukabil; alıcının müşterilerine karşı ayıplı malların yol açtığı ölüm veya yaralanmalardan dolayı sorumluluğunun doğması sebebiyle satıcıdan tazminat talebinde bulunması hali farklıdır.²⁴⁸ Bu durum, doğan herhangi bir maddi kayıptan farksız olup, Antlaşmanın kapsamı içindedir.²⁴⁹

²⁴⁵ UPİCC madde 7.4.3(1) ve PECL madde 9:502(2)(b).

²⁴⁶ Saidov, **The Law of Damages**, s.75, İCAC Case 131/1996, 14 Eylül 1998 MG Rozenberg, Praktika Mezhdunarodnogo Kommercheskogo Arbitrazhnogo Suda: Nauchno-Prakticheskiy Kommentariy 165; İCAC Dava No: 345/1998, 14 Eylül 1998; <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947660i1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

²⁴⁷ Saidov, **The Law of Damages**, s.76, dp.241.

²⁴⁸ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md.74, para.14.

²⁴⁹ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md.74, para.14.

2. Yargılama Giderleri ve Vekaletname Ücreti

Bir önemli tartışma da, mahkeme ve vekalet ücretinin tazminat olarak ihlal eden taraftan istenebilip istenemeyeceği hususudur. Bu konu ile ilgili olarak doktrinde fikir birliği olmadığı söylenebilir. Keza, CISG’te de bu hususta herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bir görüşe göre, bu masraflar tazminat olarak istenebilir. Bu görüşü savunanlarca, CISG madde 74 anlamındaki zarar kavramı bu masrafları da kapsamaktadır. Zira ihlal sonucu meydana gelmiş olduklarından, tam tazminat prensibi gereğince bu zararların karşılanması gerekmektedir. Ayrıca uluslararası hukukta birliğin sağlanması açısından, bu görüşün kabul edilmesinin amaca daha uygun olacağı savunulmuştur.

Bir diğer görüş ise, mahkeme ve vekalet ücretlerinin CISG’in kapsamı dışında olduğunu savunmaktadır.²⁵⁰ Bu görüş farklı temellere dayandırılmıştır. Buna göre, mesele usul hukukuna ilişkin bir sorun olduğundan, maddi hukuk kurallarını düzenleyen CISG’in kapsamı dışında kalması gerekecektir.²⁵¹ Yargılama sonucunda davacının haklı bulunması halinde, yargılama giderleri karşı tarafa yükletildiğinden bir nevi ödüllendirme söz konusu olacaktır. Ancak, davalının haklı çıktığı durumlarda böyle bir ödüllendirmeden bahsedilemeyeceği iddia edilmektedir. Bu sonucun CISG çerçevesinde kabul edilen eşitlik ilkesine aykırı olacağı savunulmaktadır.

Bu hususta verilen bazı mahkeme kararlarına bakmak faydalı olacaktır. 11 Temmuz 1996 karar tarihli Düsseldorf Mahkemesi’nde görülen bir davada mahkeme, CISG çerçevesinde ancak dava öncesi yapılan bildirim dolayısıyla avukatlık ücretinin ödenebileceğine karar vermiştir.²⁵² Ayrıca Mahkeme, Alman Usul Hukuku çerçevesinde “kaybeden öder” kuralına göre, yargılama sebebiyle ayrıca avukatlık

²⁵⁰ Larry A. DiMatteo, Lucien J. Dhooge, Stephanie Greene, Virginia G. Maurer, Marisa Anne Pagnattaro, **International Sales Law, A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**, Cambridge University Press, Cambridge 2005, s.156; Harry M. Fletcher “*Recovering Attorneys’ Fees under the UN Sales Convention (CISG): Role of Case Law in the New International Commercial Practice, with Comments on Zapata Hermanos v. Hearthside Baking*” (bundan sonra *Recovering Attorney’s Fees* olarak anılacaktır), 22 Nw. J. Int’l L.&Bus. 121 (2001-2002), s.121-160.

²⁵¹ DiMatteo, Dhooge, Greene, Maurer, Pagnattaro, a.g.e., s.156; Saidov, **The Law of Damages**, s.51

²⁵² Almanya Düsseldorf İstinaf Mahkemesi, 11 Temmuz 1996, (çim biçme makinesi motorları davası/lawn mower engines case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960711g1.html> (çevrimiçi 20/04/19); Unilex ve CLOUD sistemlerinde yer alan çelişkiler ve karar metnin orijinal halinin yorumu için bkz. Fletcher, *Recovering Attorney’s Fees*, s.121-160.

 cretine karar vermiştir. Yani bu karar, CISG madde 74 çerçevesinde tazminatın ancak yargılama öncesi avukatlık ücretini kapsadığını iddia etmektedir.

Bir diğ er Almanya (Langericht Krefeld) kararında da ilk derece mahkemesi aynı sonuca ulaşmıştır.²⁵³ Mahkeme CISG madde 74 çerçevesinde, ancak yargılama öncesi satım bedelinin alıcıya ödenmesi ve sözleşmeden dönüldüğü hususunda satıcının yapmış olduğu bildirim sebebiyle avukatlık ücretinin tazminat olarak ödenebileceğine karar vermiştir. Mahkeme, ZPO gereğince de yargılama sebebiyle avukatlık ücretine ayrıca karar vermiştir. Temyizde OLG Düsseldorf, teorik olarak avukatlık ücretinin CISG madde 74 çerçevesinde tazmin edilebileceğini kabul etse de, ilk derece mahkemesinin bu yöndeki kararını iptal etmiştir. Temyiz mahkemesine göre bu durum  ifte tazminata sebebiyet vereceğinden, davacı zaten Alman Hukukunun “kaybeden  der” prensibi gereğ  avukatlık ücretine hakk kazanacaktır. Ancak, ilginç bir şekilde Temyiz Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin CISG çerçevesinde ancak yargılama öncesi avukatlık ücretinin ödenmesine karar vermesi hususunu dikkate almamıştır.

Bazı davalarda ise mahkemeler, CISG çerçevesinde avukatlık ücretine ilişkin tazminata hükmedilmesi gerektiğ  hususuna hiç değinmemişlerdir. Ancak, bu davaların çoğunluğunda, yine yukarıda belirtilen örneklerde olduğu gibi, lehine karar verilen kişiler yerel hukukun “kaybeden  der” kuralı çerçevesinde avukatlık ücretine hak kazanmışlardır.²⁵⁴ Bir başka deyişle, davalarda bazen avukatlık ücretinin CISG çerçevesinde tazminat olarak istenemeyeceğ  belirtilmemiş ise de, kaybeden  der kuralının geçerli olduğu ülkelerde avukatlık  creti ekseriyetle yerel hukukun usul hukuku kurallarına göre tazmin edilmektedir. Aslında bu uygulama, avukatlık ücretinin CISG çerçevesinde tazmin edilebileceğ  düşüncesine aykırılık teşkil edecektir. Zira, eğer avukatlık ücretinin CISG çerçevesinde d zenlendiğ  kabul edilse idi, CISG kuralları yerel hukuk düzenlemelerine üstün gelecekti ve neticede yukarıda belirtilen kararlar ortaya çıkmayacaktı.²⁵⁵

²⁵³ Almanya Düsseldorf Temyiz Mahkemesi, 14 Ocak 1994, (ayakkabılar davası/shoes case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html> ( evrimi i 20/04/19); Fletcher, *Recovering Attorney's Fees*, s.129-130.

²⁵⁴ Fletcher, *Recovering Attorney's Fees*, s.147.

²⁵⁵ Fletcher, *Recovering Attorney's Fees*, s.148.

CISG'in hazırlık sürecine (travaux preparatoires) bakıldığında, avukatlık ücretine ilişkin herhangi bir tartışma söz konusu olmamıştır. Yine, CISG'in tarihine ilişkin resmi kayıtlarda da ister yazım, isterse de müzakere aşamasında avukatlık ücretine ilişkin herhangi bir kayıt söz konusu olmamıştır. Bu durum, ABD ve benzeri, her bir tarafın kendi avukatlık ücretine katlanması gerektiği kuralını benimseyen ülkelerin; CISG'i kabul ederken, Antlaşmanın yargılamaya ilişkin böylesine önemli bir kuralı değiştireceğini öngörmediklerinin ve bu yönde bir niyetlerinin olmadığının kabulü için önemli bir delil olarak gösterilebilir.²⁵⁶

Ayrıca, tazminat hükümlerini düzenleyen CISG madde 74, tazminata sözleşmenin ihlal edilmesi hallerinde hükmolunacağını düzenlemektedir. Örneğin bir davada; davalının, karşı tarafın yani davacının sözleşmeyi ihlal ettiği yönünde karşı bir iddiasının olmadığını ve neticede mahkemenin davalıyı haklı bulduğunu düşünelim. Acaba bu durumda mahkeme, madde 74 çerçevesinde avukatlık ücretine neye dayanarak hükmedecektir? Burada akla gelen tek şey, mahkemenin başarılı olamayan davacının haksız olarak dava açmasını, zımni yükümlülüklerine aykırılık olarak değerlendirebileceği ihtimalidir. Ancak, Fletcher'in de belirttiği üzere, böylesine sonuç odaklı bir çözüm tavsiye edilmemektedir.²⁵⁷

Yukarıda örnek olarak verilen kararlarda, mahkemelerin CISG çerçevesinde, ancak yargılama öncesi avukatlık ücretinin ödenmesinin mümkün olduğu yönündeki görüşlerini anlamak ise pek mümkün değildir. Şöyle ki, mahkemelerin neye dayanarak yargılama öncesi veya sonrası için avukatlık ücreti ayrımı yaptığı tamamen belirsizdir: Eğer CISG, yargılama öncesi avukatlık ücretinin tazminat olarak istenebileceğini düzenliyor ise, yargılamada başarılı olan tarafın CISG madde 74'e dayanarak avukatlık ücretini neden talep edemeyeceği de cevaplanması gereken sorulardandır.²⁵⁸

Kısaca, yukarıda belirtilen davalarda; mahkemelerin yargılama için avukatlık ücretini kendi yerel hukuklarını esas alarak kararlaştırılmaları, aslında bu hususun CISG'in

²⁵⁶ Fletcher, *Recovering Attorney's Fees*, s.151.

²⁵⁷ Fletcher, *Recovering Attorney's Fees*, s.152.

²⁵⁸ Fletcher, *Recovering Attorney's Fees*, s.153.

kapsamı dışında kalan usul hukukuna ilişkin bir mesele olduğunu kabul etmeleri anlamına gelecektir.

3.Manevi Tazminat

CISG’de manevi zararlardan dolayı tazminat istenemeyeceğine dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla, maddi olmayan zararların da Antlaşma çerçevesinde tazmin edilebileceği kabul edilmektedir. (örn. ticari itibarın sarsılması nedeniyle oluşan zarar) Ancak klasik anlamda, sözleşmenin ihlali sebebiyle zarar gören tarafın çekmiş olduğu elem, acı ve ızdırap dolayısıyla tazminat istenmesi, Antlaşma çerçevesinde mümkün değildir.²⁵⁹

V. Zararın Hesaplanması

A. Genel Olarak

Zararların tespit edilmesinin ardından, bu zararların hesaplanması gerekmektedir. Bu bölümde, tespit edilen zararların parasal karşılığının nasıl belirleneceği üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda, öncelikle CISG madde 75 ve 76’da düzenlenen somut ve soyut hesaplama yöntemlerinden kısaca bahsetmek gerekir. Eğer alıcı, sözleşmenin ihlali sebebiyle ikame mal alımı yapmış ise; bu durumda asıl sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile ikame alım fiyatı arasındaki fark, alıcı tarafından tazminat olarak istenebilecektir. Bu formül “somut metot” olarak bilinmektedir.²⁶⁰ Aksine “soyut metot” ise, zarar görenin gerçek durumu ile ilgilenmemekte olup, malların sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki cari fiyatı arasındaki farkın talep edilebileceğini ihtiva etmektedir. Bu metotların kullanılması ile tespit edilemeyen zarar miktarlarının söz konusu olduğu durumlarda veya sözleşmeden dönülmediği hallerde, artık madde 74’de yer alan genel prensiplere göre hesaplama yapmak gerekecektir. Bu genel prensipler, “tam tazminat” ilkesi ve zarar gören tarafın ifanın sözleşmeye uygun olarak yapılması halinde bulunacağı duruma yakınlaştırma amacına yönelik ilkedir. Her ne kadar genel hüküm niteliğinde olan madde 74, özel olarak herhangi bir hesaplama yöntemi öngörmese de, yukarıda

²⁵⁹ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md.74, para.39.

²⁶⁰ Süleyman Yılmaz, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları**, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s.197.

bahsedilen prensipler ile uyumlu olması şartı ile birçok hesaplama metodu bu bakımdan kullanılabilir.

B. Sözleşmeden Dönme Durumunda Hesaplama

Bu bölüme başlamadan önce bir hususu belirtmek gerekir: Her ne kadar konumuz ayıplı ifa hallerinde tazminat talepleri ile sınırlı olsa da, ayıplı ifa nedeniyle sözleşmenin ortadan kaldırılması da çoğu zaman gündeme gelebilmektedir. Zira CISG madde 49'a göre, satıcının sözleşmeden veya Antlaşmadan doğan yükümlülüklerden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa, alıcı sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir. Dolayısıyla, ayıplı malların teslimi de bu bakımdan sözleşmenin esaslı ihlalini teşkil edebilecektir. Bu durumda sözleşmenin ortadan kaldırılması ile ayıp nedeniyle alıcının katlanacağı diğer zararlar bakımından tazminat istenebilecektir.

1. Somut Hesaplama (madde 75)

“Sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde, ortadan kaldırmadan itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde alıcının ikame mallar satın alması veya satıcının malları yeniden satması durumunda, tazminat talep eden taraf, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir.”

Madde 75, kökenini ULİS madde 85'ten alsa da, bazı önemli farklılıkları barındırdığı da söylenebilir. Öncelikle, ULİS cari fiyata dayanan hesaplama metodunu kural olarak benimsemişken, CISG somut yöntemle üstünlük vermiş ve soyut yöntemi tamamlayıcı bir kural olarak öngörmüştür. ULİS madde 85, ikame işlemin sadece makul şekilde yapılmasını öngörmüş iken; madde 75, ikame işlemin makul sürede yapılması gerektiğini de öngörmektedir. Ve son olarak madde 75, ULİS madde 85'ten farklı olarak ilave zararlar bakımından genel madde 74'e atıf yapmaktadır.²⁶¹

Sözleşmenin ortadan kaldırılmasının ardından ikame alım yapılması, alıcının menfaatine uygundur. Ayrıca bu ikame alımın yapılması, madde 77'de düzenlenen zararın azaltılması külfetinin de gereğidir. Bu metot açık, basit ve kesin bir

²⁶¹ Chengwei, a.g.e., s.217.

hesaplama yöntemi ortaya koymakta olup, önemli ölçüde tazminat miktarının ispatı hususunda mevcut olan zorlukları ortadan kaldırmaktadır.²⁶²

a. Ön Şartlar

(1). Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması

Somut hesaplama metodunun uygulanabilmesi için bazı ön şartların mevcut olması gerekmektedir. Öncelikle maddede açıkça belirtildiği üzere, taraflar arasındaki sözleşmenin ortadan kaldırıldığı durumlarda bu metod uygulanabilecektir. Ancak, madde 75 çerçevesinde somut hesaplama yönteminden bahsederken; madde 49, 73 veya 61 çerçevesinde zarar gören tarafın sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı bulunduğu ve bu niyeti karşı tarafa bildirdiği varsayılmaktadır. Her ne kadar bildirim yükümlülüğü genel kural olarak bir zorunluluk teşkil etse de, karşı taraf kesinlikle ifa etmeyeceğini beyan etmişse, artık böyle bir zorunluluktan bahsedemeyeceğiz.²⁶³ Bu durumda ifa etmeyeceğini beyan eden taraf, korunmaya değer sayılmamaktadır.²⁶⁴ Satıcı, sözleşmeyi ifa etmediğinde alıcının ikame mal satın alacağını bilmektedir; dolayısıyla formalite icabı, alıcıyı ikame satıştan önce sözleşmeyi sonlandırdığını satıcıya bildirme zorunluluğu altında tutmak, dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.²⁶⁵

(2). İkame İşlem

Madde 75'e göre, somut metodun kullanılabilmesi için alıcının ikame alım yapması gerekir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ikame işlemi yapacak olan kişi alıcıdır. Yani, eğer alıcının malı satmış olduğu müşterisi, teslim edilen bu malların ayıplı olması nedeniyle ikame alım yapmış ise; artık alıcı bu ikame işleme dayanarak madde 75'e başvuramayacak ve zararlarını CISG madde 74 veya 76 çerçevesinde isteyebilecektir.²⁶⁶

Yapılan ikame işlemin asıl sözleşmenin *yerine* yapılması gerekmektedir. Bu ön şartın karşılanabilmesi için; söz konusu ikame işlemin (alımın), ortadan kaldırılan asıl sözleşme ile ilgili olması ve zarar gören tarafın ortadan kaldırılan sözleşmeden beklediği menfaatin karşılaması gerekir. Ancak, bu kurallar oldukça genel nitelikte

²⁶² Honnold, a.g.e., md. 75, para. 410.

²⁶³ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.434; Yılmaz, a.g.e., s.199.

²⁶⁴ Huber, Mullis, a.e., s.284; Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.434.

²⁶⁵ Huber, Mullis, a.e., s.284.

²⁶⁶ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.434.

olup, ikame satımın ortadan kaldırılan sözleşmenin yerine yapılıp yapılmadığı hususu, her bir olayın hal ve şartlarına göre tespit edilmelidir.²⁶⁷

Örneğin; alıcının satıcının ayıplı ifasını reddetmesi üzerine, siparişlerini karşılamak için daha önce satın almış olduğu malları istifade ettiğini düşünelim. Bu işlemin, madde 75 çerçevesinde ikame işlem olarak değerlendirilebilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. CISG çerçevesinde görülen bir davada²⁶⁸ mahkeme, daha önce satın alınan malların ikame alım olarak değerlendirilemeyeceğine kanaat getirmiştir. Gerekçe olarak ise, olayda bir nevi “işlem hacmi kaybı”nın (loss of volume) söz konusu olması ve mallara talebin alıcının elinde bulunan mallardan daha fazla olması durumu gösterilmiştir. Zira daha önce satın alınan mallar, ortadan kaldırılan sözleşmenin yerine yapılmamış olup, aksine bu sözleşmeye ilaveten yapılmıştır.

Aynı örnekte “işlem hacmi kaybı” durumu söz konusu olmasa, nasıl bir yol izleneceği tartışmalıdır. Yani bu tür durumda alıcı, acaba daha önceden satın alınan malların fiyatı ile satıcıyla yapmış olduğu ve ortadan kaldırılan sözleşme fiyatı arasındaki farkı, “somut” hesaplama yöntemi gereği isteyebilecek midir? Öncelikle belirtmek gerekir ki, ikame alım/satımın asıl sözleşmenin yerine ve bu niyetle yapılması gerekir. Asıl sözleşmenin tanzim edilmesinden veya ihlalden önce satın alınan malların, bu niyetle alındığını iddia etmek pek mümkün olmayacaktır. İkinci olarak madde 75 açıkça, sözleşmenin ortadan kaldırılmasından “itibaren” diyerek, ancak bu andan sonra yapılan alım/satımın ikame işlem niteliğinde olacağını düzenlemektedir.

Diğer taraftan ise, zarar gören tarafın niyetinin bu bakımdan dikkate alınmaması gerektiği ve önemli olanın, ikame işlemin asıl sözleşmenin yerine yapılıp yapılmadığının tespitinin gerekliliği olduğu iddia edilebilir.²⁶⁹ İlaveten madde 75’te, ikame işlemin makul bir şekilde yapılması öngörüldüğünden; yapılan alım/satımın

²⁶⁷ Saidov, **The Law of Damages.**, s.174.

²⁶⁸ Delchi Carrier SpA v Rotorex Corp 1994 WL 495787.

²⁶⁹ Saidov, **The Law of Damages**, s.175.

asıl sözleşmenin yerine yapılıp yapılmadığının tespitinde, makullük ölçütünün önemli olacağı da yine iddia edilebilir.²⁷⁰

Kanaatimizce hem kesinlik, hem de CISG'in uygulanması bakımından yeknesaklığın sağlanması için, maddenin açık hükmü dikkate alınmalı ve ancak sözleşmenin ortadan kaldırılmasının ardından yapılan alım/satımlar ikame işlem olarak değerlendirilmelidir.

Asıl sözleşme ile ikame işlem arasında bir bağlantı mevcut olmalıdır. Bu bağlantının bulunması, yapılan ikame alım/satımın asıl sözleşmenin yerine yapılıp yapılmadığının tespiti için önemlidir. Bu bağlantının belirlenmesinde bir dizi faktör dikkate alınmaktadır. Örneğin; demir-molibden satımının ihtilaf konusu olduğu bir davada²⁷¹ mahkeme, yapılan mal alımının ikame işlem olup olmadığının tespitinde, iki sözleşmenin (asıl sözleşme ve ikame işlem) koşulları arasındaki benzerlikleri ve yapılan ikame alımın yapıldığı anı dikkate almıştır. Sonuç olarak mahkeme, %60 oranda molibden içeren 17-20 ton demirin alımına ilişkin ikame işlemin, %64 oranda molibden içeren 18 ton demir alımına ilişkin asıl sözleşmeye oldukça benzer olduğuna kanaat getirmiştir. Ayrıca, ikame alımın satıcının malları teslim etmeyi reddettiği andan itibaren iki hafta içerisinde yapılması da, mahkemenin yapılan işlemin asıl sözleşmenin yerine yapıldığı yönündeki kanaatini daha da perçinlemiştir. Aksine bir diğer kararda²⁷², yapılan ikame işlemin asıl sözleşmenin yerine yapılmadığı kanaatine ulaşılmıştır. Zira olaydaki ikame işlem, ortadan kaldırılan asıl sözleşmenin yapıldığı C&F teslim şeklinden farklı olarak, CIF teslim şekli ile yapılmıştır. Ancak genel olarak kabul edildiği üzere, teslim şeklinde mevcut olan bu farklılık, mahkemenin ikame sözleşmenin asıl sözleşme yerine yapılmadığı kanaatine ulaşması için tek başına yeterli değildir. Zira, ikame sözleşmenin şartlarının asıl sözleşme şartları ile bire bir aynı olması beklenmemeli, benzer olması yeterli sayılmalıdır.²⁷³

²⁷⁰ Saidov, **The Law of Damages**, s.175.

²⁷¹ Almanya Hamburg İstinaf Mahkemesi 28 Şubat 1997 (demir-molibden davası/iron molybdenum case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

²⁷² CIETAC Arbitration, 18 Nisan 1995 (elbise davası/clothes case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950418c1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

²⁷³ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.434.

Keza, ikame alım/satımın kim ile yapıldığı da önemli olabilmektedir. Daha doğrusu, asıl sözleşmenin ortadan kaldırılmasının ardından yine aynı satıcıdan aynı malların satın alınması durumunda, ortada ikame sözleşmenin varlığından bahsedilemeyecektir. Madde 75'e göre, ikame işlem üçüncü bir kişi ile yapılmalıdır. Dolayısıyla, alıcının malları kendisinin ürettiği hallerde madde 75'e göre değil de madde 74 çerçevesinde tazminat istenebilecektir.²⁷⁴

Zarar gören tarafın (alıcının) sürekli alım-satım yaptığı durumlarda, ikame işlemin asıl sözleşmenin yerine mi yapıldığının, yoksa ticari faaliyetin olağan akışında mı yapıldığının tespiti oldukça zor, bazen de imkânsızdır.²⁷⁵ Bu bakımdan, zarar gören tarafın ispat külfetinin hafifletilmesi için; ister sözleşmenin iptal edildiğine dair bildirimin yanında, ister ise de bağımsız olarak ikame işlem yapılması niyetinin bildirilmesi tavsiye edilmektedir. Ancak, bu tür bir bildirimin tek başına, yapılan ikame işlemin asıl sözleşmenin yerine yapıldığı anlamına gelemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir.

Yine, ikame işlemin tespit edilemediği durumlarda nasıl bir yol izlenmesi gerektiği de muallaktır. Bir görüşe göre, bu tür durumlarda somut metodun uygulanması mümkün olmayacak ve soyut yöntem tercih edilecektir.²⁷⁶ Bir diğer görüşe göre ise, yapılan birden fazla işlemde herhangi biri ikame işlem niteliğini haizse, artık somut hesaplama yöntemi kullanılacaktır. Bu durumda, zarar görenin rastgele herhangi bir işlemi ikame işlem olarak göstermesi yeterli olmayacaktır. Zarar gören açıkça, yapılan ikame işlemin asıl sözleşmenin ortadan kaldırılması sebebiyle yapıldığını, aksi halde yapılmayacağını somutlaştırmalıdır.²⁷⁷ Huber ve Mullis'e göre ise, sözleşmenin ortadan kaldırılmasından sonra yapılan ilk işlemin ikame işlem olarak değerlendirilmesi mümkündür.²⁷⁸

²⁷⁴ Huber, Mullis, a.g.e., s.285; Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md. 75 para.3; Yılmaz, a.g.e., s.200.

²⁷⁵ Michael Furmston, *“Actual Damages, Notional Damages and Loss of a Chance”*, **Contract Damages Domestic and International Perspectives**, ed.: Djahongir Saidov, Ralph Cunningham, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2008, s.424.

²⁷⁶ Secretariat Commentary, Art. 72, para.2.

²⁷⁷ Saidov, **The Law of Damages**, a.e., s.178.

²⁷⁸ CISG-AC, Op 8 Gotanda para. 2.3.4.; Huber, Mullis, a.g.e., s.285.

(3). İkame İşlemin Makul Bir Şekilde Yapılması

Somut metodun kullanılabilmesi için, ikame işlemin makul bir şekilde yapılması gerekir. Aslında ikame işlemin makul bir şekilde yapılması, “dürüstlük kuralı” ile de bağlantılıdır. İkame işlemin makul bir şekilde yapılması, zarar gören alıcının ikame malları mümkün olan en ucuz fiyattan alması ve zarar gören satıcının malları mümkün olan en yüksek fiyattan satması anlamına gelecektir.²⁷⁹

Uygulamada ikame işlemin makul bir şekilde yapılıp yapılmadığı tespit edilirken, pazar rayicine bakılmaktadır. Alıcının ikame işlem yaptığı durumlarda, bu işlem fiyatının pazar rayicinden aşağı olması²⁸⁰ veya pazar rayicine denk olması²⁸¹, ikame işlemin makul bir şekilde yapıldığı anlamına gelmektedir. Bazı durumlarda, ikame işlemin pazar rayicinin üstünde bir fiyattan yapıldığı hallerde bile, ikame işlemin makul bir şekilde yapıldığı kabul edilmiştir. Bir davada mahkeme, alıcının malları kabul etmemesi üzerine, satıcının malları pazar rayicinin çok az altında bir fiyata satmasının makul olduğuna karar vermiştir.²⁸² Söz konusu kararda; alıcının reddetmesi üzerine malların limanda kalması ve yeniden satım için dezavantajlı bir durumda bulunması, malların pazar rayicinin altında bir fiyata satılmasını haklı gösteren nedenler olarak gösterilmiştir.

Yine, daha avantajlı seçeneklerin varlığı veya yokluğu, ikame işlemin makul bir şekilde yapılıp yapılmadığının tespitinde dikkate alınması gereken olgulardandır. CISG çerçevesinde görülen bir davada; satıcı, alıcı tarafından yapılan ikame işlemin daha ucuz bir fiyattan yapılabileceğini iddia etse de, söz konusu bu iddia yeterince somutlaştırılmadığı gerekçesiyle mahkeme tarafından reddedilmiştir.²⁸³

İkame işlemin makul bir şekilde yapıldığının kabul edilebilmesi için, ortadan kaldırılan asıl sözleşme ile aynı veya benzer şartlarda yapılmış olması gerekir. Aynı

²⁷⁹ Chengwei, a.g.e., s.217, para.1032; Bonell, Bianca, a.g.e., md.75, para.2.5; Secretariat Commentary, Art.71 para.4.

²⁸⁰ CIETAC tahkim yargılaması 10 Ağustos 2000 (silicon metal davası/silicon metal case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000810c1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

²⁸¹ ICC Tahkim yargılaması, Dava No: 10329 2000 (sanayi ürünleri davası/industrial product case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000329i1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

²⁸² CIETAC Tahkim yargılaması, 4 Haziran 1999 (sanayi hammaddeleri davası/industrial raw material case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990604c1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

²⁸³ Hamburg Bölge Mahkemesi (Almanya) 26 Kasım 2000, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/031126g1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

zamanda malların türü, kalitesi ve miktarlar bakımından da uygunluk mevcut olmalıdır. Ancak, bu ikame işlemin asıl sözleşme ile özdeş olacağı anlamına da gelmemelidir.²⁸⁴ Bu hususu, madde 75’de de düzenlenen makullük prensibinden çıkarmak mümkündür.

Nadir hallerde de olsa, ikame işlemin asıl sözleşmeden tamamıyla farklı malları ihtiva etmesi durumunda bile, madde 75 çerçevesinde makullük standartının karşılanacağı haller söz konusu olabilmektedir. Örneğin; asıl sözleşmenin konusu malların özgün/kendine mahsus olduğu ve farklı olan ikame malların alınması ile asıl sözleşmeyle kararlaştırılan amaca ulaşılacaksa, artık ikame işlem ile asıl sözleşme bakımından malların farklı olması önemsiz hale gelecektir.²⁸⁵ Dolayısıyla, zarar gören tarafın ortadan kaldırılan asıl sözleşmeyi tanzim etmekteki amacı da, yapılan işlemin makul sayılıp sayılmayacağının tespitinde önemli unsurlardan biri olacaktır.

İkame işlem ile temin edilen malların, ortadan kaldırılan sözleşme ile kararlaştırılan mallardan daha kaliteli olduğu durumlarda, ikame işlemin makul olarak yapıp yapılmadığının tespiti de oldukça zor hale gelecektir. Yine burada da kesin bir kural belirlemek mümkün olmayacak ve her bir olayın hal ve şartlarına ayrı ayrı bakılması gerekecektir. Eğer, ikame işlem olarak satın alınan mallardan daha aşağı bedelde ve asıl sözleşme konusu mallara özdeş veya benzer malların teminin mümkün olmasına rağmen; alıcı daha kaliteli malları satın almışsa, artık madde 75 çerçevesinde ikame işlemin makul bir şekilde yerine getirilmesinden bahsedemeyiz. Aksine, daha kaliteli mallardan başka mal temini mümkün olmamışsa, bu sefer makullük standartının karşılandığı söylenebilecektir. Ancak, alıcının ikame işlem sonucu satın aldığı daha kaliteli mallardan dolayı elde edeceği yararlar, madde 75 çerçevesinde hesaplanacak tazminat miktarından düşülecektir.²⁸⁶

Bazı sözleşmeler ile satıcıya belirli bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Örneğin, sözleşme ile satıcıya 10 ile 15 ton arası mal teslim etme opsiyonu getirilebilir. Bu tür durumlarda, alıcının ikame işlem tesis ederken miktarlardan hangisini dikkate alması gerektiği de tartışmalı hususlardandır.²⁸⁷ Keza miktar arttıkça, asıl sözleşmedeki

²⁸⁴ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.434; Yılmaz, a.g.e., s.201.

²⁸⁵ Saidov, **The Law of Damages.**, s.180.

²⁸⁶ Saidov, **The Law of Damages.**, s.181.

²⁸⁷ Daha detaylı analiz için bkz. Saidov, **The Law of Damages.**, s.181.

bedel ile ikame işlem bedeli arasındaki fark da artmaktadır. Bu tür durumlarda genel olarak kabul edilen görüş, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, sözleşmenin ortadan kaldırılmaması halinde teslim edeceği miktarın belirlenmesi gerektiği yönündedir. Buna göre de ihlal eden taraf, her zaman kendisi için daha az külfetli olan ifayı tercih edecektir. Bu varsayımı örneğimize uygularsak, daha az miktarda mal teslim edilmesinin satıcı için daha az külfetli olduğu kabul edildiğinden, satıcının 10 ton buğday teslim edeceği ve alıcının yapacağı ikame işlemin de buna göre 10 tona tekabül etmesi gerektiği kabul edilmelidir. Ancak, bu varsayımın her zaman için kesin bir karine oluşturacağı yönündeki görüş kanaatimizce doğru olmayacaktır. Zira, malların fiyatının keskin şekilde düştüğü durumlarda daha çok malın satılması, satıcının lehine bir durum oluşturacaktır.²⁸⁸ Yine, diğer bazı özel sebeplerin varlığı halinde de 15 ton malın satılması, satıcı için daha uygun olabilir. Bu nedenle, daha az miktarda mal teslim edilmesinin satıcı için daha az külfetli olduğu yönündeki varsayım, her ne kadar karine olarak kabul edilebilecek ise de alıcıya bunun aksini ispat etme imkânı da tanınmalıdır.²⁸⁹

Ve son olarak, ihlal eden tarafın sözleşmeyi başka şartlar altında ifa etmek istediği durumlara da değinmek gerekir. Örnek olarak, sözleşmeyi ihlal eden alıcının malları daha aşağı bir fiyattan almayı teklif ettiği durumlar gösterilebilir. Bu tür durumlarda, satıcının ihlal eden alıcıya malları satması, makul bir şekilde yapılmış olan ikame işlem olarak kabul edilmelidir. CISG çerçevesinde görülen bir davada²⁹⁰ mahkeme, sözleşmeyi ihlal eden alıcının teklifini kabul etmeyen ve malları bundan daha aşağı bir fiyata satan satıcının, madde 77 çerçevesinde zararın azaltılması yükümlülüğüne aykırı davrandığına kanaat getirmiştir. Mahkeme zararı hesaplarken, sözleşme bedeli ile alıcının teklif ettiği fiyat arasındaki farkı dikkate almıştır.

(4). İkame İşlemin Makul Sürede Yapılması

Somut hesaplama yönteminin kullanılabilmesi için son şart, yapılan ikame işlemin sözleşmenin ortadan kaldırılmasından itibaren makul bir süre içerisinde yapılmasıdır.

²⁸⁸ Saidov, *The Law of Damages.*, s.182.

²⁸⁹ Saidov, *The Law of Damages.*, s.182.

²⁹⁰ İspanya Yüksek Mahkemesi, 28 Ocak 2000, Internationale Jute Maatschappi BV v Marin Palomares, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000128s4.html>

Makul sürenin tespitinde, yine her bir olayın hal ve şartları dikkate alınmalıdır. Ancak, genel olarak hakim ve hakemlerin tutumuna baktığımız zaman, sözleşmenin ortadan kaldırılmasından itibaren 2-3 ay içerisinde yapılan ikame işlemlerin makul sürede yapıldığını kabul ettiklerini görebiliriz.²⁹¹ Bazı mahkeme kararlarında ise, 6 ay sonra yapılan ikame işlemin makul sürede yapılmadığına kanaat getirilmiştir.²⁹² Makul sürenin tespitinde; özellikle malların türü ve özellikleri, asıl sözleşmenin tanzim edilme amacı ve ilgili pazarın dinamikleri dikkate alınmalıdır.²⁹³ Sözleşmenin iptali, çoğu zaman zarar gören tarafından yapılan bildirim ile geçerli olacaktır. Bu nedenle zarar gören taraf, bir nevi bu tarihi kendi ayarlamaktadır. Bazen ise zarar gören taraf, pazarda ilgili malların değerinin artabileceği düşüncesiyle sözleşmeyi hemen ortadan kaldırmadan imtina etmekte ve bir nevi spekülasyon yapmaktadır.²⁹⁴ Malların fiyatının aksine azaldığı böyle hallerde, asıl sözleşme fiyatı ile ikame işlem fiyatı arasındaki fark artacaktır. İhlal eden taraf zararına spekülasyon yapıldığı durumlarda, madde 77'de düzenlenen zararın azaltılması yükümlülüğü devreye girecektir. Ve sonuç olarak, tazminat hesaplanırken zararın azaltılması yükümlülüğüne uygun davranılması halinde, malların satılacağı tarih itibarıyla malların fiyatı ile asıl sözleşme fiyatı arasındaki fark dikkate alınacaktır.²⁹⁵

Yukarıda da bahsedildiği üzere, bazen ikame işlemin şartları asıl sözleşmeden farklı olabilir. Bu tür durumlarda, tazminat hesaplanırken bu iki sözleşmenin nasıl ayarlanabileceği -yani farklı olan hususların nasıl denkleştirilmesi gerektiği- zorlu meselelerdendir. İkame işlem ile esas sözleşme arasındaki fiyat farkı, aslında sözleşmelerin farklı şartlar altında yapılmasından kaynaklanabilir: Garanti süresi veya paketleme, taşıma vs. gibi ikincil masraflar. Dolayısıyla, fiyat farkı tespit

²⁹¹ Oberlandesgericht Hamburg 28.02.1997 Almanya
<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=291&step=Abstract> (2 hafta) (çevrimiçi 20/04/19), Oberlandesgericht Düsseldorf 14.01.1994 Almanya
<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=84&step=Abstract> (satıcının sözleşmenin ortadan kaldırılmasından itibaren 2 ay içinde yaptığı ikame satımın makul olduğuna dair) (çevrimiçi 20/04/19), Supreme Court of Queensland – Court of Appeal 12.10.2001 Australia, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=968&step=Abstract> (2 ay içinde yapılan ikame işlemin makul sürede yapıldığına dair) (çevrimiçi 20/04/19).

²⁹² Hof van Beroep Antwerpen 24.04.2006
<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1152&step=Abstract> (çevrimiçi 20/04/19).

²⁹³ Saidov, *The Law of Damages*, s.185.

²⁹⁴ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*, s.434.

²⁹⁵ Peter Schlechtriem, Peter Butler, *UN Law on International Sales, The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, Berlin 2009, s.218, para.311.

edilirken bu durumlar da dikkate alınmalıdır. Zarar gören tarafın tasarruf ettiği taşıma bedeli vs. masraflar, ikame satım veya alım fiyatından indirilmelidir.²⁹⁶ Örneğin; asıl sözleşmenin CFR teslim şartlarıyla yapıldığını, ikame işlemin ise FOB incoterms ile kurulduğunu düşünelim. FOB teslim şartı altında yükleme masrafları dikkate alınmamakta olup; bu durumda mahkeme, madde 75 çerçevesinde hesaplama yaparken, ikame işlem bedeline yükleme masraflarını da eklemiştir.²⁹⁷ Kanaatimizce, bu tür maddi değeri haiz farklılıklar mevcut olduğunda, madde 75'in atfı gereği zarar gören taraf, madde 74 çerçevesinde ilgili miktarları ilave zararlar olarak isteyebilmelidir.

Madde 75, somut hesaplama yöntemi sonucu bulunacak tazminat miktarı yanında, ilave zararlar bakımından madde 74 uyarınca tazminat talep edilebileceğini düzenlemektedir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, madde 74 çerçevesinde takdir edilecek tazminatın zarar gören taraf için çifte tazminat oluşturmamasıdır. Şöyle ki, madde 75 çerçevesinde takdir edilecek tazminat miktarının yanında, mahrum kalınan kâr artık talep edilemeyecektir.²⁹⁸ Zira, ikame işlem yaparak zarar gören taraf, artık malları yeniden satabileceğinden mahrum kalınan kâr dolayısıyla zararlar gündeme gelmeyecektir. Ancak, eğer ayıplı mal teslimi dolayısıyla, bu malların iade edilmesi gerekmiş ise, artık bu iade masrafları tazminat olarak istenebilmelidir.

Zarar gören taraf, somut hesaplama metodunun kullanılabilmesi için gereken ön şartların mevcudluğunu ispat etmelidir. Yani zarar gören taraf (alıcı), haklı olarak sözleşmeyi ortadan kaldırdığını, ikame işlemi makul bir şekilde ve makul sürede yaptığını ispat etmelidir. Aksine ön şartlardan birinin yerine getirilmediğini iddia eden karşı taraf (satıcı), bu sefer bu iddiasını ispat edecektir. Eğer ikame işlem hiç veya makul şekilde ve sürede yapılmamışsa, artık hesaplama madde 74 veya 76'ya göre yapılacaktır.²⁹⁹

²⁹⁶ Chengwei, a.g.e., s.217, para.1035.

²⁹⁷ CIETAC Tahkim yargılaması, 15 Kasım 1996, (Oxytrecy cline case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961115c1.html> (çevrimiçi 20/04/19); daha detaylı analiz için bkz. Saidov, **The Law of Damages**, s.186.

²⁹⁸ CISG-AC, Op 8 Gotanda Yorum 3.2; Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.435.

²⁹⁹ CISG-AC, Op 8 Gotanda Yorum 2.4.

2.Soyut Hesaplama Metodu

a. Genel Olarak

CISG çerçevesinde tazminatın hesaplanması için öngörülen bir diğer hesaplama yöntemi ise, madde 76'da düzenlenmektedir. Bu maddeye göre; *“sözleşmenin ortadan kaldırıldığı ve mallar için cari bir fiyatın var olduğu hallerde, tazminat talep eden taraf, 75. madde uyarınca ikame alış veya satış yapmamış olsa da, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki cari fiyat arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir. Bununla birlikte, tazminat talep eden taraf, malları devraldıktan sonra sözleşmeyi ortadan kaldırırsa, ortadan kaldırma anındaki cari fiyat yerine deviralma anındaki cari fiyat uygulanır.”*

Madde 76, zarar gören tarafın ikame işlem yapmadığı veya ikame işlem yapılmasına rağmen, bu işlemin somut hesaplama yönteminin şartlarını taşımadığı ya da işlemlerden hangisinin asıl sözleşmenin yerine yapıldığının tespit edilemediği durumlarda uygulanmalıdır. Zarar gören tarafın ikame işlem yapmadığı veya yapılan ikame işlemin makul şekilde ve sürede yapılmadığı durumlarda, çoğu zaman zarar gören tarafın zararı azaltma yükümlülüğüne aykırı davranışı gündeme gelecektir. Bu tür durumlarda; acaba zararın azaltılması yükümlülüğü göz ardı edilerek, sadece soyut hesaplama metodu kullanılarak mı hesaplama yapılmalıdır, yoksa azaltılabilecek zararlar yine dikkate alınmalı mıdır? Eğer sadece soyut metot kullanılırsa; bu sefer bu metot farazi bir ikame işlemine dayanarak hesaplama yapacağından, zarar gören tarafın gerçekten zararın azaltılması için çaba gösterip göstermediğine bakılmayacaktır.

Örneğin, satıcının sözleşmeyi ihlal eden alıcının teklifini kabul etmeyerek, malları daha aşağı bir fiyattan sattığını düşünelim. Zararın azaltılması yükümlülüğü dikkate alınarak hesaplama yapılırsa, asıl sözleşme fiyatı ile ihlal eden alıcının teklif ettiği fiyat arasındaki fark, tazminatın tespitinde dikkate alınacaktır. Bu bağlamda eğer alıcının teklif ettiği fiyat, malların cari fiyatından fazla olursa, artık soyut metodun kullanılması ile satıcının zararı haksız yere fazladan tazmin edilecektir. (over-compensated) Zira satıcı, makul davranarak alıcının teklifini kabul etse idi zararları daha az olacaktı. Başka bir örnek vermek gerekirse, yine zarar gören satıcının malları

hemen satmayarak piyasadaki fiyatları takip ettiğini ve neticede malların değerinin azaldığını düşünelim. Eğer satıcı, malların değerinin azalması sonrasında asıl sözleşmeyi ortadan kaldırırsa, soyut hesaplama metoduna göre; asıl sözleşme bedeli ile sözleşmenin ortadan kaldırılması anında malların cari fiyatı arasındaki fark, satıcının zararlarını yansıtacaktır. Oysa zararın azaltılması yükümlülüğü kuralına göre, satıcı malları daha erken bir tarihte satmalı idi. Keza, bu ihtimalde yine satıcının zararları daha az olacaktı. Kanaatimizce bu tür durumlarda, zararın azaltılması yükümlülüğü dikkate alınarak yapılan hesaplama daha adil sonuçların doğmasına sebebiyet verdiği için, soyut metodun tercih edilmemesi gerekir.

CISG madde 77, istisnasız olarak zararın azaltılması yükümlülüğünü açıkça düzenlemektedir. Ve yukarıda verilen örneklerden de görüleceği üzere, bu yükümlülüğün uygulanmaması sonucu zarar gören tarafın kaybı mükerrer olarak tazmin edilmektedir. Ayrıca bu kanaate, Antlaşma çerçevesinde somut hesaplama metodunun soyut metoda göre öncelikli uygulanacağı olgusuna dayanılarak da varılabilir.³⁰⁰

b. Şartları

Soyut hesaplama metodunun kullanılabilmesi için, öncelikle madde 76’da açıkça belirtildiği üzere, ikame işlemin hiç veya makul şekilde ya da sürede yapılmamış olması gerekir.³⁰¹ Eğer ikame işlem yapılmış ise, artık zarar gören taraf “soyut” metoda dayanarak zararlarını tazmin edemeyecektir. Zira madde 76 açıkça, ikame işlemin yapılmadığı durumlarda soyut metodun kullanılacağını düzenlemektedir. Ancak, çoğunlukla da kabul edildiği üzere, yapılan ikame işlemin asıl sözleşmenin yerine yapıp yapılmadığının tespitinin mümkün olmadığı durumlarda da soyut metoda göre hesaplama yapılabilecektir.³⁰² İkinci olarak, madde 75’de de olduğu gibi, asıl sözleşmenin ortadan kaldırılması gerekir. Diğer bir ön şart ise, mallar için bir cari fiyatın mevcut olmasıdır. Cari fiyat, madde 76’nın ikinci fıkrası gereği malların teslim edilmesi gereken yerde geçerli olan fiyattır. Söz konusu yerde bir cari fiyat mevcut değilse, makul ikame yeri kabul edilebilen diğer yerdeki fiyat dikkate

³⁰⁰ Saidov, *The Law of Damages.*, s.195.

³⁰¹ Atamer, *Satıcının Yükümlülükleri*; s.436; Zeytin, a.g.e., s.313.

³⁰² Gotanda, CISG AC-Opn No.8, nt. 4.1.5; Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md.76, para.2.

alınacaktır. Ancak, bu durumda malların taşıma masraflarındaki farklılıklar göz ardı edilmemelidir.

Cari fiyatın ne olduğu CISG’de düzenlenmemiştir. Bu kavram, UPICC madde 7.4.6/2’de açıklanmaya çalışılmış ve buna göre cari fiyat: “*Teslim edilen mallara veya sağlanan hizmetlere malların teslim edileceği yerde veya bu yerde cari fiyatın olmaması halinde makul ikame yeri kabul edilebilen diğer yerde benzer şartlar altında biçilen fiyattır.*” Cari fiyat, aynı malların satımı için benzer şartlarda öngörülen fiyatın belirlenmesi ile tespit edilecektir.³⁰³ Bu tanımlara rağmen, madde 76’nın uygulanmasındaki büyük zorluklardan biri, cari fiyatın tespiti meselesidir.

Madde 76’ya göre cari fiyat, malların teslim edilmesi gereken yerde geçerli olan fiyattır. Malların teslim edilmesi yükümlülüğü madde 31’de düzenlenmiş olup, buna göre; satıcının iş yerinin bulunduğu yer, çoğu zaman malların teslim edilmesi gereken yer olacaktır. Dolayısıyla, alıcının cari fiyatı tespit etmesi oldukça zordur³⁰⁴ Aksine, malların ulaşacağı yer hukukuna göre bu tespitlerin yapılması alıcı için daha uygun olacak ise de, bu sefer aynı zorluklar satıcı bakımından söz konusu olacaktır. Bu probleme değinen *Sutton*, meselenin madde 75 çerçevesinde düzenlenen somut metoda üstünlük tanınması ile veya taraflar arasındaki sözleşmeyle cari fiyatın tespiti için belirli bir konumun kararlaştırılması ile aşılabileceğini savunmuştur.³⁰⁵ Başka bir görüşe göre ise, zorluğun aşılması ancak madde 76/2’nin esnek yorumlanmasıyla mümkün olacaktır.³⁰⁶ Ancak madde 76/2, açıkça malların teslim edileceği yer hukukuna göre cari fiyatın tespit edilmesi gerektiğini düzenlediğinden, kanaatimizce maddenin aksi yönde yorumlanması yersiz olacak ve Antlaşmanın yeknesak uygulanma amacı da bu bağlamda sarsılmış olacaktır.

Madde 76’nın ikinci fıkrası; malların teslim yerinde cari fiyatın mevcut olmadığı durumlarda, makul ikame yeri kabul edilebilen diğer bir yerdeki fiyatın, malların taşıma masraflarındaki farklılıklar gözetilerek esas alınacağını düzenlemektedir. Ancak, yine burada da “makul işlemin” veya “makul ikame yeri” tabirinin ne anlama

³⁰³ Gotanda, CISG AC-Opn No.8, nt. 4.3.1.

³⁰⁴ Honnold, a.g.e., md.75,76, para.412.

³⁰⁵ Jeffrey S. Sutton, “*Measuring Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods*”, 50 Ohio State Law Journal (1989) 737-752 <https://www.cisg.law.pace.edu/CISG/biblio/sutton.html> (çevrimiçi 20/04/19).

³⁰⁶ Saidov, *The Law of Damages*, s.203.

geleceği açıklanmamıştır. Genel olarak kabul edildiği üzere, ikame yerin makul sayılabilmesi için, bu yerin asıl sözleşmeyle belirlenen teslim yeri ile benzer şartlar sunması ve ihlal eden taraf için en az dezavantajlı şartları ihtiva etmesi gerekir.³⁰⁷ Çoğu zaman makul ikame yerinin, malların teslim edileceği yere en yakın yer olması gerektiği de savunulmaktadır.³⁰⁸ Ancak, CISG çerçevesinde görülen davalara baktığımız zaman mahkemeler; tarafların menfaatine ve az önce bahsedilen malların teslim edileceği yere yakınlık kuralına dikkat etmemekte olup, aksine “uluslararası piyasa fiyatına” dayanmayı tercih etmektedirler. Ve bu yapılırken, tespit edilecek uluslararası piyasa fiyatının asıl sözleşme ile benzer şartları taşımasına özellikle dikkate edilmektedir. Örneğin; FOB teslim şartının kabul edildiği bir sözleşmenin, 1997 yılında ortadan kaldırılmasının söz konusu olduğu bir davada, mahkemece 1997 Nisan ayı için uluslararası FOB piyasa fiyatı makul cari fiyat olarak kabul edilmiştir.³⁰⁹ Aslında “uluslararası piyasa fiyatının” tespit edilebildiği durumlarda, bu fiyatın uygulanması, yukarıda bahsedilen birçok zorluğu ortadan kaldıracaktır. Ancak, uluslararası piyasa fiyatı tespit edilirken bile, asıl sözleşme ile şartlarının benzer olmasına dikkat edilmelidir. Ya da bu fiyat ölçüt olarak kabul edilerek, asıl sözleşmedeki şartlara göre düzenleme yapılmalıdır.³¹⁰

Malların daha teslim alınmadığı veya sözleşmenin bu teslim almadan önce yapıldığı durumlarda, cari fiyat sözleşmenin ortadan kaldırıldığı ana göre tespit edilecektir. Sözleşmenin ortadan kaldırılmasına ilişkin bildirimin gönderilme anı, sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andır.³¹¹ Ancak, yine bu kural da esnek yorumlanmalıdır. Bu kural, sözleşmenin ortadan kaldırılmasının ardından zarar gören tarafın, farazi ikame işlem yapabilecek durumda olacağı varsayımına dayanmaktadır. Ancak pratikte, sözleşmenin iptal anında zarar gören tarafın her zaman için ikame işlem yapabilecek durumda olduğu söylenemeyecek; bu nedenle sözleşmenin iptal edilmesinden itibaren makul bir süre geçmesi de, bu bağlamda “soyut” metodun uygulanmasına

³⁰⁷ Hans Stoll, G. Gruber, “Md.74-77 CISG”, Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, İngilizce 2. baskı, OUP Oxford 2005, md.76, para.26.

³⁰⁸ Stoll, Gruber, a.e., md.76, para.26.

³⁰⁹ CİETAC Tahkim yargılaması, 25 Aralık 1998, (bazlı pik demiri davası/basic pig iron case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981225c2.html> (çevrimiçi 20/04/19).

³¹⁰ Saidov, **The Law of Damages.**, s. 205.

³¹¹ Gotanda, CISG AC-Opn No.8, nt. 4.4.1.; CISG madde 27.

engel teşkil etmeyecektir. Örneğin bazı davalarda, sözleşmenin ortadan kaldırılması anında cari fiyatın tespit edilememesi üzerine mahkemeler, bu tarihten bir kaç gün sonrası için belirlenen cari fiyatın madde 76 çerçevesinde kabul edilebileceği kanaatine varmışlardır.³¹²

Madde 76'nın birinci fıkrasının ikinci cümlesi ise, tazminat talep eden tarafın malları devraldıktan sonra sözleşmeyi ortadan kaldırdığı halleri için, ortadan kaldırma anındaki cari fiyat yerine devralma anındaki cari fiyatın uygulanacağını düzenlemektedir. Bu hükmün maddeye eklenmesinin temel nedeni, alıcı tarafından yapılabilecek spekülasyonların önüne geçmektir. Alıcının malları teslim aldığı ve makul süre içerisinde mallarda yer alan ayıplar sebebiyle sözleşmeyi ortadan kaldırmak istediğini, satıcıya beyan ettiğini düşünelim. Eğer, malların teslim alınması anı ile sözleşmenin ortadan kaldırmasına ilişkin bildirimin gönderilmesi anı arasında malların cari fiyatının yükselmesi söz konusu olursa, artık malların teslim anındaki cari fiyatın dikkate alınması gerektiği yönündeki kural adil olmayan sonuçların doğmasına sebebiyet verecektir. İş bu nedenle bu tür durumlarda, zararların madde 74'e göre hesaplanması daha sağlıklı olacaktır.

Madde 76 çerçevesinde soyut yöntemin uygulanabilmesi için tespit edilecek cari fiyat, asıl sözleşme konusu olanlarla aynı tür ve sayıda mallara ilişkin olmalıdır.³¹³ Satım konusu 20 bin ferro-molybdenum (%60 molybden içeren) olan bir davada, "CFR Pusan" teslim şartları ile malların Çinde özel bir portta yükleneceği hususunda anlaşılmıştır. Alıcı, 20 bin ferro-molybdenum (%60 molybden içeren) için ikame işlem yaptığını ve bu işlemi CFR Rotterdam teslim şartları ile gerçekleştirdiğini iddia etmiş ise de mahkeme, yapılan bu işlemi uygun bir ikame işlem olarak görmemiştir. Bunun yerine "soyut" hesaplama metodunu kullanan mahkeme, ikame işlemi dikkate almış ve Rotterdam ile Pusan şartları arasındaki taşıma ücreti farkını da bu ikame işlem bedelinden indirmiştir.³¹⁴ Görüleceği üzere hakimler, "cari fiyat" kavramını daha esnek yorumlamakta ve gerekli ayarlamaları yaparak, madde 76 çerçevesinde soyut metodu kullanmaktadırlar. Kanaatimizce mahkemenin bu tutumu, makul

³¹² CİETAC Tahkim yargılaması, 20 Ocak 1993, (Ferrosilicon davası), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930120c1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

³¹³ Secretariat Commentary on Art.72.

³¹⁴ CİETAC Tahkim yargılaması, 30 Temmuz 1996, (molybdenium demir davası/molybdenum iron case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960730c1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

olarak değerlendirilebilir. Zira, asıl sözleşme konusu mallar ile birebir aynı türde ve şartlarda, cari fiyatın tespiti çoğu zaman mümkün olmayacağından, böyle bir yolun izlenmesi daha faydalı sonuçların meydana gelmesini sağlayacaktır.

Konusu, markasız elektrik süpürge olan bir diğer davada mahkeme, markalı ürünlerden farklı olarak markasız elektrik süpürgeler bakımından uygun bir piyasanın mevcut olmaması sebebiyle CISG 76.maddeyi uygulamamıştır.³¹⁵

Zarar gören taraf, “soyut” hesaplama metodunun kullanılabilmesi için gereken ön şartların mevcut olduğunu ispat etmelidir. Bu bağlamda; sözleşmenin iptal edildiği, madde 75 çerçevesinde ikame işlemin yapılmadığı ve cari fiyatın mevcut olduğu hususlarının ispat edilmesi gerekmektedir. Ancak, bazı durumlarda bu genel kuraldan sapılması mümkün olmaktadır. Örneğin; bir davada mahkeme, her iki taraftan cari fiyatın tespiti için delil sunmasını istemiştir.³¹⁶ Yine bir kararda da; zarar gören tarafın cari fiyatı ispat edememesi üzerine mahkeme, kendisi cari fiyatın mevcudluğunu tespit etmiştir.³¹⁷ Kanaatimizce bu yaklaşım “eşitlik ilkesine” aykırılık teşkil ettiğinden, kesinlikle kabul edilmemelidir.

Yine madde 76 da, madde 74 uyarınca ilave zararların tazmin edilebileceğini düzenlemektedir. Malların teslim alınmaması sebebiyle satıcının katlandığı depo masrafları veya malların geç teslimi sebebiyle alıcının alt alıcılara ödemiş olduğu cezai şart ya da diğer tazminatlar, ilave zararlara örnek gösterilebilir. Ancak, yine burada da dikkat edilmesi gereken husus, ilave zararlar sebebiyle kararlaştırılacak tazminatların mükerrer tazminata sebebiyet vermemesidir. Buna ilaveten, soyut hesaplama metodu ile tespit edilecek tazminat miktarının yanında, mahrum kalınan kâr istenemeyecektir.³¹⁸ Meğer ki, sözleşmenin ihlal edilmesi ile farazi ikame işlemin yapılabilmesi uygun ana kadar alıcı kardan mahrum kalsın.

Son olarak bu bağlamda değinilmesi gereken konu, “soyut” metodun hiçbir şekilde kullanılamayacağı durumlarda meselenin nasıl çözümleneceğidir. Örneğin; alıcının

³¹⁵ Almanya Celle İstinaf Mahkemesi, Eylül 1998 (elektik süpürge davası/vacuum cleaners case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

³¹⁶ CIETAC Tahkim yargılaması, 30 Haziran 1999 (nane yağı davası/peppermint oil case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990630c1.html> (çevrimiçi 20/04/19).

³¹⁷ ICAC Case 133/1994, decision dated 19 December 1995 (n 240).

³¹⁸ Aksi görüş için bkz. Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md. 76, para.13.

belirlediği özelliklere uygun malların üretildiği durumlarda, artık malların ayıplı teslim edilmesi sebebiyle madde 76 çerçevesinde bu malların cari fiyatının tespit edilmesi mümkün olmayacaktır. Yine, madde 75'ten farklı olarak madde 76 çerçevesinde soyut hesaplama metodunun kullanılabilmesi için, asıl sözleşmede tarafların açık veya zımni olarak malların fiyatını belirtmeleri gerekir. Bu bağlamda, madde 55 çerçevesinde sözleşme bedelinin ve buna göre soyut metodu kullanarak tazminat miktarının tespit edilmesi mümkün olmayacaktır.³¹⁹ Soyut hesaplama yönteminin uygulanamadığı bu tür durumlarda, genel olarak kabul edildiği üzere, hesaplama artık madde 74 çerçevesinde yapılacaktır.³²⁰

C. Sözleşmeye Uygun Olmayan İfa Halinde Zararın Hesaplanması

Yukarıda belirtilen somut ve soyut metotların dışında, CISG başkaca bir hesaplama yöntemi öngörmemektedir. Elbette madde 74'te benimsenen “tam tazminat” ilkesi, madde 75 ve 76 dışındaki haller bakımından bir temel oluşturabilecek ise de, madde 74 tek başına başkaca zarar hesaplama metodu belirlememektedir. Alıcının sözleşmeye uygun olmayan mallar dolayısıyla tazminat talep ettiği durumlarda, zararların nasıl hesaplanacağı hususu özel olarak CISG’de düzenlenmemiştir.³²¹ Antlaşmaya uygun olarak, malların sözleşmeye aykırı olduğuna dayanarak sözleşmeyi ortadan kaldıran alıcı, zararlarını madde 75 ve 76 çerçevesinde tazmin ettirebilecektir.³²² Yok eğer alıcı sözleşmeyi ortadan kaldırmakta başarısız olursa veya sözleşmeyi devam ettirmeyi seçerse, bu durumlarda zararın hesaplanması ayrıca ele alınmalıdır.

Bu durumda, CISG çerçevesinde öngörülen metotlardan hangisinin uygulanması gerektiği tespit edilmelidir. Bir taraftan somut hesaplama, mükemmel ve adil sonuca varma gayreti içerisinde ise de; bu yöntemin, çoğu zaman kompleks olgusal araştırma gerektirdiği ve sadece zaman alıcı değil, aynı zamanda maliyetli olduğu kabul edilmektedir. “Soyut yöntem” ise, her ne kadar sade ve açık olup, daha kısa

³¹⁹ Gotanda, CISG AC-Opn No.8, nt. 4.2.2.

³²⁰ Gotanda, CISG AC-Opn No.8, nt. 5.

³²¹ Djakhongir Saidov, “*Calculating Damages for Delivery of Non-Conforming Goods*”, (bundan sonra Calculating Damages olarak anılacaktır.) s.263, **Current Issues in the CISG and Arbitration**, ed.: Ingeborg Schwenzer, Yeşim Atamer, Petra Butler, Eleven International Publishing, Hollanda 2014, s. 263-274.

³²² Saidov, *Calculating Damages*, s.264.

zamanda ve az maliyetle sonuca götürmekte ise de, tam tazminat miktarını belirleyememektedir. Bu ikilem, sözleşmeye uygun olmayan malların teslimi durumlarında da söz konusu olacaktır. *Satıcının sözleşmeye uygun olmayan mallar teslim ettiğini ve buna rağmen alıcının, her nasılsa sonraki alıcılara malları aynı fiyattan satmayı başardığı bir örnek düşünelim.* “Somut” hesaplama sonucunda, alıcının gerçek hiçbir zararı olmadığından, tazminat da söz konusu olmayacaktır. Mallar, ayıplara rağmen alıcının planladığı fiyat ile müşterilerine satıldığından, alıcının herhangi bir kâr kaybı da söz konusu olmayacaktır. Ancak, “soyut” yöntemin uygulanması bu örnek bakımından başka bir sonuca götürecektir. Eğer, malların cari fiyatı ile gerçekte teslim edilen ayıplı malların fiyatı arasında fark varsa, soyut yönteme göre bu fark, tazminat olarak istenebilecektir.³²³

CISG’in bu hususta tutumu net değildir. Genel kaniya göre, sözleşmenin iptal edilmesi durumunda kabul edilen yaklaşım, sözleşmeye uygun olmayan malların teslimi durumlarına da uygulanmalıdır. Bu husus, “soyut” yöntemin ancak “somut” yöntemin uygulanmadığı durumlara uygulanacağı anlamına gelecek ve her hâlükârda “zararın azaltılması yükümlülüğü” tazminat için sınır teşkil edecektir. Bu görüşü örneğimize uyguladığımızda; “somut” yönteme göre alıcının herhangi bir zararı söz konusu olmadığından, tazminat talep edilebilmesi de mümkün olmayacaktır. Veyahut, sonraki alıcıları aynı fiyattan malları almaya ikna eden alıcının, “zararın azaltılması yükümlülüğüne” uygun davrandığı ve bunun neticesinde de herhangi bir zararın meydana gelmediği de savunulabilir. Kısaca, CISG’in genel olarak “somut” hesaplama yöntemini benimsediğini ve bu yöntemin de “zararın azaltılması yükümlülüğü” ile paralel uygulanmasını öngördüğünü söyleyebiliriz.

D. Özel Hesaplama Metotları

1. Alıcının Malları Yeniden Satması

Malların ayıplı olarak teslim edilmesi sonucu alıcı, çoğu zaman ayıplı malları indirimli fiyat üzerinden satmak zorunda kalmaktadır. CISG çerçevesinde görülen bazı davalarda, ayıp sebebiyle indirilmiş kâr marjı, tazminat olarak

³²³ Saidov, *Calculating Damages*, s.265.

kararlaştırılmıştır.³²⁴ Alıcının yeniden satış işlemini gerçekleştirmediği durumlarda bile, kâr kaybına denk gelen bir meblağ, tazminat olarak kararlaştırılabilir. Yine, CISG çerçevesinde görülen ve satıcının sözleşmeye uygun ambalaj üretim sistemi tesliminde başarısız olduğu bir davada; mahkeme, sözleşmeye aykırılıktan dolayı gerçekleştirilemeyen siparişler bakımından, mahrum kalınan karı tazminat olarak kararlaştırmıştır.³²⁵ Alıcı, ayıplı mal teslimi dolayısıyla müşteri kaybı³²⁶ da yaşayabilir. CISG çerçevesinde görülen bazı davalarda bu zarar kalemi de tazminata konu olmuştur.³²⁷

2. Zarar Gören Tarafça Yapılan İyileştirme Masrafları

Alıcının mallardaki ayıpları giderdiği durumlarda, iyileştirme için yapmış olduğu bu masraflar, kesin olarak alıcının zararlarını yansıtmaktadır. Mahrum kalınan kar, normal şartlar altında iyileştirme masraflarının yanında istenememektedir.³²⁸ Zira, ayıplı malların iyileştirilmesi sonucunda mallar sözleşmeye uygun hale gelmiş olacağından, mahrum kalınan kardan bahsedilmesi de mümkün olmayacaktır. Ancak, eğer iyileştirme çalışmaları boyunca malların  retilimi durmuş veya aksamış ise ve bu sebeple alıcı kardan mahrum kalmışsa; bu durumlarda alıcı, iyileştirme masrafları yanında mahrum kalınan karı da isteyebilecektir. Prensipde alıcının gerçekten iyileştirme yapmasına gerek olmayıp, bu metodun iyileştirme yapılmayan durumlarda da kullanılabilmesi mümkündür.³²⁹ Yani malların iyileştirilmesi için gerekecek miktar, tazminat olarak kararlaştırılabilir.

CISG'e hâkim olan gerek zararı azaltma yükümlülüğü, gerekse de genel prensip olan makullük uyarınca, iyileştirme masraflarının makul olması zorunludur. Bazı

³²⁴ C ETAC Tahkim yargılaması, 4 Kasım, 2002, (kayın tomruğu davası/beech log case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021104c1.html> (evrimii 21/04/19); C ETAC Tahkim yargılaması, 11 Nisan 1997 (silikon metal davası/silicon metal case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970411c1.html> (evrimii 21/04/19).

³²⁵ ABD New York Federal Bölge Mahkemesi, 23 Ağustos 2006 (TeeVee Tunes Inc et al.v. Gerhard Schubert GmbH) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060823u1.html> (evrimii 21/04/19).

³²⁶ Müşteri kaybının tek başına başka bir zarar türü oluşturamayacağı ve ancak mahrum kalınan kâr kapsamında değerlendirilebileceği yönündeki görüş için bkz. Saidov, **The Law of Damages**, s.65.

³²⁷ İsviçre Yüksek Mahkemesi, 28 Ekim 1998, (metal davası/metal case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html> (evrimii 21/04/19).

³²⁸ Saidov, *Calculating Damages*, s.267.

³²⁹ C ETAC Tahkim yargılaması, 21 Mayıs 2006, (Dizel jeneratör davası/Diesel generator case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060521c1.html> (evrimii 21/04/19).

davalarda, iyileştirme masraflarının aşırı olmaması gerektiğine dikkat çekilmiş³³⁰; bir taraftan iyileştirme masrafı, diğer taraftan ise sözleşme bedeli ve iyileştirme dolayısıyla meydana gelecek yararlar arasında bir oranın sağlanması gerekeceği açıkça vurgulanmıştır.³³¹ Eğer, iyileştirme sonucu malların durumu asıl sözleşme ile kararlaştırılardan daha iyi bir hale gelirse, bu fark son tazminat miktarından çıkarılmalıdır.

3.Değer Kaybı

Ayıplı mal tesliminden kaynaklanan tazminat, teslim edilen ayıplı malların bedeli ile gerçekte teslim edilmesi gereken sözleşmeye uygun malların bedeli arasındaki fark da olabilir (fark formülü). Fark formülü, “soyut” yönteminin uygulanmasının başlıca araçlarından. Her ne kadar yukarıda da belirttiğimiz gibi, CISG kapsamında “somut” yöntem öncelikli olarak uygulanması gerekiyorsa da; yukarıda belirtilen iki yöntemin (alıcının malları yeniden satması ve zarar gören tarafça yapılan iyileştirme masrafları) uygulanmasının mümkün olmadığı hallerde, “fark” formülü uygulanabilecektir. Mesela, alıcının mahrum kalınan karı ispatlayamadığı ve malların iyileştirilmesinin mümkün olmadığı durumlar buna örnek olarak gösterilebilir.

İyileştirme bedelinde olduğu gibi; teslim edilen ayıplı malın bedeli ile gerçekte teslim edilmesi gereken sözleşmeye uygun malların bedeli arasındaki fark da, zarar görenin mahrum kaldığı karı değil, mallardaki değer kaybını karşılamayı amaçlamaktadır.³³² Zira bu tazminat, alıcıyı maddi olarak, sözleşmeye uygun bir ifanın yapılması halinde bulunacağı duruma yaklaştırmaktadır. Ve bir malvarlığının değeri, bu malvarlığından gelecekte elde edilecek karları da kapsadığı için; mahrum kalının karın “fark” formülü ile hesaplanan tazminatın yanında hükmedilmesi, mükerrer tazminat anlamına gelecektir.³³³

Fark formülü, hem sözleşmeye uygun malların, hem de ayıplı malların bedelinin tespit edilmesini gerekli kılar ve çoğu zaman cari fiyat, referans noktası olarak

³³⁰ CIETAC Tahkim yargılaması, 31 Ocak 2000 (kıyafet davası/clothes case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000131c1.html> (çevrimiçi 21/04/19).

³³¹ Avusturya Yüksek Mahkemesi, 7 Ob 301/01t, 14 Ocak 2002, (soğutma sistemi davası/cooling system case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000131c1.html> (çevrimiçi 21/04/19).

³³² Saidov, *Calculating Damages*, s.269.

³³³ Saidov, *Calculating Damages*, s.270.

kullanılır. Ancak, özellikle ayıplı malların cari fiyatının tespit edilemediği durumlarda zorluklar yaşanacaktır. Bu durumlarda alıcının bu ayıplı malları sonradan satarak elde ettiği bedel, ayıplı malların bedelinin tespitinde önemli olabilmektedir. Yine iyileştirme masrafları, sözleşmeye uygun mallar ile ayıplı mallar arasındaki bedel farkını tespiti için kullanılabilir. Bu metotlardan hiçbirinin uygulanamaması hallerinde ise mahkemeler, bedel farkını her bir olayın hal ve şartlarını dikkate alarak belirledikleri orana göre tespit etmişlerdir.³³⁴

Bu iki bedelin belirlenmesinin, hangi ana göre yapılacağına da deyinmek gerekir. İddia edildiği üzere, eğer madde 76'ya benzer bir yaklaşım dikkate alınır, cari fiyatın sözleşmenin iptal edildiği tarihe göre tespit edilecektir.³³⁵ Bir diğer görüşe göre ise; bu tarihin daha uzak bir tarih olarak belirlenmesi, hem zararların öngörülebilirliğinin tespiti, hem de zararların kesinliği bakımından daha elverişli olacaktır. Bu sebeple, dava tarihinin esas alınması gerektiği yönünde de bir görüş mevcuttur.³³⁶ Diğer taraftan, daha erken tarih olan; malların teslim tarihi, malların alıcının eline geçtiği tarih veya alıcının ayıpları tespit ettiği ya da etmesi gerektiği tarih de gündeme gelebilir. Tarih belirlenirken zararın azaltılması yükümlülüğü de dikkate alınmalıdır.

Kanaatimizce, eğer zararı azaltma yükümlülüğü daha erken bir tarihte malların satılmasını gerektirirse, bu durumda bu erken tarihin; eğer tüm şartlar malların fiyatının artacağını gösteriyor ve dolayısıyla satıcının spekülasyon yapması zararın azaltılması yükümlülüğü çerçevesinde ise, bu sefer daha sonraki bir tarihin dikkate alınması gerekecektir. Sonuç olarak bu üç tarihten hangisinin seçileceği, zararın azaltılması yükümlülüğü çerçevesinde belirlenmelidir.

³³⁴ CIETAC Tahkim yargılaması, 29 Mayıs 1996, (el sanatları davası/handicraft case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960529c1.html> (çevrimiçi 21/04/19).

³³⁵ Saidov, *Calculating Damages*, s.270.

³³⁶ S.Eiselen, "Unresolved Damages Issues of the CISG: A Comparative Analysis", *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 38 No.1, 2005, s.36.

E. Ayıplı İfa Hallerinde Bazı Özel Durumlar

Ayıplı malların teslimi sonucunda önemli bir finansal zarar kaybının oluşmadığı durumlarda, zarar kavramının açıklanması güçleşebilmektedir. Birkaç örnek üzerinden gidelim.³³⁷

Satıcı, hayvan yemini sözleşmede kararlaştırıldığı gibi şeffaf poşette değil de, renkli poşette teslim etmiştir. Her ne kadar satıcı sözleşmeye aykırı davranmış ise de, yemlerin kalitesi ve diğer özellikleri sözleşme ile uyumlu olup, bu sözleşmeye aykırı paketlenme sonucunda da herhangi bir zarar meydana gelmemiştir. Ayrıca hem renkli, hem de şeffaf poşetlerin cari fiyatının aynı olduğunu varsayalım.

İkinci örnekte ise; insan haklarına çok önem veren alıcı, satıcıdan malları “çocuk işçi” çalıştırmadan üretmesi şartıyla satın almıştır. Ve bu şarta uyulmasının temini için de, iki kat fiyat ödemeye razı olmuştur. Satıcı, sözleşmeyi ihlal etmiş ve çocuk işçi çalıştırmıştır. Ancak bu sonuç, malların özelliklerine yansımamış ve alıcı herhangi bir kâr kaybı yaşamamıştır.

Bu örneklerde her ne kadar sözleşmenin ihlal edildiği aşikâr ise de; alıcının herhangi bir zarara katlanıp katlanmadığı ve eğer katlandığını kabul ediyorsak, bu zararın nasıl tarif edileceği ve hesaplanacağı belirsizdir. Bu durumlarda, somut ve soyut hesaplama metotlarının uygulanması istenilen sonucu yaratmayacaktır. Burada cevaplanması gereken soru şudur: Acaba CISG’e göre, tarafların ifaya yükledikleri “sübjektif” değerın zarar görmesinin tazmini mümkün müdür? İddia edilene göre; tarafın ifaya, maddi olmayan ve gerçekten özel bir değer atfettiği durumlarda, ifa menfaatine verilen zararlar tazmin edilebilecektir.³³⁸ Peki acaba, tarafın ifaya özel bir önem atfettiği durumlar nasıl tespit edilecektir? Bu sorunun cevabı için, her olayın ayrı ayrı özelliklerine bakılması gerekecektir. Örneğin; cari fiyatın üzerinde bir fiyatın ödendiği durumlar, sözleşmede yer alan sıkı yükümlülükler, olaya konu olan ticari mühit ve taraflar arasındaki geçmiş işlemler bu bağlamda dikkate alınabilir.

Birinci örnekte, herhangi bir ilave şart yoksa, alıcının herhangi bir zarara maruz kaldığını iddia etmek mümkün olmayacaktır. İkinci örnekte ise durum farklıdır. Zira alıcı, çocuk işçilerin malların üretimi sürecinde çalıştırılmamasına özel olarak bir

³³⁷ Örnekler Schwenzer, Hachem, a.g.e., s.96’den alınmıştır.

³³⁸ Schwenzer, Hachem, a.g.e., s.96.

önem atfetmiş ve bunun için malların cari fiyatının iki katını ödemeye razı olmuştur. Eğer, çocuk işçi çalıştırılarak üretilen malların fiyatı ile çalıştırılmayarak üretilen mal fiyatları arasında fark mevcut olursa yine tazminattan bahsedebileceğiz.

Eğer ikinci örnekte, alıcının zararının meydana geldiğini kabul ediyorsak, bu zararın nasıl hesaplanacağını tespit edilmesi de gerekecektir.³³⁹ Örnekte alıcının ilave bedel ödediğini bildiğimizden, bu bedelin tazminat miktarının tespitinde dikkate alınması pek de mantıksız olmayacaktır. Zira gerçekten de bu bedel, alıcının ifaya yüklediği değeri tam olarak yansıtmaktadır.³⁴⁰ Yine yukarıda belirttiğimiz gibi, eğer çocuk işçi çalıştırılarak üretilen malların fiyatı ile çalıştırılmadan üretilen mal fiyatları arasında fark varsa, yine bu farkın tazminat olarak tespit edilmesi de alternatif bir hesaplama yöntemi olarak kabul edilebilir.³⁴¹ Aksine, eğer birinci örnekte alıcının zararının meydana geldiğini kabul edersek, bu sefer poşetlerin sözleşmeye uygun hale getirilmesi için harcanan “iyileştirme masrafları”, tazminat miktarının hesaplanmasında dikkate alınabilir. Bu durumda iyileştirme eyleminin yapıp yapılmadığına göre, “somut” veya “soyut” yöntem seçilmelidir.

Bazı durumlarda, ihlal eden tarafın elde ettiği kazanımlar karşı tarafın zarar miktarının tespiti için gerçekten de en uygun hesaplama metodu olabilmektedir. Bu durum, 74’ün tazmin edici prensibinin ihlali olarak değerlendirilmemelidir. Örnek olarak alıcının ifada yasal menfaatinin bulunduğu ve ihlalin kasti ya da kötünietli olduğu durumlarda bu yöntem uygulanabilir. CISG çerçevesinde görülen bir davada³⁴², satıcı alıcıya basınç sensörü satmayı, buna ilişkin ruhsat alacağını ve alıcının diğer malları ile birleştireceğini taahhüt etmiştir. Sözleşmenin doğası gereği taraflar arasında sözleşmeye gizlilik klotu eklenmiş, tarafların bir diğerinin bilgilerine ulaşması ve üçüncü kişilerle paylaşması yasaklanmıştır. Satıcı; alıcının gizlilik klotuna aykırı davrandığını, asla yükümlülüklerini ifa etmek gibi bir niyetinin olmadığını ve sözleşmeye taraf olmasının tek sebebinin satıcının basınç sensörü üretimi için kullandığı teknolojiye ulaşp, bu bilgiler ışığında satıcının malları ile rekabet edecek kendi mallarını üretmek olduğunu iddia etmiştir. Hakem,

³³⁹ Saidov, *Calculating Damages*, s.273.

³⁴⁰ Schwenzer, Hachem, a.g.e., s.96.

³⁴¹ Schwenzer, Hachem, a.g.e., s.96.

³⁴² Stockholm Ticaret Odası Tahkim yargılaması, 5 Nisan 2007, (basınç sensörleri davası / pressure sensors case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070405s5.html> (çevrimiçi 21/04/19).

alıcının gerçekten de satıcının bilgilerini kopyaladığına kanaat getirmiş ve alıcının, satıcının teknolojisini kullanarak elde ettiği kazanımlara dayanarak satıcıya tazminat hakkı tanımıştır.

F. Mahrum Kalınan Kar

Daha önceki açıklamalarımızda da belirtildiği üzere CISG, somut hesaplama metodunun uygulanmadığı hallerde soyut metodun dikkate alınacağını düzenlemektedir. Ancak mahrum kalınan karın tespitinde, birçok ihlal durumunda gelecekte tespit edilebilecek zararlardan olması sebebiyle, somut metodun uygulanması her zaman için mümkün olmayacaktır.³⁴³

Madde 74, mahrum kalınan karın nasıl hesaplanacağına dair herhangi bir hüküm öngörmemiştir. Bunun sonucunda bazı yazarlar, zarar gören tarafın zaman sınırı olmaksızın, mahrum kaldığı veya kalacağını beklediği zararları tazmin ettirebileceği yönünde bir varsayımın mevcut olduğunu gözlemlemişlerdir.³⁴⁴ Gerçekten de zarar gören taraf, sözleşmenin ihlali sebebiyle meydana gelen tüm mahrum kalınan karını talep edebilmelidir. Ancak, yine bu zararlar bakımından da öngörülebilirlik kuralı uygulanmalı ve ancak öngörülebilir zararlar tazmin edilebilmelidir.³⁴⁵

Netice olarak madde 74, mahrum kalınan karın nasıl hesaplanacağını öngörmediğinden, uygulamada mahkemeler tarafından yaygın olarak kullanılan ve sık karşılaşılan hesaplama yöntemlerine değinmek gerekecektir.

Dondurulmuş sığır eti davasında³⁴⁶, ABD’li alıcı ile Çinli satıcı 200 ton sığır eti satımı konusunda anlaşmış ve ödemenin kredi mektubu ile yapılacağını kararlaştırmışlardır. Satıcı, kredi mektubunu tebliğ aldıktan sonra asıl sözleşmede olmayan bazı şartların ilave edildiğini tespit etmiş ve alıcıdan asıl sözleşmeye uygun olan yeni bir kredi mektubu göndermesini istemiştir. Alıcının asıl sözleşmeye aykırı bu şartları değiştirmemesi üzerine satıcı tahkime başvurmuştur. Satıcı, mahrum

³⁴³ Bruno Zeller, **Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Oceana Publications, 2005, s.128.

³⁴⁴ Victor Knapp, in Bianca, Bonell, a.g.e., Md.74, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb74.html> (çevrimiçi 21/04/19).

³⁴⁵ Sharon G.K. Singh, Bruno Zeller, “CIETAC’s Calculations on Lost Profits under Article 74 of the CISG”, 4 Loy. U. Chi. Int’l L. Rev.211, 2007, p.211-233 s.217, <https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=lucilr> (çevrimiçi 21/04/19)

³⁴⁶ CIETAC Tahkim yargılaması, 26 Ekim 1993, (Dondurulmuş sığır eti davası/frozen beef case) , <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/930807c1.html> (çevrimiçi 21/04/19).

kalınan karlarını tazmin ettirmek istemiş ve bu doğrultuda asıl sözleşme bedelinden sözleşme ihlal edilmemiş olsa idi malların üretimi için katlanılacak masrafların çıkarılması ile bulunacak miktarı, tazminat olarak talep etmiştir. Mahkeme her ne kadar teklif edilen bu hesaplama metodunun uygun olduğuna kanaat getirmişse de, yeterli delil olmaması sebebiyle tazminata hükmetmemiştir.

Sıcak haddeli çelik tava davasında³⁴⁷, Singapurlu satıcı ile Çinli alıcı 10.000 ton sıcak haddeli çelik tava satımı hususunda anlaşmışlardır. Alıcının malların bir kısmının bedelini ödememesi üzerine, satıcı tahkime başvurarak diğer zararlarının yanında mahrum kaldığı karları da tazminat olarak istemiştir. Tahkim heyeti, mahrum kalınan karın satıcı ile alıcı arasında yapılan asıl sözleşme bedeli ile satıcının tedarikçisi ile yaptığı sözleşme bedeli arasındaki farka tekabül edeceğine kanaat getirmiştir.

Bir diğer davada³⁴⁸; İsviçreli satıcı ile Çinli alıcı, CIF Sangay teslim şartı ile krom kaplama makina seri imalat bandı teçhizatı satımı için 257.070 İsviçre frankı karşılığında anlaşmışlardır. Alıcının sözleşmeyi ihlal etmesi sebebiyle satıcı, söz konusu malları başka bir alıcıya daha düşük bir fiyattan satmak zorunda kalmıştır. Tahkim heyeti, asıl sözleşme bedeli ile satıcın daha aşağı fiyattan yapmış olduğu ikame satım bedeli arasındaki farkı hesaplamış ve neticede tespit edilen bu farkın, satıcının mahrum kaldığı karlarını teşkil edeceğine karar vermiştir.

Bazı davalarda ise mahkemele, mahrum kalınan karın hesaplanması için; öncelikle asıl sözleşme bedeli ile alıcının müşterileri ile yapmayı düşündüğü alt satım bedeli arasındaki farkın tespit edilmesi, akabinde ise tespit edilen bu miktardan alt satım sözleşmesi için yapılan masrafların çıkarılması gerektiğini savunmuşlardır.³⁴⁹

³⁴⁷ CIETAC Tahkim yargılaması, 10 Mayıs 1996, (Sıcak haddeli çelik tava davası/Hot-rolled steel plates case), <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960510c1.html> (çevrimiçi 21/04/19).

³⁴⁸ CIETAC Tahkim yargılaması, 12 Temmuz 1996, (Krom kaplama makina serii imalat bandı teçhizatı davası/Chrome-plating machines production-line equipment cas), <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960712c1.html> (çevrimiçi 21/04/19).

³⁴⁹ CIETAC Tahkim yargılaması, 22 Ocak 1996, (Palimye yağı davası/Palm Oil Case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960122c1.html> (çevrimiçi 21/04/19); CIETAC Tahkim yargılaması, 12 Şubat 1996, (Kuşe kağıdı davası/Art paper case), <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960212c1.html> (çevrimiçi 21/04/19); CIETAC Tahkim yargılaması, 14 Mart 1996, (Kurutulmuş Tatlı Patates Davası/Dried sweet potatoes case), <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960314c1.html> (çevrimiçi 21/04/19).

Hollandalı satıcı ile Çinli alıcı arasında söz konusu olan eski oluklu karton kutu satımına ilişkin bir davada³⁵⁰, satıcının sözleşmeye uygun olmayan malları teslim etmesi üzerine, alıcı mahkemeye başvurmuştur. Alıcı, sözleşmenin ihlal edilmesi sebebiyle, daha önce 1500 yuan bedeli karşılığında anlaştığı müşterisine malları satamamış ve ikame işlem olarak malları başka bir müşterisine 600 yuan karşılığında satmak zorunda kalmıştır. Dolayısıyla alıcı, bu iki sözleşme arasındaki farkı mahrum kaldığı kâr olarak satıcıdan istemiştir. Satıcı ise, bu hesaplamanın kabul edilmesinin mümkün olmayacağını ve tazminat miktarının ancak asıl sözleşme bedeli ile o andaki cari fiyat arasındaki farkın bulunarak tespit edilebileceğini iddia etmiştir. Neticede mahkeme, satıcının iddialarını reddetmiş ve alıcının tespit etmiş olduğu zarar miktarının öngörülebilir olduğuna kanaat getirmiştir.

İkame işlemin yapılmasının mümkün olmadığı ve/veya ilgili mallar bakımından cari fiyatın mevcut olmadığı durumlarda, alıcının mahrum kaldığı karların hesaplanması da oldukça zor bir hal alacaktır. Özellikle; ilgili mallar için talebin arzdan fazla olması, malların asıl sözleşmeye özgülenmiş olması -yani özel olarak alıcı için üretilmesi- veya alıcının satıcıdan temin ettiği malların aynısını müşterilerine teslim etme borcu altında olduğu durumlar örnek olarak gösterilebilir. Alıcının aynı zamanda üretici olduğu durumlarda, nihai malların satılacağı fiyat ile bu malların üretimi için yapılan masraflar arasındaki fark, mahrum kalınan kâr miktarına tekabül edecektir.³⁵¹ Malların özel olarak alıcı için üretildiği durumlarda; eğer alıcı malları başka bir kişiye satmış ise, asıl sözleşme bedeli ile yeniden satım bedeli arasındaki fark, alıcının mahrum kaldığı karını yansıtacaktır.³⁵² Yine aynı şekilde, satıcıdan satın aldığı malların birebir aynısını müşterilerine teslim etme borcu altında olan alıcı da, ancak satıcı ile yapmış olduğu asıl sözleşme bedeli ile malların yeniden satım bedeli arasındaki farkı mahrum kaldığı kâr olarak isteyebilecektir.

³⁵⁰ CIETAC Tahkim yargılaması, 8 Mart 1996, (Eski oluklu karton kutusu davası/Old boxboard corrugated cartons case), <https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960308c1.html> (çevrimiçi 21/04/19).

³⁵¹ Delchi Carrier SpA v Rotorex Corp, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html> (çevrimiçi 21/04/19).

³⁵² Alıcının malları satmayarak gelir getiren aktif olarak değerlendirdiği durumlarda mahrum kalınan karın hesaplanmasında dikkat edilecek hususlar bakımından bkz. Saidov, **The Law of Damages.**, s.227.

G. Özel Hallerde Zararların Hesaplanması

Tazminatın hesaplanması ile ilgili olarak daha önceki başlıklarda, esas olarak madde 75 ve 76’da düzenlenen somut ve soyut hesaplama metotlarına değindik. Özellikle, imkân kaybı, ticari itibarın sarsılması durumlarında zararların hesaplanması özellikli hal alacaktır.

1. Kaçırılan Fırsatlar

UPICC madde 7.4.3/2, zarar gören tarafın kaçırılan fırsatlar dolayısıyla meydana gelen zararlarını tazmin ettirebileceğini düzenlemektedir. Ancak, CISG’de bu yönde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu zararlar da CISG kapsamında tazmin edilebilmelidir. Zira madde 74, özellikle mahrum kalınan karların istenebileceğini düzenlemektedir. Mahrum kalınan kâr zararları da kesin olmayıp, karların elde edilebilme olasılığının yüksek olduğu hususu zarar gören tarafından ispat edilmelidir. Yani, mahrum kalınan kârlar da bir nevi şans faktörüne dayanmaktadır. Zira, her ticari faaliyet karın elde edilmesiyle sonuçlanmayacaktır.

353

Kaçırılan fırsatlar sebebiyle zararların hesaplanması, kaçınılmaz şekilde spekülative olacak ve genel olarak iki aşamalı şekilde tespit edilecektir: 1) Mümkün menfaatlerin parasal karşılığının hesaplanması ve 2) bu menfaatlerin elde edilebilme olasılığı.³⁵⁴ Netice olarak, zararların meydana gelme olasılığı oranında tazminata hükmedilecektir. Çoğu zaman, söz konusu zararların oluşması için birçok ihtimalin gerçekleşmesi gerekebilir. Bu noktada, bu ihtimallerin birbirine bağlı mı, yoksa birbirinden bağımsız mı olduğu tespit edilmelidir. Alıcı, satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi sebebiyle yüksek karlı bina yapımı için ihaleye katılamadığını, katılması halinde ihaleyi kazanacağını ve netice itibarıyla, binanın yapımı sürecinde kâr elde etme şansından alıkonulması sebebiyle bu zararlarının karşılanması gerektiğini iddia etmektedir. Bu iddianın başarılı olabilmesi, bir birine bağlı birçok olasılığın gerçekleşmesine bağlıdır: Öncelikle ihalenin kazanılması, akabinde bina yapımı müddetince sözleşmenin alıcı tarafından ihlal edilmemesi vs. Eğer neticede, karın elde edilme şansının “gerçek” ve “önemli” olduğunu söyleyebiliyorsak, tazminat

³⁵³ Zeller, a.g.e., s.131.

³⁵⁴ Saidov, *The Law of Damages*, s.255.

miktarı her bir olasılığın oluşma ihtimali oranına göre hesaplanacaktır.³⁵⁵ Örneğin; alıcının ihaleyi kazanma ihtimali %50, sözleşmeyi sürdürebilme ihtimali % 25 ise; öncelikle toplam karın %50'si tespit edilecek, daha sonra tespit edilen bu miktarın %25'i tazminat olarak kararlaştırılacaktır.

2.Ticari İtibarın Sarsılması Sebebiyle Meydana Gelen Zararların Hesaplanması

Ticari itibarın zedelenmesi sebebiyle açılan tazminat davaları, davacının zararlarını ispat edememesi sebebiyle çoğu zaman reddedilmektedir.³⁵⁶ Bu zararların maddi olmayan varlıklar üzerinde meydana geldiği dikkate alındığında, aslında bu sonuç doğaldır.

Eğer “makul kesinlik” standardı³⁵⁷ CISG çerçevesinde kabul edilirse, bu durumda zararlar, davacı tarafından olayın hal ve şartları da dikkate alınarak bu kesinlik standardı uyarınca ispat edilmelidir. Genel olarak kabul edildiği üzere, makul kesinlik standardı matematiksel kesinlik olarak algılanmamalıdır.³⁵⁸ Yine bu standart sadece zararın meydana gelmesini değil, aynı zamanda zararın miktarının da bu ölçüde ispat edilmesini

aramaktadır.

Zarar gören taraf, öncelikle ticari itibarın varlığını ve akabinde itibarın ihlal sebebiyle zedelendiğini ispat etmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu zararlar daha çok müşteri kaybı ile ilgili olduğundan, zarar gören şirket daha çok müşterileriyle olan ticari ilişkisi ile ilgili deliller sunmalıdır. Buna örnek olarak; zararın meydana gelmesinden önceki ve sonraki satım miktarları ve elde edilen kârlar arasındaki farkı gösterir belgeler³⁵⁹, yetkili/uzman bir kimsenin ticari itibarın varlığına ve zedelenmesine dair tanıklığı³⁶⁰ ve eski müşterilerinin veya başka kişilerin ticari ilişkinin teslim edilen ayıplı mallar sebebiyle sona erdirildiğine dair tanıklıkları

³⁵⁵ Saidov, *The Law of Damages*, s.256.

³⁵⁶ Case No7 O 43/01 (20 September 2002) LG Göttingen (District Court Göttingen, Germany), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020920g1.html> (çevrimiçi 14.05.2018); Ginza Pte Ltd v Vista Corporation Pty Ltd (17 January 2003) Supreme Court of Western Australia, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030117a2.html> (çevrimiçi 14.05.2018).

³⁵⁷ Bkz. s.116.

³⁵⁸ Saidov, *Damages to Reputation*, s.403.

³⁵⁹ ICC Arbitral Award 3880 of 27 September 1983 in S Jarvin and Y Derains Collection of ICC Arbitral Awards, 1974-1985; Recueil Des Sentences Arbitrales De LA CCI (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 1990) 161 in Saidov, *Damages to Reputation*, s.404.

³⁶⁰ Saidov, *Damages to Reputation*, s.404 dp 30.

gösterilebilir.³⁶¹ ABD’de görülen bir davada, itibarının ihlalden önce “mükemmel (excellent)” olduğunu belirten alıcı, ticari itibarının zedelendiği iddia etmiştir. Alıcı tarafından sunulan delillerden biri, alıcının müşterisinin sözleşme akdetmeden önce ifanın yapılacağına dair teminat istediğine dair belgedir.³⁶²

Yine, mahrum kalınan karın mevcut olduğunun gösterilmesi de, ticari itibarın zedelendiğinin ispatını sağlayabilecektir. Tabi burada mahrum kalınan karın mevcut olduğu her durumda, itibarın da sarsıldığını iddia etmek mümkün olmayacaktır. Yani ayıplı ifa nedeniyle müşterilerin kaybedilmesi, tek başına ticari itibarın sarsıldığını göstermek için yeterli olmayacaktır. Burada kaba tabirle, gelecekteki bu ayıplı ifa ile ilgili olmayan mallar için kardan mahrumluk dikkate alınmalı ve bu durum genel bir müşteri kaybına neden olmalıdır.³⁶³

Bazı avukatlar, ticari itibarın zedelenmesi hallerinde, adil ve makul bir miktarın tazminat olarak saptanması gerektiğini iddia etmektedirler.³⁶⁴ Ve bu anlamda, kararlaştırılacak miktarın mütevazı olması gerektiği de dillendirilmektedir. Bunun, mahkeme ve hakem kararlarının öngörülebilirliğini ve kararlar arasında yeknesaklığın sağlanması açısından önemli olabileceği iddia edilmiştir. İşte bu kaygıları paylaşan bazı yazarlar, bu zararlar bakımından tazminat için bir üst sınırın kararlaştırılabileceğini belirtmektedirler.³⁶⁵

Öncelikle, CISG başvurularını değerlendirebilecek uluslararası bir enstitünün mevcut olmaması sebebiyle, üst miktarın kararlaştırılması yeknesaklığın sağlanması bakımından yararlı olmayacaktır. Ayrıca, böyle bir kuralın adaletsiz sonuçlar doğuracağı da aşıkardır. Zira bazı davalarda zarar gören tarafın gerçek zararı, bu üst sınırdan daha fazla olabilmektedir.

Ticari itibarın zedelenmesi sonucu meydana gelen zararların hesaplanması bakımından genel ölçü, halihazırdaki ile sonraki itibar arasındaki değer farkının tespit edilmesidir. Bu anlamda “halihazırdaki” ve “sonraki” ifadelerinin hangi

³⁶¹ Saidov, *Damages to Reputation*, s.404 dp 30.

³⁶² *Marvin Lumber and Cedar Company, Marvin Windows of Tennessee, Inc v PPG Industries, Inc* 401 F 3d 901, 913 (CA8 (Minn) 2005) in Saidov, *Damages to Reputation*, s.404.

³⁶³ Saidov, *Damages to Reputation*, s.405.

³⁶⁴ Saidov, *Damages to Reputation*, s.405, dp.82.

³⁶⁵ Saidov, *Damages to Reputation*, s.406.

tarihlere işaret ettikleri tespit edilmelidir. Akla ilk gelen, ihlalden önceki ve sonraki ticari itibarın mukayese edilmesidir. Ancak, burada da “ihlalden sonraki” zaman her daim uygun olmayacaktır. Zira, öncelikle ilgili kişiler (müşterilerin) tacir tarafından yapılan ihlal ve bunun sonuçlarından haberdar olmalı, daha sonra bu farkındalık onların şirkete karşı algısını negatif yönde değiştirmelidir. Yani, ayıplı malları teslim alan alıcının bu malları uzun bir süre depoda tutmasının ardından satışa sunmuş olması durumunda; alıcının ticari itibarının zedelenmesi, sözleşmenin ihlalden çok daha ileriki bir tarihte meydana gelmiş olacaktır. Dolayısıyla, bu tür durumlarda ihlal tarihine atıf uygun olmayacaktır. Bu nedenlerle, zararın tespiti bakımından genel ölçü, zararın meydana gelmesinden önceki ve sonraki ticari itibar değeri arasındaki fark olmalıdır.

Ticari itibara verilen zararların, bu zararların giderilmesi için katlanılacak masraflar dikkate alınarak hesaplanması da mümkündür. CISG kapsamında görülen bir davada mahkeme, zarar gören tarafın zedelenen ticari itibarın giderilmesi ve yeni müşteri ağının oluşturulması için, harcadığı masrafları dikkate almıştır.³⁶⁶ Bu hesaplama yönteminin uygulanabilmesi için masrafların fiilen yapılmasına gerek yoktur. Ticari itibarın onarılması için masrafların ilerde yapılması da mümkündür. Tabi ki, ikinci ihtimalde hem katlanması gereken masrafların miktarının tespiti, hem de bu hususun ispatı ilk durumdan çok daha zor olacaktır. Ancak her iki ihtimalde de, zararın azaltılması yükümlülüğü çerçevesinde yapılan harcamaların makul olması ve nedensellik prensibi çerçevesinde katlanılan bedellerin de itibarın onarılması için gerekli ve bu sonuca yönelik olması gerekecektir.³⁶⁷

Sözleşmenin ihlalinin söz konusu olmaması halinde elde edilmesi beklenen gelecekteki karların tespit edilmesi ile, ticari itibarın sarsılması nedeniyle meydana gelen zararların belirlenmesi mümkündür. Ticari itibarın sarsılması sebebiyle meydana gelecek zararların hesaplanması bakımından kullanılacak bu özel hesaplama metodu, ABD mahkemeleri tarafından görülen bazı davalarda

³⁶⁶ Finlandiya Tampere İlk Derece Mahkemesi, 17 Ocak 1997, (konserve gıda davası/canned food case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970117f5.html> (çevrimiçi 07/04/2019).

³⁶⁷ Etraflı analiz için bkz Saidov, *Damages to Reputation*, s.409.

uygulanmıştır.³⁶⁸ Bu davalarda, ayıplı ifa halinde ticari itibar zararları; alt satışlar dolayısıyla uğranılan kâr kayıpları veya ayıplı malların satılamamasına göre değil, zarar gören tarafın ileride başka mallarını ve servislerini satamamasından dolayı ortaya çıkabilecek zararlara göre hesaplanmıştır.³⁶⁹

Sonuç olarak önemli olan, benzer durumlarda yukarıda belirtilen metotlardan birinin uygulanmasıdır. Ve bu metotlar artık mahkemeler ve hakemler tarafından bilinmeye başladıktan sonra, benzer durumlarda benzer hesaplama yöntemlerinin kullanılması daha istikrarlı sonuçların meydana gelmesine sebep olacaktır.

Ancak tabi ki, ticari itibarın sarsılmasından kaynaklanan zararların doğası gereği oldukça mürekkep olması nedeniyle, bu zararların hesaplama yöntemlerinin uygulanması sırasında da zorluklar yaşanacaktır. Veya yukarıda sayılan metotlardan hiç birinin uygulanamaması durumunda, uygun bir yöntem bulunamayabilir ve bu tür durumlarda artık makul bir miktarın tazminat olarak kararlaştırılması gerekebilir. Ancak, bütün durumları karşılayan genel bir hesaplama metodunun varlığı mümkün değildir. Dolayısıyla, eksikliklere rağmen yukarıda belirtilen metotların kullanılması, Antlaşma bakımından daha yararlı sonuçların doğmasına neden olacaktır.

H. Tazminatın Para Birimi

CISG çerçevesinde kararlaştırılacak tazminatın hangi para birimi üzerinden ödenmesi gerektiği Antlaşmada düzenlenmemiştir. CISG'den farklı olarak hem UPICC, hem de PECL bu konuda hükümler içermektedirler. UPICC madde 7.4.12; *tazminatın ya parasal borcun ifade edildiği para içinde, ya da zararın katlanıldığı para içinde hangisi en uygun görünürse ona göre değerlendirileceğin*³⁷⁰ düzenlemektedir. PECL ise, daha genel bir hükme yer vermiş ve tazminatın zarar gören tarafın zararlarını en uygun şekilde aksettiren para birimine göre hesaplanacağını düzenlemiştir.³⁷¹ CISG çerçevesinde görülen davalara bakıldığı

³⁶⁸ AM/PM Franchise Assn. v. Atlantic Richfield Co. <https://casetext.com/case/ampm-franchise-v-atlantic-richfield> (çevrimiçi 05/08/2019); Sol-O-Lite Laminating Corp. v. Allen, 223 Or. 80, <https://casetext.com/case/sol-o-lite-laminating-corp-v-allen> (çevrimiçi 05/08/2019).

³⁶⁹ AM/PM Franchise Assn. v. Atlantic Richfield Co. <https://casetext.com/case/ampm-franchise-v-atlantic-richfield> (çevrimiçi 05/08/2019).

³⁷⁰ Kemal Dayınlı, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Volume 23, Issue 1-2, 2003, s.203-250.

³⁷¹ PECL madde 9:510 – “Damages are to be measured by the currency which most appropriately reflects the aggrieved party’s loss.”.

zaman ise, bu konuda farklı yaklaşımların olduğu görülmektedir. Bazı kararlarda mahkemeler, zararın katlanıldığı para biriminin aynı zamanda tazminat için de kullanılması gerektiğini savunurken ³⁷² ; bazı kararlarda ise, sözleşmesel yükümlülüklerin ifade edildiği para biriminin dikkate alınması gerektiğini savunmuştur. ³⁷³ Ayrıca ödemenin yapılacağı para biriminin, kararlaştırılacak tazminat bakımından geçerli olacağına dair kararlar da mevcuttur. ³⁷⁴ Son olarak ise, bu konunun CISG’in kapsamı dışında olduğu ve dolayısıyla yerel hukuka göre çözümlenmesi gerektiği yönünde de kararlar verilmiştir. ³⁷⁵

Zararın hangi para birimi üzerinden katlanıldığının tespiti pratikte her zaman kolay olmayabilir. Yine bu tür durumlarda da bakılması gereken, taraflar arasındaki sözleşmedir. Taraflar açıkça veya zımni olarak, tazminat için dikkate alınacak para birimini kararlaştırabilirler. Bazı durumlarda, tarafların sözleşme bedeli için herhangi bir para birimini belirlemeleri, bu para biriminin tazminat hesabı için de kullanılacağı yönündeki niyetlerini yansıttığı şeklinde yorumlanabilecek ise de, bu varsayımın her durum için geçerli olacağını iddia etmek mümkün değildir. Eğer sözleşmenin hükümlerinden tazminatın hangi para birimi üzerinden hesaplanması gerektiği tespit edilemiyorsa, bu sefer her bir olayın hal ve şartlarına bakılarak çözüm aranacaktır. Bu da çoğunlukla, zarar gören tarafın iş yerinin para birimi olacaktır. ³⁷⁶

Genel olarak kabul edildiği üzere, tazminatın hangi para birimi üzerinden ödeneceği meselesi CISG çerçevesinde düzenlenmiştir. Zira bu mesele tazminat ile ilgili olduğundan ve tazminata dair hükümlerin de açıkça CISG’de düzenlendiği dikkate alındığında, başka yönde bir kanaate varılması doğru değildir. Üstelik yeknesak uygulamanın sağlanması bakımından da aksi yönde bir kanaate ulaşılması mümkün olmamalıdır. CISG çerçevesinde hâkim olan “tam tazminat” ve “makullük” prensiplerinin uygulanması ile tazminat miktarının hangi para birimi üzerinden

³⁷² ICC Tahkim yargılaması, dava No 9187, Haziran 1999 (Coke davası/Coke case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999187i1.html> (çevrimiçi 07/04/2019).

³⁷³ Rusya Tahkim yargılaması, 23 Aralık 2004, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041223r1.html> (çevrimiçi 07/04/2019).

³⁷⁴ Almanya Berlin Bölge Mahkemesi, 30 Eylül 1992 (ayakkabı davası/shoes case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920930g1.html> (çevrimiçi 07/04/2019).

³⁷⁵ ABD New York Federal Bölge Mahkemesi, 9 Eylül 1994, *Delchi Carrier SpA v Rotorex Corp davası*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html> (çevrimiçi 07/04/2019).

³⁷⁶ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md.74, para 63.

ödenmesi gerektiği tespit edilebilir. Buna göre, zarar gören taraf hangi para birimi üzerinden zarara uğradıysa, tazminat da o para birimi üzerinden ödenmelidir.³⁷⁷ Mahrum kalınan kâr söz konusu olduğu durumlarda ise, karın gerçekleşeceği para birimi, tazminatın hesabında da dikkate alınacaktır.³⁷⁸

Bu bakımdan, zarar gören tarafın normal şartlarda işlerinde kullandığı para birimi dikkate alınabilir. Ancak, zarar gören tarafın uluslararası alanda çalışan bir şirket olduğu durumlarda, bu hususun tespiti de pek kolay olmayacaktır. Zarar gören tarafın masraflar için kullandığı para birimi de, tazminatın hangi para birimi üzerinden hesaplanacağı meselesi bakımından önemli olabilmektedir.³⁷⁹ CISG çerçevesinde görülen bir davada³⁸⁰ mahkeme, satıcının ayıplı mal teslim etmesi neticesinde alıcının söz konusu malların depolanması ve muayenesi için harcanan masrafları ve üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı ceza miktarlarını ulusal para birimi üzerinden yapmış olduğu gerekçesiyle, tazminat hesabı için de bu para biriminin dikkate alınması gerektiğini savunmuştur. Ancak, sözleşmenin ihlali sebebiyle yapılan masraflar için kullanılan para birimi, her zaman için zararın katlanıldığı para birimine tekabül etmemektedir.

Son olarak, tazminatın hesaplanacağı para biriminin tespit edilmesinin yanında, hangi tarihteki kurun dikkate alınacağı da önemli meselelerdendir. Bu bakımdan ihlal tarihi ile yargılama tarihi arasında bir seçim yapılması gerekmektedir. Çoğunlukla kabul edildiği üzere, özellikle Antlaşmaya hâkim olan tam tazminat ilkesi ile de bağdaşacağından, yargılama tarihinin dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır.³⁸¹ Ancak, yine burada da zarar gören tarafın sırf tazminat miktarını artırmak için spekülasyon yaparak yargılama tarihini ertelemesi halleri gündeme gelecek ise de,

³⁷⁷ Zeytin, a.g.e., 307; Yılmaz, a.g.e., s.196.

³⁷⁸ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md.74, para.63; Friedrich Blase, Philipp Höttler, “Remarks on the Damages Provisions in the CISG, Principles of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)”, <https://www.cisg.law.pace.edu/CISG/biblio/blase3.html> (çevrimiçi 07/04/2019); Huber, Mullis, a.g.e., s.280.

³⁷⁹ Jorge Galvan, “The CISG and its provisions on damages”, 1998, s.34, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1557681&fileId=1564402> (çevrimiçi 07/04/2019).

³⁸⁰ CIETAC Tahkim yargılaması, 10 Mart 1995 (Politelin kaplama davası/Polyethylene film case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950310c2.html> (çevrimiçi 07/04/19).

³⁸¹ Saidov, **The Law of Damages**, s.266.

kanaatimizce zararın azaltılması yükümlülüğü kuralının (CISG madde 77) uygulanması ile bu sorunlar aşılabılır.³⁸²

I. İspat Külfeti ve İspat Standardı

1. İspat Yükümlülüğü

Zarar gören taraf, bu zararlarını ispat edebildiği ölçüde tazmin ettirebilecektir. Her ne kadar, üçüncü bölümde tazminat hakkının sınırlarından bahsederken özel olarak ispat meselesine değinilmemiş ise de, aslında zararların ispatı da bir nevi tazminat hakkını sınırlamaktadır. Bu başlıkta hem ispat külfetinden, hem de ispat standartlarından bahsedilecektir.

İspat külfetinin CISG çerçevesinde zımnen de olsa düzenlendiği ve zarar gören tarafın bu zararlarını ispat etmesi gerektiği, doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir.³⁸³ Bu husus, aynı zamanda bir istisnaya dayanan tarafın ayrıca bu istisnanın mevcut olduğunu da ispat etmesi gerektiği anlamına gelecektir.³⁸⁴ Kanaatimizce de bu görüş kabul edilmelidir. Keza CISG madde 79 da açıkça ispat yükümlülüğüne ilişkin bir hüküm içermektedir. Ayrıca, Antlaşmanın yeknesak uygulanmasının temini amacı da dikkate alındığında, ispat yükümlülüğü meselesinin CISG çerçevesinde zımni olarak da olsa düzenlendiği kabul edilmelidir.

Yine birçok mahkeme kararında da, ispat yükümlülüğünün zımni olarak CISG çerçevesinde düzenlendiği kanaatine varılmıştır. Özellikle İsviçre ve İtalyan mahkemeleri tarafından verilen kararlarda bakıldığı zaman, bazı standartların bu meselenin çözümünde kullanıldığı görülmektedir³⁸⁵: a) Antlaşma çerçevesinde herhangi bir maddeden yararlanmak isteyen taraf bu maddenin ön şartlarını ispat etmelidir; b) Herhangi bir istisnaya dayanan taraf bu istisnanın varlığını ispat etmelidir; c) Herhangi bir tarafın sorumluluk alanında yer alan vakalar, o tarafça ispat edilmelidir.

³⁸² Saidov, *The Law of Damages*, s.266.

³⁸³ Gotanda, CISG AC-Opn No.6, nt. 2.1; Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md.74, para.64; Huber, Mullis, a.g.e., s.281.

³⁸⁴ Franco Ferrari, Burden of Proof under the CISG, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari5.html> (çevrimiçi 21/04/19).

³⁸⁵ Tribunale de Vigevano, 12 Temmuz 2000, (Rheinland Versicherungen v. Atlarex) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html> (çevrimiçi 21/04/19).

Yukarıda belirtilen genel prensip, aynı zamanda tazminat miktarının ispatı hususunda da uygulanacaktır. Bu bağlamda, İsviçre³⁸⁶ mahkemesi tarafından verilen kararda da açıkça belirtildiği üzere, zarar gören taraf; bu zararlarını, ihlal ile zararlar arasındaki nedensellik bağı ve zararların öngörülebilir olduğunu ispat etmelidir.

2. Makul Kesinlik Standardı

Öncelikle belirtmek gerekir ki; ispat yükümlülüğü ile ispat standardı farklı kavramlar olup, uyuşmazlık hallerinde öncelikle ispat yükümlülüğünün hangi taraf üzerinde olduğu tespit edilmeli; daha sonra ise, Antlaşmanın çeşitli hükümlerine bakılarak ispat standardına ilişkin herhangi bir hükmün mevcut olup olmadığına kanaat getirilmelidir.

CISG çerçevesinde, ispat standartlarına ilişkin herhangi bir düzenlemeye rastlamak mümkün değildir. Buna karşın UPICC, ancak kesinliği makul derecede tespit edilmiş olan zararların tazmin edilebileceğini düzenlemektedir.³⁸⁷ Ancak ilgili maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına bakıldığı zaman, ispat bakımından başkaca standartların da UPICC çerçevesinde kabul edildiği görülebilir. İkinci fıkrada, gerçekleşmesinin ihtimal dahilinde olması ölçüsünde kaçırılan fırsatlar nedeniyle meydana gelecek zararların tazmin edilebileceği; üçüncü fıkrada ise, zarar miktarının yeterli kesinlikte tespit edilemediği hallerde, zarar miktarının mahkemenin takdiri ile değerlendirileceği düzenlemektedir. Bu açıklamalar ışığında, UPICC’de kabul edilen bu ispat standartlarının CISG çerçevesinde kullanılıp kullanılmayacağı irdelenmelidir.

CISG, zararların ispat standardı hususunda herhangi bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla, öncelikli olarak bu meselenin CISG kapsamında ele alınıp alınmadığı tespit edilmelidir. Akabinde, eğer CISG çerçevesinde düzenlendiği kanaatine varılırsa, bu sefer meselenin çözümü için hangi genel prensiplerin uygulanması gerektiği tespit edilmelidir. Yok eğer, meselenin CISG çerçevesinde düzenlenmediği veya ilgili genel prensiplerin mevcut olmadığı kanaatine ulaşılsa; bu sefer zararların

³⁸⁶ Zürich Ticaret Mahkemesi 5 Şubat 1997, (ayçiçeği yağı davası/sunflower oil case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970205s1.html> (çevrimiçi 21/04/19).

³⁸⁷ UPICC madde 7.4.3 (1): “*Compensation is due only for harm, including future harm, that is established with a reasonable degree of certainty*”, tercüme için bkz. Dayınlarlı, a.g.e., s.33 “Ancak kesinliği makul derecede tespit edilmiş olan, ileride ortaya çıkacak zarar da tazmin edilir.”

ispatı standartları, milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.³⁸⁸

CISG madde 4 açıkça, Antlaşmanın sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenlediğini belirtmektedir. Dolayısıyla usul hukukuna ilişkin meseleler, Antlaşmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Doktrinde hâkim olan bir görüşe göre, ispat standardı usul hukukuna ilişkin bir konu olarak kabul edildiğinden, bu husus lex fori'ye göre çözümlenmelidir.³⁸⁹ Keza birçok davada bu görüş benimsenmiştir.³⁹⁰ Ancak burada, bazı usul hukukuna ilişkin meselelerin CISG çerçevesinde düzenlendiği görüşüne de değinmek gerekecektir.³⁹¹ Keza ispat yükümlülüğünün dağılımı her ne kadar birçok hukuk sisteminde usul hukukuna ilişkin bir mesele olarak kabul edilse de; CISG çerçevesinde düzenlendiği hem doktrinde, hem de mahkemeler tarafından ağırlıklı olarak kabul edilmiştir. Aksine bazı hukuk sistemlerinde ise, ispat standardı maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak ele alınmaktadır. Özellikle UPICC madde 7.4.3'e bakıldığı zaman, UPICC'in de bu meseleyi maddi hukuka ilişkin bir konu olarak ele aldığı görülmektedir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, ispat standardı meselesi kanaatimizce de CISG çerçevesinde düzenlenmiştir.³⁹² Öncelikle madde 74, zarar gören tarafa ihlal sebebiyle meydana gelen zararlarını ispat etme yükümlülüğü yüklemektedir. Zira zararların ispatı ve miktarının tespiti meselesi, tazminat hakkının kullanılmasının ayrılmaz bir parçasıdır.³⁹³ Dolayısıyla, ispat standardı meselesinin yerel hukuka göre tespit edileceğinin kabulü, tazminat bakımından düzensiz, yeknesak olmayan kararların ortaya çıkmasına sebebiyet verecektir. CISG'de kabul edilen genel prensiplerden biri de "makullük" prensibidir: Antlaşma çerçevesinde birçok defa bu kavram kullanılmıştır (Madde 8/2 ve3; 18/2; 25; 33/3; 35/1/b; 37; 39/1; 43/1; 47; 48;

³⁸⁸ CISG madde 7/2.

³⁸⁹ Sieg Eiselen, Proving The Quantum of Damages, Journal Of Law and Commerce, Vol.25:375, 2005-2006, s.375-383.

³⁹⁰ St Gallen Ticaret Mahkemesi 3 Aralık 2002, (haşıl makinesi davası/sizing machine case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021203s1.html> (çevrimiçi 21/04/19).

³⁹¹ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md.74, para.65.

³⁹² Gotanda, CISG AC-Opn No.6; Saidov, **The Law of Damages.**, s.168; Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md.74, para.65; Huber, Mullis a.g.e., s.281.

³⁹³ Saidov, **The Law of Damages.**, s.168.

49; 60; 63; 64; 65; 72/2; 73/2; 75; 77; 79/1; 85; 86; 87; 88/2).³⁹⁴ Ve makullük prensibinden yola çıkılarak, Antlaşmanın geneline uygun düşecek bir ispat standardının tespit edilmesi mümkün olacaktır.

Özellikle mahrum kalınan kâr ve ileride doğacak diğer zararların söz konusu olduğu durumlarda, zarar gören tarafın bu zararlarını mutlak kesinlikte ispat etmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumlarda, olayın hal ve şartları da dikkate alınarak, zarar gören tarafın ilgili zararlarını kendisinden makul olarak beklenilecek kesinlikle ispat etmesi gerekecektir. Bir diğer ifade ile zarar gören taraf, zararlarını “makul kesinlikte” ispat etmelidir.³⁹⁵ Zira bu standartın kabulü, Antlaşmanın yeknesak uygulanması amacı ile de uyumlu sonuçlar doğuracaktır. Ayrıca, daha detaylı (kesin) bir standartın Antlaşma çerçevesinde kabul edilmesi, madde 74’e hâkim tam tazminat ilkesinin de zedelenmesine sebebiyet verecektir.³⁹⁶ Özellikle mahrum kalınan karın söz konusu olduğu durumlarda, zararların matematiksel kesinlik ile ispatlanması gerekliliği, çoğu zaman zarar gören tarafın zararlarının tam tazmin edilmesini engelleyecektir.

VI. Tazminat Hakkının Diğer Seçimlik Haklar ile İlişkisi

CISG madde 45, satıcının sözleşmeden veya Antlaşmadan doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği hallerde, alıcının madde 46 ile 52’de öngörülen haklarını kullanabileceğini ve 74-77 maddeleri uyarınca tazminat talep edebileceğini düzenlemektedir. Buna göre; sözleşmeye aykırılık hallerinde alıcı, madde 46 gereği aynen ifa talep edebileceği gibi³⁹⁷, ayıplı ifa hallerinde ikame mal teslimi ve ayıpların onarım yoluyla giderilmesini de isteyebilir. Madde 49’a göre alıcı, sözleşmenin esaslı ihlali durumlarında sözleşmeyi ortadan kaldırabilir. Yine ayıplı ifa hallerinde madde 50’e göre alıcı, semende indirim talep edebilecek ve son olarak da madde 74 vd. maddeleri uyarınca, ihlal sebebiyle tazminat da isteyebilecektir.

³⁹⁴ Gotanda, CISG AC-Opn No.6, nt.2.6.

³⁹⁵ Gotanda, CISG AC-Opn No.6, nt.2.7; Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., para.65; Saidov, **The Law of Damages**, s.169, Huber, Mullis, a.g.e., s.281.

³⁹⁶ John Y. Gotanda, “Awarding Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods: A Matter of Interpretation”, Georgetown Journal of International Law (Fall 2005) 95-140 <http://cisgw3.law.pace.edu/CISG/biblio/gotanda3.html> (çevrimiçi 04/04/19).

³⁹⁷ Aynen ifa talebinin detaylı analizi için bkz. Mirghasem Jafarzadeh, “Buyer’s Right to Specific Performance: A Comparative Study Under English Law, the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, Iranian and Shi’ah Law”, <https://cisgw3.law.pace.edu/CISG/biblio/jafarzadeh.html#ciip24> (çevrimiçi 07/04/2019).

CISG'in hukuki çareler sistemine hâkim olan en önemli prensiplerden biri, sözleşmenin ayakta tutulması prensibidir. Bunun sonucu olarak, sözleşmenin ortadan kaldırılmasına son çare olarak başvurulacaktır. CISG çerçevesinde, sözleşmenin ortadan kaldırılmasının son çare olarak görülmesinin iki sebebi vardır: 1) *Pacta sunt servanda* (ahde vefa ilkesi), 2) sözleşmenin ortadan kaldırılmasının önemli ekonomik zararlara sebebiyet vermesi.³⁹⁸ Yani, sözleşmenin ortadan kaldırılmasından sonra; satıcı kendisine ödenilen ücreti, alıcı ise teslim edilen malları iade ile yükümlüdür. Malların yeniden iadesi, ekonomik olarak önemli güçlükler yaşatacaktır. Dolayısıyla, ikame mal teslimi veya tazminat ödenmesi ile alıcının ifadan beklediği menfaat karşılanabiliyorsa, artık sözleşmenin ortadan kaldırılmasına gerek duyulmamalıdır.

Sözleşmenin ayakta tutulması prensibine uygun olarak, sözleşmenin ortadan kaldırılmasının uygulanmasına bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bunlardan ilki “Nachfrist” mekanizmasıdır.³⁹⁹ Buna göre; sözleşmenin yerine getirilmesi (onarım veya ikame mal teslimi) için alıcı satıcıya ek bir süre tanır ve kararlaştırılan bu süre içerisinde yine ifa yapılmaz ise, artık alıcı sözleşmeyi iptal edebilir. Diğer bir sınırlama ise, satıcıya sözleşmeye aykırılıkları giderme hakkı tanınmasıdır. Buna göre; alıcının sözleşmenin ihlal edildiğini ve bu sebeple sözleşmeyi ortadan kaldırmak istediğini bildirmesi üzerine, satıcının makul sürede ve koşullarda bu sözleşmeye aykırılıkları giderme hakkı tanınmalıdır. Son olarak, “sözleşmenin esaslı ihlali” doktrini de bu bağlamda sözleşmenin ortadan kaldırılmasını sınırlayan metotlardan birisidir.

CISG çerçevesinde, temel olarak sözleşmenin esaslı ihlali doktrini benimsenmiş ise de, yukarıda sayılan diğer iki teknik de kullanılmaktadır. Madde 49/1(a), satıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesinin sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturduğu hallerde, alıcının sözleşmeyi ortadan kaldırabileceğini düzenlemektedir. Yine madde 49/1(b) ise, malların zamanında teslim edilmemesi üzerine alıcının tanıyacağı ek süre içerisinde

³⁹⁸ Hubber, Mullis, a.g.e., s.182.

³⁹⁹ Terimin daha detaylı analizi için bkz. Maryellen DiPalma, “Nachfrist under National Law, the CISG, and the UNIDROIT and European Principles – A Comparison”, CISG Database, Pace Institute of International Commercial Law. Adaptation reproduced with permission of “International Contract Adviser” (Kluwer), Vol.5, No.1 (Winter 1999), s.28-38, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/DiPalma.html> (çevrimiçi 07/04/2019).

de teslimatın yapılmadığı hallerde, yine sözleşmenin ortadan kaldırılabileceğini düzenlemektedir. (Nachfrist) Son olarak madde 48 ise, satıcıya mallardaki ayıpları onarım hakkı tanımakta ise de, bu madde çerçevesinde alıcının sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı saklı tutulmuştur.

Sözleşmenin esaslı ihlali doktrininde benimsenen yaklaşım, madde 46/2’de düzenlenen satıcının ikame mal teslimi hallerine de uygulanmaktadır. Zira ikame mal teslimi, daha önce teslim edilen malların iadesi ve akabinde yeni malların teslimi anlamına geleceğinden; taşıdığı risk ve taraflara yüklediği masraflar dikkate alındığında, bu yaklaşımın ikame mal teslimi durumlarına uygulanması anlaşılırdır.⁴⁰⁰

CISG çerçevesinde, alıcı bakımından düzenlenen hukuki çarelere kısaca değindikten sonra, artık bu hukuki çarelerin tazminat hakkı ile ilişkisine ve bu hakların beraber kullanılıp kullanılamayacağına değinebiliriz.

A. Sözleşmenin Ortadan Kaldırılması ile tazminat talebi

Yukarıda tazminatın hesaplanması metotlarından bahsederken, madde 75 ve 76’da düzenlenen somut ve soyut hesaplama metotlarının kullanılabilmesi için, taraflar arasındaki sözleşmenin ortadan kaldırılmış olması gerektiğinden de bahsetmiştik. Dolayısıyla burada bu hususa çok değinmeden, sadece bu iki hukuki çarenin bir arada kullanılabileceğini belirtmekle yetineceğiz. Alıcı, sözleşmenin iptal edilmesi sebebiyle uğradığı her türlü zararını, tazminat olarak satıcıdan isteyebilecektir.

B. Semende İndirim ile tazminat talebi

Aslında tazminatın hesaplanması metotlarından bahsederken, teslim edilen ayıplı malların bedeli ile sözleşmede kararlaştırılan bedel arasındaki farkın, bazen zarar gören tarafın zararlarını yansıtacağını belirtmiştik. Dolayısıyla, birçok durumda semen indirimi ile tazminat hakkının kullanılması aynı sonuca götürecek ise de, iki kavram arasında farklılıkların olduğu da söylenmelidir. Bu farklılıklara değinmeden önce, yine madde 45/2 uyarınca bedel indiriminin yanında tazminatın da istenebileceğini belirtmek gerekecektir. Yani bazı durumlarda, alıcının dolaylı zararları olabilir ve semende indirim bu zararlarını karşılamayabilir. Dolayısıyla bu

⁴⁰⁰ Official Records, s.337; Huber, Mullis, a.g.e., s.184.

tür durumlarda alıcı; hem semende indirim, hem de dolaylı zararlarının tazminini talep edebilmelidir.

Semen indirimi ile tazminat farklı şekilde hesaplanmaktadır. İndirimli fiyat ile sözleşme fiyatı arasındaki ilişki, teslim edilen malların teslim tarihindeki değeri ile sözleşmeye uygun malların bu tarihte sahip olacağı varsayımsal değer arasındaki ilişkiyle aynı olmalıdır.⁴⁰¹ Netice itibarıyla, semende indirim için orantısal hesaplama yöntemi kullanılmaktadır.⁴⁰² Ayıplı mal tesliminden kaynaklanan tazminat miktarı ise, sözleşme bedelinden teslim edilen ayıplı malların bedeli çıkılarak bulunan meblağa tekabül edecektir. Dolayısıyla, sözleşme bedeli ile malların teslim tarihindeki bedelinin aynı olduğu durumlarda, semende indirim ile tazminat arasında bir fark olmayacaktır. Ancak, malların bedelinin düşmesi hallerinde farklı meblağlar ortaya çıkabilmektedir.

Sonuç olarak; malların ayıplı olması sebebiyle uğradığı maddi zararlarını karşılatmak isteyen alıcı, ya semen indirimine, ya da tazminat müessesine başvurabilecektir. Ancak, özellikle bazı durumlarda semen indirimine başvuru, alıcının daha lehine olacaktır. Bu durumlara örnek olarak; satıcının CISG madde 79 çerçevesinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmadığı hallerde, alıcının tazminat talep edemez iken, semende indirim yapılmasını isteyebileceği durumlar gösterilebilir.⁴⁰³

C. İhlal Eden Tarafın Onarım Hakkı ve Tazminat Talebi

CISG madde 48, satıcının yükümlülüklerinin ifasına ilişkin her türlü eksikliğin, masrafları kendisine ait olmak üzere, teslim tarihinden sonra da giderebileceğini düzenlemektedir. Belirtmek gerekir madde 48 çerçevesinde düzenlenen onarım hakkı, satıcıya alıcının seçimlik haklarını kullanmasını engelleme imkânı yaratmaktadır. Bu madde çerçevesinde ayrıyeten alıcının rızasının alınmasına gerek yoktur.⁴⁰⁴ Fıkranın devamında, alıcının bu Antlaşma uyarınca tazminat talep etmeye ilişkin her türlü hakkının saklı olacağı da belirtilmiştir. Bu düzenleme, alıcının asıl

⁴⁰¹ Müller-Chen in Schlechtriem, Schwenger, a.g.e., md.50 para.8; Semende indirimin nasıl hesaplanacağına dair detaylı bilgi için bkz. Sanne Jansen, Price Reduction under the CISG a 21st Century Perspective, Journal of Law&Commerce, Vol.32, No.2 (2014), s.325-379

⁴⁰² Hesaplama yönteminin detayları için bkz. Müller-Chen in Schlechtriem, Schwenger, a.g.e., md.46 para.7

⁴⁰³ Müller-Chen in Schlechtriem, Schwenger, a.g.e., md. 50 para.10.

⁴⁰⁴ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.347.

sözleşmenin ihlal edilmesine bağlı olarak katlandığı ve bundan böyle müteakip bir ifa ile giderilmesi mümkün olmayan zararları da -yani temerrütten ve tali zararlardan dolayı tazminatı- kapsamaktadır.⁴⁰⁵ Aksine, satıcının onarım hakkını kullanmasıyla giderilecek zararlar dolayısıyla tazminat istenemez. Örneğin, ayıplı malların teslim edilmesinin ardından satıcı bu ayıpları onarırsa, artık alıcı malların değer kaybına dayanarak tazminat isteyemeyecektir.

Özellikle alıcının aynı zamanda üretici olduğu ve satım konusu malın bu üretim sürecinde kullanılması amacıyla satın alındığı durumlarda, satıcının sözleşmeye aykırılıkları gidermesi dolayısıyla; üretim sürecinin geçici olarak durması, alacaklının bu gecikme nedeniyle müşterilerine vadesinde teslimat yapamaması ve birden fazla tamirat denemesi sebepleriyle oluşacak zararlar alıcı tarafından tazminat olarak istenebilecektir.⁴⁰⁶ Her hâlükârda, sözleşmeye aykırılıkların giderilmesi sırasında doğacak tüm masraflar satıcı tarafından karşılanmalıdır. Bu bakımdan tamirat için malların geri gönderilmesi gerekiyor ise, bu geri gönderme için yapılacak masraflara da satıcı katlanacaktır.

Netice itibarıyla, satıcının madde 48 gereği sözleşmeye aykırılıkları gidermesi halinde, alıcı gecikme veya tamirat nedeniyle uğramış olduğu zararları tazminat olarak isteyebilecektir.⁴⁰⁷

CISG madde 46/3'e göre ise; malların ayıplı olması durumlarında alıcı, satıcıdan sözleşmeye aykırılıkların onarım yoluyla giderilmesini isteyebilecektir. Alıcının bu haktan faydalanabilmesi için maldaki ayıbın sözleşmenin esaslı bir ihlalini oluşturmasına gerek duyulmamaktadır. Ancak burada alıcının onarım talebi tüm koşullar dikkate alındığında makul bir talep olmalıdır. Yani, eğer koşullar dikkate alındığında ikame mal teslim edilmesi mallardaki ayıbın onarılmasına göre daha az masraflı ise, artık alıcı CISG madde 46/3 çerçevesinde onarım hakkını kullanamayacaktır. Bunun yanı sıra, alıcı onarım hakkı ile bağdaşmayan başka bir imkândan faydalanmamış olmalıdır (dönme, semenin tenzili).⁴⁰⁸ Alıcı her hâlükârda onarım hakkının yanında, bu onarım sebebiyle katlanmak zorunda kaldığı masrafları

⁴⁰⁵ Müller-Chen in Schlechtriem, Schwenger, a.e., Md.48 para.21.

⁴⁰⁶ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.348.

⁴⁰⁷ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.349.

⁴⁰⁸ Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.385.

tazminat olarak isteyebilecektir. Bu bakımdan yukarıda madde 48 için yapılan açıklamalar madde 46/3 için de geçerlidir.

D. Yenisiyle Değiştirme Hakkı ve Tazminat Talebi

CISG madde 46/2'ye göre, *“malların sözleşmeye uygun olmadığı durumlarda, alıcı ancak bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturmaması ve 39.madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimi isteyebilecektir.”* Bu paragraf çerçevesinde mallardaki ayıbın sözleşmenin esaslı ihlalini teşkil etmesi şartı, yine burada da tasfiye ilişkisinin önemli ekonomik zararlara sebebiyet vermesi nedeniyle benimsenmiştir.

Bu paragraf çerçevesinde ikame mal teslimi isteyen alıcı tazminat hakkını yitirmemektedir. Bu bağlamda, alıcının ayıplı malların iadesi veya depoda saklanması sebebiyle katlanmış olduğu masraflar tazminat olarak istenebilecektir. Yine ilk teslimattan dolayı alıcının katlanmış olduğu zararlar da satıcı tarafından tazmin edilmelidir (örneğin gecikmeye bağlı olarak ortaya çıkan zarar veya madde 45/1(b) gereğince dolaylı zararlar).⁴⁰⁹

⁴⁰⁹ Müller, Chen in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md.46, para.36; Atamer, **Satıcının Yükümlülükleri**, s.383.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SATICININ SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI VE TAZMİNAT SORUMLULUĞUNDAN KURTULMA

I. Sorumluluğun Sınırlandırılması

Tam tazminat ilkesi ile kapsamı oldukça geniş tutulan tazminat hakkı, bazı sınırlamalara da tabi tutulmuştur. Antlaşma çerçevesinde, tazminat hakkı bakımından kusur da dikkate alınmadığından, bu tür sınırlamaların getirilmesi kaçınılmazdır. Antlaşma’da tazminat hakkının sınırlandırılması bakımından üç kurum mevcuttur: a) nedensellik bağı, b) zararların öngörülebilirliği, c) zararların azaltılması yükümlülüğü. Bu bölümde söz konusu sınırlamalardan bahsedilecektir. Ancak, tam tazminat ilkesini asıl dengeleyen ve tazminat sorumluluğunun kapsamını sınırlayan kavram, öngörülebilirlik ilkesi olup, diğer kurumlar öngörülebilirlik ilkesini sadece desteklemektedir.⁴¹⁰

A. Nedensellik

CISG madde 74’e bakıldığında zaman, ancak sözleşmenin “ihlalden dolayı” meydana gelen zararların tazmin edileceğinin düzenlendiğini görebiliriz. Bu zorunluluk hem bir ön şart, hem de tazminatın sınırlandırılması metodu olarak algılanabilir. İhlal eden taraf, ancak ihlalin neden olduğu zararları karşılayacağından, bu anlamda nedensellik bağının bir ön şart olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca, meydana gelen zararlar, ancak ihlalin neden olduğu ölçüde tazmin edilecektir. Bu anlamda da nedensellik bağı, tazminatın sınırlandırılması metotlarından biridir.

Antlaşma, ihlal ile zarar arasındaki nedensellik bağına ilişkin herhangi bir özel düzenleme getirmediğinden; genel olarak kabul edildiği üzere, satıcının ihlalinin alıcının zararı açısından *conditio sine qua non* (olmazsa olmaz şartı) niteliğinde olması yeterli olacaktır.⁴¹¹ İliyetin şart teorisine göre var olması yeterli olup, uygun

⁴¹⁰ Işıl Yelkenci, **CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi**, On İki Levha Yayıncılık 2014, s. 222.

⁴¹¹ Huber, Mullis, s.270; Schwenzer in Schelchtriem, Schwenzer, md.74, para.40

illiyet bağının mevcudluğu aranmamaktadır.⁴¹² Dolayısıyla, sözleşmeye aykırılığın doğrudan ya da dolaylı olarak zarara yol açmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Zaten tazminat sorumluluğunun kapsamının sınırlanması açısından, nedensellik bağının önemli bir işlevi bulunmamaktadır.⁴¹³ Zira genel olarak kabul edildiği üzere, tazminatın sınırının tespiti bakımından dikkate alınması gereken husus, bir zararın öngörülebilir olup olmadığıdır. Yani şart teorisine göre illiyet bağı tespit edilebiliyorsa, artık meydana gelen zararların sınırlandırılmasını sağlayabilecek kurum öngörülebilirlik ilkesidir.

Ancak Saidov, teoride öngörülebilirlik ilkesinin tam olarak nedensellik bağının yerini alamayacağını iddia etmekte ve bu iddiasını üç temel nedene dayandırmaktadır. Yazara göre, öncelikle bu iki ilke farklı aşamalarda gündeme gelmektedir.⁴¹⁴ Gerçekten de, nedensellik bağının tespitiyle öncelikle ihlal ile zarar arasındaki illiyet bağının mevcut olup olmadığı belirlenecek; akabinde ise, bu zararlar öngörülebilirlik ilkesi vasıtasıyla sınırlandırılacaktır. Ayrıca, yazara göre bazı durumlarda zararların sınırlandırılması, sadece öngörülebilirlik ilkesinin kullanılması ile mümkün olmamakta ve nedensellik bağının tespit edilmesi gerekebilmektedir. Son olarak ise, bir zararın öngörülebilmesi için ihlal ile zarar arasındaki nedensellik bağının da bulunması gerekir. Nedensellik, bizim algımızdan bağımsız olarak mevcut bulunması sebebiyle objektif bir süreçtir. Oysa öngörülebilirlik hem sübjektif, hem de objektif olabilmektedir.⁴¹⁵

Sonuç olarak yukarıda da belirtildiği üzere, nedensellik bağının tespiti bakımından olmazsa olmaz şartı kullanılacaktır. Ancak bu şartın kullanılması, her zaman için adil sonuçlar doğurmamaktadır. İş bu sebeple aşağıda şart teorisinin uygulanmasının adil sonuçlar doğurmayacağı haller irdelenmiştir.

⁴¹² Zafer Zeytin, a.g.e., s.299.

⁴¹³ Yelkenci, a.g.e., s.222.

⁴¹⁴ Djakhongir Saidov, "Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", 14 Pace Int'l L. Rev. 307 (2002) <http://cisgw3.law.pace.edu/CISG/biblio/saidov.html#iii> (çevrimiçi 21/04/19).

⁴¹⁵ Chengwei, a.e., s.200, para.963.

1.Çoklu Yeterli Nedensellik

Özellikle, birbiriden bağımsız sebeplerin zararın meydana gelmesine sebebiyet verdiği durumlarda, zorunlu şart testinin uygulanması bazı sorunlara yol açabilmektedir. Yani, mesela zararın meydana gelmesine iki ayrı olay sebebiyet vermiş ise -yani bu olaylardan biri olmasa, zaten diğer olay sebebiyle zarar meydana gelecek idiyse-, bu durumda “çoklu yeterli nedensellik”den bahsedebileceğiz.

ABD’de görülen bir dava, bu hususa güzel bir örnek teşkil etmektedir.⁴¹⁶ Getr üreticisi olan taraf Savunma Bakanlığı ile bir sözleşme akdetmiştir. Sözleşme, geç ifa sebebiyle cezai şart hükmü içermektedir. Üretici, getr üretimi için satıcıdan dokuma şerit satın almış, fakat satıcı ifasını yerine getirmediği için, alıcı Savunma Bakanlığına cezai şart ödemek zorunda kalmıştır. Alıcı bu sebeple tazminat talep etse de; satıcı, bu zararın oluşmasına sadece kendisinin ihlalinin değil, başka hususların da sebep olduğu gerekçesiyle bu iddiaya itiraz etmiştir. Satıcı tarafından; alıcının taşınmaz sahibi ile yaşadığı sorunlar, fabrikadan tahliye edilmesi, tesislerinin kaldırılması ve getr üretimi için kopça dişinin eksik olması gibi hususların zarara sebebiyet verdiği ileri sürülmüştür. Diyelim ki, bu sebeplerin her biri zararın meydana gelmesine (yani gecikmeye) tek başına sebebiyet verecek nitelikte ise, bu durumda zorunlu şart testini uyguladığımızda şu neticeye varırız: Satıcı *getr* tesliminde gecikmiş olmasaydı bile zarar meydana gelecekti (cezai şartı ödenecekti). Bu durumda zorunlu şart teorisi uygulandığı zaman, satıcının malları geç tesliminin zararın meydana gelmesine sebebiyet vermediği kabul edilmelidir.⁴¹⁷

Bu sonucun adil olup olmadığı tartışmalı hususlardandır. Öncelikle başka testlere de değinmek yerinde olacaktır. Örneğin; “*yeterlilik*” testine göre bu sebeplerden biri zararın meydana gelmesi için yeterli ise, bu durumda sebep ile zarar arasında bir ilişkiden bahsedilebilecektir. Bu testi örneğimize uyguladığımız zaman satıcının sorumluluğu gündeme gelecektir. Zira malların gecikmesi, zararın meydana gelmesi için tek başına yeterli olacaktır. Bir diğer teste göre ise, sebebin zararın oluşmasında “önemli bir faktör” olması yeterli olacaktır. Keza, örnekte mahkeme bu testi kullanmış ve bu doğrultuda satıcıyı sorumlu tutmuştur.

⁴¹⁶ *Krauss v Greenbarg* 137 F. 2d 569 (1943) in Saidov, **The Law of Damages.**, s.82.

⁴¹⁷ Saidov, **The Law of Damages.**, s.82.

Şimdi esas sorumuza gelirsek, örneğimiz bakımından şart teorisi ile ulaştığımız sonuç kanaatimizce makul değildir. Örneğin şöyle bir durum düşünelim: Bir malın üretimi için bir birinden bağımsız iki maddeye ihtiyaç duyulduğunda, üretici iki ayrı satıcıdan bu malları satın almış ve her iki satıcı da yükümlülüğünü ihlal edip malları ayıplı teslim etmiştir. Bu durumda, yine şart teorisini uygularsak her iki taraf da sorumsuz olacaktır. Ve böylece alıcı, ihlaller sonucu meydana gelen zararın tazminini her iki taraftan da isteyemeyecektir.⁴¹⁸ Bu durum, ağır ve adaletsiz bir sonucun meydana gelmesine sebebiyet verecektir. Dolayısıyla, bu durumlarda zorunlu şart testi uygulanmayacak olup, “yeterlilik testi” birçok yazarca daha uygun bulunmuştur.⁴¹⁹ Ayrıca, ikinci örneğimizde alıcı “tam tazminat” talep edebilecektir. Yine varsayım üzerinden ilerlersek; düşünelim ki, alıcı ile bir satıcı arasındaki ihlale CISG hükümleri, bir diğer satıcı ile arasındaki ihlale ise sadece “zorunlu şart teorisini” öngören bir yerel hukuk sistemi uygulansın. Bu durumda “zorunlu şart teorisi” sebebiyle alıcı, ikinci satıcıdan tazminat talep edemeyecektir. Birinci satıcıdan da tam tazminat isteyemeyeceğini kabul edersek, alıcı zararını tam olarak karşılamayacaktır. Bu da yine adaletsiz bir sonucun meydana gelmesine sebebiyet verecek ve yine CISG’de yer alan tam tazminat ilkesine de aykırılık teşkil edecektir. Ancak, alıcı zararını tam olarak karşılırsa, artık diğer satıcıya başvuramayacaktır.⁴²⁰

Zorunlu şart teorisinin, adil olmayan sonuçların meydana gelmesine sebebiyet vereceği bir diğer benzer durum ise, varsayımsal alternatif nedensellik durumlarıdır. Varsayımsal alternatif nedensellik ile daha önce incelediğimiz **çoklu yeterli nedensellik** arasındaki fark şudur: İlkinde alternatif sebep varsayımsal olup, ikincisinde bütün yeterli sebepler fiilen vuku bulmuştur. İhlal eden tarafın bu fiili olmasa idi zarar meydana gelmeyecekti diyemediğimizden, şart teorisinin bu durumlarda da uygulanması mümkün olmayacaktır.

2. Zarar Gören Tarafın Zarara Katkısı/İştiraki

Özellikle sözleşmenin ihlalinden sonra, zarar gören tarafın bu zarara fiili veya ihmali ile katkıda bulunduğu durumlarda; acaba böyle bir fiil veya ihmal sebep zincirinin

⁴¹⁸ Saidov, *The Law of Damages.*, s.83.

⁴¹⁹ Saidov, *The Law of Damages.*, s.83, dp.29.

⁴²⁰ Saidov, *The Law of Damages.*, s.84.

kırılmasına neden olacak mıdır, yoksa taraflar zarara iştirakları oranında mı sorumlu olacaktır?

Örneğin; CISG çerçevesinde görülen bir davada⁴²¹ cam üreticisi, satıcıdan ayıplı aluminium hydroxide teslim almış ve muayyene yapmadan diğer materyaller ile karıştırdığından ayıplı camlar üretmiştir. Ancak, teslim edilen mallardaki ayıbın basit bir muayyene ile tespit edilebileceği ortaya çıkmıştır. Mahkeme, zararın azaltılması prensibine dayanarak alıcının tazminat talebini reddetmiş ise de, bu sonuca nedensellik bağı testine dayanarak da ulaşılabilirdi. Zira, alıcı zarara kendisi sebebiyet vermiştir.

Zarar gören tarafın eylem veya ihmalinin söz konusu olduğu durumlarda, eğer “ya hep ya hiç” mantığı ile yaklaşırsak; sözleşmeyi ihlal eden tarafı ya tam sorumlu tutacağız, ya da hiç bir sorumluluğun olmadığı sonucuna ulaşacağız. Bu tür durumlarda acaba CISG çerçevesinde nasıl bir yaklaşım kabul edilmelidir. Her ne kadar CISG bu hususta herhangi bir hüküm içermese de, bazı maddelerin yorumlanması ile aslında ya hep ya hiç kuralının Antlaşmanın ruhuna aykırı olduğunu tespit edebiliriz. Şöyle ki; öncelikle madde 74’ün mantığından, zarar görenin kendisinin sebebiyet verdiği zararlar dolayısıyla sözleşmeyi ihlal eden taraftan tazminat isteyemeyeceği çıkarılabilir. Ayrıca, Antlaşma kapsamında kabul edilen zararı azaltma yükümlülüğü de, zarar görenin bu yükümlülüğe aykırı davrandığı ölçüde tazminat talebini engellemektedir. Son olarak, her ne kadar CISG madde 80 tam olarak bu hususu düzenlemese de; kanaatimizce maddenin lafzından anlaşılacağı üzere, benzer durumlarda zarar gören kendisinin sebebiyet verdiği zararlar ölçüsünde ihlal eden taraftan tazminat talep edemeyecektir.⁴²² Netice itibarıyla zarar gören taraf, zararın kendisinin iştirak ettiği oranına tekabül eden kısmını, karşı taraftan tazminat olarak isteyemeyecektir.

⁴²¹ Almanya Köln Temyiz Mahkemesi, 21 Ağustos 1997, (Alüminyum hidroksit davası/Aluminium hydroxide case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970821g1.html> (çevrimiçi 08/04/2019).

⁴²² Madde 80: “Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz.”; Saidov, **The Law of Damages.**, s.90.

B. Öngörülebilirlik

Madde 74'ün ikinci cümlesi; tazmin edilebilir zararları, “ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği” zararlar bakımından sınırlamaktadır. Kısacası, ancak öngörülebilir zararlar CISG madde 74 çerçevesinde tazmin edilebilecektir.

Öngörülebilirlik müessesesinin temel mantığı, sözleşme ile risk altında giren tarafların o anda öngörebilecekleri riskler bakımından sorumlu tutulmalarıdır.⁴²³

Zira, olağanüstü zararların meydana gelebileceğini sözleşmenin kurulması anında öngören taraf; buna uygun olarak sorumluluğunun kısıtlanmasını isteyebilir, sözleşmeden beklediği faydayı artırabilir ya da sözleşme ilişkisine girmekten kaçınabilir. Dolayısıyla taraf sözleşme ilişkisine girmeden önce, tüm riskleri hesaplayacak ve buna göre karar verecektir. Sonuç olarak öngörülebilirlik ilkesi, aslında taraflar arasındaki bilgi akışının sağlanmasını da teşvik etmektedir.⁴²⁴

Öngörülebilirlik kavramı Fransız Hukuku kaynaklı olmakla beraber, uygulamada birçok yazar ilkenin kökenini common law menşeli *Hadley v. Baxendale* davasına dayandırmaktadır.⁴²⁵ Her hâlükârda öngörülebilirlik ilkesi, Antlaşma çerçevesinde ulusal hukuklardan bağımsız olarak uygulanmalıdır.⁴²⁶

Common law sisteminden farklı olarak madde 74'e göre, zararların sadece ihlâl eden tarafından öngörülebilir olması gerekir.⁴²⁷ Bu yaklaşımın CISG çerçevesinde kabul edilmesi isabetli olmuştur. Zira, söz konusu zararlar zarar görenin işletmesi ile ilgili

⁴²³ Lajos Vekas, “*The Foreseeability Doctrine in Contractual Damage Cases*”, *Acta Juridica Hungarica* 43, 1-2, pp. 145-174 (2002), s.159; Reinhard Zimmermann, “*Limitation of Liability for Damages in European Contract Law*”, Max Planck Institute of Comparative and International Private Law No:15/3, Edinburg University Press, s.193-224.

⁴²⁴ Ayşe Elif Ulu, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi**, Beta Basım A.Ş., Ocak 2011 İstanbul, s.109.

⁴²⁵ Öngörülebilirlik ilkesinin kökenine ilişkin detaylı inceleme için bkz. Franco Ferrari, “*Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law, Louisiana Law Review*”, Volume 53, Number 4, March 1993, s.1257-1269, <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5449&context=lalrev> (çevrimiçi 08/04/2019).

⁴²⁶ Ulu, a.g.e., s.107; Honnold, a.g.e., md.74, para.407.

⁴²⁷ Ulu, a.g.e., s.111.

olacağından, zarar gören tarafın bu zararları her daim için öngörmesi olağandır.⁴²⁸

Madde 74, öngörülebilirlik bakımından ikili bir standart getirmektedir. İhlal eden tarafın gerçekte hangi zararları öngördüğünün (sübjektif standart) ispatı, zarar gören bakımından güçlük teşkil edeceğinden, CISG çerçevesinde objektif standart da öngörülmüştür. Objektif standarda göre belirleyici olan soru, ihlal eden taraf ile aynı konumda bulunan, sözleşmenin kurulduğu andaki koşullardan haberdar olan makul bir kişinin (CISG madde 8/2) neleri öngörebileceğidir.⁴²⁹ Dolayısıyla, uygulamada daha çok objektif standart kullanılmaktadır. Ancak bu husus, sübjektif standardın tamamıyla terk edilmesi gerektiği anlamına gelmemelidir. Zira, bazı durumlarda ihlal sebebiyle olağanüstü zararların meydana gelebileceği, özel olarak ihlal eden tarafa bildirilebilir. Bu tür durumlarda sübjektif standart öncelikli olarak kullanılmalıdır.

Öngörülebilirlik testi uygulanırken bazı hususların dikkate alınması gerekir. Bunlardan biri de zarar gören tarafın bilgisidir. Zira madde 74, “o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında” diyerek; ihlal eden tarafın hem gerçek, hem de isnat edilen/varsayılan bilgisinin, meydana gelen zararların öngörülebilir olup olmadığının tespitinde dikkate alınması gerektiğini düzenlemektedir. Yine tarafların taraflar arasında tanzim edilen sözleşmenin hükümleri ve taraflar arasında uygulanan teamüller de öngörülebilirliğin tayininde dikkate alınacaktır.⁴³⁰

Tarafların sözleşme ilişkisine girmekteki niyetlerinin, amaçlarının ve bu sözleşme ilişkisinden bekledikleri menfaatlerin tespitinde öncelikli olarak taraflar arasında tanzim edilen bu sözleşme hükümlerine bakılması gerekir.⁴³¹ Yine bu bağlamda tarafın hangi riskleri üstlendiğinin belirlenmesi için de, taraflar arasındaki sözleşmeye bakılması gerektir.⁴³² Sözleşme hükümlerinin yorumu ise CISG madde 8’e göre yapılacaktır.

Objektif standart çerçevesinde, tarafın bir tacir olarak tecrübesi gereğince bilmesi gerektiği hususlar ona isnat edilecek olup,⁴³³ bu bağlamda, somut olayın hal ve şartları da dikkate alınacaktır. Peki acaba zarar gören taraf, olayın hal ve şartlarını ne

⁴²⁸ Uluşu, a.g.e., s.111.

⁴²⁹ Zeytin, a.g.e., s.300.

⁴³⁰ Uluşu, a.g.e., s.118.

⁴³¹ Uluşu, a.g.e., s.119.

⁴³² Uluşu, a.g.e., s.119.

⁴³³ Chengwei, a.g.e., s.198, para.954; Uluşu, a.g.e., s.126.

kadar dikkate alabilmektedir? Modern ticari uygulamalar, hesaplama metotları ve geniş iletişim imkânları, her türden bilgiyi her iki taraf için de elde edilebilir kılmaktadır. Dolayısıyla, artan bilgi imkânları ile beraber, artık zararların hesaplanabilirliği de kolaylaşmaktadır. Sonuç olarak ihlal eden taraf, artık ihlal halinde meydana gelebilecek zararları daha kolay hesaplayabilecek ve dolayısıyla “öngörmesi gerektiği” ibaresi artık daha fazla önem kazanacaktır.

Eğer taraflar, belirli bir ticari teamülün uygulanması hususunda anlaşmışlar veya aralarında böyle bir teamül oluşmuş ya da teamül zaten biliniyorsa, bu durumda bu tür adet ve teamüller ihlal eden tarafın gerçek bilgisinin tespiti bakımından önemli role sahip olacaktır.

Sonuç olarak, zarar gören tarafın varsayılan bilgi ve öngörüsünün tespitinde yaşanan zorluklar dikkate alındığında, yeknesaklığın sağlanması için hakem ve mahkemeler; bazı zararların öngörülebilir olduğunu, bazı bilgilerin ise ihlal eden tarafça bilindiğinin isnat edilebileceğini savunmuşlardır. Örneğin ticari malların bir tacire satılması hallerinde, açıkça bir bildirim gerek olmaksızın, bu malların yeniden satılacak olmaları olgusunun bilindiği kabul edilebilir.⁴³⁴ Pazarda yaşanan olağan fiyat değişiklikleri ticari hayatın bir parçası olduğundan, bu oynamaların bilindiği ve öngörülebilir olduğu kabul edilmelidir.⁴³⁵ Yine, zararların azaltılması yükümlülüğü çerçevesinde yapılan masrafların da öngörülebilir olduğu kabul edilmektedir.⁴³⁶

Dolaylı zararlar, sözleşmeye aykırılığın doğrudan ve derhal meydana gelmeyen sonuçlarıdır.⁴³⁷ Dolaylı zararlardan dolayı meydana gelecek zararlardan ihlal eden tarafın sorumlu tutulabilmesi için bu zararlar ile ilgili olarak ihlal eden tarafın bilgilendirilmesi gerekir. Uygulamada en çok rastlanan dolaylı zararlar; mahrum kalınan kar, 3.kişilere karşı doğan sorumluluktan kaynaklanan zararlar, ticari itibar kaybı nedeniyle meydana gelen zararlar ve ayıplı mal teslimi nedeniyle alıcının uğradığı malvarlığı zararlarıdır.⁴³⁸

⁴³⁴ Ulusu, a.g.e., s.163; Avusturya Yüksek Mahkemesi, 6 Şubat 1996 (propan dava//sı/propane case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html> (çevrimiçi 08/04/2019).

⁴³⁵ Almanya Hamm İstinaf Mahkemesi, 23 Mart 1978, (brass poles case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/780323g1.html> (çevrimiçi 08/04/2019).

⁴³⁶ Zeytin, a.g.e., s.306; Zimmermann, a.g.e., s.219.

⁴³⁷ Ulusu, a.g.e., s.155.

⁴³⁸ Ulusu, a.g.e., s.157.

Yukarıda da bahsedildiği üzere, ticari malların bir tacire satılması hallerinde, açıkça bir bildirim gerek olmaksızın, bu malların yeniden satılacak olmaları olgusunun bilindiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla malın geç veya ayıplı teslim edilmesi sebebiyle alıcının bu malları müşterilerine satamamasından kaynaklanan mahrum kalınan kâr zararları, satıcı açısından öngörülebilir nitelikte olacaktır.⁴³⁹

Satıcının ayıplı mal teslim etmesi sebebiyle alıcı, müşterilerine malları zamanında teslim edememesi veya ayıplı olarak teslim etmesi sebebiyle tazminat veya cezai şart ödemek zorunda kalmış ise, bu zararların da öngörülebilir olduğu kabul edilmektedir.⁴⁴⁰ Bunun için alıcının tacir olduğunun bilinmesi yeterli olup, ayrıca bir beyanın yapılmasına gerek yoktur. Ancak, eğer alıcı üçüncü kişilere karşı olağanın dışında bazı taahhütler vermiş ise, artık bu taahhütlerin satıcıya bildirilmesi gerekir. Örneğin; CISG çerçevesinde görülen bir davada⁴⁴¹ mahkeme, satıcının ayıplı mal teslim etmesi sebebiyle, alıcının kendi müşterisine bu ayıplardan dolayı tazminat ödemesi neticesinde meydana gelen zararların öngörülebilir nitelikte olduğu kanaatine varmıştır. Stockholm Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi tarafından görülen bir davada⁴⁴², satıcının ayıplı mal teslim etmesi sebebiyle alıcının uğradığı zararların tazmin edilmesine karar vermiştir. Bu bağlamda mahkeme, müşterisinin ayıplı malı geri göndermesi neticesinde alıcının katlanmış olduğu depo, muhafaza ve taşıma masraflarının öngörülebilir nitelikte olduğuna karar vermiştir.

Ticari itibar kaybı hallerinde ise, daha dar bir yaklaşım kabul edilmektedir. Şöyle ki, ticari itibarın sarsılması sonucunda meydana gelen müşteri kaybı ile ilgili olarak zararların satıcıdan istenebilmesi için, ihlal halinde bu tür zararların meydana gelebileceği ihtimalinin açıkça satıcıya bildirilmesi gerektiği ağırlıklı olarak savunulmaktadır.⁴⁴³ Ancak kanaatimizce, bu tür durumlarda, en azından alıcının görünür bir şekilde hassas bir pazarda faaliyet gösteren bir distribütör olması halinde,

⁴³⁹ Ulusu, a.g.e., s.163.

⁴⁴⁰ Zeytin, a.g.e., s.303.

⁴⁴¹ Köln Temyiz Mahkemesi, 21 Mayıs 1996, (ikinci el araba davası /used car case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html> (çevrimiçi 04/08/2019).

⁴⁴² Stockholm Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi, 1998, (steel bar case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980107s5.html> (çevrimiçi 04/08/2019).

⁴⁴³ Magnus: Wiener UN-Kaufrecht (CISG), in: Staudingers Kommentar zum BGB, Art.74 in Vekas, a.g.e., s.16.

artık ticari itibar kaybı sebebiyle meydana gelen zararların öngörülebilir nitelikte olduğu kabul edilmelidir.^{444, 445}

Baskın görüş esas alındığında, ayıplı mal teslimi sebebiyle zarar gören tarafın diğer mallarında meydana gelen zararlar, her zaman için öngörülebilir nitelik taşıyacaktır. Meğerki, zarar gören taraf bu malları mutaat amacına aykırı olarak kullansın.⁴⁴⁶

Yukarıda verilen örneklerin her daim uygulanması gerektiğini savunmak mümkün değildir. Zira her ne kadar bu tür ön kabuller, CISG çerçevesinde yeknesak uygulamanın sağlanmasına hizmet etmekte ise de, bazı durumlarda haksız sonuçların meydana gelmesine sebebiyet verecektir. Dolayısıyla, her zaman için öncelikli olarak olayın hal ve şartlarına dikkat edilmesi gerekir. Ve özel bazı durumlar söz konusu olursa, artık yukarıda belirtilen kalıp çözümlere başvurulamamalıdır.

Yine, malların tabiatı da meydana gelen zararların öngörülebilir olup olmadığı hususunun tespiti bakımından önemli olabilmektedir. CISG çerçevesinde görülen bir davada mahkeme; malların sezonluk kıyafet olması hasebiyle malların tesliminde gecikmesi sonucunda satıcının, alıcının söz konusu malları daha aşağı bir fiyattan satmak zorunda kalacağını ve neticede zararların meydana geleceğini öngörmesinin kendisinden beklenilebileceğini vurgulamıştır.⁴⁴⁷

Öngörülebilirlik tespitinde, zarar gören tarafın bilgisinden başka ticari teamüller de dikkate alınabilir.⁴⁴⁸ Yani, bir takım ticari teamüllere göre bazı zararlar öngörülebilir olarak değerlendirilebilir. Bazı hukuk sistemlerinde, tarafın kastı ve ihmali de öngörülebilirliğin tespitinde nazara alınmaktadır. Örneğin PECL madde 9:503'e göre, ihlal eden tarafın kasten hareket ettiği veya ağır ihmalinin söz konusu olduğu durumlarda, artık zararların öngörülebilir olup olmadığına bakılmayacaktır.⁴⁴⁹ Ancak, bu tür bir kural CISG çerçevesinde benimsenmemiştir. Bu özelliği ile CISG,

⁴⁴⁴ Schwenzer in Schelchtreim, Schwenzer, a.g.e., md.74, para.56.

⁴⁴⁵ İsviçre Yüksek Mahkemesi, 28 Ekim 1998, (et davası/meat case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html> (çevrimiçi 08/04/2019); aksine müşteri kaybı ve ticari itibarın sarsılması hallerinde meydana gelen zararların öngörülebilir olmadığına dair kararlar için bkz. CIETAC Tahkim yargılaması, 31 Ocak 2000 (elbiseler davası/clothes case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000131c1.html> (çevrimiçi 08/04/2019).

⁴⁴⁶ Schwenzer in Schelchtreim, Schwenzer, a.g.e., md.74, para.57; Zeytin, a.g.e., s.303.

⁴⁴⁷ İCC Tahkim yargılaması, Ocak 1997 (kıyafet davası/clothes case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978786i1.html> (çevrimiçi 08/04/2019).

⁴⁴⁸ Saidov, **The Law of Damages.**, s.111.

⁴⁴⁹ Ulusu, a.g.e., s.107.

aynı zamanda kaynak olan *Code civil* madde 1150'den de farklılaşmaktadır. Zira madde 1150, kasti ihlal durumlarında öngörülebilirlik kuralının uygulanmayacağını düzenlemektedir.⁴⁵⁰ Ancak yine belirtmek gerekir ki, uygulamada bazı yazarlar bu kuralın CISG çerçevesinde de uygulanabileceğini savunmaktadırlar.⁴⁵¹ Ancak kanaatimizce böyle bir yaklaşımın kabulü madde metnin lafzı ile uygun olmayacaktır.⁴⁵²

1. Neyin Öngörülmesi Gerektiği Meselesi

Genel olarak kabul edildiği üzere, madde 74 çerçevesinde zararın türünün ve genel boyutunun öngörülmesi gerekir. Zira, zararın boyutunun öngörülebilmesi için, zararın türünün de zaten birçok durumda öngörülmesi gerekecektir. Şöyle ki, zararın parasal boyutunun tespiti için öncelikle zararın türünün anlaşılması gerekir.⁴⁵³

Zararın genel boyutunun öngörülebilmesinin gerekip gerekmediği hususunda, CISG çerçevesinde çelişkili kararlar mevcuttur. Örneğin bir davada⁴⁵⁴ mahkeme, CISG çerçevesinde zararın boyutunun öngörülmesinin gerekmediği kanaatine varmış ve bu nedenle alıcının müşterilerine ödediği yüksek cezai şart miktarını tazminat olarak istenebileceğini savunmuştur. Kısaca mahkeme, cezai şartın ödeneceğinin öngörülmesinin yeterli olacağını, ayrıca miktarın öngörülmesinin CISG çerçevesinde aranamayacağını belirtmiştir. Ancak bu kararın aksine, zararın kapsamının öngörülmesi gerektiğine ilişkin kararlara da rastlamak mümkündür. Yine CISG çerçevesinde görülen bir davada⁴⁵⁵ mahkeme; her ne kadar alıcının malları yeniden satarak kâr elde edeceğinin satıcı tarafından öngörülmesi mümkün ise de, kâr marjının asıl sözleşme bedelinden %100 fazla olacağını öngörülmesinin mümkün olmadığı kanaatine varmıştır. Ancak her hâlükârda mahkeme, tüm tazminat talebini reddetmemiş ve olayın hal ve şartları dikkate alındığında, %20 oranında kâr marjının

⁴⁵⁰ Vekas, a.g.e., s.160.

⁴⁵¹ Enderlein, Maskow, a.g.e., Madde 74, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html#art74> (çevrimiçi 08/04/2019).

⁴⁵² Uluşu, a.g.e., s.108.

⁴⁵³ Saidov, *The Law of Damages*, s.115.

⁴⁵⁴ ICAC Case 97/2004, 23 Aralık 2004, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041223r1.html> (çevrimiçi 08/04/2019).

⁴⁵⁵ CIETAC Tahkim yargılaması, 3 Haziran 2003, (kıyafet davası/clothes case). <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030603c1.html> (çevrimiçi 23/04/19).

öngörülebilir nitelikte olması sebebiyle, bu oranda tazminatın ödenmesi gerektiğine karar vermiştir.

Sonuç olarak, CISG çerçevesinde zararın tahmini boyutunun da öngörülmesi gerektiği, kanaatimizce de kabul edilmelidir. Zira genel olarak bir tacir, ticari ilişkiye girmeden önce risk analizi yaparken; sadece ne tür zararların gerçekleşeceğini değil, oluşması muhtemel zararın boyutunu da dikkate alacaktır. Yine madde 74'ün lafzından da, zararların boyutunun öngörülmesi gerektiğinin anlaşılması mümkündür.⁴⁵⁶ Madde, tazminat miktarı öngörülebilir “zararları aşamaz” dediğine göre, burada bir sınırdan bahsedildiği aşıkardır.⁴⁵⁷ Ancak, son olarak belirtmek gerekir ki, ihlal eden tarafın zararın tüm parasal karşılığına ilişkin öngörüle bulunmuş olmasına gerek yoktur.⁴⁵⁸ CISG çerçevesinde görülen bir davada⁴⁵⁹ mahkeme, madde 74 çerçevesinde zararların kesin ve detaylı olarak öngörülmesine gerek olmadığını belirtmiştir.

Ayıplı mal teslim edildiği durumlarda, mallardaki ayıp bakımından öngörülebilirlik kuralının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Zira, kanaatimizce de mallardaki ayıp, satıcı bakımından her zaman için öngörülmesi gereken hususlardandır. Ancak, bu ayıplı ifanın sebebiyet verdiği zararların boyutu bakımından ise, öngörülebilirlik kuralının uygulanması gerekeceğini düşünmekteyiz. Doktrinde mevcut bazı görüşlere göre, ayıplı ifa durumlarında öngörülebilirlik kuralı uygulanmamalıdır. Buna sebep olarak ise, mallardaki gizli ayıp durumlarında sözleşmenin gerek kurulması, gerek ise de yerine getirilmesi anında bu ayıpların bilinmemesinin söz konusu olamayacağı gösterilmektedir. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Yukarda da bahsedildiği üzere, ihlalin kasten veya ağır ihmalle yapıldığı durumlarda bile, öngörülebilirlik kuralı CISG çerçevesinde uygulanacaktır. Buradan yola çıkarak, sözleşmenin kurulması anında mallardaki ayıpların bilinmesine rağmen, bu ayıplı malların meydana getireceği zararların boyutunun öngörülememesi mümkün olabilir. İşte bu olağanüstü zararlar, artık öngörülebilirlik kuralı çerçevesinde istenemeyecektir.

⁴⁵⁶ Saidov, *The Law of Damages*, s.117.

⁴⁵⁷ Saidov, *The Law of Damages*, s.117.

⁴⁵⁸ Singh, Zeller, a.g.e., s.226.

⁴⁵⁹ Avusturya Temyiz Mahkemesi, 14 Ocak 2002, (soğutma sistemi davası/cooling system case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html> (çevrimiçi 23/04/19).

2. Hangi Anın Dikkate Alınması Gerektiği Meselesi

Zararların öngörülebilmesi bakımından dikkate alınacak an, CISG'e göre sözleşmenin kurulduğu andır.⁴⁶⁰ Dolayısıyla, sözleşmenin ihlal edilmesinden önce olsa bile, bu tarihten sonra zararların belirgin hale gelmesi, öngörülebilirlik kuralı bakımından dikkate alınmayacaktır. Ancak, bazı hallerde daha ileriki bir tarih öngörülebilirlik bakımından dikkate alınabilir. Keza Saidov'a göre; sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşme şartlarında bazı değişiklikler yapılması hususunda tarafların anlaşması halinde, öngörülebilirlik bakımından artık sözleşmenin kurulması anı dikkate alınmayacaktır.⁴⁶¹ Örneğin; tarafların asıl sözleşmenin kurulmasının ardından, teslim tarihini yeniden müzakere etmek istemeleri halinde satıcı, alıcının geç teslim sebebiyle üçüncü kişilere yüksek cezai şart miktarı ödemek zorunda kalacağını öğrenmişse, artık zararın meydana gelmesi durumunda yeniden müzakerelerin yapıldığı tarihin öngörülebilirlik bakımından dikkate alınması uygun olacaktır. Madde 74'de yer alan ve sözleşmenin kurulması anına yapılan atıf, bu sonucun meydana gelmesine engel teşkil etmeyecektir. Zira, tarafların sözleşmenin bazı şartlarının değiştirilmesi hususunda anlaşmaları, bir nevi tarafların zımni olarak, öngörülebilirlik bakımından sözleşmenin kurulması anının dikkate alınacağını düzenleyen kuraldan caymaları şeklinde yorumlanmalıdır.⁴⁶²

3. İspat Külfeti

İspat yükümlülüğünün hangi taraf üzerinde olduğu, bu konu bakımından en tartışmalı olan meselelerdendir. Ancak, ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere ispat yükümlülüğü zarar gören taraf üzerindedir. Yani zarar gören taraf, ihlal eden tarafın söz konusu zararları sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğünü, ya da o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiğini ispat etmelidir. Ayrıca tazminat hakkının kullanılabilmesi için, öngörülebilirliğin bir nevi ön şart olarak nitelendirilmesi mümkün olduğundan, bu ön

⁴⁶⁰ Sözleşmenin kurulma anının nasıl tespit edileceğine ilişkin detaylı analiz için bkz. Ulu, a.g.e., s.134-136.

⁴⁶¹ Saidov, *The Law of Damages*, s.120.

⁴⁶² Saidov, *The Law of Damages*, s.120; Yazara göre özellikle malların bedelinin, miktarının ve teslim tarihinin ileriki bir zaman diliminde kararlaştırılacağı uzun vadeli sözleşmeler bakımından da genel kuraldan farklı bir yaklaşım söz konusu olacaktır.

şartın haktan yararlanacak olan zarar gören tarafça ispat edilmesi gerektiği savunulmaktadır.

Ayrıca ihlal sonucu meydana gelen zararın maddi boyutunun öngörülebilir olmadığı durumlarda, ihlal eden taraf en azından bu tutarın öngörülebilir olan kısmından sorumlu tutulmalıdır. Aksinin kabulü, kanaatimizce dürüstlük kuralına aykırıl teşkil edecek ve adil olmayan sonuçların meydana gelmesine sebebiyet verecektir.

C.Zararı Azaltma Külfeti

1.Genel olarak

CISG madde 77'ye göre; *“sözleşmenin ihlâlîne 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.”*

Bu ilke dürüstlük kuralının bir görünümüdür.⁴⁶³ Sözleşmeye bağlı kalan taraf, öylece oturup diğer tarafın sözleşmeyi ihlal etmesini bekleyemeyecek olup, zararın azaltılmasında ve hatta önlenmesi hususlarında aktif rol almalıdır. Diğer bir anlatımla, sözleşmenin ifa edilmemesinde veya ifa etmeme sonucu meydana gelen zararlar bakımından herhangi bir şekilde sorumlu olmayan taraf, makul ölçüler alması durumunda önleyebileceği zararlar bakımından tazminat hakkını kaybedecektir.

2. Kapsamı

Zararın azaltması gerekliliği bir külfettir.⁴⁶⁴ Bu külfetin yerine getirilmemesi sonucunda zarar gören taraf, ancak makul önlem alarak engelleyebileceği fakat engellemediği zararlar bakımından tazminat hakkını kaybedecektir. Yani bu külfete aykırı davranan zarar gören taraf, tamamıyla tazminat hakkını kaybetmemektedir.

3.Makul Önlemler

Zarar gören taraf, ihlalden doğan zararı azaltmak için, koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Dolayısıyla, bu madde çerçevesinde

⁴⁶³ Atamer, a.g.e, s.438; Baysal, a.g.e., s.367; Huber, Mullis, s.289; Schwenzer in Schlechtriem/Schwenzer, md.77, para.1; Saidov, **The Law of Damages**, s.128

⁴⁶⁴ Knapp in Bianca, Bonell, md.77, para.2.10; Saidov, **The Law of Damages**, s.130; Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, md.77, para.2.

zarar gören taraftan zararın azaltılması bakımından olağanüstü bir çaba beklenmemelidir. Hangi önlemlerin makul sayılacağı, her bir olayın hal ve şartlarına bakılarak tespit edilecektir.⁴⁶⁵ Özellikle taraflar arasında yerleşmiş olan alışkanlıklar ve uluslararası ticari teamüller, bu bakımdan dikkate alınması gereken hususlardır.⁴⁶⁶ Genel olarak ise, bir önlemin makul olup olmayacağının tespitinde; zarar gören taraf ile aynı konumdaki makul bir üçüncü kişinin, aynı koşullarda dürüstlük kuralı uyarınca gerçekleştireceği eylem referans noktası olarak kullanılacaktır.⁴⁶⁷ Yine, dürüstlük kuralı da yapılan önlemin makul sayılıp sayılmadığı tespitinde kullanılmalı ve buna göre de zarar gören taraf, daha az masraflı önlemleri tercih etmeli ve karşı tarafın menfaatini de nazara almalıdır.

Her ne kadar, zararın azaltılması yükümlülüğü çerçevesinde bütün hallerin sayılması mümkün değilse de, en çok rastlanan durumların belirtilmesi, konunun genel olarak anlaşılması için faydalı olacaktır. Zarar gören tarafın ikame işlem yapması veya bazı durumlarda sözleşmenin iptal edilmesi, zararın azaltılması yükümlülüğü çerçevesinde değerlendirilebilir.⁴⁶⁸ Satıcının malları teslim etmemesi üzerine alıcı, ikame işlem yaparak malları başka bir kişiden satın almalıdır.⁴⁶⁹ Yine aynı şekilde satıcı da, alıcının malları teslim almaması üzerine malları başka bir kişiye satmalıdır. Bu tür durumlarda ikame işlem yapmayan taraf, zararın azaltılması yükümlülüğüne aykırı davranmış olacaktır. Ancak, yapılan ikame işlemin de madde 77 bağlamında makul olması gerekir.⁴⁷⁰ Ayrıca, zararın azaltılması külfeti çerçevesinde zarar gören taraftan beklenen, meydana gelen zararların tamamıyla kaldırılması şeklinde algılanmamalıdır; sadece zararın makul olduğu ölçüde doğduğu şekilde kalması sağlanmalıdır.⁴⁷¹

Ayıplı malların teslim edilmesi hallerinde, zararın azaltılması yükümlülüğü gereğince alıcı tarafından birçok önlemin alınması söz konusu olabilir. Öncelikle,

⁴⁶⁵ Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.304.

⁴⁶⁶ Schwenzer in Schelchtrien, Schwenzer, a.g.e., md.77 para.7.

⁴⁶⁷ Baysal, a.g.e., s.304; Schwenzer in Schelchtrien, Schwenzer, a.g.e., md.77 para.7.

⁴⁶⁸ Chengwei, a.g.e., s.211, para.1009.

⁴⁶⁹ Baysal, a.g.e., s.367.

⁴⁷⁰ İkame işlemin hangi şartlarda makul sayılacağına ilişkin daha önce yapılmış olan açıklamalar bu başlık için de geçerlidir. (madde 75).

⁴⁷¹ Baysal, a.g.e., s.305.

malların yeniden satılmak için mi, yoksa alıcının kendi istifadesi için mi alındığı tespit edilmelidir.⁴⁷² Eğer, mallardaki ayıbın giderilmesi ile malların planlandığı üzere yeniden satılması veya istifadesi mümkün ise, ayıbın onarılması madde 77 çerçevesinde makul bir önlem olarak değerlendirilir.⁴⁷³ Tabi ki onarım bedelinin makul olması şartı ile. Bazı durumlarda ise, malların onarılması mümkün olmadığından, malların daha düşük bedelden satılması da zararın azaltılması külfeti çerçevesinde değerlendirilir.⁴⁷⁴ Özellikle, mallardaki ayıbın ağır olduğu durumlarda alıcı, zararın azaltılması külfeti gereğince yine ikame işlem yapmak zorunda da kalabilir.⁴⁷⁵

CISG çerçevesinde görülen bir davada mahkeme⁴⁷⁶, alıcının müşterisi ile yapmış olduğu sözleşmede belirlenen teslim tarihinin ertelenmesine ve fahiş olan cezai şartın indirilmesine ilişkin herhangi bir teklif öne sürmemesini, zararın azaltılması yükümlülüğüne aykırılık olarak ele almıştır. Kanaatimizce, zararın azaltılması külfetinin bu kadar geniş ele alınması, müessesenin taraflar arasındaki dengenin sağlanması amacına aykırı olacaktır.⁴⁷⁷ Ancak bazı durumlarda, istisnai olarak alıcının bu tür müzakerelere başvurması beklenebilir. Örnek olarak, alt alıcının uzun vadeli ticari ilişkinin devam ettirilebilmesi için, sözleşme şartlarını değiştirmekte gönüllü olduğu durumlar gösterilebilir.⁴⁷⁸

Diğer taraftan zararın azaltılması yükümlülüğü, aynı zamanda zararın kaynağını da teşkil edebilir. Zira zarar gören taraf, bu yükümlülüğe uygun davranarak bazı masraflara katlanmış olabilir. Örneğin; depo masrafı, tamirat masrafı, komisyon ücreti vs. Bu husus hem UPİCC madde 7.4.8, hem de PECL madde 9:502’de ayrıca düzenlenmiştir. CISG’de benzer bir hüküm yer almasa da, makul olması şartıyla

⁴⁷² Saidov, **The Law of Damages.**, s.140.

⁴⁷³ İCC Tahkim yargılaması, Case No. 8740, Ekim 1996 (Rusya kömür davası/Russian coal case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968740i1.html> (çevrimiçi 08/04/2019).

⁴⁷⁴ CİETAC Tahkim yargılaması, 29 Mart 1999, (flanj davası/flange case), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990329c1.html> (çevrimiçi 08/04/2019).

⁴⁷⁵ Hof vab Hoger Beroep, Belgium, Gent, 10.05.2004, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1131> (çevrimiçi 08/04/2019).

⁴⁷⁶ İCAC Tahkim yargılaması, Case 97/2004, 23 Aralık 2004, <http://CISGW3.law.pace.edu/cases/041223r1.html> (çevrimiçi 08/04/2019).

⁴⁷⁷ Saidov, **The Law of Damages.**, s.142; Schwenzer in Schelchtrien, Schwenzer, md.77, para.8; “Zararı artırmama külfetini amacı aşan bir yorumla sözleşmeye aykırılıktan zarar gören kişi aleyhine bir yük haline getirmemek gerekir.”, Baysal, a.g.e., s.306.

⁴⁷⁸ Saidov, **The Law of Damages.**, s.143.

zararın azaltılması için yapılan masraflar, ihlal eden taraftan istenebilecektir.⁴⁷⁹ Eğer, alınan önlemlerin makul olmasına rağmen zararlar artmışsa, masraflar yine de ihlal eden taraftan istenebilecektir.⁴⁸⁰

4. Özel Bazı Hususlar

Sözleşmenin öncelenmiş ihlali durumlarında, alıcının madde 77 çerçevesinde ifa tarihini beklemeksizin sözleşmeden dönme külfeti altında olup olmadığı, tartışmalı hususlardandır. Bazı yazarlara göre, alıcının derhal sözleşmeden dönmesi gerektiği, aksi halde tazminat miktarının madde 77 uyarınca sınırlandırılacağı kanaatindedirler.⁴⁸¹ Bazı yazarlar ise, bu tür durumlarda alıcının sözleşmeyi ifaya zorlanamayacağını savunmaktadırlar.⁴⁸² Yani bu tür bir genel kuralın kabul edilmesi, alıcının aynen ifa talep etme hakkına da aykırı düşecektir. Ancak, alıcının spekülasyon nedenlerle sözleşmeden dönmediği durumlarda, artık madde 77 uygulama alanı bulacaktır.

Genel olarak kabul edildiği üzere, zarar gören taraf, makul önlemler alarak engelleyebileceği zarar miktarını, tazminat olarak isteyemeyecektir. Ancak Koziol, bu tür bir yaklaşımın kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadır. Şöyle ki yazara göre, ortada herhangi bir sebep olmamasına rağmen, bu yaklaşım, sözleşmeyi ihlal eden taraf ile zarara katlanan tarafa farklı muamele uygulamaktadır. Antlaşma, sözleşmenin ihlali bakımından kusura dayanmamaktadır. Bu nedenle, ihlal eden taraf kusurundan bağımsız olarak sorumlu tutuluyorsa, zarar gören tarafın da ihmali ile sebep olduğu zararların hepsinden sorumlu tutulması adil görülebilir.⁴⁸³ Ancak yazar, haklı olarak bütün durumlarda ihlal eden tarafın kusursuz olmadığını hatırlatmakta ve bu durumlarda haksız sonuçların meydana geleceğini yinelemektedir. Örneğin satıcı, malları teslim etme yükümlülüğüne kusurlu olarak aykırı davranmıştır. Eğer, olayda alıcı da ihmaliyle ikame mal satımı yapmamışsa, bu durumda alıcının bütün zarardan sorumlu olması adaletli olmayacaktır. Sonuçta,

⁴⁷⁹ Baysal, a.g.e., s.369.

⁴⁸⁰ Huber/Mullis, a.e., s.291.

⁴⁸¹ Knapp in Bianca/Bonell, Art.77 para. 3.13.

⁴⁸² Honnold, a.g.e., md.77, para. 419.1-419.2.

⁴⁸³ Helmut Koziol, "Reduction in Damages According to Article 77 CISG", 25 Journal of Law and Commerce (2005-06), 385-391, s.390, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/koziol.html> (çevrimiçi 23/04/19).

alıcıya malları temin edeceğinin garantisini veren ve bu bağlamda gerekli işlemleri yapma yükümlülüğü altında olan satıcıdır. Satıcının kasten davrandığı durumlarda olayın adaletsizliği daha da belirginleşmektedir. Dolayısıyla yazara göre; zarar gören taraf, kaçınılabılır zararların tamamından, ancak ihlal eden tarafın kusursuz olduğu ve zarar gören tarafın ihmalen zararların azaltılması yükümlülüğüne aykırı davrandığı durumlarda sorumlu tutulabilir. Diğer durumlar bakımından ise, müşterek kusur kuralı uygulanmalı ve kaçınılabılır zarar bakımından da taraflar arasında zarar paylaşımı yapılmalıdır.⁴⁸⁴ Bu görüşün kabul edilmesi kanaatimizce birçok açıdan mümkün değildir. Öncelikle madde 77’in lafzı çok açık olup, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılacağı belirtilmektedir. Üstelik bu görüş, CISG çerçevesinde kabul edilmeyen “kusur” müessesesine dayanmaktadır. Ayrıca önerilen hesaplama yönteminin, uygulamada karışıklıklara sebebiyet vereceği de aşıkardır.

Zararın azaltılması külfetine aykırı davranılması halinde, bu meselenin ihlal eden tarafın iddiası üzerine mi, yoksa re’sen mahkeme veya hakemler tarafından mı araştırılacağı tartışmalı olan hususlardandır. Her ne kadar 77.maddenin ikinci cümlesi açıkça, ihlal eden tarafın zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını “*isteyebileceği*”ni düzenlese de, doktrinde bu hususun re’sen mahkemeler tarafından dikkate alınması gerektiğini savunanlar da mevcuttur.⁴⁸⁵

5.İspat Külfeti

CISG çerçevesinde görülen davalarda ve genel olarak doktrinde de kabul edildiği üzere, zararın azaltılması külfetine aykırı davranıldığıının ispatı, ihlal eden taraf üzerindedir.⁴⁸⁶ Yani satıcı, alıcının zararın azaltılması külfetine aykırı davrandığını ispat etmelidir. Eğer alıcı, zararı azaltmak için bazı önlemler almışsa, bu sefer satıcı alınan önlemlerin makul olmadığını ve hangi önlemlerin olayın hal ve şartları dikkate alındığında makul sayılabileceğini ispat etmelidir.⁴⁸⁷

⁴⁸⁴ Aynı yönde bir karar için bkz. İCAC 24.01.2000, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000124r1.html> (çevrimiçi 23/04/19).

⁴⁸⁵ Baysal, a.g.e., s.368; Huber, Mullis, a.g.e., s.292; Schwenzer in Schelchtrien, Schwenzer, a.g.e., md.77, para.12.

⁴⁸⁶ Baysal, a.g.e., s.325; Huber, Mullis, a.g.e., s.292; Schwenzer in Schelchtrien, Schwenzer, a.g.e., md.77 para.13; Saidov, **The Law of Damages**, s.147.

⁴⁸⁷ Saidov, **The Law of Damages**, s. 147.

D.Sorumluluktan Kurtulma

Bu başlıkta CISG madde 79 ve 80'den bahsedilecek olup, her iki madde de sorumluluktan kurtulma hallerini düzenlemektedir. Ancak, madde 80 çerçevesinde zarar gören taraf tüm hukuki imkânları kaybetmekte iken, madde 79'un kapsamı sadece tazminat talepleri ile sınırlıdır.

1. Madde 79 Uyarınca Muafiyet

Madde 79'a göre; *“ taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz.”*

Madde 79'da, engelin tarafın denetimi dışında kaldığı durumlarda sorumluluktan kurtulacağı belirtilmektedir. Herhangi bir olayı ele aldığımızda; tarafın denetimi dışında kalan bir engel, aynı zamanda madde 74 çerçevesinde taraf için öngörülebilir olmayacağından, aslında madde 79'un rolünü madde 74 karşılayacaktır. Ancak, öngörülebilirlik kuralı aslında “engelin” kendisi ile değil de sonuçları ile ilgili olduğundan, bu iki maddenin aynı fonksiyonu yerine getirmediği de pekala savunulabilir.⁴⁸⁸

Maddede kullanılan *“yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin”* ifadesinin geniş olması sebebiyle; ifanın hiç yapılmadığı veya kısmi olarak yapıldığı durumlar ve gecikmiş veya ayıplı ifa halleri de bu madde kapsamında değerlendirilebilir.⁴⁸⁹

a. Satıcının Denetimi Dışında Kalan Bir Engel

Satıcının denetimi dışında kalan objektif durumlar, 79.madde çerçevesinde engel olarak değerlendirilebilir. Bir engelin satıcının denetimi dışında kalıp kalmadığının tespiti için, öncelikle risk analizleri değerlendirilmelidir.⁴⁹⁰ Yani, engelin oluşması

⁴⁸⁸ Yasutoshi Ishida, “CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of Contract Through Interpretation of Reasonableness – Full of Sound and Fury, but Signifying Something”, Pace International Law Review, Volume 30, Issue 2 Spring 2008, Article 3, 331-382, s.340; Schlechtreim'in aksi yönde görüşü için bkz. Ishida, a.e., s.340.

⁴⁸⁹ Denis Tallon in Bianca, Bonell, a.g.e, md.79, para.2.4.1.

⁴⁹⁰ Huber, Mullis, a.g.e., s.259.

riskinin satıcının mı, yoksa alıcının mı denetim alanında olduğu öncelikle tespit edilmelidir.

Satıcının denetim alanı oldukça geniş olduğundan, madde 79'dan faydalanması çok nadir hallerde söz konusu olacaktır. Satıcının ifa için gerekli olan ve kendisinin sorumlu olduğu prosedürler ile hazırlık, organizasyon ve tamamlama çalışmaları dolayısıyla meydana gelen engeller, CISG madde 79 kapsamında değerlendirilemez. Özellikle, finansal sorunlar nedeniyle malların temin edilemediği veya imalat için gerekli olan materyallerin temin edilemediği durumlarda, satıcının sorumluluğu devam etmektedir. İmalat için gerekli organizasyon, satıcının enerji kaynakları, işçilerin donanımı vs. gibi hususlar da satıcının denetim alanındadır.

Ayıplı mal teslim edilmesi halleri de kural olarak madde 79 çerçevesinde değerlendirilebilir. Yani, satıcının denetimi dışında kalan bir olay ayıplı malların teslim edilmesine sebebiyet vermiş ise, madde 79 çerçevesinde kural olarak satıcının sorumsuzluğundan bahsedilmesi mümkündür.⁴⁹¹ Bu sonuca madde 79'un lafzından varılabilir. Zira madde 79 "yükümlülüklerinden biri" ifadesini kullanmakta ve herhangi bir istisnaya da yer vermemektedir.⁴⁹² Ancak, yine bu durumlar da istisna olarak kabul edilecek ve satıcı sözleşmeye aykırı mal tesliminden dolayı genel olarak sorumlu olacaktır. Bu mallar ister satıcı tarafından üretilsin, isterse de başka bir tedarikçiden temin edilmiş olsun sonuç değişmeyecektir. Satıcının aracı olduğu ve mallardaki ayıbın, denetlenmesi halinde bile tespit edilemeyecek cinsten gizli ayıplar olduğu durumlarda, satıcının sorumlu tutulmamasını savunan görüş⁴⁹³ kanaatimizce kabul edilmemelidir. Zira madde 79, sadece ihlal eden tarafın denetimi dışında kalan durumlar bakımından uygulama alanı bulacaktır. Oysa mallardaki ayıbın mevcut olup olmaması, her zaman için satıcının denetim alanındadır. Bu mesele ile ilgili doktrinde bazı tartışmalar söz konusudur.

Doktrinde Stoll/Gruber, satıcının aracı olduğu durumlarda ve malları uygun şekilde denetlemesi hallerinde bile fark edemeyeceği gizli ayıplardan sorumlu

⁴⁹¹ Schlechtriem, Butler, a.g.e., s.204; Schwenzer in Schelchtriem, Schwenzer, a.g.e., md.79, para.28; Tallon in Bianca, Bonell, a.g.e., md.79, para.2.4.2.1.

⁴⁹² CISG-AC Opinion No.7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, Rapporteur: Prof. Alejandro M. Garro, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html> (çevrimiçi 23/04/19).

⁴⁹³ Stoll, Gruber on Schelchtriem, Schwenzer Almanca basısının 4. basısı Md.79, para.40.

tutulamayacağını savunmuştur.⁴⁹⁴ Aslında, söz konusu durumda satıcının kusurunun bulunmaması, bu görüşün dayanağını teşkil etmektedir. Ancak, “kusur” müessesesi CISG çerçevesinde kabul edilmemiştir. Dolayısıyla bu duruma dikkat çeken Honnold; satıcının güvenilir tedarikçiden malları temin etmesi ve malların direkt alıcıya teslim edilmesi sebebiyle, makul olarak malları muayene etme fırsatına sahip olmadığından, satıcının madde 79 çerçevesinde sorumluluktan kurtulacağı görüşünü reddetmektedir. Honnold, ayıplı ifa hallerinde madde 79’un uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır.⁴⁹⁵ Yine Schwenzer de, Stoll/Gruber tarafından benimsenen görüşün kabul edilmesinin madde 79’un mantığıyla çelişeceğini savunmaktadır.⁴⁹⁶

Bir davada; üzüm yetiştirmekte ve satmakta olan alıcı, toprağı biçme aşamasında toprağın kurumaması ve enfeksiyonlardan korunması için, Alman satıcıdan vaks satın almıştır. Satıcı ise, bu vaksı FW GmbH ‘den temin etmiştir. Vaksın üreticisi ise S Werke şirkettir. Sonrasında vaksın ayıplı olması sebebiyle alıcı, bu ayıptan dolayı meydana gelen zararlarının tazmini talep etmiş; satıcı ise, aracı olduğundan ve hasarın denetimi dışında meydana geldiğinden, madde 79’a göre herhangi bir sorumluluğunun söz konusu olmayacağını iddia ederek bu talebe itiraz etmiştir. Mahkeme, mevcut olay çerçevesinde madde 79’un uygulanıp uygulanmayacağına bakmaksızın, satıcıyı sorumlu tutmuştur. Ayrıca mahkeme; madde 79’un uygulanması halinde bile, vaksın ayıplı olması durumunun satıcının denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklanmadığı sebebiyle, başka bir sonuca ulaşamayacağını belirtmiştir.⁴⁹⁷ Fletchner’in belirttiği üzere, aslında mahkemenin bu yaklaşımı, CISG çerçevesinde yeknesak uygulamanın temin edilmesi bakımından önemlidir.⁴⁹⁸ Buna göre, teorik de olsa⁴⁹⁹ ayıplı ifa halleri madde 79 çerçevesinde değerlendirilebilir. Ancak, malları tedarik eden üçüncü kişinin sözleşmeye uygun şekilde malları teslim

⁴⁹⁴ Stoll, Gruber in Schelchtriem, Schwenzer Almanca basısının 4.basısı Md.79, para.40.

⁴⁹⁵ Honnold, a.g.e., s.477-480.

⁴⁹⁶ Schwenzer in Schelchtriem, Schwenzer, a.g.e., md.79, para.29

⁴⁹⁷ Benzer bir karar için bkz. Almanya Temyiz Mahkemesi (BGH), 9 Ocak 2002, (süt tozu davası/powdered milk case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html> (çevrimiçi 23/04/19).

⁴⁹⁸ Harry Fletchner, “Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods” (bundan sonra *Article 79 of the CISG* diye anılacaktır), 19 Pace Int’l L. Rev.29 (2007), s.29-51, <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1058&context=pilr> (çevrimiçi 23/04/19).

⁴⁹⁹ CISG-AC, Op 7 Garro.

edip etmeyeceği riski, gerekli önlemlerin alınıp alınmadığından bağımsız olarak satıcı üzerindedir.⁵⁰⁰

b. Engelin Öngörülemez Olması

Engelin öngörülebilir olup olmadığının tespiti bakımından referans noktası, sözleşmeyi ihlal eden (satıcının) taraf ile aynı konumdaki makul bir kişi olmalıdır.⁵⁰¹ Ancak, burada sadece sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen engeller değil, sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olan, fakat satıcı tarafından bilinmeyen engeller de madde 79 kapsamında değerlendirilecektir.⁵⁰²

c. Engelin ve Sonuçlarının Kaçınılmazlığı

Engel ve sonuçlarının kaçınılmaz ve aynı zamanda aşılamaz olması gerekir. İhlal eden tarafın engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceği durumlarda, madde 79 gündeme gelecektir. Bu bağlamda, engelin sonuçlarının aşılamaz olup olmadığının tespiti bakımından katı kurallar uygulanmalıdır.⁵⁰³ Yani örneğin, engelin sonuçlarının aşılması için satıcının önemli mali yükümlülük altına girmesi gerekse dahi, satıcının söz konusu engeli aşması beklenenecektir.⁵⁰⁴

d. İlliyet bağı

Son olarak ise, meydana gelen engel ile ifa etmeme durumu arasına illiyet bağının mevcut olması gerekir. Örneğin, satıcının ifayı reddettikten sonra deposunun yandığını düşünelim. Burada ifanın yerine getirilmemesine sebebiyet veren, yangın değil ifanın reddedilmesidir. Ancak, bazı durumlarda illiyet bağının tespiti pek kolay olmamaktadır. Birçok sebebin beraber iştirak ettiği haller, bu duruma örnek gösterilebilir. (engel ile beraber tarafların eylem veya ihmallerinin söz konusu olması) Nedensellik bağı ile ilgili bu tür problemlerin söz konusu olduğu durumlarda, mesele hakemlerin değerlendirilmesi ile çözülecektir. Burada hangi teori kabul edilirse edilsin, dikkat edilmesi gereken şey, sorumsuzluğa yol açan

⁵⁰⁰ Harry Flechtner, *Article 79 of the CISG*, s.41.

⁵⁰¹ Tallon in Bianca, Bonell, a.g.e., md.79, para.2.6.3.

⁵⁰² Tallon in Bianca, Bonell, a.e., md.79, para.2.6.3.

⁵⁰³ Schwenzer in Schelchtriem, Schwenzer, a.g.e., md.79, para.14.

⁵⁰⁴ Schwenzer in Schelchtriem, Schwenzer, a.e., md.79, para.14.

engelin ifa etmemeye münhasıran sebebiyet vermesidir.⁵⁰⁵ Örneğin; sözleşmeye uygun bir şekilde paketlenmemiş olan malların, daha sonra meydana gelen ve öngörülebilmesi ve kaçınılması mümkün olmayan bir kaza sonucu zarar gördüğü bir olayda, satıcı zararlardan sorumlu olmaya devam edecektir.⁵⁰⁶ Benzer bir şekilde; teslimatın gecikmesinin ardından, ifa imkânsız hale gelmişse ve eğer teslimat vaktinde yapılmış olsaydı, engelin böyle bir etkisi olmayacaktı diyebiliyorsak, satıcı sorumluluktan kurtulamayacaktır.⁵⁰⁷

e. Engel

Madde 79 çerçevesinde, engel olarak nitelendirilebilecek tüm olayları tek tek saymak mümkün olmasa da, bazı durumlara özellikle değinmek gerekir. Olağanüstü haller (force majeure) ve mücbir sebeplerin söz konusu olduğu durumlarda, ihlal eden tarafın ifada bulunmasına ilişkin engel bunlardan kaynaklanması şartıyla sorumsuzluğu gündeme getirecektir. Yine, devlet müdahaleleri de (fait du prince) genellikle tarafların denetimi dışında kaldığından, madde 79 çerçevesinde engel olarak değerlendirilebilir. Ancak, burada da her bir olayın hal ve şartlarına bakılması gerekir. Örneğin; eğer sözleşmenin kurulması anında satıcı, mallar için ihracat ruhsatının verilmeyeceğini öngörebiliyorsa, artık engel sebebiyle sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Yine, grevin söz konusu olduğu durumlarda, satıcının sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği tartışmalıdır. Tabi ki, eğer grevin satıcı tarafından kaçınılabilir olduğu söylenebilirse, satıcının sorumluluğunun ortadan kalktığı savunulamayacaktır. Yok eğer grev politik nedenlerle meydana gelmiş, ülke geneline yayılmış ve sözleşmenin kurulması sırasında da öngörülmesi mümkün değilse, artık satıcının sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Aynı açıklamalar, meydana gelen savaşlar bakımından da geçerlidir. Kısacası grev ve savaş durumlarında, madde 79 çerçevesinde sorumsuzluk, ancak yukarıda açıklanan tüm şartların karşılanması ile mümkün olmaktadır.⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ Tallon in Bianca, Bonell, a.g.e., md.79, para.2.6.6.

⁵⁰⁶ Tallon in Bianca, Bonell, a.e., md.79, para.2.6.6.

⁵⁰⁷ Schwenzer in Schelchtriem, Schwenzer, a.g.e., md.79, para.15.

⁵⁰⁸ Tallon in Bianca, Bonell, a.g.e., md.79, para. 2.6.7.

Ekonomik açıdan ifa güçlüğü durumlarında, ne ölçüye kadar tarafların ifa yükümlülüğünden kurtulacağı, CISG'in hazırlık aşamasında tartışmalı olan konulardandı. Ancak günümüzdeki hâkim görüş, ekonomik imkânsızlıkların da madde 79 çerçevesinde ifa yükümlülüğünden kurtulma sebebi olarak değerlendirilebilmesi yönündedir. Yine de, ekonomik engel dolayısıyla ihlal eden tarafın yükümlülükten kurtulması, istisnai durumlarda kabul edilmelidir.⁵⁰⁹

f. Üçüncü Kişilerin Eylemlerinden Kaynaklanan Sorumluluk

Üçüncü kişilerin eylemlerinden satıcının ne ölçüde sorumlu tutulacağı, madde 79/2'de düzenlenmiştir. Buna göre, satıcının yükümlülüklerini ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, satıcının sorumluluktan kurtulması ancak; (a) madde 79/1 uyarınca sorumluluktan kurtulmuş olduğu ve (b) görevlendirilmiş olduğu kişiye yine madde 79/1 hükmünün uygulanması durumunda görevlendirilen kişinin de sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde mümkün olacaktır.

Aslında kural olarak satıcı, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden sorumludur. Yani bu bağlamda, satıcı ile üçüncü kişi arasındaki ilişki dikkate alınmamaktadır.

Madde 79 çerçevesinde, görevlendirilen üçüncü kişilerin kimler olduğu tespit edilmemiştir. Genel olarak kabul edildiği üzere, satıcıya malları tedarik eden kişilerin madde 79 bağlamında üçüncü kişi niteliğinde olamayacağıdır.⁵¹⁰ Zira madde 79, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirilen kişilerden bahsetmektedir. Oysa tedarikçi, sözleşmenin ifa edilmesine herhangi bir şekilde iştirak etmemektedir.⁵¹¹ Hükmün kaleme alınma süreci de dikkate alındığında, ancak bağımsız ve borçlunun organizasyon alanı dışındaki kişilerin, madde 79 bağlamında

⁵⁰⁹ Schlechtriem, Butler, a.g.e., s.204.

⁵¹⁰ CISG-AC, Op 7 Garro nt. 14-25; Bianca/Bonell, a.e., Art.79, para.2.7.1.

⁵¹¹ Dionysios P. Flambouras, "The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus, in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principle of European Contract Law: A Comparative Analysis", 13 Pace Int'l L. Rev. 261, 2001, s.261-293, <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1212&context=pilr> (çevrimiçi 23/04/19) ; Chengwei, a.e., s.278, para.1304; benzer görüş için bkz. Huber, Mullis, a.g.e., s.264.

üçüncü kişi olarak kabul edilmesi gerekir.⁵¹² Bu nedenle, satıcının işçileri de satıcıya bağlı olduklarından, madde 79/2 kapsamında değerlendirilemez.⁵¹³

Satıcının malların taşınmasını üstlendiği sözleşmelerde, bu taşımayı bağımsız bir üçüncü kişiye yaptırması hallerinde de madde 79/2 gündeme gelmektedir. Zira, bu hallerde üçüncü kişi hem satıcıdan bağımsız olup, hem de ifanın kısmen de olsa yerine getirilmesinde iştirak etmektedir. Keza, satıcının malların kurulması için üçüncü bir kişiyi görevlendirdiği durumlar da madde 79/2 bağlamında değerlendirilebilir.

g. Geçici İfa Engelleri

Madde 79/3'e göre, bu maddede öngörülen sorumluluktan kurtulma, engelin var olduğu dönem için geçerlidir. Geçici engel mevcut olduğu süre boyunca, satıcı ifa etmemeden dolayı sorumlu olmaya devam edecektir.⁵¹⁴ (79/5) Yani, engelin geçici olduğu durumlarda satıcı, gecikmiş ifa dolayısıyla doğan zararın tazmininden kurtulacak; ancak bu engel ifayı tamamen ve kalıcı bir şekilde engelliyorsa, borçlu ifa etmemeden doğan zararı tazminden tamamen kurtulmuş olacaktır.⁵¹⁵

h. Alıcıyı Bilgilendirme Görevi

79.maddenin beşinci fıkrasına göre ifa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bildirim, ifa engelinin bilindiği veya bilinmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içerisinde karşı tarafa ulaşmalıdır. Bildirimin ulaşmamasından kaynaklanacak zararlar bakımından, ifa etmeyen taraf sorumlu olacaktır.

79/4 çerçevesinde bildirim yükümlülüğüne aykırılık, birinci fıkra kapsamında sorumluluktan kurtulma olanağını etkilemez.⁵¹⁶ Bildirim yükümlülüğü, ancak engelin

⁵¹² Flambouras, a.e.; Chengwei, a.g.e., s.279, para.1305; Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md.79, para.34.

⁵¹³ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.e., md.79, para.34; Huber, Mullis, a.g.e., s.264.

⁵¹⁴ Flambouras, a.e.; Chengwei, a.g.e., s.281, para.1310.

⁵¹⁵ Yeşim Atamer, "Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıneti Ne Olur? / The Effect of an Exemption to Pay Damages according to Art.79 CISG on other Remedies of the Obligee", Yaşar Üniversitesi, E-Dergisi, Vol.8 Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e armağan C.1, s.487-509.

⁵¹⁶ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.g.e., md.79, para.47.

meydana geleceğinin kesin olduğu durumlarda söz konusu olacaktır. Yani, engelin aşılmasının halen mümkün olduğu durumlarda bildirimin yapılması gerekmez.⁵¹⁷

Son olarak belirtmek gerekir ki; eğer satıcı taraf, madde 79/1 anlamında bir engelin alıcıya bildirimde bulunmasını veya bu bildirimi süresinde yapmasını engellediğini kanıtlarsa, artık bildirimin yapılmaması veya süresinde yapılmaması sebebiyle meydana gelen zararlardan sorumlu olmayacaktır.⁵¹⁸

i. Hukuki Sonuç⁵¹⁹

Madde 79 çerçevesinde sorumluluktan kurtulan satıcı, beşinci fıkraya göre sadece tazminat yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Dolayısıyla alıcı diğer haklarını kullanabilecektir⁵²⁰ (sözleşmeyi ortadan kaldırma, aynen ifa talebi, bedelde indirim vs.). Ayrıca, borçlunun (satıcının) ifada bulunması sadece kısmen engellenmiş ise, borçlu yalnızca o kısım bakımından tazminat ödeme borcundan kurtulur.⁵²¹

CISG madde 79 çerçevesinde düzenlenen sorumluluktan kurtulma halleri ile madde 74’de düzenlenen öngörülebilirlik sınırlandırılmasını birbiri ile karıştırmamak gerekir. Şöyle ki, sözleşmenin ihlal edilmesini ardından ilk önce madde 79 çerçevesinde sorumluluktan kurtulma hallerinin mevcut olup olmadığı tespit edilmelidir. Eğer bu haller mevcut ise artık tazminat bakımından sorumluluk gündeme gelmemektedir. Yok eğer CISG madde 79 çerçevesinde sayılan sorumluluktan kurtulma hallerinden hiçbirisi mevcut değilse, bu sefer CISG madde 74 bağlamında zararın öngörülebilir olup olmadığı tespit edilecektir.⁵²²

2. Madde 80 Uyarınca Sorumluluktan Kurtulma

Bir taraf (alıcı), diğer tarafın (satıcı) yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz.⁵²³ Söz konusu düzenlemenin kaynağı dürüstlük kuralıdır.⁵²⁴ Zira,

⁵¹⁷Tallon in Bianca, Bonell, a.g.e., md. 79, para.2.8.

⁵¹⁸Tallon in Bianca, Bonell, a.g.e., md. 79, para.2.8; Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.e., md.79, para. 48.

⁵¹⁹ Alacklının diğer taleplerinin akıbeti için bkz. Atamer a.g.e.; Tallon in Bianca, Bonell, a.e., md. 79, para. 2.9-2.10.4.

⁵²⁰ Uluşu, a.g.e., s.100.

⁵²¹ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.e., md .79, para.49; Tallon in Bianca, Bonell, a.e., md. 79, para.2.10.3.

⁵²² Uluşu, a.g.e., s.101.

⁵²³ CISG madde 80.

gerçekten de kendi eylemleri ile karşı tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine sebebiyet veren tarafın, bu ifa etmeme olgusuna dayanması dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.

Madde 79 ile beraber “Sorumluluktan Kurtulma” başlığı altında düzenlenseler de; madde 79, sadece tazminat yükümlülüğüne ilişkin iken, madde 80 alacaklının diğer tüm çözüm yollarına başvurma hakkını kaybedeceğini düzenlemektedir.

Madde 80’e göre, satıcının borçtan kurtulabilmesi için, alıcının ifa etmemeye eylem veya eylemsizliği ile sebebiyet vermesi gerekir. Bu bakımdan, alıcının kusurunun olup olmadığının herhangi bir önemi yoktur.⁵²⁵ Örnek vermek gerekirse: Malların üretilmesi aşamasında alıcının yanlış talimatlar vermesi sonucu malların ayıplı olması hali, alıcının işbirliği yapma yükümlülüğüne aykırı davranması halleri vs.

Bu madde çerçevesinde, özellikle her iki tarafın da ifa etmemeye sebep olduğu durumlarda, hukuki sonuçların nasıl ele alınacağı tartışmalı konulardandır. Örneğin, alıcının hatalı talimatları ve satıcının uygunsuz üretim süreci sonucunda malların ayıplı olarak meydana gelmesi durumunda, tarafların sorumluluğunun nasıl belirleneceği tartışmalıdır. Madde 80’nin bu tür durumlarda uygulanacağı aşıkardır. Zira, madde metninde açıkça “*kaynaklandığı ölçüde*” ibaresi kullanılmakta ve bu da zarar gören tarafın belirli bir oranda ifa etmemeye sebebiyet verdiği durumlarda bile, bu ölçüde haklarını kullanamayacağı anlamına gelmektedir. Alacaklının; tazminat, indirim veya faiz gibi parasal talepleri, kendisinin sebebe katkısı oranında indirilecektir.⁵²⁶ Sebebe katkı oranı tespit edilirken, tarafların kusur derecesinin dikkate alınıp alınamayacağı da bir diğer tartışmalı konulardandır. Ancak, daha önce de belirtildiği üzere, “kusur” müessesesi CISG çerçevesinde kabul edilmediğinden, madde 80 çerçevesinde de dikkate alınmaması gerektiği kanaatindeyiz.⁵²⁷ Sözleşmenin ortadan kaldırılması ve aynen ifayı talep hakkı birbiri ile bağdaştırılamayacak niteliktedir. Bu nedenle bazı yazarlar, ancak oransal olarak sebebe katkısının alacaklıdan fazla olması hallerinde, borçlunun sözleşmeyi ortadan

⁵²⁴ Huber, Mullis, a.g.e., s.265.

⁵²⁵ Schwenzer in Schlechtriem, Schwenzer, a.e., Md.80, para.3; Baysal, a.g.e., s.371

⁵²⁶ Detaylı analiz için bkz. Thomas Neumann, Shared Responsibility under Article 80 CISG, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/neumann1.html> (çevrimiçi 23/04/19).

⁵²⁷ Tallon in Bianca, Bonell, a.g.e., Md.80, para.2.5; aksi yönde görüş için bkz. Schwenzer in Schlechtriem/Schwenzer, a.g.e., Md.80, para. 9.

kaldırma hakkına sahip olacağını savunmaktadırlar.⁵²⁸ Ancak, sebebe katkı oranının matematiksel kesinlikle tespit edilmesi mümkün olmayacağından, rastgele kararların ortaya çıkması muhtemel olacaktır.⁵²⁹ Bu problem ile ilgili Schwenzer'in görüşlerine de değinmek gerekir. Yazara göre, ihlal eden tarafa (borçluya) sözleşmenin ihlalindeki sorumluluğu oranına denk miktarda ödeme yapmayı kabul ettiği sürece, bu karar (sözleşmenin ortadan kaldırılması veya aynen ifa talebi) zarar gören tarafa bırakılmalıdır.⁵³⁰ Örneğin, alıcı ve satıcının sebebe katkı oranlarının sırası ile üçte iki ve üçte bir olduğunu düşünelim. Bu halde alıcı, ilave üretim maliyetinin 2/3'ü oranında tazminat ödemeyi kabul ederse, aynen ifayı talep edebilecektir. Yine aynı oranda tazminat ödeyerek, sözleşmenin ortadan kaldırılmasını da talep edebilir.⁵³¹

Son olarak belirtmek gerekir ki, zarar gören tarafın ifa etmemeye tek başına veya belirli bir oranda sebebiyet verdiği hususu, ihlal eden tarafından ispat edilmelidir.⁵³²

⁵²⁸ Stoll, Gruber in Schelchtrien, Schwenzer Almanca basısının 4.bası Md.80, para.10

⁵²⁹ Schwenzer in Schelchtrien, Schwenzer, a.g.e., md.80, para.9

⁵³⁰ Schwenzer in Schelchtrien, Schwenzer, a.g.e., md.80, para.9

⁵³¹ Schwenzer in Schelchtrien, Schwenzer, a.g.e., md.80, para.9

⁵³² Schwenzer in Schelchtrien, Schwenzer, a.g.e., md.80, para.11

SONUÇ

Vienna Satım Sözleşmesi, milletlerarası mal satımına ilişkin kurallar ihtiva etmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere 89 ülkenin taraf olduğu bu Antlaşma, milletlerarası ticaret hukuku ile ilgili olarak tanzim edilen en başarılı belgelerden biri olarak kabul edilmektedir. Özellikle doktrinde Antlaşmanın her bir maddesinin derinlemesine incelenmesi ve bu yazılı eserlere ulaşımın oldukça kolay olması, yine aynı şekilde Antlaşma çerçevesinde verilen mahkeme kararlarının bazı platformlarda yayınlanması, CISG’de yer alan bazı muallak hususların açıklığa kavuşturulmasına ve dolayısıyla Antlaşmanın temel amaçlarından olan yeknesak uygulamanın sağlanmasına hizmet etmektedir. Ayrıca belirtilen bu iki husus, CISG’in uygulanması sonucu meydana gelecek sonuçların öngörülebilir olmasını da sağladığından, artık tacirler milletlerarası satımlarda Antlaşma hükümlerini tercih etmektedirler.

Antlaşma çerçevesinde ayıp kavramına yer verilmemiştir. Bunun yerine “malın sözleşmeye uygun olmaması” şeklinde bir terim kullanılmıştır. Buna göre, tarafların anlaştıkları ile satıcı tarafından teslim edilen mallar arasındaki herhangi bir farklılık, sözleşmeye uygun olmayan ifa anlamına gelecektir. Bu kavram, sadece malların kalitesindeki farklılıklar ile ilgili olmayıp; miktara ilişkin farklılıkları, *aliud* ifa hallerini ve paketlemeye ilişkin ayıpları da kapsamaktadır. Malların hangi hallerde sözleşmeye uygun olacağı, Antlaşmanın 35.maddesinde düzenlenmiştir. Madde 35/1, öncelikle malların taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olmasını aramaktadır. Maddenin ikinci fıkrası ise zımni uygunluk hallerini düzenlemektedir. Yani, taraflar arasında malların durumuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı hallerde; madde 35/2, malların sözleşmeye uygun olarak nitelendirilebilmesi için bazı şartları karşılaması gerektiğini düzenlemektedir. Buna göre teslim edilen mallar; aynı türden malların mutad olarak tahsis edildiği kullanım amacına, özel kullanım amacına, sunulan örnek veya modele uygun olmalı ve uygun bir şekilde paketlenmelidir. Son olarak maddenin üçüncü fıkrası ise, satıcının sorumluluğunun gündeme gelmeyeceği durumları düzenlemektedir. Buna göre, alıcının sözleşmenin kurulması anında mallardaki ayıpları bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı durumlarda, satıcı bu uygunsuzluklar dolayısıyla sorumlu tutulamayacaktır.

Alıcının mallardaki ayıba dayanabilmesi için, bu ayıpları satıcıya bildirmiş olması gerekmektedir. Bu bildirimin yapılabilmesi için ise, öncelikle mallardaki ayıpların tespit edilmesi gerekir. CISG madde 38 de, bu bakımdan alıcını koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde malları muayene etmek veya ettirmek zorunda olduğunu düzenlemektedir. Akabinde ise, hangi durumlarda bu muayenenin ertelenebileceği belirtilmektedir. Madde 39, bildirimin mallardaki ayıpların saptandığı veya saptanması gerektiği andan itibaren makul bir süre ve şekilde satıcıya bildirilmesi gerektiğine yer vermektedir. İkinci fıkraya göre ise, her hâlükârda bu süre, malların fiilen teslim edildiği tarihten itibaren iki yılı aşamayacaktır.

Madde 39 çerçevesinde ayıp ihbarında bulunmayan alıcı, madde 45'e göre sahip olduğu tüm hakları kaybetmektedir: Tazminat talebi (madde 45/1(b) ve 74-77), aynen ifa talebi (madde 46), sözleşmenin iptal edilmesi (madde 49) ve bedel indirimi (madde 50). Ancak, bildirim yükümlülüğünün istisnaları da madde 40 ve 44'de düzenlenmektedir. Eğer, sözleşmeye aykırılık satıcı tarafından biliniyor ise veya bilinmemesi mümkün değilse, satıcı artık bildiği bir şey için ilaveten bildirim talep edemeyecektir. Diğer istisna ise, alıcının bildirim yapmama konusunda makul bir özrünün bulunduğu durumlardır. Buna göre, eğer alıcı bildirim yapmama konusunda makul bir özrünün olduğunu ispat edebilirse, semende indirim yapma veya yoksun kalınan kâr dışındaki diğer zararlarının tazminini isteyebilecektir.

Alıcı ayıplı mal teslimi dolayısıyla uğradığı zararları, CISG çerçevesinde tazmin ettirebilir. Antlaşmanın 74.maddesi tazminat hakkını düzenlemektedir. Bu maddeye göre, sözleşmenin ihlali halinde ödenecek tazminat, mahrum kalının kâr dahil olmak üzere ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşit olacaktır. Ayrıca 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. Bu madde çerçevesinde kabul edilen “tam tazminat” ilkesi, maddenin yorumunda dikkate alınmalıdır. “Tam tazminat” ilkesine göre, tazminat miktarı zarar gören tarafın zararlarına eşit olmalıdır. Dolayısıyla, zarar gören tarafın ihlal dolayısıyla elde ettiği kârlar da tazminat hesabında dikkate alınmalıdır. CISG çerçevesinde hangi zararların tazmin

edileceği tek tek açıklanmamıştır. Ancak hem doktrindeki eserlere, hem de mahkeme kararlarına bakıldığı zaman, bazı zararların özellikle belirtilmesi gerekir: Ayıp sebebiyle meydana gelen değer kaybı, ihlal sebebiyle katlanılan masraflar, ticari itibarın sarsılması neticesinde meydana gelen zararlar, işlem hacmi zararları vs. Ayrıca, mahrum kalınan karların da tazmin edilebilir zararlardan olduğu madde 74 açıkça belirtilmiştir.

Madde 74'e göre, zarar gören tarafın ihlal sebebiyle meydana gelen zararlarının parasal karşılığı tazminat olarak istenebilecektir. Dolayısıyla bir diğer önemli konu da zararların hesaplanmasıdır. Madde 75 ve 76, sözleşmenin ortadan kaldırılması hallerinde uygulanacak iki hesaplama yöntemi belirlemiştir. Bunlardan ilki somut hesaplama metodudur. Bu metoda göre, sözleşmenin iptal edilmesinin ardından zarar gören taraf ikame işlem yapmış ise, iptal edilen sözleşme bedeli ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı talep edebilecektir. Madde 76 ise soyut hesaplama metodunu öngörmektedir. Ancak, soyut yöntem sadece somut hesaplama metodunun uygulanamadığı durumlarda mümkün olmaktadır. Sözleşmenin iptal edilmesinin ardından ikame işlemin yapılmadığı veya yapılan ikame işlemin makul olmadığı haller, somut metodun uygulanmasının mümkün olmadığı durumlara misal olarak gösterilebilir. Soyut hesaplama metoduna göre, ortadan kaldırılan sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki cari fiyat arasındaki fark tazminat olarak istenebilir. Ancak, bu metotlar sadece sözleşmenin ortadan kaldırıldığı hallerde uygulanabilmektedir. Sözleşmenin iptal edilmediği hallerde zararların nasıl hesaplanacağı Antlaşmada öngörülmemiştir. Her ne kadar, madde 74 çerçevesinde kabul edilen "tam tazminat" ilkesi esas alınarak bir hesaplama yapmak mümkün ise de spesifik olarak bir yöntem belirtilmemektedir. Bu tür durumlarda, her bir olayın hal ve şartlarına bakılarak uygun bir hesaplama yapılabilir. Örneğin, alıcının ayıp sebebiyle malları daha düşük bir fiyattan satması hallerinde, indirilen bu kâr marjı tazminat miktarının hesabında dikkate alınabilir. Veya iyileştirme için yapılan masraflar da bazen zarar gören tarafın zararlarını yansıtabilmektedir.

Ayıplı ifa dolayısıyla satıcının tazminat hakkı sınırsız değildir. Zira, CISG çerçevesinde tazminat hakkı bazı kriterler ile sınırlandırılmıştır. Öncelikle madde 74'de belirtildiği üzere, zararlar sözleşmenin ihlali sebebiyle meydana gelmelidir.

Yani, ihlal ile zarar arasında nedensellik bağının mevcut olması gerekir. Akabinde madde 74, tazminatın ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararları aşamayacağını düzenlemektedir. “Öngörülebilirlik” olarak bilinen bu kurala göre hem zararın kendisinin, hem de zararın boyutunun öngörülmesi gerekir. Ayıplı mal teslim edildiği durumlarda ise, mallardaki ayıp bakımından öngörülebilirlik kuralının uygulanması söz konusu olmayacaktır. Zira, kanaatimizce mallardaki ayıp, satıcı bakımından her zaman için öngörülmesi gereken hususlardandır. Ancak, bu ayıplı ifanın sebebiyet verdiği zararların boyutu bakımından ise öngörülebilirlik kuralının uygulanması gerekecektir. Antlaşmanın 77. maddesine göre ise, zarar gören taraf, ihlal dolayısıyla meydana gelen zararların azaltılması için makul önlemler almalıdır. Her ne kadar bu yükümlülüğe aykırılık, tazminat hakkının tamamıyla kaybına neden olmayacak ise de, azaltılabilecek zararlar bakımından artık tazminat istenemeyecektir.

Son olarak ise, madde 79 ve 80 sorumluluktan kurtulma hallerini düzenlemektedir. Madde 80 çerçevesinde zarar gören taraf, tüm hukuki imkânları kaybetmekte iken, madde 79’un kapsamı sadece tazminat talepleri ile sınırlıdır. Madde 79’a göre, satıcının yükümlülüğünü yerine getirmemesine kendisinin denetimi dışında kalan bir engel sebep olmuşsa ve madde çerçevesinde belirtilen diğer şartlar da mevcutsa, artık satıcı ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Madde 80’e göre ise, bir taraf diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz.

Antlaşma çerçevesinde bazı meselelere açıkça yer verilmemiş olsa da, bunların zımni olarak düzenlendiği kabul edilmektedir. (örneğin ispat yükümlülüğü) Bu zımni düzenlemeler yorumlanırken, özellikle Antlaşma çerçevesinde kabul edilen genel prensipler dikkate alınmalıdır. (makullük, yeknesak uygulanmasının teşviki amacı, tam tazminat ilkesi vs.) Bu tür boşlukların doldurulması için doğrudan genel kurallar ihdas etmek yerine, her bir olayın hal ve şartlarına bakılmak suretiyle çözüme gidilmesi daha doğru olacaktır. Bu tür bir uygulama, madde 7’de düzenlenen

Antlaşmanın yeknesak uygulanmasının teşviki amacına da aykırılık teşkil etmeyecektir.



KAYNAKÇA

- Amir, A., 2015
The Concept of Fundamental Breach and Avoidance under CISG (PhD tezi). Londra: Brunel University School of Law.
- Atamer, Y., 2005
Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul: Beta Basım A.Ş.
- Atamer, Y., 2013
Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıneti Ne Olur. **Yaşar Üniversitesi, E-Dergisi, Vol.8, Özel Sayı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e armağan**, 487-509.
- Başar, M. O., 2018
Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Edilmesi Yükümlülüğü ve bu Yükümlülüğün İhlalinde Ötrü Alıcının Hakları, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş.
- Baysal, B., 2012
Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul: On İki Levha Yayıncılık A.Ş.
- Bianca, C., Bonell, M., 1987
Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention, Milan: Giuffrè.
- Çetiner, B., 2009
Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.1 LXVII, S.1-2, 98-104.

- Chengwei, L., 2019 Remedies for Non-Performance – Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL, CISG Database, Pace Institute of International Commercial Law.
- CISG Advisory Council Opinion No. 6, 2006 Calculation of Damages under CISG Article 74, rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA.
- CISG Advisory Council Opinion No. 7, 2007 Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, rapporteur: Prof. Alejandro M. Garro.
- Dayınlarlı, K., 2003 Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensipleri. **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Volume 23, Issue 1-2, 203-250.
- 2008 “UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods”.
- DiMatteo, L., Dhooge, L., Greene, S., Maurer, V., Pagnattaro, M., 2005 **International Sales Law, A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**, Cambridge: Cambridge University Press.
- DiPalma, M., 1999 Nachfrist under National Law, the CISG, and the UNIDROIT and European Principles – A Comparison, **Kluwer**, Vol. 5, No. 1, s.28-38.
- Eiselen, S., 2005 Unresolved Damages Issues of the CISG: A Comparative Analysis, **Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, Vol.38 No.1, 32-46.
- Eiselen, S., 2005-2006 Proving The Quantum of Damages, **Journal Of Law and Commerce**, Vol.25:375, 375-383.

- Enderlein, F., Maskow, D., 1992 **International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for Sale of Goods, Convention on Limitation Period in the International Sale of Goods**, Oceana Publications
- Ferrari, F., 1993 Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law, **Lousiana Law Review**, Vol.53, No.4, 1257-1269.
- Ferrari, F., 1994 Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law, **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Volume 24, 183-228.
- Ferrari, F 2000-2001 Burden of Proof under the CISG. **Kluwer Law International** (2000-2001) 1-8.
- Ferrari, F., Gillette, C., 2010 Warranties and “Lemons” under CISG Article 35/2 (a). **Internationales Handelsrecht** (1/2010) 2-17.
- Flambouras, D., 2001 The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus, in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principle of European Contract Law: A Comparative Analysis. **13 Pace Int'l L. Rev.**261, 261-293.
- Flechtner, H., 2007 Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods. **19 Pace Int'l L. Rev.** 29 , 29-51.

Flechtner, H., 2014

Decisions on Conformity of Goods. I. Schwenzer, Y. Atamer, & P. Butler, **Current Issues in the CISG and Arbitration** (s. 177-195). Hollanda: Eleven International Publishind.

Flechtner, H., 2001-2002

Recovering Attorneys' Fees under the UN Sales Convention (CISG): Role of Case Law in the New International Commercial Practice, with Comments on *Zapata Hermanos v. Hearthside Baking*, **22 Nw. J. Int'l L.&Bus.**121, 121-160.

Furmston, M., 2008

Actual Damages, Notional Damages and Loss of a Chance. D. Saidov, R. Cunningham, **Contract Damages Domestic and International Perspectives** (pp. 419-431). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Galvan, J., 1998

The CISG and its provisions on damages (MSc tezi). University of Lund.

Girsberger, D., 2005-2006

The Time Limits of Article 39, **25 Journal of Law and Commerce** , 241-251.

Gotanda, J., 2005

Awarding Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods: A Matter of Interpretation, **Georgetown Journal of International Law** (Fall 2005) 95-140.

Henschel, R., 2007

Conformity of Goods: Interpreting or Supplementing Article 35 of the CISG by Using the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principle of European Law. J. Felemegas, **An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (1980) as Uniform Sales**

Law (s. 166-174). New York: Cambridge University Press.

Herber, R., Czerwenka, B., 2015

Madde 47. P. Schlechtriem, & I. Schwenzer, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi**, İstanbul: On İki Levha.

Honnold, J., 1999

Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Lahey: Kluwer Law International.

Höttler, P., 2004

Remarks on the Damages Provisions in the CISG, Principles of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC).

Huber, P., Mullis, A., 2007

The CISG a New Textbook For Students and Practitioners, Sellier Europa Law Publisher.

Hyland, R., 1987

Conformity of Goods to the Contract under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code. Peter Schlechtriem ed., **Einheitliches Kaufrecht und nationals Obligationenrecht**, Baden-Baden: Nomos, 305-341.

ICC, 2011

Incoterms 2010 by the International Chamber of Commerce (ICC), ICC rules for the use of domestic and international trade terms, Fransa: ICC Services Publications.

Ishida Y., 2008

CISG Article 79: Exemption of Performance, and Adaptation of Contract Through Interpretation of Reasonableness – Full of Sound and Fury, but Signifying Something. **Pace International Law Review**, Vol.30,

Jafarzadeh, M., 2001

Buyer's Right to Specific Performance: A Comparative Study Under English Law, the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980, Iranian and Shi'ah Law, **Albert H. Kritzer CISG Database of the Institute of International Commercial Law** at Pace University Law School.

Jansen, S., 2014

Price Reduction under the CISG a 21st Century Prespective. **Journal of Law&Commerce**, Vol.35, No.2, 325-379.

Karollus, M., 1995

Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994, **Cornell Rev. Conv. on Contracts for the INT'l Sale of Goods**.

Kaya, Cansu, 2012

CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu, İstanbul Oniki Levha Yayıncılık, 2012.

Knapp, V., 1987

Article 74. C. Bianca, & M. Bonell, **Commentry on the International Sales Law** (s. 538-548). Milan: Giufre.

Koch, R., 1999

The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kluwer Law International, s.177-354.

Koziol, H., 2005-2006

Reduction in Damages According to Article 77 CISG, **25 Journal of Law and Commerce**, 385-391.

Kuoppala, S., 2000

Examination of the Goods under the CISG and the Finnish Sale of Goods Act, **Publication of the Faculty of Law of the University of Turku, Private**

law publication series B:53

Linne, A., 2008

Burden of Proof under Article 35 CISG. **20 Pace Int'l L. Rev.**31, 31-44.

Lookofsky, J., 2000

The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods, Article 36, Time of Conformity Determination. J. Herbots editor / R. Blanpain general editor, **International Encyclopaedia of Laws** - Contracts, Suppl. 29, 1-192.

Luca, V. D., 2015

The Conformity of Goods to the Contract in International Sales. **27 Pace Int'l L.Rev.**, 163-257.

Müller-Chen, M., 2015

Madde 46. P. Schlechtriem, & I. Schwenzer, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi**, İstanbul: On İki Levha.

Poikela, T., 2003

Conformity of Goods in the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, **Nordic Journal of Commercial Law**, issue 2003#1.

Saidov, D., 2008

Damage to Buisness Reputation and Goodwill under the Vienna Sales Convention. D. Saidov, & R. Cunnington, **Contract Damages Domestic and International Prespectives** (s. 389-419). Oxford and Portland: Hart Publishing.

Saidov, D., 2008

The Law of Damages In The International Sales of Goods: The CISG and other International Instruments. Oxford and Portland: Hart Publishing.

Saidov, D., 2014

Calculating Damages for Delivery of Non-Conforming Goods. In I.

- Schwenzer, Y. Atamer, & P. Butler, **Current Issues in the CISG and Arbitration** (s. 263-274), Hollanda: Eleven International Publishing.
- Saidov, D., 2002
- Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, **14 Pace Int'l L. Rev.** 307
- Schlechtriem , P., 1984
- The Seller's Obligations Under the United Nations Convention. M. Bender, **International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods** (s. 6-1, 6-35), Galston & Smit.
- Schlechtriem , P., Schwenzer, I., 2015
- Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi**, Ed. by Ingeborg Schwenzer/ Pınar Çağlayan Aksoy, 1.Basım, İstanbul, On İki Levha.
- Schlechtriem, P., 2007
- Non-Material Damages - Recovery under the CISG. **19 Pace Int'l L.Rev.** 89,100, 89-102.
- Schlechtriem, P., t.y.
- Calculation Of Damages İn The Event Anticipatory Breach Under The CISG, CISG Data Base.
- Schlechtriem, P., Butler, P., 2009
- UN Law on International Sales, The UN Convention on the International Sale of Goods**, Berlin: Springer.
- Schneider, E., 1995
- Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analysis of Two Decisions, **University of Pennsylvania Journal of International Business Law**, Vol16, No.4, 615-668.
- Schwenzer, I., 2007
- National Preconceptions that Endanger Uniformity. **19 Pace INT'L L. REV.**, 103-124.

- Schwenzer, I., & Fountoulakis, C., 2007 **International Sales Law**, Oxon: Routledge-Cavendish.
- Schwenzer, I., & Hachem, P., 2008 The Scope of the CISG Provisions on Damages. D. Saidov, R. Cunnington, **Contract Damages Domestic and International Perspectives** (s. 91-107), Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Secretariat Commentary, 1978 Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat, UN DOC .A/CONF.97/5.
- Singh, S., Zeller, B., 2007 CIETAC's Calculations on Lost Profits under Article 74 of the CISG. **4 Loy. U. Chi. Int'l L. Rev.** 211, 211-233.
- Stoll, H., Gruber, G., 2005 Articles 74-77. P. Schlechtriem, & I. Schwenzer, **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods**, Oxford: OUP Oxford, İngilizce 2.baskı.
- Sutton, J., 1989 Measuring Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods, **50 Ohio State Law Journal**, 737-752
- Ulus, A. E., 2011 **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi**, İstanbul: Beta Basım A.Ş.
- Vekas, L., 2002 The Foreseeability Doctrine in Contractual Damage Cases. **Acta Juridica Hungarica** 43, Nos.1-2, 145-174.
- Yelkenci, I., 2014 **CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.

- Yılmaz , M., Özkan, A., & Şahin, N., 2011 Incoterms 2000 ve 2010'nun Mukayeseli Analizi ve Türkiye Uygulamalarındaki Eksiklikler. **Journal of Yasar University** 2011 23(6) 3814-3825.
- Yılmaz, S., 2013 **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları**, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Yücedağ, N., 2018 **Sözleşmeye Aykırı Mal Tesliminde Yenisiyle Değiştirme Hakkı –TBK ve CISG Uyarınca**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A.Ş.
- Zeller, B., 2005 **Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Oceana Publications.
- Zeytin, Z., 2019 **Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-Incoterms**, Seçkin Yayınevi 3.baskı.
- Zimmermann, R., 2014 Limitation of Liability for Damages in European Contract Law, **Edinburg Law Review**, Vol.18, No.2; Max Planck Institute of Comparative and International Private Law, No:15/3, 193-224.

Elektronik Kaynaklar

www.uncitral.org

www.cisg.law.pace.edu

www.CISG-online.ch

www.unilex.info

<https://digitalcommons.pace.edu/>