

PAPER DETAILS

TITLE: CISG Uyarınca Alıcı ve Satıcının Sorumluluktan Kurtulması ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması

AUTHORS: Cansu DÖNMEZ

PAGES: 111-143

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/744412>

CISG Uyarınca Alıcı ve Satıcının Sorumluluktan Kurtulması ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması

Cansu Dönmez¹ 

Öz

Bu çalışmada, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca alıcı ve satıcının sorumluluktan kurtulması rejimi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Milletlerarası ticareti geliştirmek ve özel hukuku yeknesaklaştırmak amacıyla yürürlüğe giren bu Antlaşma, yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası taşınır mal satışları bakımından iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Her ne kadar Antlaşma ile yeknesak bir satım hukuku oluşturulmaya çalışılmış olsa da metin, Türk Borçlar Kanunundan farklı bir ifa engelleri ve sorumluluk sistematigi benimsemiştir. Buradan hareketle, CISG, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku öğretisinden farklı, her türlü borca aykırılık halini içine alan genel bir sözleşmeye aykırılık çatısı oluşturmuştur. Buna ek olarak, CISG, ifa engelleri sisteminde ise, kusura dayanmayan ve kusurdan bağımsız bir sorumluluk rejiminin esas alınmış olduğu görülmektedir. Adeta bir garanti sorumluluğunu andıran bu rejimin katlanılmaz durumların önüne geçilmesi amacıyla belli ölçüde sınırlandırılması gereksinimi, çalışmamızın da esas konusunu oluşturan, Antlaşmanın 79 ve 80. maddelerinde kendini göstermektedir. Madde 79 taraflar açısından temel bir sorumluluktan kurtulma rejimi yaratmaktadır. Alıcı ve satıcı bakımından ortak etkileri olan CISG m. 79, taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesinin denetimi dışında kalan, öngörülmez ve kaçınılmaz bir engelden kaynaklandığının ispat edilmesi halinde tazminat sorumluluğunun ortadan kalkacağını düzenlemektedir. Madde 79'un önem arz ettiği an ise edim hasarının satıcıda olduğu dönemdir. İlgili hüküm çerçevesinde tartışmalı olan ve çalışmamızda da üzerinde durulacak olan bir diğer husus ise satıcının hangi tür borca aykırılık hallerinde sorumluluktan kurtulabileceğinin hükümde açıkça ifade edilmemiş olmasıdır. Sözleşmenin hiç ifa edilmemesi veya ayıplı ifa arasındaki farklar bu kapsamda incelenecektir. Son olarak belirtmek gerekir ki, madde 79, ancak tarafların kendi aralarında sözleşmesel risk dağılımına ilişkin bir düzeleme yapmalarını halinde uygulanabilecektir. CISG m. 80'de ise borçlunun yükümlülüklerini ifa etmemesinin alacaklının bir davranışından kaynaklanması halinde, alacaklı tarafından borçlunun sözleşmeye aykırı davrandığını ileri süremeyeceği hususu düzenlenmiştir. Madde 79'dan farklı olarak, Madde 80 kapsamında borçlu yalnızca tazminat sorumluluğundan değil, bütün sorumluluklarından kurtulacaktır.

Anahtar Kelimeler

CISG • Milletlerarası mal satım sözleşmeleri hakkında birleşmiş milletler Sözleşmesi • İfa engelleri • Sözleşmeye aykırılık • Kusursuz sorumluluk • Sorumluluktan kurtulma • Denetim dışında kalan engel • Öngörülmezlik • Kaçınılmaz olmaz • İlliyyet bağı • Aşırı ifa güçlüğü • Alacaklının ifaya engel olması

The Buyer's and Seller's Exclusion from Liability Under the CISG and Its Comparison with the Turkish Law of Obligations

Abstract

This article comparatively examines the buyer's and seller's exemption from liability under the 6098 numbered Turkish Code of Obligations and The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). The Agreement has become a part of our legal system regarding the international sales of movable property containing an element of foreignness. It may be observed that the text of the Agreement has adopted a different approach towards the

¹ Sorumlu Yazar: Cansu Dönmez (Lisansüstü Öğrencisi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Türkiye.
Eposta: cansu.dnmz@gmail.com ORCID: 0000-0001-9889-9138

Atıf: Dönmez C, "CISG Uyarınca Alıcı ve Satıcının Sorumluluktan Kurtulması ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması" (2019) 39(1) PPIL 111.
<https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0075>

breach of contract and liability systematic. Therefore, CISG has created a general frame as to what constitutes a breach of contract. Additionally, CISG has adopted a liability system that is detached from the concept of negligence. In other words, it could be said that the Agreement almost presents a regime that is similar to a guaranteed liability. For this regard, the need to limit this liability regime in order to prevent unbearable situations, has led to the adoption of Articles 79 and 80. Article 79, which has similar effects for both seller and buyer, puts forward that both parties are not liable for a failure to perform any of their obligations if they prove that the failure was due to an impediment beyond their control and that they could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences. Article 79 could only be invoked during the period where the damage is on the seller. Another important yet controversial aspect which is also important in terms of our study is that Article 79 does not explicitly state the type of the breach that would lead to an exemption from the seller's liability. Therefore, the difference between the non-performance and the defective performance will be analyzed within this framework. Lastly, Article 79 could only be applicable in the event where the parties did not agree on a specific contractual risk allocation. Article 80 puts forward that a party may not rely on another party's failure to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission. Unlike Article 79, according to Article 80, the obligor will be exempt from all of his liabilities.

Keywords

CISG • The United Nations convention on contracts for the international sale of goods • Breach of contract • Failure to perform obligations • Liability without negligence • Exemption from liability • Impediment beyond control • Unforceability • Unavoidable • Causation • Hardship • Failure to perform resonating from the other parties' act

Extended Summary

Every state has different rules and regulations with regard to their commercial law and law of obligations, and such differences create a major obstacle on the development of international trade. In this regard, the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) which came into force on January 1, 1998 was accepted by 42 states, for the prevention of such problems and for the development of international trade. The Agreement has come into force in our country on August 1, 2011 and has become a part of our domestic sales law regarding the international sale of goods.

The liability and the non-performance system established under the Agreement contains major differences compared to the ones established under Turkish law. Contrary to the 6098 numbered Turkish Code of Obligations, stating different non-performance types under respective articles, the Agreement adopted a system that unifies all non-performance types under a single roof and shaped parties' liabilities accordingly. Additionally, contrary to the Turkish regulation, the liability system established under the Agreement was accepted as being based on a warranty liability and the scope of such liability has been limited by the foreseeability principle established under Art 74 with regard to damages and by the exemption from liability regime established under Arts 79 and 80. CISG has developed a general non-performance system that contains all types of breach of obligations and unified them under a single breach of contract regime.

It has been accepted that the liability regime established under the Agreement is based on a warranty liability principle. Therefore, in case of a breach of an obligation arising from the contract terms or the Agreement, it shall be subject to the legal remedies established under the agreement with no further need to establish the negligence of the defaulting party. However, this liability has to be limited to a certain extent in order to prevent unbearable situations.

Article 79 establishes a basic exemption from liability regime for the parties. For this regard, a party shall not be liable for damages regarding the failure of the non-performance of his obligations if he proves that such failure is due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion or to have avoided or overcome it or its consequences. In the event where all the conditions laid under Article 79 have been met, both seller and buyer shall be exempt from liability with regard to damages arising out of non-performance. However, such exemption has only been established with regard to damages and it does not prevent buyer from using his Art 46 rights against buyer. Additionally, Art. 79 shall only be applicable where parties did not make any contractual liability distribution amongst themselves. If the seller fails to perform his obligations with regard to an impediment that has been stated under Art 79, he shall be exempt from liability.

Although Art 79 limits the strict liability regime underlying the CISG, such exemption from liability depends on the realization of strict conditions and therefore, it caused such non-liability to be applicable in very rare circumstances. According to Art 79/2, if the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if such non-performance is caused by an independent third party who shall not be under the supervision of the party. However, it also has to be mentioned that, in case where the third party has the ability to overcome the impediment, the party shall not be able to exempt from liability. In addition, while Art 79/3 states that the exemption from liability provided by this article shall only be effective for the period during which the impediment exists, Art 79/4 states that, the party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. The failing party shall only be exempt from damages; however, the buyer can still invoke his rights under Art 46 such as specific performance, delivery of substitute goods and a request for substitute goods. Article 79/5, which states that this article shall not prevent either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention, has been subject to dispute regarding parties' right to request specific performance. The possibility of performing such request should be determined according to Articles 46 and 62, instead of Art 79.

While Art 79 establishes parties' exemption from liability to pay damages; Art 80 indicates that a party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission. For this regard, the other party shall not be able to revoke his rights such as specific performance, repairment or reduction. Considered from this aspect, it could be said that, the scope of the exemption from liability regime established under Art 80 is broader than the regime established under Art 79.

CISG Uyarınca Alıcı ve Satıcının Sorumluluktan Kurtulması ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırılması

Giriş

Devletlerin sahip olduğu ticaret ve borçlar hukuku kurallarının birbirinden farklı olmasının yarattığı sorunlar, milletlerarası ticaretin gelişmesinin önünde büyük bir engel teşkil etmektedir. Bu sorunların önüne geçmek ve milletlerarası ticareti geliştirmek amacıyla 11 Nisan 1980 tarihinde 42 ülke tarafından kabul edilen ve 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG)¹, özel hukukun yeknesaklaştırılması çalışmaları neticesinde ortaya çıkan en başarılı örneklerden biridir. Günümüz itibarıyla 89 ülkenin taraf olduğu Antlaşma, ülkemizde de 1 Ağustos 2011 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır. Böylece Antlaşma, yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası taşınır mal satışları bakımından satım hukukumuzun bir parçası halinde gelmiştir.

Metnin uluslararası özel hukukun uyumlaştırılması çalışmalarının bir neticesi olmasından hareketle, Antlaşma kapsamında yaratılan ifa engelleri ve sorumluluk sistemi, Türk hukukuna göre farklılıklar içermektedir. Buna göre, Türk hukukundan farklı olarak Antlaşma imkânsızlık, temerrüt, borcun gereği gibi ifa edilmemesi, ayıp gibi sözleşmeye aykırılık hususlarını yeknesak bir ifa engelleri çatısı altında birleştirmiş ve tarafların sorumluluklarının kapsamını da buna göre şekillendirmiştir. Türk hukukunda, sorumluluğun kusura dayalı olduğu ilkesi kabul edilmektedir. Bunun aksine, Antlaşmada yer alan sorumluluk sisteminin bir garanti sorumluluğu ilkesine dayandığı kabul edilmekte ve bu sorumluluğun kapsamı gerek m. 74'teki tazminat sorumluluğu kapsamında yer alan öngörülebilirlik ilkesi ile gerekse de çalışmamızın esas konusu oluşturan ve CISG m. 79 ila 80'de düzenlenen sorumluluktan kurtulma rejimi ile sınırlandırılmaktadır.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızda öncelikli olarak CISG'ın tarihçesi ve uygulama alanı genel hatlarıyla incelenmiş olup; devamında, Antlaşmanın 79. ve 80. maddelerinde ortaya konan sorumluluktan kurtulma rejimi ve bu rejimin Türk ifa engelleri ve sorumluluk sistemi ile olan farklı ve ortak yönleri üzerine mahkeme kararları ve doktrin tartışmaları ışığında detaylı bir inceleme yapılmıştır.

I. CISG M. 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma

A. Genel Olarak

Öncelikle belirtmek gerekir ki, CISG'ın ifa engelleri sistemi incelendiğinde, Antlaşma uyarınca öngörülen sistematüğün Türk-İsviçre Borçlar Hukuku

¹ Çalışmamızda "Antlaşma" veya "Viyana Satım Sözleşmesi" olarak da anılacaktır.

sistematikinden oldukça farklı olduğu görülmektedir. Buna göre, Türk-İsviçre Hukuku'nun ifa engelleri sistematikinde dikkati çeken ilk husus, imkânsızlık, temerrüt, borcu hiç veya gereği gibi ifa etmeme veya ayıplı ifa kavramlarının 'sözleşmeye aykırılık' veya 'ifa engelleri' gibi bir üst başlık altında toplanmadığı, bunun yerine bu gibi somut bazı borca aykırılık türlerine kanunun çeşitli hükümlerinde yer verilmiş olmasıdır². Türk Borçlar hukukunda, borcun ifa edilmesinin sonuçları TBK m. 112 vd. hükümlerine düzenlenmiştir. TBK m. 112 uyarınca, "borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür". Borcun ifa edilmemesinin sonuçlarını düzenleyen bu temel hükmün yanı sıra, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku sistematiki yeknesak bir borca aykırılık sistemi öngörmemiş, bunun yerine çeşitli borca aykırılık türlerine kanunun 117 vd., 136, 137 ve 219 vd. hükümlerinde yer vermeyi tercih etmiştir. Buna karşın CISG, *common law* sistemine benzer olarak, her türlü borca aykırılık halini içine alan genel bir ifa etmeme sistemi geliştirmiş ve bunların hepsini sözleşmeye aykırılık çatısı altında toplamıştır³.

Söyle ki, CISG'nin uygulandığı bir milletlerarası mal satımı uyumsuzluğunda hâkim öncelikle somut olayda bir sözleşmeye aykırılığın mevcut olup olmadığını tespit edecek ve eğer sözleşmenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varırsa bu ihlalin hukuki sonuçlarını tatbik edecektir⁴. Antlaşma kapsamında satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde ise alıcının seçimlik hakları gündeme gelecektir. CISG m. 45 uyarınca bu seçimlik haklar ifayı talep etme (m. 46), sözleşmeden dönme (m. 49) ve semenin tenzilini talep etme (m. 50) olarak düzenlenmiştir. Bu seçimlik hakların yanında Antlaşma alıcının bu haklara ek olarak veya münferiden tazminat talep etme hakkını da (CISG m. 74-77) saklı tutmaktadır.

İfa engelleri sistemindeki farklılıkların yanı sıra, Türk Borçlar Kanunu sistematigine bakıldığında kusur sorumluluğunun esas, kusursuz sorumluluk hallerinin ise ancak kanunda açıkça düzenlenen hallerde mümkün olduğu kabul edilmektedir⁵. Fakat her ne kadar Türk hukukundaki sorumluluk rejiminin temeli kusura dayalı olsa da, borçlu temerrüdü (TBK m 117 vd.) ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin (TBK m. 219 vd.), sözleşme sorumluluğu açısından bu prensibin istisnalarından oluşunu da unutmamak

2 Yeşim M. Atamer, "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği" in *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan* (1. Baskı On İki Levha Yayıncılık 2010) 217, 318-319

3 Yavuz Dayıoğlu, *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2011) 31; Michael Will, "Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention", CISG Art. 45 (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987) para 2.1.2 <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb45.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

4 Yeşim M. Atamer, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2005) 289-290.

5 Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Beta Yayıncılık 2015) 155; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (22. Baskı, Yetkin Yayınları 2017) 513; Kemal Oğuzman and Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, vol 2 (12. Baskı, Vedat Kitapçılık 2016) 137; Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)* (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2010) 89-90; Atamer, CISG (n 4) 312-313; Yeşim M. Atamer, "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'nin İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", in Yeşim M. Atamer (ed) "Milletlerarası Satım Hukuku- Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (1. Baskı, On İki, Levha Yayıncılık 2008) 253, 221.

gerekir. Örneğin para borcu ve çeşit borçlarının ifasında kusursuz sorumluluğun varlığı kabul edilir⁶. Şöyle ki, edimin ifası borçlunun hiçbir kusuru olmadan imkansızlaşmışsa, edim hasarı kendisinde olduğu sürece ifa borcu sona ermeyecektir⁷. Bunun yanı sıra, ayıplı ifade, ifa yardımcıların borca aykırı davranışında kusursuz sorumluluğun kabul edilmiş olduğu göz ardı edilmemelidir⁸. Türk hukukunda hakim olan genel uygulamanın aksine, *common law*'un etkisinde kalan CISG'in ifa engelleri sisteminde ise, kusura dayanmayan ve kusurdan bağımsız bir sorumluluk rejiminin esas alınmış olduğu görülmektedir⁹. Dolayısıyla, her ne kadar iki sistem arasındaki sorumluluk rejimleri arasında farklılıkların olduğu yadsınamaz bir gerçek olsa da Türk hukukunda yer alan kusuruz sorumluluk hallerinin sayısına bakıldığında aslında iki sistemin birbirlerine yaklaştıkları noktaların da mevcut olduğu doktrinde ileri sürülen görüşler arasındadır¹⁰.

Bu itibarla Antlaşmada yer alan sorumluluk sisteminin bir garanti sorumluluğu ilkesine dayandığı kabul edilmektedir¹¹. Bir başka deyişle, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda yer alan sözleşmesel sorumluluğun kusura dayalı olması ilkesinden farklı olarak (TBK m. 112), borcu ifa etmeyen tarafın, ifa etmemede kusurunun olmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulması, CISG uyarınca mümkün olmayacaktır. Buradan hareketle, sözleşme hükümleri veya Antlaşma uyarınca düzenlenen bir yükümlülüğün ihlali halinde, bu ihlali gerçekleştiren tarafın kusuru aranmaksızın Antlaşmada öngörülen hukuki yollara başvurulabilecektir¹². Her ne kadar Antlaşma uyarınca tarafların bir garanti sorumluluğu olsa da bu sorumluluğun katlanılamaz durumların önüne geçilmesi amacıyla belli bir ölçüde sınırlandırılması gerekmektedir¹³. Bu sınırlamalardan ilki CISG m. 74'te¹⁴ düzenlenmiş olan tazminat sorumluluğuna ilişkin olup bu sorumluluk öngörülebilirlik ilkesi¹⁵ ile

6 Atamer, CISG'in İfa Engelleri Sitemine Genel Bakış (n 5) 253.

7 ibid 253. Edim hasarı kavramı, "satıcının hangi ana kadar telef olan veya zarar gören mal yerine yeni mal tedarik etmek zorunda olduğu sorusuna cevap arar." Detaylı bilgi için bkz. Atamer, CISG (n 4) 259 vd. Çeşit borçlarında hasarın intikali anı da göz önünde bulundurulmalıdır.

8 ibid 253. Yazar bu makalede, TBK m. 112' de yer alan kusursuzluğu ispat külfetinin borçluya yüklenmesini kusur dogmasını zayıflatan bir diğer unsur olarak değerlendirmektedir.

9 Atamer, CISG (n 4) 453; Ulrich Magnus, "CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma", in Yeşim Atamer (ed), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008) 302; Ahi Ayanoğlu Morali, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi" (2015) GSÜ Hukuk Fakültesi Dergisi 290, 289; Dayioğlu (n 3) 140; Yeşim M. Atamer, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary, CISG Art. 79* (Kröll, Mistelis, Perales Viscasillas eds, Hart Publishing 2011) para 1; Dayioğlu (n 3) 34.

10 Atamer, CISG'in İfa Engelleri Sitemine Genel Bakış (n 5) 253.

11 Atamer, CISG (n 4) 453; Magnus (n 9) 302; Karl H. Neumayer, Catherine Ming, "Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises Commentaire" in François Dessemontet (ed), Centre du droit de l'entreprise, droit industriel, droit d'auteur, droit commercial, (Publication Cedidac 1993) 517. Zafer Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku: CISG*, (2. Baskı, Seçkin Yayınları 2015) 325; Süleyman Yılmaz, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2013) 226.

12 Magnus (n 9) 302.

13 Atamer, CISG (n 4) 453; Ayanoğlu Morali (n 9) 290; Dayioğlu (n 3) 140; Atamer, CISG Art 79 (n 9) para 2.

14 CISG m. 74: "...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."

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Elif Ulusu, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2011).

sınırlandırılmıştır. Buna ek olarak, çalışmamızın da konusu oluşturan bir diğer sınırlama ise CISG m. 79’da düzenlenmiştir. Madde 79 taraflar açısından temel bir sorumluluktan kurtulma rejimi yaratmaktadır¹⁶. Bir başka deyişle, 74. madde ile getirilen sınırlama sorumluluğun kapsamına ilişkin, 79. madde ile getirilen sınırlama sorumluluğun kurulması aşamasına ilişkindir¹⁷.

Şöyle ki, madde 79 f. 1 uyarınca, *“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.”* Buna göre, taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesi denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığı ve bu engelin sözleşmenin kurulması esnasında hesaba katılmasının mümkün olmadığı ve engel ile sonuçlarının kaçınılmaz olduğu ve bu hususların borçlu tarafından ispat edilebildiği hallerde tazminat sorumluluğu hiç doğmamaktadır. Hem maddenin Antlaşmadaki düzenleniş yerinden¹⁸ hem de hükmün lafzından anlaşılabileceği üzere sözleşmeye aykırılığı gerçekleştiren taraf bakımından bir ayırım yapılmamıştır. Bu itibarla, madde 79’da belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, tazminat sorumluluğundan kurtulan taraf satıcı olabileceği gibi alıcı da olabilecektir.

CISG m. 79 kapsamında sağlanan bu koruma yalnızca tazminat borcuna ilişkin olup, alacaklının borçluya karşı sahip olduğu diğer seçimlik haklarını kullanmasının önüne geçmemektedir¹⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, taraflar sözleşmelerine koydukları “mücbir sebep”, “beklenmeyen hal” ve “uyarlama” klostları, CISG m. 7 f.2 uyarınca, Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre geçerli olmaları halinde, Antlaşmanın 79. maddesinin uygulanmasını bertaraf edebileceklerdir²⁰. Bir başka deyişle, CISG madde 79’daki sorumluluktan

16 Ayanoğlu Morali (n 9) 291; Atamer, CISG (n 4) 453.

17 Yılmaz (n 11) 226; Atamer, CISG (n 4) 453. Sorumluluğun kurulması ve sorumluluğun kapsamı kavramlarına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Yeşim M. Atamer, *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması* (1996) 5 vd.

18 CISG m. 79 Antlaşma’nın III. Kısımında “Satıcının ve Alıcının Yükümlülüklerine İlişkin Ortak Hükümler” başlığını taşıyan V. Bölüm altında düzenlenmektedir.

19 CISG m. 79/5: “Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışında herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.”; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 4; Ingeborg Schwenzer, “CISG m. 79” in Schwenzer and Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması* (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015) para 8; Atamer, CISG’in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış (n 5) 256.

20 CISG m. 7 f. 2: “Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.”; Dayıoğlu (n 3) 140; Ayanoğlu Morali (n 9) 290; Atamer, CISG (n 4) 455. Ayrıca bkz. UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (2012) 393 para 23, <<https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>> son erişim tarihi 19.10.2018; Djakhongir Saidov, “Cases on CISG Decided in the Russian Federation”, (2003) 7 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, 55-56 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Yazar ilgili makalede, tarafların sözleşmelerinde bir mücbir sebep klostuna yer vermiş olmalarının kesin olarak CISG m. 79’un uygulanmayacağı anlamına gelmediğini, her ne kadar çoğu davada uygulama bu yönde olsa da bu durumun her dava bakımından sözleşmenin yorumdan çıkarılabileceğini belirtmektedir.

kurtulma rejimi ancak, tarafların sorumluluğun dağılımına ilişkin herhangi bir akdi düzenlemede bulunmadıkları hallerde uygulama alanı bulacaktır²¹.

Bu hususta dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da madde 79 anlamında bir sorumluluktan kurtulmanın söz konusu olabilmesi için madde metninde yer alan sorumsuzluk hallerinin edim hasarı alıcıya geçmeden önce, yani satıcıdan sözleşmeye uygun ifayı talep etme imkânı henüz ortadan kalkmamışken, gerçekleşmiş olması gerektiğidir²². Zira beklenmeyen halin hasarın alıcıya intikal etmesinden²³ sonra gerçekleşmesi halinde, bu tür olayların rizikosu zaten alıcıya ait olacaktır.

CISG m. 79 f. 1’de dikkati çeken bir diğer nokta da madde metninde yer alan “yükümlülük” kavramının oldukça geniş tutulmuş olmasıdır. Bu durumda tarafların hangi tür borca aykırılık halinde sorumluluktan kurtulabileceklerinin tespiti önem arz etmektedir. Bir başka ifadeyle, sorumluluktan kurtulma bakımından, borca aykırılık türünün önem taşıyıp taşımadığı, öğretide tartışmalı olan bir husustur.

Doktrindeki bir görüşe göre m. 79 uyarınca satıcının sorumluluktan kurtulması için satım sözleşmesinin konusu olan edimi hiç ifa etmemiş olması gerektiği; ayıplı ifa halinde ise m. 79 kapsamında bir sorumsuzluğun söz konusu olmayacağı ileri sürülmüştür²⁴. Fakat çoğunluğun da kabul ettiği aksi görüş uyarınca, madde metninden ve Antlaşma’nın ifa engelleri sistematığının ifa etmeme ile ayıplı ifa arasında bir ayırım yapmamasından da anlaşılacağı üzere, satıcının yükümlülüklerinden herhangi birini 79. madde anlamında bir engel nedeniyle ifa edememesi halinde sorumluluktan kurtulması mümkün olacaktır²⁵.

Sonuç itibarıyla CISG madde 79 Antlaşmanın temelinde yatan kusursuz sorumluluk ilkesini bir ölçüde sınırlandırırken, hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere bu tür bir sorumluluktan kurtulma hali sıkı şartların gerçekleşmesine bağlı kılınmış ve bu durum böyle bir sorumsuzluk halinin çok sınırlı hallerde ortaya çıkmasına sebep olmuştur²⁶.

21 Ayanoglu Morali (n 9) 291.

22 Atamer, CISG (n 4) 454.

23 Hasarın intikali için bkz. CISG m. 66-70.

24 John O. Honnold, Uniform Law for the International Sales Under the 1980 United Nations Convention, (3rd ed, The Hague, 1999) para 427 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sayfa 17, aşırı ifa güclüğü başlığı.

25 Atamer, CISG (n 4) 455; Dayioğlu (n 3) 145; Zeytin (n 11) 325-326; Magnus (n 9) 303; Schwenger, CISG m. 79 CISG (n 19) para 5-6; CISG Danışma Kurulu Görüşü No. 7, CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Ödeme Borcundan Sorumsuzluk, para 1 <http://cisgac.com/file/repository/Turkish_No_7_SON.pdf> son erişim tarihi 19.10.2018; Pascal Pichonnaz, *Impossibilité et Exorbitance: Etudes Analytique des Obstacles a L'Exécution des Obligations en Droit Suisse* (art. 119 CO et 79 CVM) (1997) para 1670; Neumayer, Ming, (n 11) 517-518 para 2; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 11-12; Dionysios P. Flambouras, “The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis” (2001) 13 Pace International Law Review 276 <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html#*> son erişim tarihi 19.10.2018; Belin Köroğlu, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma” (2013) 17(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 783, 775.

26 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 1; Magnus (n 9) 303; Zeytin (n 11) 325.

B. Sorumluluktan Kurtulmanın Şartları

1. Genel Şartlar

CISG m. 79 uyarınca sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğundan kurtulması hükmün 1. fıkrasında yer alan koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Buna göre borçlu ancak denetimi dışında kalan bir engelin var olduğunu, bu engelin öngörülemez olduğunu ve engelin ve sonuçlarının önlenemez ve kaçınılmaz olduğunu ispat etmesi halinde yükümlülüğünü ifa etmemesinden ötürü ortaya çıkan tazminat borcundan kurtulabilecektir.

a. Denetim Dışında Kalan Bir Engelin Varlığı

CISG m. 79 f. 1 uyarınca sorumluluktan kurtulmak için aranan ilk şart tarafların kontrolü dışında gerçekleşen bir engelin varlığıdır. Bir başka deyişle, yalnızca tarafların kontrol alanı dışında kalan haller açısından sorumsuzluk söz konusu olacaktır. Bu anlamda, öncelikli olarak tespit edilmesi gereken m. 79’da ifade edilen “engel” kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Engel, objektif olarak ifayı engelleyen, borçlunun hakimiyet alanları dışında kalan ve sözleşmenin akdi anında öngörülemeyen, kaçınılmaz ve önüne geçilmez bir olay olarak tanımlanmaktadır²⁷. Bir başka deyişle, bir şeyin m. 79 kapsamında bir engel teşkil edebilmesi için ifayı engelleyen, bir başka deyişle, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine sebep olan ve borçlunun etki alanı dışında kalan objektif bir durum olması gerekir²⁸.

Her ne kadar madde metninde hangi hallerin m. 79 anlamında bir engel teşkil edeceği açıkça belirtilmiş olmasa da klasik mücbir sebep hallerinden sayılan deprem, yangın, yıldırım, sel, fırtına gibi doğal afetlerin (*Acts of God*)²⁹; savaş³⁰, terör, sabotaj, isyan gibi sosyal ve politik olayların; müsadere, ithalat/ihracat yasakları, ambargo gibi yasal sınırlamaların bu kapsamda yer alan engeller olduğu kabul edilmektedir³¹.

CISG m. 79 söz konusu ifa engelinin gerçekleşme zamanına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Şöyle ki, *common law*’un aksine³², Antlaşma, engelin

27 H. Ercüment Erdem, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”in Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler (Beta Yayıncılık 2008) 91; Dayıoğlu (n 3) 140-141; Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 11; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 47; OLG München, 5 Mart 2008 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080305g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

28 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 11.

29 U.S. District Court, N.D. of Illinois (USA) 6 July 2004, Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040706u1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. İlgili kararda liman donmuş olduğu için satıcı malları teslim borcunu gerçekleştirememiştir. Buradan hareketle limanın donmuş olmasının satıcının sorumluluktan kurtulması için CISG m. 79 anlamında bir engel olup olmadığı tartışılmıştır.

30 U.S. District Court, S.D. of New York, 20 August 2008, Hilaturas Miel, S.L. v. Republic of Iraq <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080820u1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

31 Atamer, CISG (n 4) 456; Yılmaz (n 11) 227; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 46; Zeytin (n 11) 327; Magnus (n 9) 304; Denis Tallon, “Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention”, CISG Art. 79 (Cesare Massimo Bianca and Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987) para 2.6.7 <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>> son erişim tarihi 19.10.2018; Flambouras (n 25) 267.

32 Common law’un başlangıçtaki imkansızlık hallerine hata nedeniyle iptal yaptırımını uygulamasına ilişkin bkz. Atamer, CISG (n 4) 547.

başlangıçta veya sonradan gerçekleşmesi açısından bir ayrım gözetmemiştir³³. Sözleşmenin konusunun baştan beri imkânsız olması CISG uyarınca sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir³⁴. Buradan hareketle denebilir ki, ifa engeli, başlangıçtaki veya sonraki bir engel olabileceği gibi; objektif veya sübjektif, ya da geçici veya sürekli bir engel dahi olabilecektir³⁵.

Bu kapsamda dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise söz konusu ifa engelinin tarafların denetimi dışında kalan bir sebepten ötürü gerçekleşmiş olması gerektiğidir. Engelin denetim dışı olmasıyla kast edilen, bu engelin borçlunun etki alanı içinde yer alan ve denetleyebildiği alanlarda gerçekleşmemiş olmasıdır³⁶. İşyeri, işletme, fabrika gibi alanlar borçlunun sorumluluk alanı içinde olan, dolayısıyla denetimine tabi yerlerden kabul edilmektedir³⁷. Bu yerleri düzenli olarak denetlemek ve çıkması muhtemel sorunların önüne geçmek için gerekli önemleri almak borçlunun sorumluluğu kapsamındadır³⁸. Buradan hareketle denebilir ki, borçlu, önemli sayıda işçinin işi bırakması, yaşadığı finansal ve ekonomik güçlükler³⁹, sistemde meydana gelen teknik arızalar, üretimde meydana gelen aksamalar, işyerindeki grevler gibi iş organizasyonundan kaynaklanan ve kendi etki alanı içinde olan risklere katlanmak durumundadır⁴⁰. Bir başka deyişle, bu nispette bir engelin gerçekleşmesi borçluyu m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtarmayacaktır. Söz konusu risk dağılımı taraflar arasındaki satım sözleşmesi, teamül ve alışkanlıklar dikkate alınarak tayin edilmelidir⁴¹. Bunun yanı sıra, Türk hukukunun aksine⁴², borçlunun bir hastalık nedeniyle borcunu ifa edememiş olması halinde de bu durumun onun risk alanı içinde olduğu kabul edilir ve bu sebeple sorumluluğunu etkilemez⁴³.

33 Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 48; Atamer, CISG (n 4) 457.

34 Atamer, CISG (n 4) 457.

35 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 12.

36 Erdem, Viyana Satım Sözleşmesi (n 27) 92; Atamer, CISG (n 4) 459. İfa yardımcılarının borca aykırı fiillerinin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu, sayfa 24 vd. yer alan “Üçüncü kişilerin fiillerinden sorumluluk” başlığı altında ayrıntılı biçimde incelenmiştir.

37 Atamer, CISG (n 4) 459.

38 Atamer, CISG (n 4) 459; Flambouras (n 25) 267 vd.; Ayanoglu Morali (n 9) 298.

39 Hamburg Arbitration Proceeding, Germany, Chinese Good Case, 21 March 1996 <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. İlgili kararda alt tedarikçinin yaşadığı ekonomik sıkıntılar CISG m. 79 anlamında bir denetim dışında kalan engel olarak görülmüştür.

40 Yılmaz (n 11) 228; Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 11; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 47; Flambouras (n 25) 268; Neumayer, Ming (n 11) 518; Magnus (n 9) 304; Dayioğlu (n 3) 141.

41 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 11; Dayioğlu (n 3) 141.

42 Türk hukukunda hastalığın borçluyu sorumluluktan kurtardığına ilişkin bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan and Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm- İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2016) para 15. Hastalık bir sübjektif imkânsızlık hali olarak kabul edilebilmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki, hastalık nedeniyle borçlunun sorumluluktan kurtulması kusurlu olmamasına bağlıdır. Bu durum, borçlunun ediminin kişisel olduğu durumlarda söz konusu olacaktır. Edimin bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi gereken durumlarda, borçlu bu yeteneğini kendi kusuru olmadan kaybederse, sorumluluktan kurtulabilecektir. TBK m. 83 uyarınca, “Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.”

43 Atamer, CISG’ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış (n 5) 254.

Denetim kapsamının belirlenmesi hususunda tartışmalı olan bir nokta ise ekonomik kriz ve fiyatlarda meydana gelen ani dalgalanmaların denetim dışında kalan bir engel olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Doktrindeki bir görüşe göre böyle bir engelin borçlunun denetimi kapsamı dışında olduğu kabul edilmektedir⁴⁴. Buna rağmen İtalyan Mahkemesi verdiği bir kararında satış konusu malın piyasa fiyatının sözleşmenin kurulmasından malın teslimine kadar geçen sürede %43,71 oranında artmasını satıcının sorumluluktan kurtulmasını gerektirecek denetim dışında bir engel olarak görmemiştir⁴⁵.

b. Engelin Öngörülemez Olması

CISG m. 79 f. 1 uyarınca tarafların sorumluluktan kurtulabilmelerinin bir diğer şartı da denetim dışında meydana gelen engelin sözleşmenin kurulduğu anda öngörülemez olmasıdır. Bir başka deyişle, sözleşmenin kurulduğu anda tarafların borçlarını yerine getirmeleri hususunda öngörülebilir bir engel varsa ve bu engele ilişkin sözleşmeye herhangi bir çekince veya sorumsuzluk kaydı konmamışsa bu sebeple borcunu ihlal eden tarafın engel nedeniyle ifanın gecikebileceği veya önlenebileceği riskini de üstlendiği kabul edilmektedir⁴⁶. Somut olaya ilişkin öngörülmezlik, sözleşmenin kuruluşu esnasında aynı şartlar altında bulunan objektif ve makul bir üçüncü kişinin yükümlülük ihlaline neden olan engeli öngörüp göremeyeceğine göre tespit edilmektedir⁴⁷.

CISG m. 8 f. 2’de de belirtildiği üzere, öngörülmezliğin tespiti yapılırken borçlu ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullardaki durumu objektif kriter olarak dikkate alınmalıdır⁴⁸. Örneğin her yıl meydana gelen ve meteoroloji tarafından da gerekli uyarıların yapıldığı doğal afetlere karşı yapılan öngörülmezlik iddiası bu doğal felaketler daha önce hiç görülmemiş boyutlarda bir zararın meydana gelmesine sebep olmadığı sürece borçluyu sorumluluktan kurtarmayacaktır⁴⁹. Buna ek olarak, çatışmaların olduğu bir bölgede mal gönderme borcu altına giren bir satıcı, söz konusu borcunu ihlal etmesi halinde ortaya çıkacak tazminat borcundan bu engelin öngörülmez olduğu iddiası ile kurtulamayacaktır⁵⁰. Buna ek olarak, sözleşmenin kurulması anında mevcut olan ithalat-ihracat yasakları veya devlet tarafından yapılan ekonomik düzenlemelerin borçlu tarafından hesaba katılması gerektiğinden, sonradan bu tür engellerin öngörülemez olduğunun ileri sürülmesi de mümkün değildir⁵¹.

44 Magnus (n 9) 304; Honnold (n 24) par. 432.2.

45 Tribunale Civile di Monza, Italy, Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetall International A.B., 14 January 1993 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

46 Dayioğlu (n 3) 143; Schwenger, CISG m. 79 CISG (n 19) para 13; Tallon (n 31) para 2.6.3; Neumayer, Ming (n 11) 521.

47 Zeytin (n 11) 327; Dayioğlu (n 3) 143; Magnus (n 9) 305; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 13; Tallon (n 31) para 2.6.3.; Flambouras (n 25) 271; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 52; Pichonnaz (n 25) para 1732-1736.

48 Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 52.

49 Atamer, CISG (n 4) 460; Magnus (n 9) 305; Court of Appeals of Lamia, Greece, case no: 63/2006, 2006 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060001gr.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

50 Zeytin (n 11) 327.

51 Ayanoğlu Morali (n 9) 299.

c. Engelin ve Sonuçlarının Önlenemez ve Kaçınılmaz Olması

Yükümlülük ihlaline sebep olan engelin sözleşmenin kurulduğu anda öngörülmez olması borçluyu tazminat sorumluluğundan kurtarmak için tek başına yeterli değildir. Öngörülemeyen bu engelin sonuçlarının borçlu tarafından kaçınılmaz ve önlenemez olması gerekir⁵². Şöyle ki, borçlu, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bu engeli aşmak ve sözleşmeyi ifa etmek için elinden gelen en üst çabayı göstermeli ve her türlü makul ekonomik tedbiri almalıdır⁵³. Buradaki kaçınmanın ve önüne geçmenin ölçütü belirlenirken objektif makul bir kişi dikkate alınmalıdır⁵⁴. Borçludan engeli ve sonuçlarını ortadan kaldırması için beklenen çabanın miktarı, niteliği ve hangi ana kadar makul sayılabileceği somut olayın özelliklerine ve sözleşmesel risk dağılımına göre belirlenmelidir⁵⁵. Borçlunun engeli aşmak ve sözleşmeyi ifa etmek için başvurmak durumunda kaldığı yöntemler kendisi için daha masraflı olsa bile ondan bu masraflara katlanması beklenebilecektir⁵⁶. Her ne kadar CISG’nin uygulandığı bir dava olmasa da Süveyş Kanalı davasında İngiliz mahkemesi, kanal kapalı olduğu için alternatif bir yolun tespitini borçludan makul olarak beklenebilecek bir davranış olarak nitelendirmiştir⁵⁷. Bunun yanı sıra, bazı yargı kararlarında, satıcının sözleşme konusu mal yerine ikame bir malı alıcıya temin etmesinin dahi kendisinden beklenilebilir olduğu kabul edilmiştir. Fakat bu durumda m. 79 f. 4 uyarınca borçlu alacaklıya bildirimde bulunmalı ve onun bu sebeple ileri sürebileceği her türlü itiraza uymalıdır⁵⁸. Örneğin Alman mahkemesinin verdiği bir kararda, şiddetli yağış nedeniyle domates mahsullerinin ülke genelinde zarar gördüğü ve bu durumun domates fiyatlarında artışa sebep olduğu bir halde dahi, fiyatı yüksek olsa bile ülkede hala domatesin bulunmasından hareketle, satıcının ikame alış yoluyla bu engelin üstesinden gelebileceği hükme bağlanmıştır⁵⁹. Şüphesiz domates bir çeşit

52 Zeytin (n 11) 328; Dayioğlu (n 3) 144; Detaylı bilgi için bkz. Harold J. Berman, “Excuse for Non Performance in the Light of Contract Practices in International Trade” 63(8) Columbia Law Review 1413-1439.

53 Atamer, CISG (n 4) 461; Tallon (n 31) para 2.6.4; Magnus (n 9) 305; Neumayer, Ming (n 11) 521-522.

54 Tallon (n 31) para 2.6.4.

55 Yılmaz (n 11) 230; Tallon (n 31) para 2.6.4; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 14; Ayanoğlu Morali (n 9) 301.

56 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 14; Dayioğlu (n 3) 144.

57 Tsakiroglou & Co Ltd v Noblee Thörl GmbH, [1962] AC 93 HL. İlgili davada satıcı 1956 yılının Kasım-Aralık ayları arasında sözleşme konusu edimi Hamburg’a taşıma borcu altına girmiştir. 2 Kasım tarihinde Süveyş Kanalı kapanmıştır. Satıcı, her ne kadar yolu uzatsa ve kendisi için daha masraflı olsa da Ümit Burnu’ndan geçerek malları sözleşmede kararlaştırılan zamanda Hamburg limanına teslim edebilecekti. Buradan hareketle mahkeme, satıcının aksine sözleşmenin geçersiz hale gelmediğini ve her ne kadar satıcı için daha masraflı olsa da bu engelin satıcı tarafından önlenerek sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. İlgili karar için bkz. <https://www.trans-lex.org/311500/_tsakiroglou-co-ltd-v-noblee-thorl-gmbh-the-law-report-1962-at-page-7-et-seq/> son erişim tarihi 19.10.2018. Ayrıca bkz. U.S. District Court New York, 16 April 2008, Macromex Srl. v. Globex International, Inc., <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080416u1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. İlgili davada, satıcı (Globex) ile bir Romanya şirketi olan alıcı (Macromex) tavuk ürünleri satımı konusunda anlaşmışlardır. Sözleşme uyarınca satıcı tarafından son gönderimin Mayıs ayı itibarı ile yapılmış olması gerekmektedir. Fakat satıcı Haziran ayında halen malı göndermemiştir. Buna mukabil Romanya hükümeti Haziran ayı itibarıyla Romanya’ya dışarıdan tavuk ürünleri getirilmesini yasaklamıştır. Hakem mahkemesi satıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasının CISG m. 79 anlamında bir sorumsuzluk meydana getirmeyeceğini çünkü bu engelin önlenilebilir olduğunu hükme bağlamıştır. Şöyle ki satıcı malı alıcının da önerdiği üzere malı önce yakın bir liman olan Gürcistan’s yollayıp oradan teslim alınmasını sağlayabilirdi.

58 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 14; Pichonnaz (n 25) para 1762-1763.

59 OLG Hamburg, 4 July 1997 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970704g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

(nevi) borcudur ve Roma hukukundan günümüze kadar uzanan kurala göre nevi telef olmaz (*Genus non Perit*)⁶⁰. Fakat dikkat edilmelidir ki, ifa engelinin sonuçlarının önlenmesi için gösterilen çaba ve başvuru yolları borçlunun mahvına yolacak boyutlara ulaşıyorsa m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulabilmesi gerekmektedir⁶¹.

d. İliyet Bağı

CISG m. 79 uyarınca borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için borcunu ifa etmemesinin yegâne sebebi öngörülemez ve aşılamaz türden bir engelin mevcut olmasına dayanmasıdır⁶². Engelin, sözleşmenin ifa edilmemesine sebep olduğu, borcunu ifa etmeyen tarafça ispat edilmelidir⁶³. Şöyle ki, mesela, borçlunun borcunu ifa etmede temerrüde düştüğü bir halde, gecikmenin ardında eğer bu borç imkansızlaşmışsa ve eğer vaktinde ifa edilseydi böyle bir engel söz konusu olmayacaktıysa borçlu m. 79 kapsamında sorumluluktan kurtulamayacaktır⁶⁴. Zira böyle bir durumda borcun imkansızlaşması engelden değil borcun geç ifasından kaynaklanmaktadır.

2. Özel Bazı Hallerin Varlığı

a. Çeşit ve Parça Borçlarında Sorumsuzluk

Borcun konusunu oluşturan edimin somut ve bireysel olarak belirlenmediği, ancak borçlu veya diğer yetkili kişilerin bu türdeki şeyler içerisinde kararlaştırılan miktar ve nitelikteki şeyi seçerek edimin konusunu belirledikleri borçlara çeşit veya cins borcu adı verilir⁶⁵. Doktrinde ve uygulamada genel olarak kabul gördüğü üzere, borcun konusunun bir çeşit borcu olduğu sözleşmelerde, edim hasarı satıcıda olduğu sürece satıcının bu malları tedarik yükümlülüğü devam etmektedir⁶⁶. Bir başka ifadeyle, çeşit borçlarının imkansızlaşması o çeşitten olan malların tamamen yok olması halinde mümkün olabilmektedir. Zira, daha önce de ifade edildiği üzere, Roma hukukundan günümüze kadar uzanan kurala göre, *Genus non Perit*, yani nevinin telef olması mümkün değildir. Buradan hareketle, borcun konusunun çeşit borcu olduğu hallerde malın yanması, nakledildiği geminin batması veya malın satıcıya tedarikçiden kaynaklanan bir engelden ötürü gönderilmemesi⁶⁷ gibi sebeplerle satıcı malı tedarik etme borcundan kurtulmayacaktır⁶⁸. Fakat önemle belirtmek gerekir ki, satıcının malı teslim etme yükümlülüğünün kapsamı tarafların arasındaki sözleşmeye göre belirlenecektir. Şöyle

60 Yılmaz (n 11) 230.

61 Atamer, CISG (n 4) 461; Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 14.

62 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 15; Tallon (n 31) para 2.6.6.; Flambouras (n 25) 273; Magnus (n 9) 305.

63 Flambouras (n 25) 273; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 99.

64 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 15; Flambouras (n 25) 273; Tallon (n 31) para 2.6.6.

65 Eren (n 5) 111.

66 Atamer, CISG (n 4) 461-462; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 59.

67 Arbitral Tribunal Hamburg, 21 March 1996 <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. İlgili kararda Çinli imalatçının malı göndermemesi satıcıyı sorumluluktan kurtarmamıştır.

68 Atamer, CISG (n 4) 462.

ki, eğer satıcı sadece sınırlı bir çeşit borcu altına girmişse, bir başka ifadeyle, tür borcu o çeşitten olmakla beraber belirli bir stok içinden borçlanılmışsa⁶⁹, CISG m. 79'a göre sorumluluktan kurtulma ihtimali de mevcuttur⁷⁰. Örneğin, satıcı yalnızca kendi fabrikasında imal edilen malları teslim etme yükümlülüğü altına girmişse, bu fabrikanın yanması halinde teslim borcundan kurtulacaktır⁷¹. Zira somutlaştırılarak sözleşmeye özgülenmiş bir çeşit borcunun satıcıdan kaynaklanmayan bir nedenden ötürü yok olması veya kötüleşmesi halinde alıcı artık ifayı talep etme hakkını kaybedecektir⁷². Bu gibi bir şartın bulunmaması halinde satıcının çeşit borcunun ifasından kurtulması o malın piyasada hiç veya çok zor şartlar altında bulunması gibi oldukça istisnai hallerin gerçekleşmesi halinde mümkün olacaktır⁷³.

Çeşit borcundan farklı olarak parça borçlarında, borçlunun borçlandığı edimin konusu taraflarca bireysel nitelik ve özellikleriyle sözleşmede tam olarak belirlenir⁷⁴. Bu sebeple, CISG m. 79 anlamında bir engelin meydana gelmesi sebebiyle borç konusu edim imkânsızlaşıyorsa borçlu sorumluluktan kurtulabilecektir.

Çeşit ve parça borçları açısından dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da Anlaşma metninde parça ve çeşit borcu kavramlarının kullanılmamış olmasıdır⁷⁵. Bu yaklaşımdan hareketle malın türü sözleşmenin özelliklerine göre belirlenmelidir. Şöyle ki, her ne kadar sözleşme konusu mal bir parça borcu olsa da taraflar arasındaki sözleşmenin yorumundan borç konusu somut parça olmasa bile onun yerine bir başka edimin ifasının mümkün olduğu sonucuna varılıyorsa, örneğin fabrikadan seçilen iki adet makine veya galeride beğenilen bir adet araba, somut parçanın ifa edilmemesi halinde satıcı m. 79 uyarınca tazminat borcundan kurtulmayacaktır⁷⁶. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, burada genişletilmiş bir parça borcundan söz edilmektedir ve bu durumda ortada tipik bir parça borcu bulunmamaktadır.

Türk hukukunda ise, parça borçlarında, borçlu bu belirli şeyi ifa etmedikçe borcundan kurtulamaz. Aynı çeşitten başka bir malın teslimini alacaklı kabul etmek durumunda değildir⁷⁷. TBK m. 136 f. 1 uyarınca, borç konusu edim henüz ifa edilmeden borçlunun kusuru dışında bir sebepten ötürü yok olursa borçlu borcundan kurtulur. Borcun konusu olan şey sözleşmenin akdi anında belirlenen niteliği taşıyorsa alacaklı TBK m. 30-35, 39 arasında yer alan yanılma hükümlerinden;

69 Kemal Oğuzman and Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, vol 1 (12. Baskı, Vedat Kitapçılık 2016) 283.

70 ibid.

71 ibid.

72 Doğan Kara, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması" (2018) PPIL 38 107, 145 <https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.1.0006>

73 ibid.

74 Eren (n 5) 110.

75 Yılmaz (n 11) 233.

76 Atamer, CISG (n 4) 463.

77 Nomer (n 5) 274.

borç konusu borcun doğumundan sonra bozulmuşsa, TBK m. 112 vd. yer alan kötü ifa hükümlerinden ve TBK m. 219-23 arasında yer alan satım sözleşmelerinde ayıp hükümlerinden yararlanabilecektir⁷⁸. Bunun yanı sıra çeşit borçlarında ise, borçlu, borçlanılan türe dahil nitelik ve miktardaki şeyleri ifa etmek suretiyle borcundan kurtulur⁷⁹. TBK m. 86 uyarınca aksi anlaşılmadıkça edimin seçimi borçluya bırakılmış olup borçlu tarafından seçilecek olan bu edimin ortalama nitelikten daha aşağı kalitede olamayacağı hükme bağlanmıştır. Şayet bir çeşit borcunda borçlu orta kaliteden aşağı nitelikteki şeyi ifa konusu yaptığı takdirde alacaklı bu ifayı kabule mecbur değildir⁸⁰. Buna karşın borçlu niteliğe uygun ifayı önermedikçe borçlu temerrüdüne düşmek gibi ifa etmemenin sonuçlarına katlanır⁸¹. Buna ek olarak ifa imkansızlığı kapsamında, Roma hukukundan bu yana gelen ve Türk hukukunda da benimsenen genel *Genus non Perit* ilkesi uyarınca çeşit borçlarında imkânsızlık söz konusu olmaz yeter ki o çeşit tamamıyla yok olmuş olmasın.

b. Aşırı İfa Güçlüğü (*Hardship*)

Öncelikle belirtmek gerekir ki CISG m. 79’da aşırı ifa güçlüğüne ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁸². Bu sebeple m. 79’un aşırı ifa güçlüğü halini kapsayıp kapsamadığı meselesi hüküm kapsamında yer alan en önemli tartışmalardan birini oluşturmaktadır. Buna göre aşırı ifa güçlüğü, sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların yükümlülüklerini ifa etmelerinin önemli ölçüde zorlaşması (*excessively onerous*) ve edimler arasındaki dengenin bozulmasını ifade eder⁸³. Milletlerarası ticarete bu gibi durumlarının gerçekleşmesinin oldukça muhtemel olmasından hareketle, doktrinadaki hakim görüş, aşırı ifa güçlüğü hallerinin CISG m. 79 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁸⁴. CISG Danışma Kurulu görüşünde⁸⁵ de açıkça belirtildiği üzere, “*hal ve koşullarda meydana gelen, makul olarak öngörülmesi beklenemeyecek ve ifayı aşırı derecede zorlaştıran değişiklikler, m. 79 f.1 anlamında bir engel olarak değerlendirilebilir.*” Aşırı ifa güçlüğü’nün madde 79 kapsamında uygulanabileceğini savunan görüşler, madde metninde yer alan “engel” kavramının sadece ifayı kesin olarak imkansızlaştıran hususları içine alacak şekilde sınırlandırılmaması gerektiğini ileri sürmektedirler⁸⁶. Her ne kadar tarafların

78 Oğuzman, Öz (n 5) 282.

79 Eren (n 5) 986.

80 Oğuzman, Öz (n 5) 283-284.

81 Nomer (n 5) 274.

82 Atamer, CISG (n 4) 463; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 78; Ingeborg Schwenzer, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts” (2008) 39 VUWLR 712, 709. CISG m. 79’un aksine, PICC m. 6.2.2’de ve PECL m. 6:111’de aşırı ifa güçlüğüne ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

83 Schwenzer (n 82) 714-715.

84 Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017) 108; Atamer, CISG (n 4) 464; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 79; Fritz Enderlein and Dietrich Maskow, *International Sales Law*, (Oceana Publications 1992) Art 79 CISG para 6.3 <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html#art80>> son erişim tarihi 19.10.2018; Honnold (n 24) para 432.2.

85 CISG Danışma Kurulu Görüşü No: 7 <https://cisgac.com/file/repository/Turkish_No_7_Son.pdf> son erişim tarihi 19.10.2018.

86 Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması* (n 84) 108.

ekonomik durumlarında meydana gelen değişimler m. 79 f.1 kapsamında tarafların etki alanı içinde kalan engeller arasında görülse de piyasalarda tarafların kontrolü dışında gerçekleşen artışlar veya düşüşler aşırı ifa güçlüğüne sebep olan hallere örnek olarak gösterilebilmektedir⁸⁷. Zira böylesine güç bir durumda borçludan ifayı beklemek hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilmektedir⁸⁸. Aşırı ifa güçlüğü kapsamında borçlunun m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulması için değişen şartların borçlunun yükünü “aşırı” ölçüde ağırlaştırmış olması aranır. Buna ilişkin değerlendirmeyi yaparken de hakimin, sözleşmeyi, tarafların rizikolarının kapsamını dikkate alarak yorumlaması gerekir⁸⁹. Eğer tarafların sözleşmesinde rizikoya ilişkin bir düzenleme yoksa hakim, ifa etmenin borçlu için altından kalkılamaz ve onun ekonomik varlığını tehdit edecek bir külfet yaratıp yaratmadığını araştırmalıdır⁹⁰.

Her ne kadar aşırı ifa güçlüğü halinin m. 79 kapsamına girdiği kabul edilse bile, bu durumun sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğurup doğurmayacağı da doktrinde oldukça tartışmalı olan bir diğer meseledir⁹¹. Doktrindeki bir görüşe göre, aşırı ifa güçlüğünün mevcut olduğu bir durumda yalnızca sözleşmeden dönme hakkı kullanabilmelidir⁹². Doktrindeki bir diğer görüş uyarınca ise, m. 79’da bu hususta bir boşluk vardır ve bu boşluk CISG m. 7 f. 2 uyarınca genel ilkelere göre ve özellikle Unidroit ilkelerinde yer alan yeniden müzakere yükümlülüğü ve uyarılama imkânı uyarınca doldurulmalıdır⁹³. Buna ek olarak doktrindeki bazı yazarlar ise yeniden müzakere ve sözleşmenin uyarlanması imkânının CISG m. 7 f. 1’de yer alan dürüstlük kuralına dayandığını ileri sürmektedir⁹⁴. Sonuç olarak, hangi görüş kabul edilirse edilsin, CISG m. 79’da sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin bir düzenlemenin yer alması bir eksiklik olarak görülmektedir⁹⁵.

Türk hukukunda ise aşırı ifa güçlüğü TBK m. 138’de düzenlenmektedir. İlgili madde hükmü uyarınca, aşırı ifa güçlüğünün söz konusu olabilmesi için, borcun ifasının borçlunun sorumlu olmadığı ve sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir sebepten ötürü aşırı derecede güçleşmiş olması gerekmektedir⁹⁶. CISG m. 79

87 Atamer, CISG (n 4) 463; Köroğlu (n 25) 783.

88 Atamer, CISG (n 4) 463.

89 Atamer, CISG (n 4) 464; Dayıoğlu (n 3) 146. Bkz. Appellate Court Colmar, 12 June 2001 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010612f1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. İlgili kararda, Fransız satıcı tarafından tır imalatçısı olan alıcıya klima cihazları tedarik edilmektedir. Satıcı da bu cihazlar için gerekli parçaları 8 yıl boyunca İsviçreli bir satıcıdan almayı taahhüt etmiştir. Piyasalardaki bunalım nedeniyle alıcı cihazları daha ucuza alacağını beyan edince satıcı da kendine parça sağlayan İsviçreli şirket ile çalışamayacağını beyan etmiştir. 8 yıl süreli yapılan bir sözleşmede Fransız şirketin piyasalarda böyle bir dalgalanma olabileceğini hesaba katarak sözleşmesine bir uyarılama klozu koyabileceği hususundan hareketle mahkeme İsviçreli şirketin tazminat talebini kabul etmiştir.

90 Atamer, CISG (n 4) 464; Dayıoğlu (n 3) 147.

91 Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması (n 84) 108.

92 Pichonnaz (n 25) para 1821. Yazar m. 79’un uyarılama hakkı vermediğini ancak PICC ve PECL’daki düzenlemeler de dikkate alındığında hükmün bu doğrultuda geliştirilmesinin faydalı olacağını savunmaktadır.

93 Bu hususa ilişkin bkz. Atamer, CISG (n 4) 466; Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması (n 84) 108.

94 Bkz. Atamer, CISG (n 4) 466.

95 Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması (n 84) 110. Yazara göre bu m. 79’daki bu boşluk PICC ve PECL düzenlemeleri dikkate alınarak doldurulmalıdır.

96 Oğuzman, Öz (n 5) 566; Nomer (n 5) 324. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü (n 84).

f. 1'e paralel olarak borçlunun aşırı ifa güçlü nedeniyle TBK m. 138'den kaynaklanan haklarını kullanabilmesi için borcun ifa edilememesine sebep olan engelin borçlu tarafından sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülmez ve öngörülmesi beklenemez olağanüstü bir durum olması gerekir. Fakat CISG m. 79'dan farklı olarak, TBK m. 138, açıkça taraflara böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde sözleşmelerini değişen koşullara göre uyarlama veya sona erdirmeye imkânı vermektedir⁹⁷. Aşırı ifa güçlü nedeniyle mağdur olan tarafça kullanılan uyarlama hakkı sonunda borç ilişkisi ya değişen şartlara göre devam eder ya da sona erer⁹⁸. Uygulamaya bakıldığında, özellikle döviz kurunda meydana gelen beklenmedik değişimler nedeniyle uyarlama davalarının açıldığı görülmektedir⁹⁹.

c. Ayıplı Mal Tesliminde Sorumsuzluk

Madde 79 kapsamında yaptığımız genel açıklamalarımızda da bahsettiğimiz üzere, doktrindeki hakim görüş uyarınca, m. 79, borçlunun sorumluluktan kurtulması rejimini düzenlerken, edimin ayıplı olması veya imkansızlaşması hususunda herhangi bir ayırım yapmamıştır. Ancak pek tabi şüphesizdir ki satıcı sözleşmeye uygun malları teslim etmekle yükümlüdür ve uygun olmayan malların teslim edilmesinin hiçbir mazereti yoktur¹⁰⁰. Bu noktada önemli olan, hangi hallerde, borçlunun ayıplı mal teslimine ilişkin tazminat sorumluluğundan kurtulacağına tespit edilmesidir zira bu hallerin oldukça sınırlı olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹.

Borçlunun ayıplı mal tesliminde tazminat sorumluluğundan kurtulması durumuna örnek olarak, götürme borcunun söz konusu olduğu bir satımda, malın yüklü olduğu geminin çıkan bir grev nedeniyle limanda bekletilmesi yüzünden mallar bozulmuşsa ve satıcı tarafından bozulan malların yerine başkasının konulması mümkün değilse, m. 79 f.1'deki diğer şartların da mevcut olması halinde satıcı sorumluluktan kurtulabilecektir¹⁰². Doktrinde bu duruma ilişkin verilen bir diğer örnek ise, satıcı tarafından teslim edilmek üzere gemiye yüklenen malların, her türlü gerekli önlemin alınmasına rağmen, yolculuk sırasında teröristlerce zehirlenmesi halinde de satıcının m. 79 kapsamında sorumluluktan kurtulabileceğine ilişkindir¹⁰³. Bu noktada unutulmamalıdır ki, ayıplı mal teslimi kapsamında satıcının sorumluluktan kurtulması için ayıplı mal yerine geçecek ikame mal tesliminin de mümkün olmaması gerekir¹⁰⁴.

Bu örneklerin yanı sıra, uygulamada sıklıkla rastlanan bir diğer durumsa ayıba

97 Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması (n 84) 145. Yazara göre, hükmün lafzına bakıldığında her ne kadar yalnızca sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanabileceğinden bahsetse de m. 138'in sadece sözleşmeler bakımından değil tüm borç ilişkileri bakımından geçerli bir hüküm olduğu ileri sürülmektedir.

98 Nomer (n 5) 325.

99 ibid (n 5) 326, dn. 1063.

100 Magnus (n 9) 303.

101 Atamer, CISG (n 4) 466; Magnus (n 9) 304.

102 Atamer, CISG (n 4) 467.

103 Magnus (n 9) 304.

104 Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 12.

sebeup olan işlemin malların üretimi veya imalatı aşamasında meydana gelmiş olması halidir. Doktrindeki hakim görüş uyarınca, bu süreçte meydana gelen aksaklıkların satıcının hakimiyet alanı dışında kaldığının; öngörülemez ve kaçınılmaz olduğunun ileri sürülmesi mümkün değildir¹⁰⁵. Ancak satıcının imalatçı veya üretici olmadığı, kendisi tarafından satılan bu malları üçüncü kişi bir imalatçıdan tedarik ettiği hallerde ise, satıcıya sorumluluktan kurtulma imkânı tanınmalıdır¹⁰⁶.

Türk hukuku açısından öncelikli olarak, genel hükümlerde yer alan TBK m. 112 uyarınca, borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklı zararını gidermekle yükümlü kılınmıştır. Daha önce de değindiğimiz üzere CISG'tan farklı olarak sorumluluk borçlunun kusurlu olup olmamasına göre belirlenecektir. Buna ek olarak, TBK m. 219 ve devamında, taşınır satışlarında meydana gelen ayıplara ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Satıcının satılan maldaki ayıplardan sorumlu olduğu hallerde, alıcının sahip olduğu seçimlik haklar TBK m. 227'de sayılmıştır. İlgili hükümde sayılan, alıcının sahip olduğu seçimlik imkanları yerine getirmekten, borçlu, kusuru olmasa dahi sorumlu tutulmuştur. Buna göre alıcı satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönebilir, satılanı alıkoyup satış bedelinin indirilmesini talep edebilir, ücretsiz onarım talep edebilir ve son olarak satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteyebilir. Alıcının sahip olduğu bu seçimlik hakların yanı sıra, m. 227 f. 2'de, alıcının genel hükümlere göre (m. 112) tazminat isteme hakkı da saklı tutulmuştur.

C. İhbar Külfeti

CISG m. 79 f. 4 uyarınca, *“İfa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır.”* İlgili madde hükmünden hareketle borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmeyen borçlu, bu duruma sebebiyet veren ifa engelini, bu engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul süre içinde karşı tarafa bildirmelidir. Bu hüküm aynı zamanda CISG m. 7 f. 1'de yer alan dürüstlük kuralının¹⁰⁷ ve CISG'ın temelinde yatan genel iş birliği yapma ödevinin de bir yansımasıdır¹⁰⁸. İhbar yükümlülüğünün temelinde yatan düşünce karşı tarafın kendisini bu duruma ivedilikle adapte etmesini sağlayarak başka sözleşmeler akdetmek

105 Atamer, CISG (n 4) 467.

106 Atamer, CISG (n 4) 467. Aksi için bkz. BGH, 24 March 1999, Wine Wax Case <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Alman Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararda Avusturyalı alıcı ile Alman satıcı arasında üzümli korumak için kullanılan bir maddenin satımına ilişkin yapılan sözleşmede, satıcının sorumluluktan kurtulma talebini reddetmiştir. Satıcının sözleşme konusu malı temin ettiği tedarikçisi onun bilgisi dışında söz konusu malın formülünde değişiklik yapmış bu da alıcının zararına yol açmıştır. Mahkeme bu ayıbın satıcının hakimiyet alanı dışında gerçekleşmediğini tespit ederek m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulmanın mümkün olmadığına hükmetmiştir. Mahkemenin gerekçesine göre, satıcı burada alıcıya karşı sözleşmeye uygun mal tedarik etme yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle satıcı, alıcıya karşı, kendisine mal tedarik eden üçüncü kişilerden kaynaklanan aykırılıkları aşmakla yükümlüdür.

107 Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 95; Tallon (n 31) para 2.8.

108 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 43.

suretiyle zararını en aza indirmesini sağlamaktır¹⁰⁹. Bu nedenle borçlu tarafından yapılacak söz konusu bildirimin içeriğinde engelin kapsamı, ağırlığı, süreklilik arz edip etmediği, geçici ise ne kadar süreceğine ilişkin hususlara yer verilmelidir¹¹⁰.

CISG m. 79 f. 4 kapsamında yapılması gereken bildirim herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Madde 27'deki genel kuralın aksine¹¹¹ karşı tarafa ulaşmakla hüküm ifade eder ve bildirimin iletilmesi riski de borçluya aittir¹¹². Madde metninde bildirimin makul sürede yapılması gerektiği belirtilirken bu makul süreden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin herhangi bir düzenlenmeye yer verilmemiştir. Buradan hareketle bildirimin dürüstlük kuralı ışığında mümkün olan en kısa sürede yapılması uygun olacaktır¹¹³. Bunun yanı sıra, karşı tarafın varlığını bildiği engellere ilişkin borçlunun bildirimde bulunmasına gerek yoktur¹¹⁴. Ancak bu durumda bile, borçlunun açıklayıcı veya tedbir amaçlı bir bildirimde bulunması önerilmektedir¹¹⁵.

İhbarın makul sürede yapılmaması durumunda dahi söz konusu engel m. 79 f. 1'deki özellikleri taşıyorsa tazminat borcu ortadan kalkar fakat borçlu makul sürede yapmadığı bildirimden dolayı karşı tarafın uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür¹¹⁶. Bu zararlara alıcının sözleşmenin ifa edileceğini düşünerek kendi alıcılarına karşı yaptığı ve sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle de kendisinin ödemek durumunda kaldığı alt satım taahhüdüne ilişkin bedeller örnek olarak gösterilebilir¹¹⁷. Zira satıcı sözleşmeyi ifa edemeyeceğine ilişkin bildirimini makul sürede yapsaydı alıcı kendi alıcılarına karşı böyle bir taahhüt altına girmeye bilecekti. Bunun yanı sıra, doktrindeki bir görüş uyarınca, karşı taraf, usulüne uygun bildirimde bulunulmaması nedeniyle kaçırıldığı fırsatlar veya muhtemel kar kayıpları gibi müspet zararlarını da talep edebilmelidir¹¹⁸. Engelin sadece ifayı değil bildirimi de imkânsız kıldığı hallerde borçlunun bildirimde bulunmama dan dolayı ödemesi gereken tazminat yükümlülüğü de ortadan kalkacaktır¹¹⁹.

İhbar külfeti bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer nokta bu bildirimin engelin önlenabilir olması halinde de yapılıp yapılmayacağıdır. Madde 79 f. 1 kapsamında engelin ve sonuçlarının önlemez ve kaçınılmaz olması gerekliliği başlığı altında da açıkladığımız üzere, doktrindeki bir görüş uyarınca, borçlu tarafından

109 Atamer, CISG (n 4) 474.

110 Ayanoğlu Morali (n 9) 302; Dayıoğlu (n 3) 146; Neumayer, Ming (n 11) 532; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 95; Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 44; Atamer, CISG (n 4) 474.

111 CISG m. 27: "Antlaşmanın bu Kısımında açıkça aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu Kısma uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz."

112 Atamer, CISG (n 4) 474; Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 45.

113 Ayanoğlu Morali (n 9) 302.

114 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 46.

115 ibid.

116 Dayıoğlu (n 3) 146; Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 47; Atamer, CISG (n 4) 474.

117 ibid.

118 Zeytin (n 11) 331.

119 Atamer, CISG (n 4) 475; Tallon (n 31) para 2.8.

engelin ikame mal temin etmek suretiyle önlenemediği hallerde dahi borçlunun karşı tarafa m. 79 f. 4 kapsamında bildirimde bulunması gerekmektedir¹²⁰. Bunun aksine, doktrindeki bir diğer görüş uyarınca, söz konusu bildirim yükümlülüğü, yalnızca ifa engelinin kesin, önlenemez ve kaçınılmaz olduğu hallerde yerine getirilmelidir¹²¹.

CISG'nin aksine Türk hukukunda tüm borca aykırılık hallerini içine alacak genel bir bildirim yükümlülüğü öngörülmemiştir¹²². Yalnızca TBK m. 136 f. 3 incelendiğinde CISG m. 79 f.4'deki bildirim yükümlülüğüne benzer bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. TBK m. 136 f. 3 uyarınca, *“Borçlu ifanın imkansızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür.”* denmektedir. Mülga BK m. 117'de böyle bir yükümlülük bulunmamasına rağmen doktrindeki hakim görüş uyarınca aynı yükümlülük MK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralına dayandırılarak kabul edilmekteydi¹²³. Buradan hareketle, borçlunun bu bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde, alacaklının bu yüzden uğradığı zararı tazmin etme borcu doğacaktır. Bu zarar, borçlu imkansızlığı ilk uygun zamanda bildirseydi ve/veya zararı azaltıcı tedbirleri alsaydı alacaklının uğramayacağı zarardır¹²⁴.

D. Üçüncü Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

CISG m. 79 f. 2 uyarınca, *“Taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak; (a) Fıkra 1 uyarınca sorumluluktan kurtulmuş olduğu takdirde ve (b) Görevlendirmiş olduğu kişiye 1. fıkra hükmünün uygulanması durumunda görevlendirilen kişi de sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde mümkündür.”* Şöyle ki borçlu, borcunu ifa etmek için başvurduğu çalışanları, görevlileri, işçileri, ham madde veya satılan malın kendisini temin eden şahıslar¹²⁵ gibi ifa yardımcılarının fiillerinden, bu kişiler

120 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 14; Pichonnaz (n 25) para 1762-1763; Secretariat Commentary, para 16.

121 Tallon (n 31) para 2.8.

122 Ayanoğlu Morali (n 9) 302. Serozan'a göre, bu koruma yükümlülüğü dürüstlük kuralına dayanan edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinden kaynaklandığı gibi esasen tüm ifa engelleri ve hükümsüzlük olguları için geçerlidir. Bkz. Rona Serozan, “Yeni Borçlar Kanunu'nda İfa Engelleri Alanında “Malumu İlam” Örnekler” in Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, (1. Baskı, Filiz Kitabevi 2013) 1043-1044.

123 Oğuzman, Öz (n 5) 561.

124 Oğuzman, Öz (n 5) 561-562; Nomer (n 5) 322.

125 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 37; Advisory Council Opinion No:7, N. 18 <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Buna göre borçlunun ham madde ya da malın kendisini sağlayan tedarikçilere karşı olan sorumluluğu m. 79 f. 1 kapsamında üstlendiği malı teslim borcunu içine alan genel riskin bir parçası kabul edilir. Bkz. OLG Hamburg, 28 February 1997, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. İlgili kararda mahkeme satıcının m.79 f. 1 kapsamında sorumluluktan kurtulmadığını, satıcının kendi tedarikçisinden temin edeceği mallara ilişkin riskin kendisine ait olduğunu hükme bağlamıştır. BGH, 24 March 1999, Wine Wax Case <<http://www.cisg.law.pace.edu/cases/990324g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Alman Yüksek Mahkemesi tarafından verilen kararda Avusturyalı alıcı ile Alman satıcı arasında üzümleri korumak için kullanılan bir maddenin satımına ilişkin yapılan sözleşmede, satıcının sorumluluktan kurtulma talebini reddetmiştir. Satıcının sözleşme konusu malı temin ettiği tedarikçisi onun bilgili dışında söz konusu malın formülünde değişiklik yapmış bu da alıcının zararına yol açmıştır. Her ne kadar mahkeme sorumluluğun m. 79 f. 1'ini yoksa f.2'ye mi dayandığına ilişkin bir açıklama getirmese de tedarikçi tarafından kontrol edilmeyen bir engelin mevcut olmadığı sonucuna varmıştır.

borçlunun kendi hakimiyet alanı içinde olduğundan m. 79. f. 1 uyarınca sorumludur¹²⁶. Buna karşın, m. 79 f. 2 anlamında kastedilen üçüncü kişiler borçlunun organizasyon ve hakimiyet alanı dışında bulunan, bağımsız hareket eden ve borçlunun sorumluluğu altında bulunmayan ikame kişilerdir¹²⁷. Madde 79 f. 2 kapsamında yer alan bağımsız üçüncü kişiler banka veya taşıyıcı gibi ifa sürecine dahil olan ve borçlunun üzerinde sınırlı bir hakimiyet ve denetime sahip olduğu kişilerdir¹²⁸.

Borçlunun madde 79 f. 2 kapsamında sorumluluktan kurtulması için ispat etmesi gereken iki şey vardır. Borçlu ilk olarak f. 1 uyarınca ifa engelini öngörülemez, önlenemez ve kaçınılmaz olduğunu; ikinci olarak da üçüncü kişi bakımından da f. 1’de sayılan hususların mevcut olduğunu ispat etmelidir ki bağımsız ifa yardımcısının fiilinden dolayı oluşan tazminat sorumluluğundan kurtulsun. Buradan hareketle f. 2’de yer alan şartların tamamının bir arada gerçekleşmesi gerektiğinden, üçüncü kişilerin fiillerinden sorumluluk açısından daha katı bir sorumluluk rejimi ortaya konmaktadır¹²⁹.

Türk hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelendiğinde, borçlunun kendi hakimiyet alanı içinde olan ve sorumluluklarının kapsamı CISG m. 79 f. 1’de yer alan ifa yardımcılarının sorumlulukları TBK m. 116’da düzenlenmektedir¹³⁰. TBK m. 116 f. 1 uyarınca, “*Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür.*” Buradan hareketle, bir kişinin yardımcı kişi sayılabilmesi için borçlunun emri altında olması veya borçluya bir sözleşme ile bağlı bulunması şart değildir¹³¹. TBK m. 116 uyarınca bir kişinin yardımcı kişi sayılabilmesi için bu kişinin borcun ifasına katılırken borçlunun onayını almış olması gerekir¹³². Bu onay en geç yardımcı kişinin zarar doğuran fiili işlemesinden önce verilmiş olmalıdır¹³³. Burada borçlunun sorumluluğu bir kusursuz sorumluluktur. Şöyle ki, yardımcı kişinin verdiği zararda borçlunun kusuru bulunmasa bile o bu zarardan sorumlu tutulacaktır¹³⁴. TBK m. 66’nın aksine, m. 116 borçluya bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanımamıştır. Borçlu, yardımcı kişiyi seçmede, ona talimat ve bilgi vermede, denetlemede gerekli özen ve dikkati gösterdiğini ispat

126 Atamer, CISG (n 4) 472; Ayanoğlu Morali (n 9) 303; Dayıoğlu (n 3) 147-148; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 34; Tallon (n 31) para 2.7.

127 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 34; Tallon (n 31) para 2.7.1; Flambouras (n 25) 274; Neumayer, Ming (n 11) 523; Atamer, CISG (n 4) 472.

128 Atamer, CISG (n 4) 472; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 34.

129 Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 39; Atamer, CISG (n 4) 473.

130 Ayrıntılı bilgi için bkz. Zariife Şenocak, Borçlunun İfa Yardımcısından Doğan Sorumluluğu (1. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları 1995).

131 Oğuzman, Öz (n 5) 417; Tandoğan (n 5) 436-437; Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme (n 42) 22, para 7.

132 Oğuzman, Öz (n 5) 418; Tandoğan (n 5) 436; Eren (n 5) 1100; Şenocak (n 130)104.

133 Oğuzman, Öz (n 5) 419.

134 ibid 425.

etse bile sorumluluktan kurtulamayacaktır¹³⁵. Bunun yanı sıra taraflara, TBK m. 116 f. 2 uyarınca, önceden yapılan bir sorumsuzluk anlaşması ile yardımcı kişilerin fiillerinden kaynaklanan zararlardan dolayı oluşacak sorumluluğu kısmen veya tamamen bertaraf etme imkânı da tanınmıştır.

E. Geçici İfa Engelleri

CISG m. 79 f. 3 uyarınca, “*Bu maddede öngörülen sorumluluktan kurtulma, engelin var olduğu dönem için geçerlidir.*” Buna göre, engelin geçici olması halinde borçlu yalnızca engelin devam ettiği süre içerisinde oluşan zararlardan doğan tazminat yükümlülüğünden kurtulur¹³⁶. Buna mukabil, engelin ortadan kalkmasıyla birlikte borçlunun ifada bulunma yükümlülüğü tekrar canlanır¹³⁷. Örneğin geçici bir ithalat/ ihracat yasağının mevcut olduğu bir durumunda, yasağın ortadan kalktığı andan itibaren borçlunun ifa yükümlülüğünü yerine getirmesi gerekir¹³⁸. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, ifa tarihinin sözleşmenin esaslı unsurunu teşkil ettiği hallerde bu imkânın kullanılması mümkün olmayacaktır¹³⁹. Edimin sözleşmede belirlenen tarihte ifa edilmemesi halinde sözleşme konusu malın bozulması ve yerine ikame bir malın tedarik edilmesinin mümkün olmadığı haller bu duruma örnek teşkil edebilir. Bunun yanı sıra, bu hususta dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta da geçici bir ifa engelinin söz konusu olduğu hallerde, alıcı bu süreçte halen sözleşme ile bağlıdır ve teoride söz konusu engelin geçmesini beklemesi gerekir meğer ki, söz konusu geçici ifa engeli m. 25 anlamında bir esaslı ihlal teşkil etsin ve alıcı da m. 49’dan kaynaklanan haklarını kullanmamış olsun¹⁴⁰.

F. Sorumluluktan Kurtulmanın Hukuki Sonuçları

1. Tazminat Borcunun Ortadan Kalkması

CISG m. 79’da belirtilen şartların varlığı halinde, borçlu engelin varlığı süresince tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulur¹⁴¹. Borçlunun tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmuş olması borcun ifa edilmemesinin bir sözleşmeye aykırılık unsuru teşkil ettiği gerçeğini değiştirmez¹⁴². İfa engeli yalnızca borcun bir kısmının ifasını engelliyorsa, borçlu yalnızca o kısım bakımından tazminat ödeme borcundan kurtulur¹⁴³.

135 Eren (n 5) 1110; Tandoğan (n 5) 450.

136 Dayioğlu (n 3) 148; Zeytin (n 11) 330; Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 41; Neumayer, Ming (n 11) 531; Atamer, CISG (n 4) 473; Magnus (n 9) 306.

137 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 41; Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 87.

138 Atamer, CISG (n 4) 473.

139 Köroğlu (n 25) 790.

140 Atamer, CISG Art. 79 (n 9) para 87; Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 41; Honnold (n 24) 435.

141 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 49; Zeytin (n 11) 331; Atamer, CISG (n 4) 475.

142 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 49

143 Zeytin (n 11) 331; Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 49; Tallon (n 31) para 2.10.3.

CISG m. 79 kapsamında borçlunun tazminat borcundan kurtulması hususunda üzerinde durulması gereken önemli bir nokta da söz konusu tazminat borcunun ortadan kalkmasının sözleşmede borçlu aleyhine kararlaştırılmış olan cezai şart, garanti sorumluluğu veya götürü tazminat gibi hususlara etki edip etmeyeceğinin tespiti. CISG m. 79 f. 5 incelendiğinde bu konunun Antlaşma metni kapsamına alınmadığı ve sadece tazminat talep etme hakkına ilişkin bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir. Doktrindeki hakim görüş uyarınca bu belirsizlik bir yorum sorunu olarak kabul edilmeli ve tarafların sözleşmelerinde kararlaştırdıkları bu gibi hususların geçerliliği CISG m. 4 uyarınca belirlenmelidir¹⁴⁴. CISG m. 4 uyarınca bu gibi hususların geçerliliği meselesi Antlaşma kapsamı dışında bırakılmıştır. Buradan hareketle, geçerlilik, uygulanacak ulusal hukuka göre tespit edilecektir. Bu tespitin olumlu olması durumunda, borçlunun m. 79 hükmüne dayanarak tazminat yükümlülüğünün yanı sıra sözleşme ile kararlaştırılan bu gibi şartlardan da sorumlu olup olmayacağı CISG m. 8 hükmü esas alınarak yorumlanmalıdır¹⁴⁵. Madde 79 uyarınca borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulmasına rağmen sözleşme ile kararlaştırılan mali yükümlülükleri yerine getireceği açıkça anlaşılmıyorsa, borçlunun tazminat borcu ile birlikte bu mali yükümlülüklerden de kurtulduğu kabul edilmelidir¹⁴⁶. Bir başka deyişle, sözleşme ile kararlaştırılan cezai şart veya götürü tazminata ilişkin hükümlerin ulusal hukukça geçerli olduğunun tespit edilmesi halinde ise, borçlu her ne kadar CISG m. 79 hükmüne istinaden tazminat ödeme borcundan kurtuluyorsa da cezai şart ya da götürü tazminat olarak kararlaştırılan miktarı ödemesi gerekir¹⁴⁷.

2. Borçlunun Sorumluluktan Kurtulmasının Alacaklının Seçimlik Hakları Üzerindeki Etkisi

CISG m. 79 f. 5 uyarınca, ifa etmemenin sebebi, borçlunun hakimiyet alanı dışında kalan, öngörülemeyen ve kaçınılmaz bir engelden kaynaklanıyorsa, borçlu yalnızca tazminat sorumluluğundan kurtulacak olup; CISG m 46 uyarınca, alıcı, bu talebi ile bağdaşmayan bir hukuki imkândan yararlanmamış olması halinde, satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebileceği gibi, malların sözleşmeye uygun olmaması halinde, bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturması ve m. 39'a uygun olarak yapılacak bildirim veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimi isteyebilir veya satıcıdan, yine m. 39 uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul süre içinde, sözleşmeye aykırılığın onarım yoluyla giderilmesini isteyebilecektir.

¹⁴⁴ Atamer, CISG (n 4) 476; Zeytin (n 11) 332; Schwenger, CISG m. 79 (n 19) para 50.

¹⁴⁵ Zeytin (n 11) 332; Advisory Council Opinion No: 10, para 5 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op10.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

¹⁴⁶ Zeytin (n 11) 332; Advisory Council Opinion No: 10, para 5.

¹⁴⁷ Atamer, CISG (n 4) 476.

a. Aynen İfa Talebi

Borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulmasının alacaklının diğer haklarına etki etmeyeceğine ilişkin m. 79 f. 5 düzenlemesi, doktrinde, özellikle aynen ifa talebi hususunda tartışmalara neden olmuştur. Aynen ifa talebinin korunmasına ilişkin eleştirilerin hareket noktası, m. 79 anlamında borçluyu tazminat sorumluluğundan kurtaran bir engelin aynı zamanda borcu kesin olarak imkansızlaştıracağından düşünülmesidir¹⁴⁸. Bu sebeple de aynen ifa talebinin bir anlamı kalmadığı ileri sürülmüştür. Bu görüş, CISG’da yeknesak bir sözleşmeye aykırılık anlayışının olduğu ve sözleşme ihlallerinin ayıp, imkânsızlık, temerrüt gibi ayrımlara tabi olmadığı gerçeğinden hareketle ikna edici bulunmamıştır¹⁴⁹. Buna ek olarak, m. 79 yalnızca, hangi şartların gerçekleşmesi halinde borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulabileceğini düzenlemektedir. Sorumluluktan kurtulma imkânı veren ifa engeli borcun imkansızlaşmasına sebep olabileceği gibi, yukarıda da açıklandığı üzere ayıplı ifaya da sebep olabilecektir¹⁵⁰. Buradan hareketle aynen ifa talebinin mümkün olup olmayacağı m. 79’a göre değil, aynen ifa talebinin düzenlediği m. 46 ve 62’ye göre belirlenmelidir¹⁵¹.

Şüphesizdir ki, edim konusunun imkansızlaşmış olması halinde alacaklı aynen ifa talebinde bulunamayacaktır¹⁵². Ancak bu oldukça nadir rastlanan bir durumdur zira, “çeşit ve parça borçlarında sorumsuzluk” başlığı altında da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, edimin bir çeşit borcu olduğu hallerde, alacaklı borçludan her zaman imkansızlaşan mallar yerine ikame mal talebinde bulunabilecektir. İmkânsızlık nedeniyle alacaklının aynen ifa talebinde bulunmasının mümkün olmadığı yegâne hallerden biri ise borç konusu edimin bir parça borcu olduğu hallerdir¹⁵³. Şöyle ki, doktrindeki hakim görüş uyarınca, tazminat sorumluluğu ortadan kalksın veya kalkmasın, parça borcunun ifası objektif olarak imkânsız hale gelirse, aynen ifa talebi engellenmelidir¹⁵⁴. Her ne kadar m. 79 f. 5, tazminat talebi ortadan kalksa bile alacaklının her zaman aynen ifa talebinde bulunma hakkının olduğunu söylese de ifa talebi ancak m. 46 ve 62’deki şartların mevcut olması halinde ileri sürülebilecektir¹⁵⁵.

148 Dionysios Flambouras, “Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108” 2002, para 4 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html>> son erişim tarihi 19.10.2018; Honnold (n 24) para 435.5.

149 Yeşim M. Atamer, “Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?” (2013) 8 Özel Sayı Yaşar Üniversitesi Dergisi 490, 487. (Alacaklının Talepleri)

150 ibid 491.

151 ibid 493.

152 Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 53; Tallon (n 31) para 2.10.2; Neumayer, Ming (n 11) 532-534.

153 Peter Huber and Alastair Mullis, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* (2nd edn, Sellier European Law Publishers 2007) 193. Ayrıntılı bilgi için bkz. sayfa 16-17.

154 Atamer, Alacaklının Talepleri (n 149) 500.

155 ibid 501. Aynen ifa talebinin m. 28 uyarınca ulusal hukuka başvurulacak çözülmemesi gerektiği hususunda bkz. Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 53; Atamer, Alacaklının Talepleri (n 149) 499.

Edimin sübjektif olarak imkânsız hale geldiği hallerde ise, ifa, borçlu için daha külfetli hale gelmiş olsa bile alacaklı aynen ifa talebinde bulunabilecektir¹⁵⁶. Bunun yanı sıra, alacaklın, engel sebebiyle sözleşmeye aykırı bir malın teslim edilmesi halinde, m. 46 f. 2 ve 3 kapsamında borçludan malın onarılmasını veya yenisi ile değiştirilmesini talep edebilir¹⁵⁷.

b. Alacaklının Diğer Hukuki İmkanları

Alacaklı, borçlunun m. 79 f. 5 kapsamında tazminat sorumluluğundan kurtulduğu hallerde, aynen ifa talebi dışında sözleşmeden dönme veya semenin tenzili haklarını da kullanabilir¹⁵⁸. Öncelikli olarak, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için m. 49’da yer alan sebeplerden birinin gerçekleşmiş olması gerekir. Bunun yanı sıra, satıcının sözleşmeye aykırı bir mal teslim etmiş olması halinde alıcı m. 50’ye göre yapılacak bir hesaplama sonucu tespit edilen miktarın bedelden indirilmesini talep edebilecektir¹⁵⁹. Semen tenzili, zararın tazmininden farklı olarak, sözleşmeye aykırı bir malın teslim edilmiş olması sebebiyle bozulan edimler arasındaki dengenin yeniden kurulmasına hizmet eder¹⁶⁰. Son olarak, m. 79 f. 5 kapsamında, alacaklının sahip olduğu bir diğer hak da m. 78’e göre satış bedeli ve muaccel olmuş diğer meblağlar üzerinden faiz talep edebilecek olmasıdır¹⁶¹.

III. CISG M. 80 Uyarınca Alacaklının İfaya Engel Olması Halinde Sorumsuzluk

A. Genel Olarak

CISG m. 80 uyarınca, *“Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz.”* Madde 80 hükmü hem Antlaşmanın 77. maddesinde¹⁶² yer alan zararı azaltma külfetinin bir yansımasını oluştururken¹⁶³ aynı zamanda genel nitelikli

¹⁵⁶ Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 54. Unutulmamalıdır ki, mahkeme, bu tür durumlarda aynen ifaya hükmedebilecek olsa dahi, hükmün icrası sübjektif imkânsızlık halı devam ettiği müddetçe mümkün olmayacaktır.

¹⁵⁷ Atamer, Alacaklının Talepleri (n 149) 496.

¹⁵⁸ Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 55; Tallon (n 31) para 2.10.

¹⁵⁹ Atamer, Alacaklının Talepleri (n 149) 507.

¹⁶⁰ ibid.

¹⁶¹ Schwenzer, CISG m. 79 (n 19) para 56; Atamer, Alacaklının Talepleri (n 149) 507.

¹⁶² CISG m. 77: “Sözleşmenin ihlaline dayanan taraf, mahrum kalınan kar dahil, ihlalden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Bu önlemleri almaması halinde, ihlal eden taraf, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir.” İki madde arasındaki temel fark, m. 80 ihlalin sebebi ve bu sebebin alacaklıya isnat edilip edilemeyeceği ile ilgilidirken, m. 77 ihlalin borçlu tarafından gerçekleştiği varsayımından hareket etmekte ve bu ihlalin meydana getirdiği zararın alacaklının davranışları ile azaltılması ihtimali üzerinde durmaktadır.

¹⁶³ Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012) 370; Yeşim M. Atamer, *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Commentary*, CISG Art. 80 (Kröll, Mistelis, Perales Viscasillas eds, Hart Publishing 2011) para 1.

dürüstlük kuralının (m. 7 f.1) da bir ifadesidir¹⁶⁴. Buradan hareketle, borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesi alacaklının davranışlarından kaynaklanıyorsa borçlu sorumluluktan kurtulacaktır¹⁶⁵. Zira hiç kimse kendisinin sebep olduğu olumsuz durumdan lehe bir sonuç çıkaramamalıdır¹⁶⁶. Madde 80 kapsamında borçlu yalnızca tazminat sorumluluğundan değil, bütün sorumluluklarından kurtulur¹⁶⁷. Bu durumda alacaklı, tazminat talebi dışında sahip olduğu aynen ifa, semenin tenzili, onarım veya sözleşmeden dönme gibi haklarını da borçludan talep edemeyecektir. Bu açıdan bakıldığında m. 80’de düzenlenen sorumluluktan kurtulma rejiminin kapsamı m. 79 f. 5’dekine oranla daha geniş olduğu için, m. 80 düzenlemesinin m. 79 hükmüne nazaran daha üstün olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁸. Buna ek olarak m. 80 kapsamında borçlunun sorumluluktan kurtulması için, alacaklının kusurlu olması da aranmaz¹⁶⁹.

B. Sorumluluktan Kurtulmanın Şartları

1. Yükümlülük İhlali

Öncelikli olarak madde 80 kapsamında bir sorumluluktan kurtulmanın söz konusu olabilmesi için borçlunun sözleşmeden veya Antlaşmadan kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olması gerekir¹⁷⁰.

2. Alacaklının Davranışı

CISG m. 80 uyarınca borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için kendisinin borcunu ifa etmemesi alacaklının eylem veya eylemsizliğinden kaynaklanmalıdır¹⁷¹. Alacaklının bu olumsuz davranışı sözleşmeden, kanundan, Antlaşmadan, dürüstlük kuralından veya ticari teamüllerden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde ortaya çıkabilir¹⁷². Buna ek olarak, yukarıda da belirttiğimiz üzere alacaklının

164 Zeytin (n 11) 334; Ingeborg Schwenzer, “CISG m. 80” in Schwenzer and Çağlayan Aksoy (eds), *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015) para 8; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 1; Fritz Enderlein and Dietrich Maskow, *International Sales Law*, (Oceana Publications 1992) Art 80 CISG, para 1.1; Atamer, CISG (n 4) 470; Denis Tallon, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, CISG Art. 80 in Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, *Giuffrè 1987 para 1.1* <<https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb80.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Madde 80’in genel nitelikli bir dürüstlük kuralı teşkil edip etmeyeceğine ilişkin tartışmalar ve detaylı bilgi için bkz. Thomas Neumann, *The Duty to Cooperate in International Sales: The Scope and Role of Article 80 CISG* (Sellier European Law Publishers 2012) 116 vd.

165 Baysal, Zarar Görenin Kusuru (n 163) 370.

166 Atamer, CISG (n 4) 470.

167 Magnus (n 9) 307; Erdem, *Viyana Satım Sözleşmesi* (n 27) 96; Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 2; Dayıoğlu (n 3) 150; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 1.

168 Magnus (n 9) 307; Honnold (n 24) par. 436.2; Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 2; Zeytin (n 11) 333.

169 Baysal, Zarar Görenin Kusuru (n 163) 371; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 1; Dayıoğlu (n 3) 150; Huber, Mullis (n 153) 266; OLG Koblenz, 31 January 1997, *Acrylic Blankets Case* <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/970131g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018.

170 Zeytin (n 11) 334; Enderlein, Makow, CISG Art. 80 (n 164) para 2.

171 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 3.

172 Zeytin (n 11) 335; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 4; Atamer, CISG (n 4) 471.

kusurlu olup olmamasının borçlunun sorumluluktan kurtulması anlamında bir önemi yoktur¹⁷³. Alacaklının şu davranışları m. 80 kapsamında borçlunun sorumluluktan kurtulmasına örnek olarak gösterilebilir¹⁷⁴: malın temin edilmesine veya üretilmesine ilişkin yanlış talimatların verilmesi¹⁷⁵, malların teslim alınmaması, sözleşmenin ifası için gerekli iş birliğinden kaçınmış olma¹⁷⁶, FOB bir satışlarda malların yükleneceği geminin ya da yükleme limanının belirtmeme, gerekli ithalat ruhsatının alınmamış olması¹⁷⁷, ikame mal teslimatının haksız yere reddedilmesi¹⁷⁸. Bunun yanı sıra, alacaklının hakimiyet alanında bulunan ifa yardımcılarının davranışlarından kaynaklanan engellerden de alacaklı sorumlu olacaktır¹⁷⁹.

3. İlliyyet Bağı

Borçlunun sözleşmesel yükümlülüğünü ifa etmemesinin nedeni alacaklının davranışının hem mantıki anlamda hem de objektif olarak ifayı kısmen ya da tamamen engelleyecek nitelikte olmalıdır¹⁸⁰. Bir başka deyişle, borçlunun yükümlülük ihlali ile alacaklının davranışı arasında illiyet bağı bulunmalıdır¹⁸¹. Alacaklının davranışı borçlunun sözleşmeyi ifa etme kabiliyetine zarar vermedikçe, borçlunun bu davranışı alacaklıya isnat edilemeyecektir¹⁸². Bunun yanı sıra, CISG m. 79'dan farklı olarak, ticari hayattaki dürüstlük kuralından kaynaklanan istisnalar saklı kalmak kaydıyla¹⁸³, borçludan alacaklının sebep olduğu ifa engelini aşması beklenemez¹⁸⁴.

İlliyyet bağına ilişkin doktrindeki en tartışmalı mesele, borcun ifa edilmemesi sebebine hem alacaklının hem de borçlunun katkıda bulunduğu hallerde CISG m. 80'nin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindir. Bir başka ifadeyle, borcun ifa edilmemesinde alacaklı ve borçlunun müteselsilen sorumlu oldukları hallerde m. 80 hükmü uygulama alanı bulacak mıdır? Bu soruna ilişkin henüz kesin bir cevap

173 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 3; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 4; Neumayer, Ming (n 11) 540.

174 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 3; Huber, Mullis, Huber 266; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 4; Atamer, CISG (n 4) 471.

175 Tallon (n 164) para 2.3.

176 OGH, 6 February 1996, Propane Case <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. İlgili davada satıcı kendi yükümlülüğünde olmasına rağmen alıcıya yükleme limanına ilişkin gerekli bilgileri sağlamadığı için, alıcı teminat mektubunu alamamıştır. Bu nedenle söz konusu ihlal satıcının yükümlülüğüne yerine getirmemesinden kaynaklandığı için m. 80 kapsamında alıcının sorumluluğuna dayandırılmayacaktır. OLG München, 8 February 1995, Automobiles case <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Alıcı tarafından otomobiller teslim alınmamıştır.

177 Kyprianou v Cyprus Textiles Ltd., [1957] 2 Lloyd's Rep. 353. İlgili davada alıcı tarafından alınması gerekli ithalat ruhsatı zamanında alınmamıştır.

178 OLG Koblenz, 31 January 1997 <<https://cisgw3.law.pace.edu/cases/970131g1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018. Alıcı satıcı tarafından önerilen ikame mal teslimini herhangi bir gerekçe olmadan reddetmiştir.

179 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para. 3; Zeytin (n 11) 335.

180 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 4; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 8.

181 Zeytin (n 11) 335.

182 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 6; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 8.

183 Borçlunun ticari uzmanlık alanı sebebiyle alacaklı tarafından kendisine verilen talimatların hatalı olduğunu anladığı haller bu duruma örnek gösterilebilir. Detaylı bilgi için bkz. Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 9.

184 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 5; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 9; Huber, Mullis (n 153) 266.

verilmemiş olmakla beraber doktrindeki bir görüş, m. 80 tarafından benimsenen “*ya hep ya hiç*” ilkesinden hareketle bu hükmün, ifa engelinin yalnızca alacaklıdan kaynaklandığı hallerde uygulanması gerektiğini savunur¹⁸⁵. Buna karşın hükmün tarihçesini ve lafzını¹⁸⁶ temel alan hakim görüş, madde 80’in borcun ifa edilmemesinde alacaklı ve borçlunun müteselsil sorumlu olduğu hallerde de uygulanabileceğini savunur¹⁸⁷. Buna göre, Türk hukukunda yer alan birlikte kusura benzer şekilde¹⁸⁸, sözleşmenin ihlalinde her iki tarafın davranışı etkili olmuştaysa, m. 80’nin hukuki sonuçları her bir tarafın ifa etmeme sebebine katkısı oranında belirlenecektir¹⁸⁹. Özellikle tazminat alacağı, indirim veya faize ilişkin alacakların söz konusu olduğu uyuşmazlıklarda, CISG m. 77 ve 80 hükmü birlikte değerlendirilerek, meblağlar, tarafların davranışlarını ağırlığı esas alınarak paylaştırılmalıdır¹⁹⁰. Bu paylaştırma mahkemenin takdirinde olduğundan ve hesaplama matematiksel bir kesinlik içermediğinden ortalama sonuçlar doğurma riskini de beraberinde getirmektedir¹⁹¹.

C. Hukuki Sonuçları

Alacaklının borcun ihlaline sebep olduğu hallerde, borçluya karşı ileri sürebileceği tazminat ve aynen ifa, sözleşmeden dönme, bedelden indirim veya faiz gibi diğer hukuki talepleri de ortadan kalkar¹⁹². Bunun yanı sıra, Madde 80’in alacaklının aynen ifaya ilişkin talebini ne ölçüde engellediği, alacaklının ifa engeline sebep olan davranışının etkisine göre belirlenmelidir¹⁹³. Şöyle ki, malların alacaklıdan kaynaklanan bir sebepten ötürü yok olduğu ya da zarar uğradığı hallerde, alacaklının borçludan ikame mal talebinde bulunması veya malların onarımını istemesi pek tabi m. 80 uyarınca mümkün olmayacaktır. Fakat, alacaklının davranışının yalnızca ifanın gecikmesine sebep olduğu bir durumda, söz konusu gecikme aynı zaman sözleşme hükümleri uyarınca esaslı bir ihlal de teşkil etmiyorsa, borçlunun alacaklının aynen ifa talebini yerine getirmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁹⁴. Buna ek olarak, eğer alacaklının davranışı borçluyu sorumluluktan kurtarmasının yanında aynı zamanda sözleşmenin ihlaline neden olan

185 Magnus (n 9) 307; Huber, Mullis (n 153) 267.

186 CISG m. 80 hükmünde yer alan “kaynaklandığı ölçüde” ifadesinin bu işaret ettiği ileri sürülmüştür. Bkz. Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 10.

187 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 7; Tallon (n 164) para 2.4.; Neumayer, Ming (n 11) 541; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 10.

188 Detaylı bilgi için bkz. Baysal, Zarar Görenin Kusuru (n 163). TBK m 52 f. 1 uyarınca, “Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasına ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminat indirebilir veya tamamen kaldırabilir.” M 52 f. 2 uyarınca ise, “Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”

189 Bkz. Case 189/2003 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041229r1.html>> son erişim tarihi 19.10.2018; Dayıoğlu (n 3) 151.

190 Zeytin (n 11) 336; Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 9; Neumayer, Ming (n 11) 541; Tallon (n 164) para 2.5.

191 Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 9.

192 Schwenzer, CISG m. 80 CISG (n 164) para 8; Zeytin (n 11) 336; Huber, Mullis (n 153) 265; Neumayer, Ming (n 11) 539; Atamer, CISG Art. 80 CISG (n 163) para 11.

193 Atamer, CISG Art. 80 CISG (n 163) para 13.

194 ibid.

bir davranışsa¹⁹⁵, borçlu, CISG m. 61 f. 1/b ve m. 74 ile 77 kapsamında alacaklıdan zararını tazmin etmesini talep edebilecektir¹⁹⁶. Borca aykırılığın hem alacaklının hem de borçlunun davranışlarından ötürü meydana geldiği haller bakımından ise illiyet bağı başlığı altında yaptığımız açıklamalarımızı yinelemekteyiz.

D. İspat Yükü

Borçlunun CISG m. 80 hükmü uyarınca sorumluluktan kurtulması için, borcun ifa edilmemesinin yalnızca alacaklının veya tarafların ortaklaşa sebep olduğu bir eylem neticesinde gerçekleştiğinin borçlu tarafından ispat edilmesi gerekir¹⁹⁷. Bir başka ifadeye, m. 80 uyarınca ispat yükü, alacaklının bir eylemi veya eylemsizliği nedeniyle yükümlülüklerini ifa etmeyen borçlunun üzerindedir.

Sonuç

Her ne kadar CISG'daki sorumluluk sistemi temel olarak garanti sorumluluğu üzerine kurulmuş olsa da Antlaşmanın 79. ve 80. maddeleri taraflara sorumluluktan kurtulma imkânı sunmaktadır. Alıcı ve satıcı bakımından ortak etkileri olan CISG m. 79, taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesinin denetimi dışında kalan, öngörülmez ve kaçınılmaz bir engelden kaynaklandığının ispat edilmesi halinde tazminat sorumluluğunun ortadan kalkacağını düzenlemektedir. Bir başka deyişle hüküm, borçluya, kendi riziko alanı dışında meydana gelen engeller neticesinde oluşan sözleşmeye aykırılıkların yarattığı sorumluluktan kurtulma imkânı sunmaktadır. Madde kapsamında yer alan sorumluluktan kurtulma yalnızca tazminat borcuna ilişkin olup, alacaklının diğer seçimlik haklarını kullanması bakımından herhangi bir sınırlama öngörmemektedir. Buradan hareketle borçlu her ne kadar ifa etmemenin kendi denetimi dışında kalan, öngörülmez ve kaçınılmaz bir engelden ötürü gerçekleştiğini ispat ederek tazminat sorumluluğundan kurtulabilecek olsa da Antlaşmada belirtilen şartların gerçekleşmesine bağlı olarak alacaklının kendisine yöneltebileceği aynen ifa, semenin tenzili, malın onarılması veya sözleşmeden dönme gibi hukuki imkanlarla bağlı kalacaktır.

Madde 79 f. 2 uyarınca ise, borçlu kendi denetim alanı içinde yer alan ifa yardımcılarının fiillerden sorumlu kabul edilirken, hüküm kapsamında belirtilen ve kendi denetimi altında olmayan bağımsız üçüncü kişilerin fiillerinden ötürü meydana gelen sözleşmeye aykırılıklardan sorumlu olmayacaktır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, engeli aşmanın 3. kişi tarafından mümkün olduğu hallerde borçlu sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Bunun yanı sıra, m. 79 f. 3, geçici bir ifa engelini söz konusu olması halinde, borçlunun yalnızca engelin devam ettiği süre bakımından tazminat sorumluluğundan kurtulacağını düzenlerken; f. 4 ise, ifa etmeyen tarafın bu engeli ve engelin kendisinin

¹⁹⁵ Örneğin alacaklı m. 60 uyarınca ifayı kabul etme görevini ihlal ederse.

¹⁹⁶ Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 8; Zeytin (n 11) 336.

¹⁹⁷ Schwenzer, CISG m. 80 (n 164) para 11; Atamer, CISG Art. 80 (n 163) para 20; Zeytin (n 11) 336.

ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini karşı tarafın gerekli önlemleri alabilmesini mümkün kılmak amacıyla bildirimde bulunması gerektiğini belirlemektedir.

CISG m. 79'da tarafların tazminat sorumluluğundan kurtulması düzenlenirken; m. 80'de ise borçlunun yükümlülüklerini ifa etmemesinin alacaklının bir davranışı neticesinde gerçekleşmesi halinde, alacaklının borçlunun sözleşmeye aykırılığını ileri süremeyeceği hususu düzenlenmiştir. Şöyle ki, CISG m. 80'de yer alan sorumsuzluğun kapsamı m. 79'a oranla daha geniştir. Buna göre borçlu yalnızca tazminat borcundan değil diğer tüm sorumluluklarından kurtulacaktır.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almamıştır.

Kaynakça/References

- Atamer MY, *Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?* (2013) 8/Özel Sayı Yaşar Üniversitesi Dergisi 487-509.
- “*Commentary on Article 79 and 80*”, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)- Commentary (Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas eds, 2011).
- *İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik* (On İki Levha Yayıncılık 2010) Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan 217-260.
- Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’nin İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış”, in Yeşim Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku- Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008).
- *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması*” (1. Baskı, Beta Yayıncılık 1996).
- *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülüklerine ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2005) 268.
- Ayanoğlu Morali A, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi” 2015 Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 289.
- Baysal B, *Sözleşmenin Uyarlanması BK M. 138 Aşırı İfa Güçlüğü* (2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2017).
- *Zarar Görenin Kusuru (Müterafık Kusur)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2012)
- Berman J. H, “*Excuse for Non-Performance in the Light of Contract Practices in International Trade*” 63(8) Columbia Law Review 1413.
- Bonell J. M, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Introduction to the Convention (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987).
- Dayioğlu Y, *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2011).

- Enderlein F, Maskow D, *International Sales Law* (Oceana Publications 1992).
- Erdem H. E, “*Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)*”, *Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2008) 25.
- Flambouras P. D, “Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108” (2002).
- “*The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis*” (2001) 13 *Pace International Law Review*.
- Honnold O. J, *Uniform Law for the International Sales Under the 1980 United Nations Convention* (3rd edn, The Hague 1999).
- Huber P, Alastair M, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* (2nd edn, Sellier European Law Publishers 2007).
- Kara D, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması” 2018 38 *PPIL* 107, 145.
- Kocayusufoğlu N, Hatemi H, Serozan R, Arpacı A, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm- İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme* (7. Baskı, Filiz Kitabevi 2016).
- Köroğlu B, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma” 2013 17(1-2) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 775.
- Magnus U, “CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma”, in Yeşim Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008).
- Neumann T, *The Duty to Compare in International Sales: The Scope and Role of Article 80 CISG* (Sellier European Law Publishers 2012).
- Neumayer K, Ming C, *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises Commentaire* (François Dessemontet ed, (Centre du droit de l’entreprise, droit industriel, droit d’auteur, droit commercial, Publication Cedidac 1993).
- Nomer N. H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı, Beta Yayıncılık 2015).
- Oğuzman K, Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, vol 1 (14. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2016).
- *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, vol 2 (12. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2016).
- Pichonnaz P, *Impossibilité et Exorbitance: Etudes Analytique des Obstacles a L’Exécution des Obligations en Droit Suisse (Art. 119 CO et 79 CVIM)*, Fribourg 1997.
- Saidov D, “Cases on CISG Decided in the Russian Federation” 2003 7 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* 1.
- Schlechtriem P, Schwenzer I, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi*, (Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy eds, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2015).
- Schwenzer I, “*Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts*” (2008) 39 *VUWLR* 709.

- Şenocak Z, *Borçlunun İfa Yardımcısından Doğan Sorumluluğu* (1. Baskı, Dayınlarlı Hukuk Yayınları 1995).
- Serozan R, “Yeni Borçlar Kanunun’da İfa Engelleri Alanında “Malumu İlam” Örnekler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan (Filiz Kitabevi 2013) 1041.
- Tallon D, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, CISG Art. 79 (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffr  1987).
- — *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, CISG Art. 80 (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffr  1987).
- Tandoğan H, *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)* (1. Baskı, Vedat Kitapçılık 2010).
- Ulus A. E, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi* (1. Baskı, Beta Yayıncılık 2011).
- Uncitral, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (2012).
- Will M, *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, CISG Art. 45 (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffr  1987).
- Yılmaz S, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları* (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2013).
- Zeytin Z, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku- CISG* (2. Baskı, Seçkin Yayıncılık 2015).

