

## SATIM HUKUKUNDA AYNEN İFA TALEBİNİN BİRİNCİL YAPTIRIM OLMASI SORUNU

### *Specific Performance as a Primary Remedy in Sales Law*

Arş. Gör. Ece BAŞ\*

#### Giriş

Sözleşmeye aykırılıktan sonra alıcının aynen ifayı talep etme imkânının varlığı, Kıta Avrupası sözleşmeler hukukuna temel teşkil eden ahde vefa ilkesinin bir görünümüdür<sup>1</sup>. Bu ilke ile ve buna paralel olan hukuki düzenlemeler, kişileri sözleşmenin ifa edilmesi yönünde güdülemeyi amaçlar<sup>2</sup>. Aynen ifa talebi, 19 yy.'da Alman ve İsviçre öğretisinde sözleşmeye aykırılığın bir yaptırımı olarak değil de sözleşmenin kendisi olarak görülmüştür<sup>3</sup>. Bununla birlikte Common Law sisteminin aynen ifa yaptırımına bakışı farklıdır. Bu yaptırım, genellikle Common Law ile Kara Avrupası Sistemi arasındaki en önemli farklılık olarak nitelendirilir<sup>4</sup>. Kara Avrupası sisteminde öncelikli yaptırım olan aynen ifa talebi, Common Law'da

---

\* İstanbul Bilgi Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

<sup>1</sup> SCHLECHTRIEM, Peter/SCHWENZER, Ingeborg/MÜLLER-CHEN, Markus: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG, Schlectriem/Schwenzer (eds.), 4. Bası, 2004, Art.28, N.337; SCHÄFER, Hans-Bernd/OTT, Claus: The Economic Analysis of Civil Law, 2004, s.320.

<sup>2</sup> SCHÄFER/OTT, s.325.

<sup>3</sup> MÜLLER-CHEN, Markus: Folgen der Vertragverletzung, Zürich 1999, s.36; ATAMER, Yeşim M.: "CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", Milletlerarası Satım Hukuku - CISG, İstanbul 2008, s.260.

<sup>4</sup> HAAS, Daniel/HESEN, Geerte/SMITS, Jan: Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives, 2008, s.2.

hakkaniyete uygun bir yaptırım (*equitable remedy*) olarak ancak tazminatın, aynen ifa kadar *tam, uygun ve sade* bir yaptırım teşkil etmemesine halinde ikincil olarak gündeme gelebilir<sup>5</sup>. Kara Avrupası sisteminde ise aynen ifa talep edilebilecek iken, aynen ifa talebi yerine, tazminat talebinde bulunmak, alacağını elde edemeyen tarafa tanınmış bir haktan ibarettir. Yoksa tazminat talebinin, aynen ifa talebinin önüne geçmesi durumu kural olarak söz konusu değildir. CISG ise, Kıta Avrupası sistemi ile Common Law sistemini bir araya getiren yapısına uygun olarak, aynen ifa yaptırımını konusunda da bir uzlaştırmaya gitmiş olduğu söylenebilir. İfa etmeme durumuna ilişkin emredici olmayan<sup>6</sup> yaptırımlardan aynen ifa, CISG m. 28'e göre, "*Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahip ise, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür.*"

Hukuk sistemlerinin farklı ifa engelleri düzenleri öngörmesi nedeniyle aynı ifa engeline ilişkin ilkesel talebe farklı yaklaşımlarda bulunulması, bu taleplerden hangisine öncelik verilmesinin uygun olacağını tartışılmasını gerektirmektedir. Çalışmada hedeflenen de esas olarak budur.

Bu bağlamda ilk olarak aynen ifa talebinin temeli olan ahde vefa prensibi incelenecektir. Ardından aynen ifa talebine, Kıta Avrupası, Common Law ve CISG sistemlerinin bakış açısı ortaya

<sup>5</sup> TEKINAY Selahattin Sulhi: "Mukayeseli Hukuk Açısından Borçlunun Aynen İfaya veya Tazminat Ödemeye Zorlanması", (Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubalı'ya Armağan, İÜMHİE, Yıl:8, Sayı:11, 1974, s.423, 424); TREITEL, The Law of Contract Law, 2003, s.1020; MAK, Vanessa: "Specific Performance in English Consumer Sales Law", (Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives, Jan Smiths, Daniel Haas, Geerte Hesens (eds.) 2008, s.121); BAŞOĞLU Başak, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012, s.17.

<sup>6</sup> ATAMER Yeşim M.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s.58; ZEYTİN, Zafer: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011, s.162.

konulmaya çalışılacaktır. İkinci bölümde ise aynen ifa talebinin birincil yaptırım olması hususu ekonomik etkinlik kriteri açısından incelenecektir. Son olarak ise ekonomik etkinlik kriterinin yanında hakkaniyet ve ticari hayatın gerekleri de dikkate alınarak çeşitli ayrımlara gitmek suretiyle aynen ifa talebinin birincil yaptırım olmasının yerindeliliğine ilişkin öngörülerde bulunulacaktır.

Belirtmek gerekir ki çalışma kapsamında yapma borçlarına ilişkin aynen ifa talebi incelenmemiştir. Zira çalışma satım hukukuna özgülenmiş olup yalnızca verme borcunun aynen ifasına ilişkin değerlendirmeleri kapsamaktadır.

## I. Ahde Vefa İlkesi ve Aynen İfa Talebi

### A. Ahde Vefa İlkesinin Aynen İfa Talebi ile Sıkı Bağlantısı

Ahde vefa ilkesine göre, sözleşmenin tarafları, yaptıkları bu sözleşmeyle bağlıdırlar ve bunun ifası ile yükümlüdürler. Kanuna uygun olarak kurulmuş sözleşmenin ifa edileceği yönündeki bir ilke, hukuk güvenliğini de sağlar niteliktedir<sup>7</sup>. Kural olarak dışarıdan bir kuvvetin, kanuna uygun olarak kurulmuş olan sözleşmeye müdahalesi söz konusu olmayacaktır. Ahde vefa ilkesi, tarafların sözleşmeye sıkı bağlılığını ifade ettiğinden, borçlu sözleşmeyi yaparken iyi düşünmeli, tüm ihtimalleri göz önüne almalı ve olası değişiklikler için sözleşmeye kayıt koymalıdır<sup>8</sup>. Zira sözleşme çoğu kez geleceğe yönelik bir taahhüt niteliğindedir.

<sup>7</sup> SEROZAN, Rona: Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2009, s. 264; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s.450; BAYSAL, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009, s.6; ALPAGUT, Gülsevil: Toplu İş Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi, İstanbul 2002, s. 5. TBK m. 138 hükmünün saklı olduğunu ifade etmek gerekir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BAYSAL, Başak, "Aşırı İfa Güçlüğü", (Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler (Derleyen: M. Murat İnceoğlu), İstanbul 2012, s. 113-144).

<sup>8</sup> BURCUOĞLU, Haluk: Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılma, İstanbul 1995, s. 6; GÜRSOY, Kemal Tahir: Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic

Bu ilkenin, kökenlerine bakıldığında, ahlaki temeller üzerine kurulduğu söylenebilir<sup>9</sup>. Ancak ahde vefa ilkesinin kökenini Roma hukukunda aramak doğru olmayacaktır<sup>10</sup>. Zaten bunun bir yansıması olarak da, Roma hukukunda ahde vefada ısrarcı olunarak aynen ifa talep edilmesi kural olarak söz konusu değildir<sup>11</sup>. Bu bağlamda hukuk sistemlerinde ahde vefa ilkesine verilen anlam, aynen ifa talebine öncelikli bir önem atfedilip atfedilmemesinin nedeni olacaktır.

Ahde vefa, sözleşme serbestisi prensibine de paralel bir düzenlemedir. Bir görüşe göre, irade özerkliği ilkesi de temel bir ilke olarak, ahde vefanın temelini oluşturmaktadır. *“Kimse iradesi dışında borç altına sokulamaz ve özgür irade ile yapılmış her anlaşma adildir”*<sup>12</sup> şeklinde ifade edilen ilkenin; özellikle özgür irade ile yapılmış her anlaşmayı adil sayması bu iki ilke arasındaki bağlantıyı vurguladığı ifade edilmektedir<sup>13</sup>. Ancak bu iki ilkenin her zaman bu denli yakınlık içinde olmayacağı söylenebilir. Başka deyişle, kişinin iradesine verilen önem daha fazla ise, sözleşmeye bağlı kalmama konusundaki iradesine de aynı önem verilebilir ki bu durumun ahde vefa ilkesine aykırılık teşkil edebileceği açıktır.

Ahde vefa ilkesinin anlamı ve kapsamı, günümüzün karmaşık ilişkilerine bakıldığında ve hukuk, ekonomi perspektifinden değer-

---

Stantibus-Emprevizyon Naziresi, Ankara 1950, s. 7; AKYOL, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995, s. 77; KAPLAN, İbrahim: Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987, s.114; ZIMMERMANN, Reinhard: The Law Of Obligations Roman Foundatons of the Civilian Tradition, Oxford, 1996, s. 577.

<sup>9</sup> BAYSAL, Uyarlama, s.6.

<sup>10</sup> Bu ilkenin Roma hukukçuları tarafından katı biçimde anlaşılmadığı yönünde, BAYSAL, Uyarlama, s.6.

<sup>11</sup> Roma hukukunda, sözleşmenin ihlalinde birincil yaptırımın ne olduğuna ilişkin olarak bkz. Bölüm I/B-1.

<sup>12</sup> GOUNOT, Emmanuel: Le Principe de l'autonomie de la volonté en droit privé (contribution à la l'étude critique de l'individualisme juridique), Paris, ed. Arthur Rousseau, 1912, s.61 vd. (BAYSAL, Uyarlama, s.7, dn.9'dan naklen).

<sup>13</sup> BAYSAL: Uyarlama, s.7.

lendirildiğinde farklı bir görünüm arz edebilir<sup>14</sup>. Bu ilkenin temel amacı olarak sözleşme adaleti gösterilmektedir. Ancak bu adaletin nasıl sağlanması gerektiği, örneğin aynen ifa ile mi yoksa tazminat ile mi daha uygun bir tatmin sağlanacağı, hususuna hukuk sistemleri farklı yaklaşmaktadır.

Aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecek olan Common Law sisteminde, ahde vefa ilkesine Kıta Avrupası hukuk sistemine kıyasla daha az önem verildiği söylenebilir. Zira sözleşmeyi ihlal etmenin ekonomik açıdan etkin olması halinde bunun sözleşme taraflarına bir hak olarak tanınmasına (efficient breach theory) olanak sağlayan ve birincil yaptırım olarak tazminatı öngören bir hukuk sisteminde, ahde vefa ilkesinin temel ilke oluşu tartışmalı olacaktır.

Oysa Kıta Avrupası sisteminde durum farklıdır. Kıta Avrupası ve bunun bir parçası olan Türk hukuk sisteminde temel ilkenin ahde vefa ilkesi olduğunu ifade etmek gerekir<sup>15</sup>. Ahde vefa ilkesi, Borçlar Kanununun ruhunda yer alan, yazılı olmayan bir ilkedir. Bu ilke temel olduğu için, ihlalin ekonomik açıdan etkin olması nedeniyle bir hak olarak tanınması, ancak kanun eliyle mümkün olabilir<sup>16</sup>. Ahde vefa ilkesi temel olduğu için de, sözleşmenin ihlalinde birincil yaptırım olarak, ahde vefayı sağlayabilecek aynen ifa talebi söz konusu olacaktır.

## **B. Aynen İfa Talebi**

### **1. Genel Olarak**

Aynen ifa, sözleşme taraflarından birinin, sözleşmedeki borcunu hiç ifa etmemesi veya kötü ifa etmesi durumlarında, diğer

---

<sup>14</sup> BAYSAL: Uyarlama, s.10.

<sup>15</sup> OĞUZMAN/ÖZ: s.450; BAYSAL: Uyarlama, s.5.

<sup>16</sup> Kanaatimizce eser sözleşmesi için var olan TBK m. 484 gereği, “iş sahibi eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi fesih edebilir.” Bu hükmün “efficient breach”e yakın olduğu kanaatindeyiz. Zira hiçbir neden göstermek gerekmeksizin, karşı tarafın tüm zararını gidermek koşulu ile bir tarafa sözleşmeyi sonlandırma hakkı tanınmıştır.

tarafın sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için yapılan talebi olarak tanımlanabilir<sup>17</sup>. Aynen ifa talebinin tarihi gelişimine ve geçmişte bu talebe verilen değere bakmak güncel sistemlere etkilerini anlamak açısından gereklidir<sup>18</sup>. Bu bağlamda, Roma hukukuna bakıldığında, klasik dönemde, borca aykırılık söz konusu olduğunda, çözüm tarzının aynen ifa talebi yerine tazminattan yana olduğu görülür<sup>19</sup>. Zira klasik dönemde prensip, eda davasının ancak bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olabileceği yönündedir<sup>20</sup>. Başka deyişle borcun ifa edilmemesinin yaptırımını, tazminat olarak belirlenmiştir. Hâkim, bir şeyin teslimine ilişkin borçların aynen ifasına değil, bu alacağın para karşılığı değerini tespit etmek suretiyle tazminata hükmedebilmektedir<sup>21</sup>. Post klasik dönemde yaşanan aşırı devalüasyon nedeniyle de tazminat yaptırımını gücünü kaybetmiştir. Paranın tazmin gücü olmayınca da çare aynen ifaya zorlamak olmuştur<sup>22</sup>. Böylelikle zorunlu bir tazminat yaptırımının kalktığı ve hâkime aynen ifaya hükmedebilme yetkisi tanındığı görülmekte<sup>23</sup> ise de tazminat yaptırımının Roma hukuk sisteminde hâkimiyetini koruduğu rahatlıkla söylenebilir<sup>24</sup>.

<sup>17</sup> FAUST, Florian/WIESE, Volker: “Specific Performance-A German Perspective”, *Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives*, Jan Smiths, Daniel Haas, Geerte Heslen (eds.) 2008, s.48.

<sup>18</sup> Aynen ifa talebinin tarihi gelişimi esas olarak bu çalışmanın konusu olmamakla birlikte, ayrıntılı bilgi için; REPGEN, Tilman: *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn, 1994; MÜLLER-CHEN, s.20-24.

<sup>19</sup> WINKEL, Laurens/HALLEBEEK, Jan/DONDORP, Harry (eds.): “Specific Performance in Roman Law”, *The Right to Specific Performance - The Historical Development*, 2010, s.9.

<sup>20</sup> WINKEL, s.10; ATAMER Yeşim M.: “CISG’ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış”, *Milletlerarası Satım Hukuku - CISG*, İstanbul 2008., s.260; ZIMMERMANN Reinhard, *The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1996, s.771; MÜLLER-CHEN, s.17; BAŞOĞLU, s.8.

<sup>21</sup> TEKİNAY, s.422; ATAMER, CISG, s.260.

<sup>22</sup> MÜLLER-CHEN, s.19; ZIMMERMANN, *The Law Of Obligations*, s. 72

<sup>23</sup> TEKİNAY, s.423.

<sup>24</sup> MÜLLER-CHEN, s.27.

## 2. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde Aynen İfa Talebi: Kural

Alman hukuku 2002 yılında, “romanist ve pandektist kültürün temel taşlarını yerinden oynatan”<sup>25</sup> yeni bir Medeni Kanun ile Avrupa’daki uyumlaştırma çalışmaları için önemli bir adım atmıştır. Özellikle imkânsızlık olgusuna odaklanmış ifa engelleri sistemi bakımından önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler sonucu, imkânsızlık yerine gelen temel ifa engelleri kavramı, “yüküm ihlali” (*Pflichtverletzung*) olmuştur (BGB § 280). Bu şekilde, ifa engellerinin türlerine ilişkin ayırmalardan vazgeçilmiştir<sup>26</sup>.

Yüküm ihlali kavramı ile hiç ifa etmeme, geç ifa etme, kötü ifa etme, asli edim yükümü ihlali, davranış yükümü ihlali gibi kavramlar bir araya getirilmiştir. Buna paralel olarak, yüküm ihlalinin yaptırımları da birbirine uyumlu bir şekilde düzenlenmiştir (BGB §§ 280-323). Yeni sistemde ihlal edilen yükümün niteliğine göre koşulları değişen yaptırımlar olan aynen ifa, tazminat ya da dönme<sup>27</sup> söz konusudur. Örneğin bölümsel ifa etmeme durumunda, sözleşmeden dönebilmek için alacaklının bölümsel edimde çıkarının kalmamış olması gerekir<sup>28</sup>.

Ancak belirtmek gerekir ki, ifa engelleri sistemindeki bu değişiklikler, Alman hukukunda aynen ifa talebinin birincilliğini değiştir-

<sup>25</sup> SEROZAN, Rona: “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku”, (İÜHFM, C. LVIII, S.1-2, s.231).

<sup>26</sup> Alman Hukukundaki reformun CISG ve diğer uyumlaştırma çalışmalarından etkilendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. ATAMER, CISG, s.227; ATAMER Yeşim M.: “Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması ve Türkiye”, (HPD, S.10, Eylül 2006, s.162); SEROZAN, İÜHFM, s.232. Şüphesiz CISG’nin yanında, PECL ve PICC’nin de değişiklikler sırasında dikkate alındığı görülmektedir. Yüküm ihlali kavramı da CISG’den Alman hukukuna yansımış bir kavram olup kanaatimizce Türk hukuku ifa engelleri sistemini de yüküm ihlali kavramına bağlayarak basitleştirmek anlamlı olabilir.

<sup>27</sup> SCHÄFER/OTT, s.230.

<sup>28</sup> SEROZAN, İÜHFM, s.238. Bu şekilde bir ayırım yapılması, temel mantık olarak CISG’in dönme hakkını yalnızca “esasi ihlal” durumlarına özgülemesinden farklı değildir.

memektedir<sup>29</sup>. Türk hukukuna benzer bir şekilde, tazminat veya sözleşmeden dönme yaptırımlarının gündeme gelebilmesi için temel kural aynen ifayı talep edip bunun için borcunu ifa etmeyen borçluya istisnai durumlar saklı kalmak üzere<sup>30</sup> mehil tayin edilmesidir<sup>31</sup>.

Türk hukukunda ise imkânsızlık, temerrüt ve kötü ifa için ayrı yaptırımlar öngörülmüştür. Bununla birlikte kötü ifanın bir görünümü olan ayıplı ifa için satım hukukunda yine farklı düzenlemeler mevcuttur. Sistemin zaafı da esas olarak buna dayanmaktadır<sup>32</sup>. Zira borçlar hukuku genel hükümler – borçlar hukuku özel hükümler ikililiği çelişki yarattığı gibi her bir ifa engeline ayrı çözümler üretildiği için sistem, pratik olmaktan da uzaktır.

Türk hukukunun karmaşık ifa engelleri sistemine kısaca değinmek gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler kısmında düzenlenen ifa engellerinden ilki, borçluya yüklenebilen sonraki imkânsızlıktır. Bu durumda yaptırım tazminat olarak öngörülmektedir (TBK m. 112). Bu düzenlemenin Kanun'un özel hükümler bölümünde satım için ayrı bir düzenlemesi olmadığını belirtmek gerekir. Bundan başka TBK m. 112, kötü ifa durumunu da düzenler ve yine yaptırım olarak tazminatı öngörür. Ancak kötü ifa için, satım hukukunda ayıp adı altında ayrı bir düzenleme mevcuttur. TBK m. 227 gereği alacaklının seçimlik hakları vardır. Bunlardan misli ile değişim ve onarım talepleri, esas olarak aynen ifa talebinin görünümü olarak karşımıza çıkarlar. Ayrıca alacaklının sözleşmeden dönme veya indirim talep etmek ve her halde tazminat talep etmek hakları da mevcuttur (TBK m. 227).

Türk hukukunda aynen ifa talebi genel hükümlerde yalnızca, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, borçlunun temerrüt hali için

---

<sup>29</sup> Alman hukukunda yapılan reform sonrası ifa engelleri sistemine ilişkin diğer değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için; SEROZAN, İÜHFM s.232 vd.

<sup>30</sup> Alman hukukundaki, Türk hukukuna benzer istisnai durumlar için bkz. SEROZAN, İÜHFM, s.234.

<sup>31</sup> SHAVELL, Specific Performance, s.862.

<sup>32</sup> ATAMER, CISG, s.222.



öngörülmektedir (TBK m. 125). Aslında tüm ifa engellerinde var olması gereken üç temel hak, Türk hukukunda yalnızca temerrüt hali için düzenlenmiştir. Alıcının seçimine bırakılan bu haklar, aynen ifa, tazminat veya sözleşmeden dönmedir. Alıcı herhangi bir seçimde bulunmamış ise, aynen ifayı talep ettiği karine olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan aynen ifa talebinin Türk hukukunda temerrüt hali için birincil yaptırım olduğu söylenebilir. Türk Borçlar Kanunu'nun özel hükümler kısmında ise, satım hukukuna ilişkin olarak, TBK m. 212 ticari satımlara özgü bir düzenleme getirmektedir. TBK m. 212, alıcının TBK m. 125'de sayılan seçimlik haklarına engel olmamakla birlikte bir karine öngörmektedir. Tacir alıcının, seçimlik haklarını kullanmakta sessiz kalması durumunda, tazminat yaptırımını seçtiği kabul edilmektedir. Yerinde bir yaklaşımla, adi satımdaki birincil yaptırım aynen ifa iken, ticari satımda birincil yaptırım tazminat olarak düzenlenmektedir. Ancak hatırlatmak gerekir ki, Türk hukukunda ticari satım söz konusu olsa bile, alacaklının aynen ifayı talep etme hakkı engellenmemektedir. Yalnızca alacaklının bunu ayrıca ve açıkça belirtmesi beklenmektedir.

Kötü ifanın satım hukukunda ayrıca düzenlenen bir türü olan ayıplı ifanın TBK m. 227 gereği, aynen ifa talebinin görünümüleri olan yenisi ile değişim ve onarım hakkını verdiği yukarıda açıklanmıştır. Yenisi ile değişim talebi ifa engelleri sisteminde, satım sözleşmesine ilişkin olarak, kötü ifanın bir türü olan ayıplı ifa durumu için öngörülmektedir. TBK m. 227 f.1 b.4 gereği, imkân varsa ayıpsız bir benzeri ile değişim talep etmek mümkündür. Üçüncü bentte onarım talebi için yer alan aşırı masraf gerektirmeme şartı yenisi ile değişim için de var kabul edilmelidir. Aynı hüküm gereği, yenisiyle değişim talebi, ikinci servis şansı olarak satıcı tarafından da kullanılabilir. Zira satıcı alıcıya aynı malın ayıpsız benzerini hemen verip zararının tamamını gidererek, alıcının diğer seçimlik haklarını kullanmasına engel olabilecektir. Bundan başka, TBK m. 227 son fıkra gereği, satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise aynen ifa talebinin bir görünümü olan yenisiyle değişime izin verilmiş iken aynı durum için diğer görünüm olan onarım hakkı yasaklanmaktadır.

Onarım talebi ise tıpkı yenisiyle değişim gibi, ifa engelleri sisteminde, satım sözleşmesine ilişkin olarak, ayıplı ifa durumu için öngörülmektedir. TBK m. 227 gereği, alacaklının onarım hakkı, aşırı masraf gerektirmiyorsa mevcuttur. Bununla birlikte, kanun koyucu onarım hakkının kullanılmasını bir halde sınırlandırmıştır. TBK m. 227 son fıkra gereği, satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise ayıpsız benzeriyle değiştirilmesi hakkı kullanılabilir ancak onarım hakkı kullanılamaz. Zira bu durumda onarımın çok masraflı olacağı düşünülmüş olsa gerekir. TBK m. 227 f. 3 gereği ise dönme hakkının kısıtlandığı bir durumda, bu hakkın yerini, onarım (veya semen indirimi) alabilmektedir.

### 3. Common Law Sisteminde Aynen İfa Talebi: İstisna

İngiliz hukukunda borca aykırılık yaptırımlarına bakıldığında, yaklaşımın tıpkı Roma hukukunun ilk dönemindeki gibi olduğu görülür<sup>33</sup>. Önceleri İngiliz hâkimleri, haksız fiil alanında kullandıkları tazminat davasını, sözleşme hukuku alanına da uygulamakta olduklarından<sup>34</sup>, borcun ifa edilmemesinin yaptırımını tazminat olarak belirlenmiştir. Sistemin katılığı, tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi zamanla yumuşamış ve İngiltere’de Common Law’ın yanında, onun boşluklarını doldurmayı amaçlayan<sup>35</sup> Equity adı verilen bir sistemin daha doğmasına yol açmıştır<sup>36</sup>. Zira sadece tazminat talebi, bazı

<sup>33</sup> ZIMMERMANN, Reinhard: “Roman Law and Harmonisation of Private Law in Europe”, Towards A European Civil Code, 2004, s.21.

<sup>34</sup> ATAMER, CISG, s.26. Bunun nedeni, Common Law’da Kral ve onun görevlendirdiği kişiler tarafından saptanan belli talepler açısından dava hakkı tanınması idi. Sözleşmeye aykırı davranılmasına ilişkin genel bir dava hakkı uzun yıllar tanınmadığından, hâkimler haksız fiile ilişkin davayı sözleşme hukuku alanında uyguluyorlardı. Daha sonra sözleşmeye aykırılığa ilişkin dava hakkı gelişse de, temeldeki düşünce haksız fiil düşüncesi olduğu için talep yalnızca tazminata ilişkin olmuştur.

<sup>35</sup> BAŞOĞLU, s.16.

<sup>36</sup> Bu sistemin doğumuna ilişkin süreç ve neden ihtiyaç duyulduğunda ilişkin olarak; POTTER, Harold/KIRALFY Albert K. R. (eds.): Potter’s Historical Introduction to English Law and its Institutions, 1962; OĞUZ, Arzu: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s.257-258.

durumlarda tatmin edici olmaktan uzak olacaktır. Şuan birleşmiş bir şekilde yürüyen bu iki sistemden Equity ise, Common Law'un aksine, borcunu ifa etmeyen tarafı aynen ifaya zorlama yaptırımını kabul etmekteydi.

Ancak şüphesiz, Common Law'un katı tutumunun karşısında, aynen ifa yaptırımı birincil bir yaptırım değildir ve istisnai hallerde mümkündür. Aynen ifaya hükmedilmesi, ancak tazminatın, aynen ifa kadar *tam, uygun ve sade* bir yaptırım teşkil etmemesine bağlıdır<sup>37</sup>. Ayrıca, tazminat yaptırımının davacıyı mağdur ediyor olması gerekir<sup>38</sup>. Başka deyişle tazminat yaptırımı, yine başvurulması gereken ilk yaptırım olmakla birlikte somut olayda tatmin edici sonuç doğurmuyorsa ve aynen ifa yaptırımı daha yerinde olacaksa, hakkaniyet gereği, hâkimin takdiri ile uygulanabilecektir<sup>39</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Common Law sistemi, Avrupa Sözleşmeler Hukuku çalışmalarını etkilediği kadar, bu çalışmalardan etkilenmektedir de. Bu bağlamda, özellikle aynen ifa odaklı Avrupa Birliği Tüketici Satımı Direktifinden sonra, İngiliz hukukunda, tüketici satımlarına ilişkin olarak aynen ifa talebine atfedilen değer arttığı görülmektedir<sup>40</sup>.

#### 4. Milletlerarası Satım Hukuku - CISG'da Aynen İfa Talebi: Uyumlaştırma

Yukarıda anılan iki hukuk sistemini uyumlaştırma çalışması ürünü olan CISG'in ifa engelleri sistemine de kısaca bakmak gerekir.

<sup>37</sup> TEKİNAY, s.423, 424; TREITEL, Contract, s.1020; MAK, Vanessa: "Specific Performance in English Consumer Sales Law", (Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives, Jan Smiths, Daniel Haas, Geerte Heslen (eds.) 2008, s.121); BAŞOĞLU, s.17.

<sup>38</sup> ATAMER, CISG, s.262; TREITEL, Contract, s.928; SHAVELL, Specific Performance, s.857.

<sup>39</sup> ZIMMERMANN, The Law Of Obligations, s. 780. Uygulamanın hala bu yönde olduğuna ilişkin; TREITEL, Contract, s.928 vd.; ERDEM, Batider, s.77; KRONMAN, s.355. Bu yolun ekonomik açıdan da etkin olduğuna ilişkin; SCHWARTZ, s.390.

<sup>40</sup> MAK, s.121. Şüphesiz aynen ifa yaptırımının Common Law sistemine yerleşmesi çok kolay görünmemektedir.

Bu sistem Türk hukukundan farklı olarak ifa engeli türlerine odaklanmış değildir. Daha yerinde bir sistem olarak, CISG'in ifa engelleri sisteminde, ifa engelini ne olduğundan bağımsız bir şekilde, üç tür yaptırım gündeme gelebilir. Bunlar aynen ifa, sözleşmeden dönme veya tazminattır. Ancak bu taleplerin ileri sürülmesi, ifa engelini kendisinden bağımsız olarak bazı sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Sonuç olarak CISG'ın pratik ifa engelleri sistemi sayesinde, aynen ifa yaptırımı, ancak şartları gerçekleşmişse, malın teslim edilmediği, eksik teslim edildiği, ticari teamüllerin gerektirdiği davranışların yerine getirilmediği, ticari hayatta kullanılan dokümanların teslim edilmediği<sup>41</sup> gibi pek çok olasılıkta gündeme gelebilecek bir yaptırımdır.

Aynen ifa talebi, ifa etmeme durumunda CISG m. 45/I'de gösterilen ilk haktır<sup>42</sup>. CISG m. 46 gereği aynen ifa talebiyle bağdaşmayan bir hukuki imkândan yararlanmadıkça alacaklı aynen ifa talep edilebilir. Bu düzenlemede "*aynen ifa talebiyle bağdaşmayan bir hukuki imkân*" ile kastedilen, örneğin esaslı bir ihlal olması durumunda sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, bedel indirimi talep edilmesi gibi olasılıklardır<sup>43</sup>. Artık sözleşme ilişkisini sonlandıran veya malı o şekilde kabul edip bedelde indirim isteyen alıcının, aynen ifayı talep etmesi zaten anlamlı olmayacaktır. Bu noktada, aynen ifa yaptırımına CISG bağlamında başvurulurken, İngiliz hukukuna benzer şekilde bu yaptırımın "uygun" olmasının arandığına dikkat çekmek gerekir.

Bundan başka ve daha önemli bir sınırlamanın ise CISG m. 28 ile getirildiği söylenebilir. Anılan hükme göre, "*Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahip ise, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkün-*

<sup>41</sup> DAYIOĞLU, s.50.

<sup>42</sup> Aynen ifayı talep hakkı, diğer hukuk uyumlaştırma çalışmalarında da öngörülmektedir. PECL m. 9:101,102; PICC m. 7.2.1, 7.2.2; DCFR m. III.-3:301, 302

<sup>43</sup> ATAMER, Sözleşmeye Aykırılık, s.370; ERDEM, Batider, 25.

*dür.*" Aynen ifa talebinin öngörülüp, ardından sınırlandırılması, Common Law ile Kara Avrupası hukuk sisteminin pazarlığının CISG'a yansımalarının sonucudur<sup>44</sup>. Yukarıda açıklandığı üzere, çok istisnai durumlarda aynen ifa talebini kabul eden İngiliz hukukunun bünyesi ile de bu şekilde bir uyum yakalanmıştır<sup>45</sup>. Ayrıca aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, aynen ifa yaptırımının uluslararası satımlar açısından sınırlandırılması oldukça anlamlıdır<sup>46</sup>. Başka deyişle aynen ifa talebinin sınırlandırılmasının tek nedeni Common Law-Kara Avrupası sisteminin orta yol bulması değil; aynı zamanda bu talebin uluslararası ticari satımlar açısından birincil yaptırım olmasının oldukça tartışılır olmasıdır.

Satım konusu malların satıcı tarafından teslim edilmiş olmasına rağmen, malların sözleşmeye aykırı olması veya CISG'ın yedek hükümleri uyarınca taşınması gereken özellikleri taşınamaması halinde ve bu aykırılığın sözleşmenin esaslı surette ihlalini teşkil ettiği durumlarda ise alıcı malın yenisi ile değiştirilmesini talep edebilir. Bu talep, tali bir aynen ifa talebidir<sup>47</sup>.

Yenisi ile değişim talebinin kullanılabilmesi için sözleşmenin CISG m. 46/II gereği, CISG m. 25'te açıklandığı üzere sözleşmenin esaslı bir şekilde ihlal edilmesi gerekir<sup>48</sup>. Zira tarafların farklı ülkelerde bulunması durumunda bu çözüm, malın alıcı tarafından geri yollanması ve satıcı tarafından yenisinin yollanmasının çok

<sup>44</sup> ATAMER, *Sözleşmeye Aykırılık*, s.322 vd; Secretariat Commentary, Art.26, N.3. AB hukukunun uyumlaştırılması bağlamında, CISG'ın bu bağdaştırılmayı, Civil Law-Common Law ayırımına rağmen başarı ile gerçekleştirdiği yönünde, ATAMER, Yeşim, "Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması ve Türkiye", HPD, S.10, Eylül 2006, s.159.

<sup>45</sup> Benzer şekilde, PECL, PICC ve DCFR da tazminat talebine öncelik vermektedir. PECL m.9:102/3, PICC m.7.2.2./e, DCFR m. III.-302/4. TBK 212'de öngörülen esas, anılan milletlerarası hukuk düzenlemelerinde esastır.

<sup>46</sup> Bkz. Bölüm III/B-4.

<sup>47</sup> ATAMER, *Sözleşmeye Aykırılık*, s.374; ATAMER, Armağan, s.239.

<sup>48</sup> ATAMER, CISG, s.229; ATAMER, *Sözleşmeye Aykırılık*, s.377; ZEYTİN, s.167; DAYIOĞLU, s.35.

masraflı olması nedeniyle uygun olmayabilecektir<sup>49</sup>. Esaslı hallere örnek olarak, ayıplı gönderilen malın tamir edilemez, kullanılamaz, yeniden satılamaz olduğu durumlar gösterilebilir<sup>50</sup>. Bundan başka, yenisi ile değişim talep edildiğinde, alıcının da elindeki malı satıcıya iade etmesi gerekir. Alıcının malı esaslı bir değişikliğe uğramadan geri verebilmesi mümkün değilse, yenisiyle değişim isteme hakkı yoktur<sup>51</sup>. Son olarak belirtmek gerekir ki bu hak, CISG m. 39 gereği, malın sözleşmeye aykırılığının tespit edilmesinden sonra yapılması gereken bildirim ile birlikte ve bildirimden sonraki makul süre içerisinde ileri sürülmelidir<sup>52</sup> (CISG m. 46/II).

Malların sözleşmeye uygun olmaması halinde CISG m. 46/III uyarınca sözleşmeye aykırılık, onarım yolu ile de giderilebilir. Bu da aynen ifa talebinin bir görünümüdür. Önemli olan malın makul bir şekilde onarılabilir olmasıdır. Bu talep, maldaki bozuk olan parçaların değişimi ve yedek parça teslimini de kapsamaktadır<sup>53</sup>. Bundan başka, CISG m. 46/III onarım hakkını, ancak tüm koşullar göz önüne alındığında bu talep makul<sup>54</sup> ise kabul etmektedir<sup>55</sup>. Burada ifade

<sup>49</sup> Secretariat Commentary, Art.42, N.12.

<sup>50</sup> Esaslı ihlal muğlak bir kavram olup, onu oluşturan unsurların irdelenmesini gerektirir. Ancak bu konu, çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. FRANCO, Ferrari: Fundamental Breach of Contract under the UN Sales Convention-25 Years of Article 25 CISG, Journal of Law and Commerce, Spring 2006, S.25, s.492; DAYIOĞLU, s.36-43; ATAMER, CISG, s.297. Derisi yırtık ayakkabı, yasaklanmış miktarda şeker katılmış şarap gibi örnekler verilebilir. ZEYTİN, s.167. Bu konuya ilişkin, Tribunale di Padova, 25.09.2004, CISG Online N.819.

<sup>51</sup> Ancak bu sınıra bir takım istisnalar CISG m. 82/II - a,b,c ile getirilmiştir. Bu istisnalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BIANCA/BONELL/TALLON, Art.82.

<sup>52</sup> ATAMER, Sözleşmeye Aykırılık, s.380; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-Chen, Art.46, N.33; BRUNNER, Art.46, N.14.

<sup>53</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-Chen, Art.46, N.44.

<sup>54</sup> ERDEM, Batider, s.80. Kanaatimizce burada makuliyetin nasıl ölçüleceği talebin ekonomik açıdan incelenmesinden başka bir şey değildir. Bkz. Bölüm III/B.

<sup>55</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN, Art.46, N.40.

edilen “makuliyet ölçütü”, iktisadi açıdan tamirin etkin bir çözüm olmasından başka bir şey değildir. Bu tür bir tamirin gerçekleştirilmesi çok masraflı olacak, örneğin yenisi ile değiştirmeden daha masraflı olacak ise, bu talep kabul edilmeyecektir<sup>56</sup>.

Yenisıyla değişim talebinde olduğu gibi, onarım talebi de, CISG m. 39 gereği, satıcıya anılan şekilde ve zamanda bildirilmelidir (CISG m. 46/III). Ancak onarım talebinde, yenisiyle değişim talebinden farklı olarak, esaslı bir ihlal aranmamaktadır.

## II. Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Aynen İfa Talebinin Yerindeliği

Aynen ifa talebinin yerindeliğini incelemeyen önce, yerindeliğin neye göre belirleneceğini saptamak gerekir. Çalışmanın bu bölümünde, yerindelik kriteri iktisadi açıdan etkinlik olacaktır. Bu nedenle, ilk olarak iktisadi etkinlik ile ne kastedildiğini açıklamak gerekir. Sözleşme, kaynakların en yüksek değer atfedilen yere kanalize olmasını sağlayarak tarafların faydasını artırmayı amaçlar. Bu bağlamda, kural olarak sözleşmenin ifa edilmesi piyasada ekonomik açıdan etkindir<sup>57</sup>. Sözleşmenin taraflarının da sözleşmeye faydacı ve varlıklarını maksimize edecek şekilde yaklaştıkları bir kurgu söz konusudur<sup>58</sup>. Ancak sözleşmeye sıkı bağlılık, borçlunun borcu ifa etmedeki faydasının azaldığı bir durumda artık ekonomik açıdan etkin olmaktan çıkar. Zira sorun da sözleşme imzalandıktan sonra,

<sup>56</sup> Benzer düzenlemenin Türk hukukunda da, TBK m. 227’de de olduğuna dikkat çekmek gerekir.

<sup>57</sup> SCHWARTZ, Alan, “The Case for Specific Performance”, (The Yale Law Journal, Vol.89:271, 1979, Economic Foundations of Private Law, Richard A. Posner/Francesco Parisi (eds), 2003, s.385); SCHÄFER/OTT, s.322; BARTON, John H.: “The Economic Basis of Damages For Breach of Contract”, (Economic Foundations of Private Law, Richard A. Posner/Francesco Parisi (eds), 2003, s.324).

<sup>58</sup> SHAVELL, Steven: “Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis” (Texas Law Review, Vol. 84, Number 4, March 2006, s.831); SCHWARTZ, s.390; SHAVELL, Steven: “Damage Measures for Breach of Contract”, (Economic Foundations of Private Law, Richard A. Posner/Francesco Parisi (eds), 2003, s.466).

maliyet - fayda dengesinin bozulması halinde oluşmaktadır. Bu tür bir durumda sözleşme artık etkin değilken, sözleşmedeki edimi ifa etmemek etkin hale gelir ve sözleşme ihlal edilir.

Maliyet - fayda dengesinin ne zaman bozulduğu, yani sözleşmenin ne zaman ihlal edilebileceği üzerine düşünmek gerekir. Başka deyişle, sözleşmeyi önce serbest iradesi ile imzalayıp, sonra ifa etmeyen tarafın nasıl bir sebebi olabileceği incelenmelidir. Bir sözleşmenin akdedildikten sonra borçlunun borcunu hiç ifa etmemesinin pek çok sebebi olabilir. Ancak en önemli sebep, borçlunun içinde bulunduğu ilişkiyi ekonomik açıdan faydasız görerek, daha iyi bir alışveriş içine girmesi olsa gerekir<sup>59</sup>. Başka deyişle, sözleşmeyi ifa etmeme güdüsünün temel sebebi ekonomiktir. Bu ekonomik temelli güdü ile hareket ediliyorsa, prensip olarak aynen ifa talebine yer olmaması, daha iyi bir alışverişini sağladığı için kaynakların etkin tahsisini sağlayacak ve sosyal faydayı artıracaktır.

Sözleşmenin ihlal edilmesinin ne şekilde ekonomik açıdan etkin olduğu ve sosyal faydayı artırabileceğini bir örnekle açıklamak gerekir. Bir borçlunun ediminin maliyeti, sözleşmeden elde edilecek toplam faydayı geçerse; bu sözleşmenin ifa edilmesi ekonomik açıdan etkin olmayacaktır. Şöyle ki, bir satım sözleşmesinde, (A) maliyeti 8 TL olan malı, 10 TL'ye satmak istiyor olsun. (B)'nin ise o mala biçtiği maksimum değer 12 TL olsun. (A) ile (B)'nin sözleşme yaptığı kurguda, (A)'nın da (8 TL'ye imal ettiği malı 10 TL'ye satıyor) (B)'nin de (12 TL değer biçtiği malı 10 TL'ye satın alıyor) bu sözleşmeden faydası 2 TL olacak. Başka deyişle, aslında taraflar bu 2 TL'lik fayda için bu sözleşmeyi akdetmeyi kabul edeceklerdir. Ancak sözleşmelerin iki taraf için optimum fayda sağlamak amacıyla yapıldığını söylemiştik. Eğer (A) bu mala 14 TL ödeyecek yeni bir alıcı bulursa, bu malı ona satması anlamlıdır. Zira bu olasılıkta (A)'nın faydası (14 TL - 8 TL=6 TL) 6 TL olurken, (B)'nin faydası, aynen ifa sayesinde değil ama zararın giderilmesi yöntemi (fark

<sup>59</sup> SADANAND, Asha: "Lost profits, market damages and specific performance: An economic analysis of buyer's breach", (The Canadian Journal of Economics, Vol.20, No.4, November 1987, s.750); KRONMAN, s.367; BARTON, s.324; SHAVELL, Specific Performance, s.832.



kuramı) ile yine 2 TL olacaktır. Daha önce belirtildiği gibi, sözleşmelerin ifa edilmemesindeki temel güdü de genellikle daha kârlı başka bir sözleşme yapılması halidir. Basit bir hesapla fark edilecektir ki, toplam fayda artacağı gibi, aynen ifa yerine 2 TL tazminat alan (B) de aslında bu sözleşmeyi yaparken amaçladığı faydayı elde etmiş olacaktır. Bu şekilde bir tatmin sağlanması ekonomik açıdan etkindir<sup>60</sup>. Bu tür bir kurguda, (A)'yı, aynen ifaya zorlamak toplam faydayı azaltacağı gibi sözleşmenin tatmin amacını da (A) için sağlamamış olacağından, ekonomik açıdan etkin bir yaptırım olmayacaktır. Ahde vefa prensibi ve aynen ifa yaptırımına sıkı bağlılık, arzu edilen şekilde, kaynakların onlara en çok değer biçene yönelmesine ve böylelikle kaynakların etkin kullanılmasına engel olacaktır<sup>61</sup>.

Bundan başka, ifanın imkânsızlaşmamakla birlikte, aşırı güç veya aşırı masraflı hale gelmesi durumunda da aynen ifa ekonomik açıdan etkin olmayacaktır. Zira burada karşılaştırılan faydalar, borçlu için ifa engeline rağmen aynen ifa etmesinin beraberinde getireceği maddi yük ile alacaklı için aynen ifada ısrarcı olmanın getireceği menfaattir<sup>62</sup>. Böyle bir durumda aynen ifa talebinde bulunmak, ekonomik açıdan etkin olmayacağı gibi, hakkaniyet kriteri açısından da yerinde olmayacaktır<sup>63</sup>. Zira bu tür bir durumda aynen ifada ısrar, MK m.2/II hakkın kötüye kullanılması dahi teşkil edebilir. Meğerki söz konusu malın başka yerden temin edilmesi mümkün olsun.

Borcun gereği gibi ifa edilmemesi, örneğin ayıplı ifa durumunda ise aynen ifa talebinin görünümleri olan, yenisi ile değişim ve tamir taleplerinin incelenmesi gerekir.

Yenisi ile değişim hakkının, yukarıda açıklandığı üzere sınırlı hallerde kullanılması mümkündür. Ekonomik açıdan bakıldığında, birbirini takip eden birden çok satım söz konusu olduğunda – ki bu uluslararası ticari satımların ruhuna uyan bir örnektir – ikame mal

<sup>60</sup> BARTON, s.324; SHAVELL, *Specific Performance*, s.835.

<sup>61</sup> SCHÄFER/OTT, s.325; BARTON, s.324.

<sup>62</sup> ATAMER, *Armağan*, s.241.

<sup>63</sup> Milletlerarası hukuk düzenlemelerinin de buna paralel olduğu söylenebilir. PECL m.9:102/2/b, PICC m.7.2.2/b, DCFR m. III - 302/c/b.

tesliminin yapılması ve karşılığında alıcının da elinde bulundurduğu malları satıcıya iade etmesi, işlem maliyetlerini oldukça şişirecektir. Bu tür ticari satımlarda, kaybedilen her gün bir zarar kalemidir. Bu bağlamda, satıcının ikame mal yollaması ve alıcının da elindeki malı iade etmesi zaman alacağı için maliyet artacağı gibi taşıma maliyetleri de artacaktır. Özellikle alıcının bu malı bir başka satım sözleşmesine konu ettiği olasılıkta, o sözleşmeyi ifa edememekten doğan zararının da gün geçtikçe arttığı unutulmamalıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, onarım hakkı, tüm koşullar göz önüne alındığında "makul" ise kullanılabilir. Bu bağlamda makuliyetin ölçütü, aslında tam da aynen ifanın yerinde olup olmadığının hâkim tarafından değerlendirilmesidir ve bu ölçü ekonomik bakış açısından başka bir şey olmasa gerekir. Bu değerlendirme sırasında taraflar arasındaki menfaat dengesi göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda, bir takım görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre ise, onarım masrafları ikame mal teslimi masraflarını %10-20 aşıyorsa hakkın kullanılmaması gerekir<sup>64</sup>. Ancak, ekonomik değer yargılarına bağlı bir makuliyet ölçüsünde, bu şekilde rakam belirlemenin her somut olay için uygun olmayabileceği unutulmamalıdır. Bir diğer görüş ise, onarım masraflarının ikame mal teslimi masraflarını birkaç kat aşması halinde bu hakkın makul sayılmayacağını ileri sürmektedir<sup>65</sup>. Son olarak, malın onarımı ikame mal tesliminden daha masraflı ise bu hakkın kullanılmaması gerekeceğini ifade eden görüş<sup>66</sup> üstün tutulmalıdır.

Bundan başka, satıcının onarım kabiliyetinden yoksun olabileceği de göz ardı edilmemelidir. Birbirini takip eden satım sözleşme-

<sup>64</sup> SCHMIDT, Karsten: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Auflage, 2005, MünchKommHGB/Benicke, Art.46, N.22.

<sup>65</sup> ZEYİN, s.168, dn.776.

<sup>66</sup> ATAMER, Sözleşmeye Aykırılık, s.385; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN, Art.46, N.40. Onarım hakkına Türk hukukunda da bazı sınırlamalar getirilmiştir. TBK m. 227 gereği, onarım aşırı bir masraf gerektirmemelidir. Aşırı olmayan diğer masraflar satıcıya ait olacaktır. Bu bağlamda alıcının tazminat olarak isteyebileceği, ama bunu isterken kusura ihtiyaç duyulacak kurgularda, bu zarar kalemlerinin masraf olarak satıcıya yüklenmesi ve böylelikle hiç kusur tartışmasına girilmemesi anlamlıdır.

lerinin söz konusu olduğu uluslararası satımlarda çoğunlukla satıcının işi yalnızca satmak olacaktır. Yeterli servis hizmeti sağlayamaması işin niteliğine uygundur ve doğaldır. Başka deyişle genellikle üretici olmayan satıcı, malın onarılması konusunda yetkin olamayacaktır<sup>67</sup>. Bu bakımdan da onarım talebinin tıpkı aynen ifa talebinde olduğu gibi (ve onun bir görünümü olduğu için, aynı gerekçelerle) sınırlı olması gerekir.

### III. Değerlendirme

Aynen ifa talebinin birincil yaptırım olmasının yerindeliği özel olarak iktisadi açıdan incelendikten sonra, bu kriterin yanında hakkaniyet, ticari hayatın gerekleri gibi unsurlar da göz önünde tutulup, bir sonuca varılmak gerekir. Sonucu şimdiden belirtmek gerekir ise, aynen ifa talebinin birincil yaptırım olmasının yerindeliği hakkında pek çok olasılıkta farklı sonuçlara varılacaktır. Bu bağlamda ilk incelenecek husus satım konusunun bir parça borcu olduğu haldir. Bu ayrımın gerekliliği ve aynen ifa talebine etkisinden sonra, yapılan satım sözleşmesinin türüne göre bir ayrımla farklı sonuçlara ulaşılacaktır.

#### A. Parça Borcu-Cins Borcu Ayrımı ve Bu Ayrımın Aynen İfa Talebine Etkisi

Öncelikle, parça borcu ve imkânsızlık odaklı ifa engelleri sistemlerinden vazgeçilmesinin günün koşulları ile daha uyumlu olacağını belirtmek gerekir. Zira parça borcu günümüz üretim düzeninde istisnaen söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda Türk hukuku ifa engelleri sisteminin de bir revizyona tabi tutulmasının isabetli olacağı yönündeki görüşe<sup>68</sup> ağırlık verilmesi gerekir<sup>69</sup>. Borç

<sup>67</sup> SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN, Art.46, N.40; MünchKommHGB/Benicke, Art.46, N.22.

<sup>68</sup> SEROZAN, Rona: "Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayrım", (MHAD, C.3, S.5, Yıl1969, s.233 vd); ATAMER, CISG; ATAMER, Armağan.

<sup>69</sup> Tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi, parça-çeşit borcu ayrımını ortadan kaldıran ve ifa engellerini ayrı ayrı düzenlemeyen bir sistemin kabulü şüphesi yerinde olacaktır.

artık esas olarak çeşit borcu iken imkânsızlık ve aynen ifa talebi daha az gündeme gelmeli ve imkânsızlıktan başka sözleşme ihlallerinde de tazminat talebi kural olarak aynen ifa talebinin önüne geçebilmelidir. Ancak parça borcunun uygulamada az rastlanır olması, hiç olmadığı anlamına gelmez. Bu bağlamda, parça borcundan ne anlaşılması gerektiğinden kısaca bahsetmek gerekir.

Parça borcu kavramı, neredeyse her malın bir ikamesinin bulunabileceği günümüzde, oldukça dar anlaşılmalıdır<sup>70</sup>. Ancak bunun bir hukuk politikası tercihi olduğunu belirtmekte fayda vardır. Eşi benzeri bulunmayan<sup>71</sup> sanat eserleri, antikalar<sup>72</sup>, ikinci el mallar, için ancak aynen ifa yaptırımına borçlunun zorlanması anlamlıdır. Bu bakımdan kanımızca parça borcu, niteliği gereği ikamesi veya dengi olmayan şekilde anlaşılıyorsa, aynen ifada ısrarcı olunması yerinde olacaktır<sup>73</sup>. Zira para karşılığı ikamesi bulunamayacak olan mal için ödenecek tazminatın tatmin edici olmayacağı açıktır. Bu tür bir mal için tazminat miktarının belirlenmesi de kolaylıkla mümkün olmayacaktır. Ancak bir fabrikada imal edilen makinelerin belli bazılarının incelenmiş ve bunların sipariş edilmiş olduğu bir olasılıkta, bu borç da parça borcu olduğu halde, ikamesi mümkün olacaktır<sup>74</sup>. Bu durumda, anılan borç, yalnızca parça borcu olarak nitelendirildiği için aynen ifa yaptırımının kabul edilmesinin yerindeliği tartışılabilir.

Bundan başka, sözleşme konusu mal eşsiz olmamasına rağmen, piyasada başka bir satıcıdan temin edilmesi zor olabilir. Bu durumda

<sup>70</sup> KRONMAN, s.359.

<sup>71</sup> "Uniqueness Test" olarak adlandırılan eşsizlik testi ile bulunan sonuç, söz konusu malın eşsiz olduğunu gösterir ise, aynen ifa talebi İngiliz hukukunda, bu sonuca rağmen ancak hakkaniyet gereği kabul edilmektedir. KRONMAN, Anthony T. "Specific Performance", (Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1-1-1978, s.351). Bu örnek de, parça borcuna yüklenen anlamın bir hukuk politikası tercihi olduğu yönündeki açıklamayı destekler niteliktedir.

<sup>72</sup> KRONMAN, s.356.

<sup>73</sup> KRONMAN, s.358-359; TREITEL, Outline, s.10.

<sup>74</sup> ATAMER, Sözleşmeye Aykırılık, s.374-375.

da ikame mal bulunmasında güçlük vardır ve bu malların ticari açıdan kendine özgü mallar (*commercially unique goods*) oldukları kabul edilmektedir. Sky Petroleum Ltd. ile VIP Petroleum Ltd. şirketleri arasında görülen bir davada, uyuşmazlık konusu petrolün, somut olay koşulları altında, petrol tedarik kaynaklarının yetersiz olması ve piyasada az bulunması nedeni ile ticari olarak kendine özgü mal olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu nedenle mahkeme, tazminatın belirlenmesinin mümkün olmadığı ve yeterli tatmini sağlayamayacağı gerekçeleriyle aynen ifaya, yerinde olarak, hükmetmiştir<sup>75</sup>.

Çalışmanın ekonomik bakış açısı başlıklı bölümünde<sup>76</sup> yapılan tartışmada hesaplanan 2 TL olarak hesaplanabilen fayda, edim yukarıda açıklandığı gibi dar anlamda bir parça borcu olduğunda, kolaylıkla bulunamayacaktır. Zira bu tür bir mala, alıcının ne değer biçtiğinin bilinmesi zor olacağı gibi bu değerlendirme subjektif bir değerlendirme olduğundan bulunan sonuç uygun da olmayacaktır. Bu nedenle bu borcun ifa edilmemesine ilişkin zararın ve sonuç olarak tazminatın da hesaplanması çoğu kez mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak, bu kurguda, uygun olan talep ve yaptırımın aynen ifa olduğunu kabul etmek gerekir<sup>77</sup>.

Özellikle taşınmaz satımı söz konusu olduğunda doktrin, tazminat yaptırımın tatmin edici olmayacağı yönünde görüş bildirmektedir<sup>78</sup>. Zira aynı niteliklerde ve aynı fiyata bir taşınmazın bulunması genellikle kolay olmayacaktır. Somut olayın şartlarına göre - ki bu şartları hâkim takdir etmelidir - tazminat yaptırımı adil olmayacak; başka deyişle ikame bir taşınmaz bulunamayacaksa, aynen ifa yaptırımı daha uygun olacaktır. Konusu taşınmaz olan satım sözleşmesinin para alacaklısı, yani satım sözleşmesindeki satıcı da aynen ifada ısrarcı olabilir. Bunun iki nedeni olsa gerekir. İlk nedeni, sözleşme taraflarından birine verilen aynen ifa talebinde

<sup>75</sup> 1 WLR 576 (1974), [http://www.docstoc.com/docs/17802661/SKY-PETROLEUM-LTD-v-VIP-PETROLEUM-LTD-\[1974\]-1-All-ER-954](http://www.docstoc.com/docs/17802661/SKY-PETROLEUM-LTD-v-VIP-PETROLEUM-LTD-[1974]-1-All-ER-954).

<sup>76</sup> Bölüm III/A, s. 17.

<sup>77</sup> KRONMAN, s.358.

<sup>78</sup> SCHÄFER/OTT, s.322; TREITEL, Contract, s.1021; KRONMAN, s.356.

bulunma hakkının diğerine de verilmesi gereğidir. Diğer ise, yukarıdaki kaygıya benzer şekilde satıcının da benzer bir alıcı bulamama ihtimalinin yüksek oluşudur. Ancak elbette söz konusu taşınmazın ikamesinin bulunması veya kolayca satılabilecek üçüncü kişilerin bulunması durumunda, yine aynen ifa talebi anlamlı olmayacaktır. Bu nedenle durumun hâkimin takdirine bırakılması somut olayın şartlarının göz önüne alınarak karar verilmesi açısından uygun olacaktır.

Tali bir aynen ifa yaptırımı olan yenisi ile değişim talebi için ise, doktrinde baskın görüş, parça borcu açısından yenisi ile değiştirme imkânının kural olarak var olmadığı yönündedir<sup>79</sup>. Ancak Atamer, bu tür katı ve kalıpsal bir yaklaşımı haklı olarak eleştirmektedir<sup>80</sup>. Yukarıda belirttiğimiz üzere, eşi benzeri bulunmayan bir parça borcu söz konusu ise, ancak bu halde, fiili imkânsızlık nedeniyle yenisi ile değişim talebine engel olunmalıdır. Yoksa ikamesi mümkün olan mal için, adı parça borcu diye, yenisi ile değişim talebine engel olunması anlamlı değildir. Yukarıda verilen aynı örnek üzerinden gitmek gerekirse, alıcının satıcının fabrikasında imal ettiği belirli bazı makineleri incelemiş ve bunları satın almak istemişse, burada bir parça borcu vardır. Bu olasılıkta, parça borcu olmasına rağmen, yenisi ile değişim talebinin engellenmesinin hiçbir anlamı yoktur. Zira satım konusu malın yerine bir başkasını koymak sorunsuz bir biçimde mümkün ise, ikame mal talebine izin verilmelidir. Önemli olan işlevsel ve ekonomik açıdan çeşit borcuna yaklaştırılabilen bir borcun var olmasıdır<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> MünchKommHGB/BENICKE, Art. 46 CISG, N.13; STAUDINGER/MAGNUS, Art.46, N.33; SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN, Art.46, N.18; BRUNNER, Christoph: UN Kaufrecht - CISG Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Bern 2004, Art.46, N.12.

<sup>80</sup> ATAMER, Sözleşmeye Aykırılık, s.375. CISG açısından da, aynı yönde, ATAMER, CISG, s.374; MünchKommHGB/BENICKE, Art. 46 CISG, N.12; BRUNNER, Art. 46 CISG, N.12

<sup>81</sup> ATAMER, Sözleşmeye Aykırılık, s.375. Ayrıca yazara göre CISG ile paralel bir mantık izleyen AB Satım Yönergesi çerçevesinde de kabul edilmesi CISG m. 46'nın yorumunda dikkate alınmalıdır. ATAMER, Sözleşmeye

Aynen ifa talebinin yerindeliğini tartışırken görülmektedir ki, parça borcu-cins borcu ayrımı aslında yapay bir ayrımdır<sup>82</sup>. Zira yukarıda görüldüğü üzere, borç parça borcu da olsa (belirli makine-lerin satın alınması örneği), cins borcu da olsa tali aynen ifa talebi olan yenisi ile değişim mümkün olabilmektedir. Buna rağmen eşi benzeri bulunmayan veya yalnızca sözleşme konusu edimin ifasında alacaklının özel menfaati bulunan parça borçlarında yenisi ile değişim söz konusu olamayabilecektir. Bu haller de zaten somut olaydan kolaylıkla anlaşılabilir ve bu hakkın kullanılmasında ısrar edilmesi çoğu kez hakkın kötüye kullanılması sayılabilecektir. Varılan sonuç, somut olay kapsamında, hâkime bu talebin birincil olup olmaması gerektiğini denetleme hakkı tanınması anlamlı olduğu şeklindedir. Bu değerlendirme sırasında hâkim, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları ve borç konusu şeyden bekledikleri menfaati de dikkate almalıdır.

### **B. Ulusal Adi Satımlarda Aynen İfa Talebi**

Borç konusunun, sanayileşme sonucunda, günümüzde genellikle ikamesi mümkün olan, misli şeyler olduğu düşünüldüğünde, aynen ifa yaptırımı karşısında tazminat yaptırımının, aynen ifa yaptırımının yerine geçmesi değil ama öncelikli olması anlamlıdır. Ancak kanımızca aynen ifada ısrarcı olan alıcının da (hakkın kötüye kullanılması sınır teşkil edecek şekilde) talebi kabul edilmelidir. Bu olasılıkta hâkime takdir yetkisi tanımak yerine, ulusal adi satımlarda, alacaklıya seçim hakkı tanımak daha uygundur. Zira aynen ifa talebini engellemenin gerekçeleri olan, işlem maliyetlerinin artması, cebri icranın zorluğu gibi durumlar, ulusal ve adi satımlar için

---

Ayırılık, s.375, dn.492. OLG Braunschweig (4.2.2003, JZ 2003, 863) kararında da, belirtildiği üzere, Almanya'da reform sonrası parça borcu-çeşit borcu ayrımı ortadan kalkmakla, bir borcun yerine, ikame mal talep edilebilmesi, sözleşmenin niteliğine göre karar verilmesi gereken bir husustur.

<sup>82</sup> Bu ayrımın gerçekçi olmadığı, hukukçu tarafından anlaşılması zor olmasının yanında, hukukçu olmayan kişi tarafından anlaşılmasının imkânsız olduğu, bunun da hukuk güvenliğini sarstığı söylenebilir. SEROZAN, Parça Borcu, s.214 vd.

kolaylıkla gündeme gelmeyecektir. Dolayısıyla ahde vefa prensibine ve aynen ifa talebine bir istisna getirilmesine gerek görülmemektedir. Bu bağlamda Türk hukukunda ulusal adi satımlara ilişkin yer alan düzenlemenin yerinde olduğunu da belirtmek gerekir.

### *C. Ulusal Ticari Satımlarda Aynen İfa Talebi*

Ulusal ticari satımlarda, ticari hayatın hızı önemli olduğu gibi, ikame alım yükümlülüğünün de bulunması gibi nedenlerle, tazminat yaptırımı ulusal ve adi satımlara kıyasen evleviyetle aynen ifa yaptırımının önüne geçmelidir. Hele ki günümüzde başka biriyle sözleşme yapmanın işlem maliyetinin düşük olduğu<sup>83</sup> ancak aynen ifada ısrarcı olunması durumunda, mesela yenisiyle değişim talebinde alacaklının malı iadesi ve borçlunun ikame mal göndermesinin masrafları artıracacağı<sup>84</sup> düşünülürken, aynen ifa yaptırımının tercih edilmesi yerinde olmayacaktır. Başka biriyle sözleşme yapmanın işlem maliyetinin düşük olması ile kastedilen ise edimin artık genellikle çeşit borcu olması ve ikame mal ile bu malı satan kişinin yaygın iletişim araçları sayesinde genellikle kolay bulunur olmasıdır. Başka deyişle, kolaylıkla ikame mal ve satıcı bulunabileceğinden, yeni bir sözleşme yapmanın işlem maliyeti de düşük olacağından, tazminat yaptırımı ekonomik açıdan da etkin olacaktır.

Ancak ulusal adi satımdan farklı olarak, aynen ifada ısrarcı olan alıcının bu talebinin kabulü için hâkime takdir yetkisi tanınması veya aynen ifa talebinin ancak kanunda yazılı belli durumlarda kabul edilmesi daha uygun bir çözüm olarak görünmektedir. Bu bağlamda CISG'in aynen ifayı talep veya dönme hakkına getirdiği sınırlamalar, kanunla getirilen sınırlamalara örnek teşkil edebilir. Ancak kanunla getirilen sınırlamaların yanında, somut olaya göre hâkime takdir yetkisi tanımak, ticari hayatın akışına daha uygun olacaktır<sup>85</sup>. Sonuç

<sup>83</sup> SCHÄFER/OTT, s.325.

<sup>84</sup> SCHWARTZ, s.388.

<sup>85</sup> Common Law'da aynen ifa talebinin ilk ortaya çıktığı dönemde, buna hükmetme konusunda hâkime takdir yetkisi verilmekteydi. ZIMMERMANN, *The Law Of Obligations*, s.780. Mevcut dönemde de hâkimin takdir yetkisine sahip olduğu yönünde, TREITEL, *Contract*, s.1025-1026.



olarak, ulusal ticari satımlarda, aynen ifa talebinin hâkimin takdir yetkisine bırakılması suretiyle sınırlandırılması gereklidir. Aynen ifa talebi sınırlandırılınca, birincil yaptırım olarak gündeme gelecek yaptırım da tazminat talebinden başka bir şey değildir. İkame malın bulunduğu bir pazarda tazminat miktarının tespit edilmesinin kolaylığı ve hızına da dikkat çekmek gerekir (soyut metod). Sözleşmeden dönme ise ticari satımlarda tasfiye ilişkisinin zorluğu nedeniyle birincil yaptırım olarak uygun görülmemekte ve bu nedenle tazminat talebi önerilmektedir.

Aynen ifa talebinin birincil yaptırım olarak yerindeliliğinin denetlenmesi sırasında hâkime tanınan takdir yetkisi kullanılırken, şu hususlar göz önünde tutulabilir. İlk olarak, aynen ifaya özel bir değer biçiliyorsa veya aynen ifada özel bir menfaat var ise aynen ifa talebinin kabulü yerinde olur<sup>86</sup>. Zira bu olasılıkta tazminat tatmin edici olmayabilir. Bu halde aynen ifa yaptırımı tercih edilmelidir. Bundan başka, tazminatın miktarını belirlemek güç ise yine aynen ifa yaptırımı tercih edilmelidir<sup>87</sup>. Zira zararın ne kadar olduğunu ispatlamak alacaklı açısından güç olduğunda borcunu ifa etmeyen borçlu karşısında alacaklının işini bu şekilde zorlaştırmak anlamlı olmayacaktır. Benzer bir şekilde, borçlunun malvarlığı belirlenen miktarda likit tazminatın ödenmesine imkân vermiyorsa, aynen ifa yaptırımı yeğ tutulmalıdır<sup>88</sup>. Bir diğer hal ise zararın çok küçük olduğu olasılıktır. Bu durumda da tazminat yaptırımı uygun olmayabilir. Zira bu durumda, borçlunun, borcunu ifa etmemek suretiyle alacaklının ifadan olan beklentisini karşılamayarak ve küçük bir tazminat ödeyerek daha fazla fayda elde ettiği ileri sürülmektedir<sup>89</sup>.

#### *D. Uluslararası Ticari Satımlarda Aynen İfa Talebi*

Başka bir olasılık da uluslararası ticari satımlardır. Yukarıda aynen ifa yaptırımını ikinci sıraya iten veya sınırlandıran gerekçeler

---

<sup>86</sup> TREITEL, *Contract*, s.1023.

<sup>87</sup> BARTON, s.326; SCHWARTZ, s.388-389; ATAMER, *CISG*, s.262.

<sup>88</sup> SHAVELL, *Specific Performance*, s.855.

<sup>89</sup> TREITEL, *Contract*, s.1022.

uluslararası ticari satımlar için öncelikli olarak vardır. Tazminatın ana yaptırım olması birçok açıdan anlamlıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ticari hayatın hız gerektirmesi, zararın gün geçtikçe her iki taraf için de büyümesi, aynen ifa talebini (ve bu arada dönme talebini) engellemek için en önemli sebeplerdir. Aynen ifa talebinin yerine getirilmesi, yukarıda açıklandığı üzere, hem uzun zaman gerektirebileceği için hem de işlem maliyetlerini artıracığı için uluslararası ticari satımlar bakımından uygun değildir<sup>90</sup>.

Bundan başka, uluslararası ticari satımlarda ikame mal bulma ve satın alma kolaylığı ve şansı olduğu gibi, bunun bir yükümlülük olduğu da ileri sürülebilir. Gerçekten de birçok hukuk sisteminde, bu arada tartışmalı olmakla birlikte<sup>91</sup> CISG'da ve Türk hukukunda TBK m. 52 gereği, zararı azaltma külfeti nedeniyle bu tür bir ikame alımın yapılması zaten gerekli olabilir. Kanımızca CISG m. 77<sup>92</sup> gereği zararı azaltma külfeti bağlamında bir takım şartlara tabi olmak üzere<sup>93</sup>

<sup>90</sup> SCHWARTZ, s.388.

<sup>91</sup> Doktrinde ve uygulamada ikame alım zorunluluğu çoğunlukla kabul edilmektedir. İkame alım zorunluluğunun varlığına ilişkin bir kural koymak zor olsa da somut olay bazında zararı azaltacak makul bir önlem olması halinde varlığını kabul etmek anlamlıdır. ATAMER, Sözleşmeye Aykırılık, s.439-440; BIANCA/BONELL/KNAPP, Art.77, N.22; STAUDINGER/MAGNUS, Art. 77, N.11; BGer, 17.12.2009, CISG Online N.2022; Ontario Court of Appeal Canada, 26.01.2000 CISG Online N.582.

<sup>92</sup> CISG m. 77 uyarınca, alıcı yoksun kalınan kar dâhil, ihlalden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Bu husus şüphesiz uluslararası ticarete dürüstlük kuralının bir görünümüdür. Alıcının zararı azaltması bir külfettir yoksa bir yükümlülük değildir. Bunun sonucunda, alacaklının bir aynen ifa davası açması söz konusu olamaz ancak zararı azaltma külfetini yerine getirmeyen alıcı kaçınabilecek zararların tazmin edilmesini talep edemeyecektir. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/STOLL/GRUBER, Art.77; BIANCA/BONELL/KNAPP, Art.77 N.3.

<sup>93</sup> Alıcı sözleşmeden dönmek istemiyorsa ve ikame mal zararı azaltmayı hedeflemesi, sözleşmeden dönülmesi halinde ihlalden doğan zarar CISG m.76 uyarınca malın cari fiyatı esas alınarak hesaplanacak zarardan daha az olması gibi hallerde ikame alım zorunluluğundan bahsedilebilir ise de, konu oldukça tartışmalı olup bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

ikame mal alma zorunluluğu da söz konusudur. Bu bakımdan aynen ifada ısrar, tarafların zararını da artıracığı için CISG m. 77 ile de bağdaşmayacaktır. Bu durumda aynen ifa yaptırımı yine anlamsız kalır. Bu tür bir ikame alımı gerçekleştirmeyen alacaklı, gecikme sürecinde pazar fiyatının artması nedeniyle ortaya çıkan zararını tazmin ettirememesi gerekir iken, aynen ifa yaptırımı sayesinde bu zarar dolaylı olarak tazmin ettirilmekte, zarar borçlu üzerinde kalmaktadır. Bu durumdaki alacaklıyı aynen ifa ile mükafatlandırmak<sup>94</sup> borçlu için ağır olacağı gibi zararı azaltma külfetine ilişkin prensibe ve ticari hayatın akışına da aykırı olacaktır.

Son bir sebep olarak da, uluslararası satımda aynen ifaya hükmedilmesi durumunda bunun cebri icrasının nasıl işletileceğinin büyük sorun teşkil etmesi ve yine ticari hayatın sekteye uğraması ileri sürülebilir.

### Sonuç

Görüldüğü üzere aynen ifa talebinin birincil yaptırım olarak yerindeliliğinin hakkında, tek bir sonuca varmak mümkün değildir. Zira satım sözleşmesinin türüne veya malın cinsine göre aynen ifa talebinin anlamı ve önemi değişmektedir. Bazı durumlarda aynen ifa tek yaptırım olabilirken; bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılması dahi sayılabilecek veya kanun tarafından engellenebilecektir. Ancak esas olan ifa engelleri sistemlerine ortak bir bakış sağlayabilmektir. CISG'in açıklanan ifa engelleri sistemi oldukça basit bir şekilde hangi ifa engeli söz konusu olursa olsun aynen ifa, tazminat veya dönme taleplerini sunmaktadır. Herhangi bir ifa engelinin varlığında aynen ifanın mı, tazminatın mı yoksa sözleşmeden dönme talebinin mi ileri sürülmesi gerektiği somut olaya göre belirlenecektir. Bu taleplerin kullanılması bazı durumlar için sınırlandırılmıştır. İşte burada kanun veya hâkim eliyle yapılan sınırlama, tam da yerindelik denetimidir. Örneğin tali bir aynen ifa talebi olan onarım

---

Örnekler için bkz. SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/STOLL/GRUBER, Art.77, Para.9.

<sup>94</sup> TREITEL, Contract, s.1020.

talebinin yapılabilmesi için bu talebin çok masraflı olmaması gerekmektedir.

Sonuç olarak varılan kanaat, somut olayın aynen ifa talebinde oldukça etkili olduğu unutulmadan, dar anlamda bir parça borcu söz konusu ise aynen ifa talebinin birincil yaptırım olarak yerinde olduğu; ulusal adi satımlar açısından aynen ifa talebinin birincil yaptırım olmasının yanında tazminat talebi ve dönme talebinin de alacaklının seçiminde olmasının gerektiği; ulusal ticari satımlarda aynen ifa talebinin ikincil yaptırım olması gerektiği; uluslararası ticari satımlarda ise tazminatın birincil yaptırım olması, aynen ifa talebinin ise sınırlı şekilde uygulanması gerektiği şeklindedir.

## Kaynakça

- Akyol, Şener:** Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İstanbul 1995.
- Alpagut, Gülsevil:** Toplu İş Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi, İstanbul 2002.
- Atamer, Yeşim M.:** "CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", Milletlerarası Satım Hukuku - CISG, İstanbul 2008. (CISG)
- Atamer Yeşim M.:** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005. (Sözleşmeye Aykırılık)
- Atamer, Yeşim M.:** "Yeni Bir Milletlerarası Satım Hukukuna Doğru: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması ve Türkiye", HPD, S.10, Eylül 2006 (HPD)
- Atamer, Yeşim M.:** "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010 (Armağan).
- v. Bar, Christian/Zimmermann, Reinhard:** Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil I und II, Kommission für Europäisches Vertragsrecht, 2002, Einführung, XXIII-XXIV.
- Barton, John H.:** "The Economic Basis of Damages For Breach of Contract", Economic Foundations of Private Law, Richard A. Posner/ Francesco Parisi (eds), 2003.
- Başoğlu, Başak:** Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012.
- Baysal, Başak:** Aşırı İfa Güçlüğü, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler (Derleyen: M. Murat İnceoğlu), İstanbul 2012, s. 113-144. (Sempozyum).
- Baysal, Başak:** Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009. (Uyarılama)

- Bianca M.C./Bonell M. Joachim:** Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffre Milan, 1987.
- Brunner, Christoph:** UN Kaufrecht - CISG Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Bern 2004.
- Burcuoğlu, Haluk:** Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama, İstanbul 1995.
- Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods:** Secretariat Commentary, UN Doc. A/Conf. 97/5, United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980, Official Records <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644>. (Secretariat Commentary)
- Dayıoğlu, Yavuz:** CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011.
- Erdem Ercüment:** Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi), Batider 1992, s.25-105.
- Ergüne, Serkan:** "Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları", İÜHFM, C.LXII, S.1-2, 2004.
- Faust, Florian/ Wiese, Volker:** "Specific Performance-A German Perspective", Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives, Jan Smiths, Daniel Haas, Geerte Heslen (eds.) 2008, s.47-64.
- Gürsoy, Kemal Tahir:** Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus-Emprevizyon Naziresi, Ankara 1950.
- Haas, Daniel/ Heslen, Geerte/ Smits, Jan:** Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives, 2008.
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang:** Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art.1-529 OR, 4. Auflage, 2007.
- Kaplan, İbrahim:** Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987.

- Karsten, Schmidt:** Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Schmidt, Karsten, 2. Auflage, 2005.
- Kronman, Anthony T.:** "Specific Performance", Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1-1-1978.
- Mak, Vanessa:** "Specific Performance in English Consumer Sales Law", Specific Performance in Contract Law: National and Other Perspectives, Jan Smiths, Daniel Haas, Geerte Heslen (eds.) 2008.
- Müller-Chen, Markus:** Folgen der Vertragverletzung, Zürich 1999.
- Oğuz, Arzu:** Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003.
- Potter, Harold/ Kiralfy Albert K. R. (eds.):** Potter's Historical Introduction to English Law and its Institutions, 1962.
- Reppen, Tilman:** Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft, Paderborn, 1994.
- Sadanand, Asha:** "Lost profits, market damages and specific performance: An economic analysis of buyer's breach", The Canadian Journal of Economics, Vol.20, No.4, November 1987, s.750-773.
- Schäfer, Hans-Bernd/ Ott, Claus:** The Economic Analysis of Civil Law, 2004.
- Schlechtriem, Peter/ Schwenger, Ingeborg:** Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht-CISG, Schlechtriem/Schwenger (eds.), 4. Bası, 2004 (Schlechtriem/Schwenger/İşleyen).
- Schwartz, Alan:** "The Case for Specific Performance", The Yale Law Journal, Vol.89:271, 1979, Economic Foundations of Private Law, Richard A. Posner/ Francesco Parisi (eds), 2003.
- Schwenger, Ingeborg:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2009.
- Serozan, Rona:** Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2009.
- Serozan, Rona:** "Yürürlükteki İfa Engelleri ve Haksız Fiiller Hukukunun Yetersizlikleri ve Bu Yetersizliklerin Anlaşılma-sında

Giderek Önemi Artan Kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo", MHAD, S. 18, Y. 1990 (MHAD).

**Serozan, Rona:** "Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku", İÜHFM, C. LVIII, S.1-2. (İÜHFM)

**Serozan, Rona:** "Parça Borcu-Çeşit Borcu; Aşılması Gerekli Bir Ayırım", MHAD, C.3, S.5, Yıl 1969. (Parça borcu)

**Shavell, Steven:** "Damage Measures for Breach of Contract", Economic Foundations of Private Law, Richard A. Posner/ Francesco Parisi (eds), 2003.

**Shavell, Steven:** "Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis" Texas Law Review, Vol. 84, Number 4, March 2006. (Specific Performance)

**Staudinger, Julius v./Magnus, Ulrich:** Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetz, Berlin: Wiener UN Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 2005.

**Tekinay, Selahattin Sulhi:** "Mukayeseli Hukuk Açısından Borçlunun Aynen İfaya veya Tazminat Ödemeye Zorlanması", Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubalı'ya Armağan, İÜMHE, Yıl:8, Sayı:11, 1974.

**Treitel, Guenter H.:** Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, Oxford 1988. (Breach)

**Treitel, Guenter H.:** The Law of Contract Law, 2003. (Contract)

**Treitel, Guenter H.:** An Outline of The Law of Contract, 2004. (Outline)

**Wery, Patrick:** "Specific Performance in Belgian Law", Specific Performance in Contract Law: National and Other Aspects, Jan Smits, Daniel Haas, Geerte Heslen (eds.), 2008, s.31-42.

**Winkel, Laurens/Hallebeek, Jan/Dondorp, Harry (eds.):** "Specific Performance in Roman Law", The Right to Specific Performance - The Historical Development, 2010.

**Zeytin, Zafer:** Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (Cisg) Hukuku, Ankara 2011.



**Zimmermann, Reinhard:** The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996. (The Law Of Obligations)

**Zimmermann, Reinhard:** “Roman Law and Harmonisation of Private Law in Europe”, Towards A European Civil Code, 2004. (Harmonisation)

**[http://www.docstoc.com/docs/17802661/SKY-PETROLEUM-LTD-v-VIP-PETROLEUM-LTD-\[1974\]-1-All-ER-954](http://www.docstoc.com/docs/17802661/SKY-PETROLEUM-LTD-v-VIP-PETROLEUM-LTD-[1974]-1-All-ER-954):** Case Law Kararı - Sky Petroleum Ltd. ile VIP Petroleum Ltd. 1 WLR 576 (1974)