

**BORÇLUNUN CISG MADDE 79 UYARINCA TAZMİNAT
SORUMLULUĞUNDAN KURTULMASI HALİNDE
ALACAKLININ DİĞER TALEPLERİNİN AKİBETİ NE OLUR?**

*The Effect of an Exemption to Pay Damages according to Art. 79
CISG on other Remedies of the Obligee*

*Prof. Dr. Yeşim M. ATAMER**

I. Giriş

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)¹ m. 79, borçlunun, borcunu yerine getirmemiş olmasına rağmen tazminat sorumluluğundan kurtulduğu halleri düzenlemektedir. Buna göre

“Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklene-meyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz.”

Borçlunun etki alanı dışında kalan, öngöremeyeceği ve aşamayacağı bir engel nedeniyle sözleşmeye aykırı davranmak zorunda

* İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, yeşim.atamer@bilgi.edu.tr. Bu çalışmanın temelini ATAMER, Yeşim M.: “Availability of Remedies other than Damages in Case of Exemption According to Art. 79 CISG”, in: Büchler/Müller-Chen (eds.), Private Law, National - Global - Comparative, Bern 2011, s. 83-98 oluşturmaktadır. Makalenin Türkçeye aktarılması ve güncelleştirilmesindeki katkılarından dolayı asistanım Yasemin Kabaklıoğlu’na teşekkür ederim.

¹ United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) = Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, 7 Nisan 2010 tarihli Resmî Gazete, Sayı 27545.

kaldığını ispat etmesi halinde, alacaklının bundan kaynaklanan zararını tazmin etme yükümlülüğü yoktur.² Bu hallerde alacaklı ifayı engelleyen atipik rizikonun sonuçlarına katlanmak durumundadır. Tazminat sorumluluğundan kurtulmanın sınırı, karşılaşılan engelin etkisine göre belirlenir. Örneğin, engel geçici nitelikteyse borçlu gecikmiş ifa dolayısıyla doğan zararın tazmininden kurtulacaktır, ancak eğer söz konusu engel ifayı tamamen ve kalıcı bir şekilde engelliyorsa, borçlu ifa etmemeden doğan zararı tazminden tamamen kurtulmuş olur.³

² CISG m. 79'un hangi hallerde devreye gireceği, sorumluluktan kurtulmanın ön koşulları ve kapsamı bu makalenin konusunu oluşturmamaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ATAMER**, Yeşim M.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 453-479; **ATAMER**, Yeşim M.: Kröll/Mistelis/Viscasillas (eds.), UN-Convention on the International Sales of Goods (CISG), München 2011, Art. 79 N. 43 vd.; **BİNGÖL**, İtr: Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, Ankara 2011.

³ Borçlunun sözleşmede kararlaştırılmış cezai şart veya götürü tazminat sorumluluğundan da kurtulup kurtulmayacağı CISG kapsamında düzenlenmemiştir ve tartışmalara sebep olmaktadır. Oberlandesgericht Hamburg (Almanya), 25.01.2008, CISG-online 1681'de de bu soru cevapsız bırakılmıştır. CISG'in bu hususa uygulanabilirliğini tamamen reddetmek yerine tarafların ortak amaçlarına yönelik karar vermek daha ikna edici görünmektedir. Tarafların cezai şartı tazminatla beraber mi yoksa tazminatın yerini almak üzere mi öngördüklerinin tespiti gerekir. İlk ihtimalde m. 79 borçluyu kurtarmaya yetmeyecektir. Bununla birlikte, CISG kapsamında ileri sürülebilecek tazminat talebinin yerini almak üzere bir cezai şart kararlaştırılmışsa m. 79'un doğrudan veya en azından kıyasen faydalanılacak bir kural olarak uygulanması mümkün olmalıdır. Somut olayda m. 79 tazminat borcundan kurtarıyorsa bu durumda cezai şartın da ödenmeyeceği kabul edilebilir. Bkz. **FISCHER**, Nicole: Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht, Berlin 2001, s. 123-124; **TALLON**, Denis: Bianca/Bonell (eds.), Commentary on the International Sales Law, Milan 1987, Art. 79 CISG N. 2.10.1; **MASKOW**, Dietrich: "Hardship and Force Majeure", American Journal of Comparative Law (1992), s. 657, 665; **HEUZE**, Vincent: La vente internationale des marchandises, Paris 2000, N. 476; **HUBER**, Peter: in: Münchener Kommentar zum BGB, Vol. 3, 6th ed., Münih 2012, Art. 79 CISG N. 27; **MAGNUS**, Ulrich: in: J. von Staudingers Kommentar zum BGB, Wiener

Bu çalışmada tazminat talebinin ne zaman düşeceği sorunu üzerinde durulmayacak, CISG m. 79'daki gibi bir durumla karşılaşılması halinde alacaklının sahip olduğu diğer hakların akıbetinin ne olacağı tartışılacaktır. CISG m. 79, f. 5 bunun cevabını aslında net bir şekilde vermektedir: denetim dışı olan ve aşılamayacak bir engelle karşılaşmış olunması nedeniyle sözleşmeye aykırı davranılmış olması borçluyu sadece tazminat ödemek borcundan kurtarır. Yani ifa etmeme durumu kalıcı nitelikte olsa dahi, edimin yerine getirilmemiş olması kendi başına sözleşmeyi ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, CISG'in alacaklıya vermiş olduğu diğer haklar, özellikle de ifa talebi, m. 79 tarafından kaldırılmış olmaz.

Ancak bu kural, ulusal düzenlemelerden farklı olarak sadece tazminat talebi imkanını bloke etmesi sebebiyle çok tartışılmış ve eleştirilmiştir.⁴ Çünkü aşılamayacak bir engelle karşılaşmış olmasının imkansızlığa neden olabileceği gerçeği ve bu sebeple de aynen ifa talebinin sonuçsuz kalacağı m. 79, f. 5 kapsamında dikkate alınmıyor gözükmektedir. Nitekim model kanunlarda (*soft law instruments*: m. 7.1.7 PICC⁵, m. 8:108 PECL⁶ ve m. III.-3:104 DCFR⁷) da

UN-Kaufrecht, Berlin 2013, Art. 79 CISG N. 53; **SCHWENZER**, Ingeborg: "Die clausula und das CISG", Festschrift Bucher, Bern/Zurich 2009, s. 723, 734.

- ⁴ Bkz. **BRUNNER**, Christoph: Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-Performance in International Arbitration, London 2009, s. 360 vd.; **FISCHER**, s. 119-122; **PICHONNAZ**, Pascal: Impossibilité et exorbitance, Fribourg 1997, s. 412 vd.; **NICHOLAS**, Barry: "Impracticability and Impossibility", in: Galston/Smit (eds.), International Sales, New York 1984, Ch. 5, s. 18 vd. (Pace); **TALLON**, Art. 79 CISG N. 2.10.2; **HONNOLD**, John/**FLECHTNER**, Harry: Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 4th. ed., Austin 2009, Art. 79 CISG N. 435.5; **TREITEL**, Günther: Frustration and Force Majeure, 2nd ed., London 2004, paras. 15-043 ve 044.
- ⁵ "Principles of International Commercial Contracts", <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm> (19.05.2013)
- ⁶ "Principles of European Contract Law" http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/PECL%20engelsk/engelsk_partI_og_II.htm (19.05.2013)
- ⁷ "ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf" (19.05.2013)

CISG'la neredeyse aynı ifadeyle tazminat sorumluluğundan kurtulmaya ilişkin şartlar düzenlenmiş, fakat m. 79, f. 5'i karşılayan bir hükme yer verilmemiştir. Bu husus CISG m. 79, f. 5'e getirilen eleştirilere karşı model kanunların kaleme alınma sürecinde gösterilmiş bir tepki olarak yorumlanabilir.

Aşağıda CISG m. 79, f. 5'e getirilen bu eleştirilerin haklı olup olmadığı incelenecek ve tazminat dışında kalan diğer hakların öngörülemeyen ve aşılabilir bir engelin varlığı haline kullanılmasının ne dereceye kadar kabul edilebilir olduğu tartışılacaktır.

II. Aynen İfa Talebi

1. Aynen İfa Talebine İlişkin Tartışma

CISG m. 79, f. 5'in eleştirilmesinin sebebi borçlu tarafından öngörülemeyen ve borçlunun etki alanı dışında kalan bir engelin, kanımca, kesin bir imkansızlık haliyle eş tutulmasıdır.⁸ Böyle bir engelin varlığı halinde otomatik olarak borcun imkansızlaşmış olduğu varsayılmaktadır. Bu sebeple artık aynen ifa talebinde bulunmanın da anlamsızlaşacağı kabul edilmektedir. Ancak bu yaklaşım CISG'in yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışını, yani sözleşme ihlalinin türüne göre, örneğin imkansızlık, temerrüt, ayıplı ifa gibi ayırımların Antlaşma'da yapılmadığı gerçeğini dikkate almadığı için ikna edici değildir.⁹ CISG m. 79 sadece hangi şartlar altında borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulabileceğini açıklamaktadır. Tazminat sorumluluğu kesin imkansızlıktan kaynak-

⁸ Örneğin bkz. **FLAMBOURAS**, Dionysios: "Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108 (May 2002)", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html#er> (19.05.2013).

⁹ Yeknesak sözleşmeye aykırılık kavramı hakkında bkz. **ATAMER**, Yeşim M.: "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan bir Sistematik", Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, s. 217 vd.; **BASEDOW**, Jürgen: "Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG", 25 International Review of Law and Economics (2005) s. 487, 490-492; **DÜCHS**, Constantin: Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, Berlin 2006, s. 53 vd.

lanabileceği gibi geç ifa ve ayıplı ifa hallerinde de söz konusu olur. Nitekim son iki ihtimalde tazminat talep etme hakkını ortadan kaldıracak bir durumun varlığına rağmen aynen ifa talebinin de kendiliğinden ortadan kalkacağı sonucuna varılmayacaktır. Madde 79'un uygulama alanı bulduğu geç ifa hallerinde alacaklı, borçludan tazminat talep edemeyecek olmasına rağmen, ifa talep etme hakkı varlığını koruyacak; aynı şekilde ayıplı ifa halinde de tamirat veya yenisi ile değiştirme talep etme hakkı devam edecektir¹⁰. CISG'in "yaptırım esaslı" (*remedy approach*) yaklaşımı göz önünde tutulduğunda, m. 79'un ifa etmemenin nedeni ne olursa olsun sadece tazminat talebinin dışlanmasına odaklanması son derece mantıklıdır.

CISG m. 79, f. 5'e ilişkin eleştiriler; aslında aynen ifa talep edebilme hakkının var olup olmamasıyla, borçlunun tazminat ödemekle yükümlü olup olmamasının hiç bir şekilde kesişen değer yargılarına dayanmadığını dikkate almamaktadır.¹¹ Edim konusu malın, borçlu tarafından öngörülebilir ya da borçlunun etki alanındaki bir engel sebebiyle yok olması, hatta borçlunun kasten malları yok etmesi gibi hallerde ifa etmemeden dolayı bir tazminat talebi pekala var olacaktır. Ancak edim konusu imkansızlaşmış olması sebebiyle artık alacaklı aynen ifa talebinde bulunamayacaktır. Aynen ifa talebinin varlığı, ifa etmeme sebebinin borçluya isnat

¹⁰ **MAGNUS**, Art. 46 CISG N. 2; **SCHWENZER**, Ingeborg, in: Schlechtriem/Schwenzler (eds.), *Commentary on CISG*, 3rd ed., Oxford 2010, Art. 79 CISG N. 52. Avrupa Birliği Satım Yönergesi'ne göre alıcı/tüketici mücbir sebebin varlığı halinde dahi Yönerge tarafından verilmiş haklarını (tamirat/yenisıyla değiştirme/fesih/semenin tenzili) kullanabilecektir. İfa etmeme olgusu borçluya yüklenemeyecek bir nedenle meydana gelmiş olsa dahi bu haklar tüketiciye tanınmıştır. Bkz. **MAGNUS**, Ulrich in: Grabitz/Hilf/Wolf (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, Vol. IV, Sekundärrecht, Münih 2007, A 15 RL (EWG) 1999/44 Art. 2 N. 10 ve Art. 3 N. 12; **GRUNDMANN**, Stefan, in: Bianca/Grundmann (eds.), *EU-Kaufrechts-Richtlinie*, Köln 2002, Art. 2 N. 2.

¹¹ Ayrıntılı olarak bkz. **ATAMER**, Yeşim M.: "Grenzen des Erfüllungsanspruchs im System des Leistungsstörungenrechts der PICC, PECL und des DCFR im Vergleich zum CISG - Probleme und Änderungsvorschläge", *Festschrift Hopt*, Berlin 2010, s. 3 vd.

edilebilir olup olmamasından tamamen bağımsızdır.¹² Aynı şekilde, tazminat talebi de ifa talebinin var olması şartına bağlı değildir.¹³ Her ikisi de kendine özgü koşulların karşılanması halinde alacaklının ileri sürebileceği haklarıdır. Bu bağlamda, PECL m. 8:101, f. 2 ve DFCR m. III. - 3:101, f. 2'de yer alan, ifa etmemeye ilişkin tazminat sorumluluğunun kalktığı hallerde, ifa talebinin de var olmayacağına dair yaklaşım doğru görünmemektedir. Dolayısıyla CISG'in uygulanmasında bu hükümler yorum yoluyla faydalanılabilecek kaynaklar olarak kabul edilmemelidirler.¹⁴

Unutulmamalıdır ki CISG m. 79, hiçbir somut ulusal hukuk kuralına dayanmamaktadır. Her ne kadar maddede yer alan "*ifa etmemenin denetim dışında kalan bir engelden kaynaklanması*" ifadesi, farklı hukuk çevrelerinden gelen her hukukçuya tanıdık gelecek olsa da, bu kavram Fransız Hukuku'ndaki "*force majeure*", Alman Hukuku'ndaki "*Umöglichkeit*" veya "*Wegfall der Geschäftsgrundlage*" ile, *common law* sistemindeki "*impossibility*" veya "*frustration*" ya da Amerikan Hukukunun daha geniş "*impracticability*" kavramlarından farklıdır ve farklı bir sistem içinde kullanılmaktadır.¹⁵ Madde 79'un uygulanmasının önkoşulları ve buna bağlanan sonuçların özellikleri göz önünde tutulduğunda, CISG m. 79'un, ulusal hukukların etkisinde kalınarak yorumlanmasından kaçınmak gerekir.¹⁶

¹² Aynı görüşte UNBERATH, Hannes: Die Vertragsverletzung, Tübingen 2007, s. 223-224, 271-272; BACH, Ivo/STIEBER, Christoph: "Die Unmöglichkeit der Leistung im CISG", IHR 2006, s. 59, 62; MÜLLER-CHEN, Markus, in: Schlechtriem/Schwenzer (eds.), Commentary on CISG, 3rd ed., Oxford 2010, Art. 46 CISG N. 12; HUBER, Peter, in: Huber/Mullis, The CISG, Münih 2007, s. 194-195.

¹³ Kuşkusuz talep edilecek tazminat miktarı alacaklının ifa yanında tazminat mı yoksa sözleşmeden dönme yanında tazminat mı talep ettiğine göre farklı hesaplanacaktır. CISG sisteminde dönme üzerine de müspet zararın tazmininin talep edilebileceği konusunda bkz. ATAMER (dn. 2) s. 451.

¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER (dn. 11), s. 13-16.

¹⁵ Karşılaştırma için bkz. MAGNUS, Ulrich: "Force Majeure and the CISG", in: Sarcevic/Volken (eds.), The International Sale of Goods Revisited, The Hague 2001, s. 1, 2 vd.

¹⁶ PILTZ, Burghard: Internationales Kaufrecht, 2nd ed., Münih 2008, N. 4-220; AUDIT, Bernard: Vente Internationale, Paris 1990, s. 172 N. 80; BAASCH

Bu nedenle, imkansızlık ya da genel olarak aynen ifa talebinin mümkün olup olmamasına ilişkin sorunun cevabının tazminattan sorumsuzluğu düzenleyen CISG m. 79'da aranmaması gerekir. Bu sorun aynen ifa talebinin düzenlenmiş olduğu CISG m. 46 ve m. 62 kapsamında çözülmelidir.¹⁷ Aşağıda, öngörülemez ve aşılabilir bir engelin varlığına rağmen aynen ifa talebinin CISG altında mümkün olduğu farklı durumlar değerlendirilecek, bu talebin sınırları ve tazminat talebiyle olan ilişkisi ayrıntılarıyla ele alınacaktır.¹⁸

2. Aynen İfa Talebi Ne Zaman Vardır?

a) Çeşit Borcu

Kural olarak, çeşit borçlarında tedarik yükümlülüğü ve rizikosu satıcıdadır.¹⁹ Bu sebeple, alacaklının ifa talebi hasar kendisine geçene kadar var olmaya devam eder. Burada bahsedilen edim hasarıdır,

ANDERSEN, Camilla: Uniform Application of the International Sales Law, (2007), s. 94-95; **ZELLER**, Bruno: Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 2nd ed., Oxford 2009, s. 170. Ulusal hukuka gönderme yapan görüş için krş. U.S. District Court, N.D. of Illinois (USA) 06.07.2004, *Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich*, CISG-online 925 ve **LOOKOFSKY**, Joseph/**FLECHTNER**, Harry: "Nominating Manfred Forberich: The Worst CISG Decision in 25 Years?", 9 *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2005/1), s. 199-208.

¹⁷ Benzer yaklaşım için bkz. **HUBER**, Art. 46 CISG N. 18; **BACH/STIEBER** (dn. 12) s. 64; **DÜCHS**, s. 93-94;

¹⁸ Açıktır ki CISG kapsamındaki aynen ifa talebi sadece CISG m. 28'de bahsedilen ulusal sınırlar dahilinde ileri sürülebilir. Fakat m. 28'in uygulanması, öncelikle CISG kapsamında bir ifa talebinde bulunulmasının kabul edilmesi halinde mümkün olduğu için m. 28 tartışma konumuzun dışında kalmaktadır. Bu madde hakkında örneğin bkz. **MÜLLER-CHEN**, Art. 28 CISG N. 5 vd.

¹⁹ **PILTZ**, N. 4-230; **BRUNNER**, Christoph: UN-Kaufrecht – CISG, Bern 2004, Art. 79 CISG N. 11; **SCHWENZER**, Art. 79 CISG N. 26; **FISCHER**, s. 174 vd.; karşılaştırmalı bilgi için bkz. **JONES**, Gareth/**SCHLECHTRIEM**, Peter: Breach of Contract (Deficiencies in a Party's Performance), in: *International Encyclopedia of Comparative Law*, Volume VII: Contracts in General, Chapter 15, Tübingen, 1999, N. 207 vd.

yoksa karşı edim yani semen hasarı değil.²⁰ Mallar satıcının etki alanı dışında kalan bir engel yüzünden yok olsa bile, hasar alıcıya geçmeden önce bu gerçekleşmişse, satıcı ikinci kez malları tedarik etmek zorunda kalacaktır.²¹ Örneğin, alıcıya teslim edilecek buğdayı tedarik etmiş olan satıcı, ifa gününden önce bunların ambarda bir sel felaketinde telef olması riskini taşır. Yani bir kez daha aynı buğdayı temin etmek borcu baki kalır. CISG m. 79 değil, m. 67-69 hükümleri risk dağılımına ilişkin özel düzenlemelerdir ve aynen ifa talebine ilişkin hususlarda bu maddeler yol gösterici olacaktır.²² Ancak satıcının malları ikinci kez tedarik edene kadar bahsi geçen ifa engeli nedeniyle bir gecikme yaşanır, örneğin buğday, ifa tarihinden bir gün önce telef olmuşsa, yeni buğdayın tedarikine kadar yaşanan gecikmeye ilişkin tazminat sorumluluğu olmayacaktır.²³

b) Para Borcu

Çeşit borcunun özel bir görünümü olarak para borçlarında tedarik yükümlülüğünü para borçlusuna, örn. alıcı taşır.²⁴ Alıcının, etki alanı dışında kalan engeller sebebiyle malvarlığını kaybetmesi

²⁰ Kavramlar için örneğin bkz. **TREITEL**, N. 3-007.

²¹ **SECRETARIAT COMMENTARY** on 1987 Draft, Art. 65 (yeni m. 79) N. 9, example 65 C.

²² CISG m. 67-69 tam olarak edim hasarından bahsetmese de, edim hasarının bedel hasarının önüne geçemeyeceği genel kabul görmektedir. Bu sebeple ilgili hükümler edim hasarının dağılımına da uygulanacaklardır. Bkz. **MAGNUS**, Vorbemerkungen zu Art. 66 ff. CISG N. 9; **HAGER**, Günter/**SCHMIDT-KESSEL**, Martin, in: Schlechtriem/Schwenzer (eds.), *Commentary on CISG*, 3rd ed., Oxford 2010, Art. 69 CISG N. 14; **BRUNNER**, Art. 66 CISG N. 10; **HUBER**, Art. 66 CISG N. 15; **VULLIÉTY**, Jean-Paul, *Le transfer des risques dans la vente internationale*, Geneva 1998, s. 156.

²³ **FISCHER**, s. 176.

²⁴ Örn. *Arbitral Award*, Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg (Almanya) 21.03.1996, CISG-online 187; *Handelsgericht des Kantons St Gallen* (İsviçre) 03.12.2002, CISG-online 727; *Arbitral Award*, Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry Arbitration (Rusya) 17.10.1995, CISG-online 207.

ihhtimalinde dahi karşı tarafın bir ifa davası vardır. Para borçlusu her zaman likit olmayı taahhüt etmiş kabul edilir. Bununla birlikte, eğer satıcı ödemenin gecikmiş olmasına ilişkin tazminat talebinde bulunursa, CISG m. 79 kapsamında alıcının bu sorumluluktan kurtulması mümkün olabilecektir. Örneğin, alıcının ülkesinde öngörülemez bir döviz düzenlemesi sebebiyle para transferi engellendiği takdirde ve muacceliyet tarihine kadar kendisinden ticari açıdan makul bir ikame yöntemle para transferi gerçekleştirmesinin beklenemeyeceği halde, satıcının CISG m. 62 kapsamında ifa talebi devam etmekle birlikte satıcı, gecikmiş ifa nedeniyle meydana gelen zararın (örneğin alacaklının kredi alması gerekmesi sebebiyle) tazmini sorumluluğundan CISG m. 79 uyarınca kurtulacaktır.²⁵ Satıcı ayrı bir tazminat talebinde bulunamayacak, sadece gecikme faizini talep edebilecektir (bkz. aşağıda V).²⁶

Eğer sözleşmede kararlaştırılmış olan para birimi üzerinden ödeme yapılması sürekli olarak imkansızlaşmışsa, sorun, satıcının başka bir para birimi, özellikle de alıcının iş yerinin bulunduğu ya da ödemenin yapılacağı ülkenin para birimi üzerinden ödeme yapılmasını talep etme hakkı olup olmadığıdır.²⁷ Böyle bir hakkın varlığının genellikle kabul edilmemiş olmasının nedeni, Antlaşma'nın hazırlık aşamalarında bu konunun tartışılmış ve olumsuz karar verilmiş olmasıdır.²⁸ Bu sebeple, satıcının sadece sözleşmede kararlaştırılmış olan para birimi üzerinden ifayı talep etme hakkı vardır. Bununla

²⁵ **MOHS**, Florian, in: Schlechtriem/Schwenzer (eds.), *Commentary on CISG*, 3rd ed., Oxford 2010, Art. 57 CISG N. 20; **LOOKOFSKY**, Joseph, *Understanding the CISG*, Copenhagen 2008, s. 155; **SECRETARIAT COMMENTARY** on 1978 Draft, Art. 65 (yeni m. 79) N. 10.

²⁶ *Arbitral Award*, Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry Arbitration (Rusya), 30.07.2001, CISG-online 882.

²⁷ Bu çözüm yolu Unidroit ilkeleri açısından benimsenmektedir (bkz. **ATAMER**, in: Vogenauer/Kleinheisterkamp (eds.), *UNIDROIT Commentary*, Oxford 2009, Art. 6.1.9 N. 8-10) ve ayrıca **BRUNNER** tarafından CISG için de uygulanması önerilmiştir Art. 54 CISG N. 15.

²⁸ **OFFICIAL RECORDS**, s. 120, N. 3 ve 362.

birlikte, CISG m. 7, f. 1’de düzenlenen uluslararası ticarete dürüstlük kuralına uygun davranma ilkesi, alıcının sözleşmede belirlenmiş olandan farklı bir para birimiyle ödeme yapmasının engellenemeyeceği yorumuna götürür.²⁹ Yani alıcı, başka bir para birimiyle ödeme teklif ettiği takdirde satıcının bunu kabul etmesi beklenir.

c) Tamirat veya Yenisiyle Değiştirme

Öngörülemeyen ve aşılabilir bir engelin varlığı nedeniyle sözleşmeye aykırı bir mal teslim edilmesi halinde alıcı yine de CISG m. 46, f. 2 ve f. 3 kapsamında kendisine tanınmış olan tali ifa taleplerinden birini ileri sürebilir. Bu iki talep hakkı, kural olarak, ancak m. 46’da yer alan koşulların sağlanmaması halinde ortadan kalkar, yoksa m. 79 anlamında bir ifa engelinin varlığı bu talepleri bloke etmez. Dolayısıyla, yenisi ile değiştirme hakkının varlığı için sözleşmeye aykırı mal teslim edilmiş olmasının sözleşmeye esaslı bir aykırılık teşkil ediyor olması gereklidir. Tamirat talebi içinse durumun şartları göz önüne alındığında bu talebin makul olması gerekir. Örneğin, bir götürme borcu kararlaştırılmış olan bir sözleşmede, nakliyenin yapıldığı geminin öngörülemeyen bir grev nedeniyle limana yanaşması mümkün olmaz ve malların başka yerde teslimi de söz konusu değilse ifadaki gecikme nedeniyle satıcının bir tazminat borcu olmayacağı açıktır.³⁰ CISG m. 79 bunu engeller. Ancak bu bekleme

²⁹ **HAGER**, Günter/**MAULTZSCH**, Felix, in: Schlechtriem/Schwenzer (eds.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 5th ed., Münih 2008, Art. 54 CISG N. 11; **MAGNUS**, Art. 53 CISG N. 29-30; **PILTZ**, N. 4-125.

³⁰ CISG Danışma Konseyi’nin de (<http://www.cisgac.com/>) paylaştığı ve çoğunlukta olan görüşe göre, CISG m. 79 ayıplı ifa halinde ortaya çıkan tazminat taleplerine de uygulanır, bkz. CISG-AC Opinion No 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, 12 October 2007. Raportör: **GARRO**, Alejandro M., New York, USA, N. 6-13; **FLAMBOURAS**, Dionysios, “Impossibility of Performance”, 13 Pace International Law Review 261, s. 275-276; **ZELLER**, s. 168-169; **HEUZE**, N. 468; **MANKOWSKI**, Peter, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2nd ed., Münih 2007, Art. 79 CISG N. 19; **HUBER**, Art. 79 CISG N. 3; **SCHLECHTRIEM**, Peter, Internationales UN-Kaufrecht, Tübingen 2007, N. 292; **SCHWENZER**, Art. 79 CISG N. 6, **BRUNNER**, s. 189 vd.; **PICHONNAZ**, N. 1670; **LURGER**, Brigitta, “Die neuere

süresi içinde sözleşme konusu buğdayın nemlenmesi halinde alıcının yeni ürün ile değiştirme talebinde bulunması mümkündür. Zira bir götürme borcu söz konusu olduğu için hasar riski teslim kadar satıcının üzerindedir.

d) İkame Değerler

CISG’ta, borçlunun öngörülemez ve aşılabilir bir engel dolayısıyla ifayı gerçekleştiremediği durumlarda edimin yerine geçen değerlerin alacaklı tarafından talep edilebilirliğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.³¹ İkame değerler (*surrogate benefits, stellvertretendes Commodum*) kayıp nedeniyle sigorta şirketinin yapmış olduğu ödeme ya da kamulaştırma bedeli olabilir. Alacaklının elde edilen yararların ifasına ilişkin talep hakkı, gerek mallardan elde edilen yarara ilişkin m. 84, f. 2-b’nin³² kıyasen uygulanması, gerekse tarafların ortak iradesinin yorumlanması yoluyla gerekçelendirilmekte ve doktrinde kabul edilmektedir.³³ Böyle bir talebin kabul edilmesi, sözleşmenin ayakta tutulabilmesini kolaylaştırmakta, ayrıca CISG’in ahde vefa ilkesini (*favor contractus*) benimsemesi ve sözleşmeden dönmeyi son çare olarak kabul etmesi hususlarında da temelini bulmaktadır.³⁴ Ancak, ikame değerlere ilişkin bu talebin

Rechtprechungsentwicklung zum UN-Kaufrechtsübereinkommen”, JBI 2002, s. 750, 764.

³¹ İkame değerlerin talep edilebilmesi için borçlunun etki alanı dışında kalan bir engelin var olması ve bu sebeple de borçlunun tazminat sorumluluğunun ortadan kalkmış olması gerekmez. Yukarıda sayılan nedenlerle alacaklıya tazminat talebinin yanında bu menfaatleri de talep etme hakkı verilmelidir. Bununla birlikte, kuşkusuz tazminat miktarı ikame değerden düşülecektir. Aynı görüşte **BACH**, Ivo/**STIEBER**, Christoph, “Die beiderseitig verursachte Unmöglichkeit”, IHR 2006, s. 97, 98.

³² **MAGNUS**, Art. 79 CISG N. 54; **MANKOWSKI**, Art. 79 CISG N. 11; **HUBER**, Art. 46 CISG N. 19b.

³³ **STOLL**, Hans/**GRUBER**, Georg, in: Schlechtriem/Schwenzer, Commentary on the CISG, 2nd ed., Münih 2005, Art. 79 CISG N. 44.

³⁴ **PILTZ**, N. 5-406; **MANKOWSKI**, Art. 79 CISG N. 11. Ayrıca bkz. **BONELL**, Michael, in: Bianca/Bonell (eds.) Commentary on the International Sales Law, Milan 1987, Art. 7 CISG N. 2.3.2.2; **SCHLECHTRIEM**, Peter/**HACHEM**, Pascal, in: Schlechtriem/Schwenzer

koşullarının tazminat talebiyle ortak bir noktası yoktur. Örneğin kamulaştırma durumunda bir tazminat ancak kamulaştırmanın öngörülebilir olduğu hallerde ileri sürülebilecektir. İkame değere ilişkin ifa davası ise kuşkusuz bundan bağımsızdır.

e) Geçici İfa Engelleri

CISG m. 79, f. 3'e göre borçlu tazminat ödeme sorumluluğundan ancak engel etkili olduğu sürece kurtulur. Bu süre içerisinde aynen ifanın da mümkün olmadığı hallerde, örneğin, malların ihraç edileceği ülkede salgın hastalık olması sebebiyle gönderimlerin yasaklanması halinde, alıcı ancak bu yasağın kalkmasıyla birlikte aynen ifa talebinde bulunabilir. İfa talebi bu süre içerisinde askıda kalır.³⁵ Her ne kadar m. 46 ve m. 62 bu hususa ilişkin açık bir hüküm barındırmasa da m. 79, f. 3'den kıyasen bu sonuca varılabilir.

f) Kısmi İfa Engelleri

CISG m. 51'e göre, eğer satıcı kısmi ifada bulunur ya da ifada bulunduğu malların bir kısmı ayıplı çıkarsa, alıcı kısmi ifa talebinde bulunabilir.³⁶ Eğer bu kısmi ifa etmeme ya da ayıplı ifa satıcının etki alanı dışında kalan ve öngörülemez bir engel sebebiyle gerçekleşmişse alıcı yine de ifa edilmemiş malların çeşit borcu ihtiva etmesi ve ifa riskinin hala satıcıda olması ya da engelin geçici nitelikte olması ya da m. 46, f. 2 ve f. 3 kapsamında giderilebilecek kısmi bir ayıba neden olması halinde aynen ifa talebini ileri sürebilecektir.

3. Aynen İfa Talebi Ne Zaman İleri Sürülemez?

a) Hukuki veya Fiili İmkansızlık Halinde

PICC m. 7.2.2, PECL m. 9:102 ve DCFR m. III. - 3:302'de yer alan, hukuken veya fiilen aynen ifanın mümkün olmadığı hallerde ifa

(eds.), *Commentary on CISG*, 3rd ed., Oxford 2010, Art. 7 CISG N. 35; MAGNUS, Ulrich, "Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht", *RabelsZ* 59 (1995), s. 469, 484.

³⁵ BRUNNER, s. 247.

³⁶ BRUNNER, s. 261.

talebinin ileri sürülemeyeceğine ilişkin düzenleme CISG’ ta bulunmamaktadır. Oysa devlet izniyle ithal edilebilen bir mal için talep edilen izinin kesin bir şekilde geri çevrilmesi ya da parça borcunun varlığı halinde malların tamamen telef olması gibi aynen ifa talebinin işlevsiz kalacağı hallerde, bu talebin bir şekilde engellenmesi gerekir.

Bu hususta doktrinde birçok farklı görüş vardır. Bir görüşe göre tam ve kesin imkansızlık halinde borç CISG rejiminde de kendiliğinden sona erer, dolayısıyla aynen ifa talep etme hakkı da sonlanır.³⁷ Bununla birlikte bu görüş, borcun kendiliğinden sona erdiği şeklindeki yaklaşımları reddeden Antlaşma’ya ters düşmektedir.³⁸ Bir başka görüşe göre sorunun çözümü, CISG m. 28 vasıtasıyla ulusal hukukları devreye sokmakta yatar.³⁹ Söz konusu hükme göre, hakim ifa davasını ancak, kendi ulusal hukukuna göre buna hükmetmesi mümkün ise kabul edecektir.⁴⁰ İmkansızlık halinde edim borcunun sona ermesi ise, birçok ülke hukukunda açıkça düzenlenmiş olduğundan, bu şekilde ifa talebi de engellenebilecektir. Ancak ulusal hukuklara gönderme yapan CISG m. 28’in, hukuk uyumlaştırması amacına ters düştüğü açıktır; dolayısıyla bu maddeye mümkün olduğu ölçüde az başvurulmasında fayda vardır. Zira bu şekilde

³⁷ **TALLON**, Art. 79 CISG N. 2.10.2; **GARRO**, Alejandro, Exemption from Liability for Damages. in: Felemegas (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the UN CISG (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge 2007, s. 236, 240.

³⁸ Eleştiri için bkz. **MAGNUS**, Art. 78 CISG N. 59.

³⁹ **SECRETARIAT COMMENTARY** on 1978 Draft, Art. 65 (yeni m. 79) N. 9; **LANDO**, Ole, in: Bianca/Bonell, *Comentary on International Sales Law*, Milan 1987, Art. 28 CISG N. 2.2; **HONNOLD/FLECHTNER**, Art. 79 CISG N. 435.5; **FLAMBOURAS** (dn. 30), s. 275-276; **ZELLER**, s. 181; **HERBER**, Rolf/**CZERWENKA**, Beate: *Internationales Kaufrecht*, Münih 1991, Art. 79 CISG N. 23; **VAHLE**, Oliver, “Der Erfüllungsanspruch des Käufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit dem deutschen Kaufrecht”, *ZVg1RWiss* 98 (1999), s. 54, 61; **RYFFEL**, Gritli, *Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers nach dem Wiener Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge*, thesis, Bern, 1992, s. 98.

⁴⁰ CISG’da neden böyle bir hükmün yer aldığı konusunda ve mukayeseli hukuka ilişkin bilgi için bkz. **ATAMER** (dn. 2) s. 319 vd.

aynen ifa talep etme hakkının var olup olmayacağı sorununun çözümü, aynı yönde kararlar çıkma garantisi olmaksızın ulusal hukuklara bırakılmış olacaktır.⁴¹ Ayrıca tazminat talebinin sınırlarını CISG m. 79, f. 1'e göre, aynen ifa talebinin ise ulusal hukuklara göre belirlemek ikna etme etmeyen bir ikilik yaratmaktadır.⁴²

Nitekim doktrinde hakim görüş, bu yüzden ifa talebinin sınırlarını Antlaşma dahilinde bulmaya çalışmaktadır. Bununla beraber doktrinde izlenen metot değişiklik göstermektedir. Bir kısım yazar m. 79, f. 5'i daraltıcı yoruma tabi tutarken⁴³, diğer kısım Antlaşma'da bir boşluk olduğunu kabul eder ve bu boşluğun CISG'ta yer alan genel ilkelerle (m. 7, f. 2) doldurulması gerektiğini savunur. Bu genel ilkeler m. 79, m. 80 ve m. 66'nın altında yatan gerekçelerden⁴⁴ veya PICC'deki aynen ifa talebine yönelik sınırlamalara ilişkin hükümlerden geliştirilmektedir.⁴⁵ Kuşkusuz, varılan sonuç, bütün bu farklı gerekçelere rağmen aynıdır: imkansızlık halinde ifa talebine yer yoktur. Her ne kadar tartışmanın teorik yönü ağır basmaktaysa da yine de üzerinde durmayı hak etmektedir.

Kanımca, aynen ifa talebinin sınırları CISG m. 79'da aranmalıdır. Daha yukarıda da belirtildiği üzere⁴⁶, tazminat sorumluluğu ortadan kalksın ya da kalkmasın, eğer parça borcu telef olursa aynen ifa talebi engellenmelidir.⁴⁷ Telefon, borçlunun etki alanı dışındaki ve öngörülemeyen bir engel ya da ihmal sebebiyle gerçekleşmiş olması önem taşımaz. İlk ihtimalde ne aynen ifa talebi ne de tazminat talebi

⁴¹ BRUNNER, s. 363; MANKOWSKI, Art. 79 CISG N. 9; MAGNUS, Art. 79 CISG N. 58; FISCHER, s. 119.

⁴² SCHWENZER, Art. 79 CISG N. 53.

⁴³ FISCHER, s. 120-121; BRUNNER, s. 363-365; MÜLLER-CHEN, Art. 28 CISG N. 14.

⁴⁴ MAGNUS, Art. 78 CISG N. 59; HUBER, Art. 46 CISG N. 18; MANKOWSKI, Art. 79 CISG N. 9; SCHWENZER, Art. 79 CISG N. 53; SCHNYDER, Anton/STRAUB, Ralf, in: HONSELL (ed.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2nd ed., Heidelberg 2010, Art. 46 CISG N. 30.

⁴⁵ PICHONNAZ, N. 1804.

⁴⁶ Bkz. yukarıda II.1.

⁴⁷ BACH/STIEBER (dn. 12), s. 62.

olmayacak, ikinci ihtimalde, tazminat talep etme imkanı devam edecektir. Unutulmamalıdır ki m. 79, f. 5 borçlunun etki alanı dışında kalan bir engelin varlığı halinde aynen ifa talebinin her zaman var olduğunu söylememektedir. Sadece, tazminat dışında kalan taleplerin hepsinin, kendi koşullarının sağlanması halinde talep edilebileceğini öngörmektedir. Bu nedenle ifa talebi, ancak m. 46 ve m. 62'deki şartların var olması halinde ileri sürülebilecektir.

Fakat m. 46⁴⁸ ne asli ifa talebine ne de tali talep olarak değiştirme talebine ilişkin hiç bir şart öngörmemektedir.⁴⁹ Antlaşma bir tek tamirat talebine ilişkin olarak, bütün şartlar dikkate alındığında talebin "makul" olmasını aramaktadır. Dolayısıyla m. 46'da bir boşluk olduğu ve bu boşluğun da CISG'in temel ilkeleriyle ve özel hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla doldurulması gerektiği kabul edilmelidir.⁵⁰

Doktrinde bir görüş, m. 46, f. 1'in alıcının ifa talebiyle bağdaşmayan bir başka hukuki imkandan faydalanmış olması halinde ifa talebinde bulunamayacağı ifadesini geniş yorumlayarak aynen ifa talebinin sınırlarını yaratmaya çalışmıştır. İmkansız bir şeyin talep edilmesi, aynen ifa talebiyle bağdaşmaz nitekim.⁵¹ Ancak, kanımca imkansızlık halinde ifa talebini bloke etmek için CISG içinde kıyasen faydalanılabilecek yeterli sayıda başka hüküm vardır. Öncelikle m. 82 ve 84, Antlaşma'da yer alan, dönme sonrası tasfiye ilişkisi çerçevesinde iadenin imkansızlaşmasından bahseder. Nitekim bu iki hüküm Antlaşmada imkansızlık kavramına yer veren tek hüküm-

⁴⁸ Bu metinde sadece mallara ilişkin ifa talebinin sınırları üzerinde durulacaktır, zira para borcunun ifasına ilişkin talebin sınırlandırılması ihtiyacı çok nadir ortaya çıkar. Bu nadir durumlardan birinde kuşkusuz metinde mal teslim borcuna ilişkin olarak söylenenler para borcuna ilişkin taleplere de uygulanabilir.

⁴⁹ Bkz. örneğin PICC m. 7.2.2: "Taraflardan para borcu yüklenmeyen taraf ifade bulunmazsa, diğer taraf (a) ifa hukuken veya fiilen imkânsızlaşmadıkça... ifa talebinde bulunabilir." Aynı yönde PECL m. 9:102(2)(a) ve DCFR m. III. - 3: 302(3)(a).

⁵⁰ Bkz. **BONELL**, Art. 7 CISG N. 2.3.2.

⁵¹ **BACH/STIEBER** (dn. 12), s. 62-63; **DÜCHS**, s. 93-94.

lerdir ve imkansızın tesliminin talep edilemeyeceğini göstermektedirler. Bu sebeple, bahsedilen hükümlerden kıyasen faydalanılabilir. Kuşkusuz, m. 79 da ifaya mani olacak engellerin var olabileceği fikrine dayanmaktadır. Diğer yandan tamirat talebinin makul olmasına ilişkin sınırlama getiren m. 46 da gösteriyor ki, imkansız olan bir tamiratın talep edilebilmesi mümkün değildir. Neticede, genel bir ilke olarak m. 46 kapsamında imkansızlık söz konusu olduğunda, aynen ifa talebinin mümkün olmayacağı sonucuna varılabilmesi için Antlaşma'da yeterli gösterge kanımca mevcuttur.

b) İfayı Talep Etmenin Ölçsüz Olduğu Hallerde

CISG'ta açıkça düzenlenmemiş diğer bir konu, aynen ifa talebinin borçlu için aşırı güç veya aşırı masraflı hale geldiği durumlarda, m. 79'un uygulama alanı bulup bulmayacağıdır. İfa, hukuken veya fiilen imkansızlaşmamış olsa dahi borçlu açısından yerine getirilmesi aşırı güç bir hal almış olabilir. Kanımca imkansızlıkta olduğu gibi, değişmiş olan şartlar altında aynen ifanın talep edilip edilemeyeceğinin kararı da sorumluluk tartışmasından bağımsız olarak verilmelidir. Borçlu sorumluluktan kurtulmasa dahi, ifanın aşırı güç veya aşırı masraflı olması halinde, ifa talebi engellenmemelidir.⁵²

Böyle bir durumda aynen ifa talebinin engellenmesindeki amaç; hukukun ekonomik açıdan rasyonel olmayan bir talebi teşvik etmemesi gereğidir. İfanın beraberinde getireceği maddi yük ile alıcının elde edeceği menfaat arasında sözleşmenin kurulmasından sonra açık bir orantısızlık olduğunda, satıcı aynen ifa talebini engelleyebilmelidir. Yapılması gereken bir fayda-maliyet analizidir. Aynen ifa talebi aşırı yük yüklediğinde, satıcının bir savunma imkanı

⁵² Bkz. örneğin PICC m. 7.2.2(b) ("diğer taraf ifa talebinde bulunabilecektir, ... ifa aşırı derecede külfetli veya pahalı olmadıkça"); aynı yönde: PECL m. 9:102(2)(b) ve DCFR m. III. - 3:302(3)(b). Ayrıca bkz. BGB § 275 II ("Borcun konusu mal ve iyiniyet kuralı dikkate alındığında, borçlunun ifa sırasında yapacağı masraflar ve harcayacağı çaba ile alacaklının ifadan elde edeceği menfaat arasında ciddi bir orantısızlık olması halinde borçlu ifadan kaçınabilir [...]").

olmalıdır. Örneğin gemi ile birlikte batan sözleşme konusu makineyi çıkarmak aşırı masraflı ise, aynen ifa talebi engellenebilmelidir.⁵³

Satıcı bu savunmadan ancak, alıcının ifadan elde edeceği menfaatin aynı kaldığı fakat sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartlar nedeniyle satıcının masraflarının aşırı artması halinde yararlanabilecektir. Bu karşılaştırma malların fiyatına odaklanmaz. Örneğin satım konusu malın fiyatının piyasada önemli ölçüde artmış olması halinde, satıcının karşı edime ilişkin menfaati de aynı oranda artıracığından, ifa talebinin ölçüsüzlük gerekçesi ile engellenmesi söz konusu olmaz. Böyle bir durumda alıcının aynen ifa talep etmesi bir hakkın kötüye kullanılması sayılmaz. Edimler arası aşırı dengesizlik (*harship*) söz konusu olan bu hallerde asıl soru, mağdur tarafa sözleşmenin uyarlanmasını talep etme ya da sözleşmeden dönme hakkı verilip verilmeyeceğidir.⁵⁴ Oysa ifa talebinin ölçüsüzlüğü tespiti sadece ifa talebini bloke etmeye yarar. Uyarılama söz konusu olmaz.

Edimler arası aşırı dengesizlik olgusuna örnek olarak *Süveyş Kanalı* davaları verilebilir.⁵⁵ 1956 ve 1967 yıllarında, Süveyş Kanalı,

⁵³ Alman hukukunda verilen bu örnek için bkz. **CANARIS**, Claus-Wilhelm, "Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen", JZ 2001, s. 499, 501.

⁵⁴ Aynen ifa talebinin dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle ölçsüz kabul edildiği ve dolayısıyla bloke edildiği hallerden farklı olarak edimler arası aşırı dengesizlik (*hardship*) hallerinde sorun ne ifa ne de tazminat talebidir. Bu hallerde asıl sorun sözleşmenin uyarlanması imkanının olup olmadığıdır. Uyarılama kabul edildiği takdirde farklı bir aynen ifa talebi söz konusu olacaktır. Örneğin petrol fiyatları bir gecede iki katına çıktığında, alıcı sözleşme uyarınca ifa talebinde ısrar ederken, satıcı sözleşmeden kurtulmanın yollarını arayacaktır. Böyle bir durumda, ya ücret yeni koşullara uyarlanacak ve böylelikle aynen ifa talebinin içeriği değiştirilecektir ya da satıcıya tazminat ödemeksizin sözleşmeden dönme hakkı verilecektir. Ancak bu durumun CISG kapsamında düzenlenip düzenlenmediği tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **SCHWENZER**, Ingeborg: "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", 39 VUWLR (2008), s. 725 vd.; **ATAMER** (dn. 2) Art. 79 CISG N. 78-86.

⁵⁵ Süveyş Kanalı davalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **TREITEL**, N. 4-071/4-083; **BRUNNER**, s. 325-327.

Orta Doğu'daki silahlı çatışmalar nedeniyle gemi trafiğine kapatılmıştı. Uyuşmazlık çıkan bütün sözleşmelerde CIF, yani kararlaştırılan ücrete malın bedelinin yanı sıra, sigorta ve navlunun da dahil olduğu türde bir satım söz konusuydu. Örneğin mallar Tanzanya'dan çıkıp, Süveyş Kanalı üzerinden, CIF Hamburg olarak taşınacak olsaydı. Süveyş Kanalı'nın kapanmasının ardından satıcı için, maliyetin büyük ölçüde artmasına sebep olacak olan, malları Ümit Burnu'nu dolaşarak göndermek veya uçak ile göndermek bir çözümdü. Buradaki sorun, alıcının ifa talebinde ısrarcı davranıp davranamayacağıdır. Önemli olan, taşıma ücretinin artmasına paralel olarak satıcının mallardan elde edeceği menfaatin de, örneğin piyasada söz konusu mal açısından bir kıtlık oluşması nedeniyle artıp artmadığıdır. Eğer cevap olumluysa ve fayda-maliyet arasında aşırı bir fark yoksa, satıcı aynen ifa talebini bloke edemeyecektir. Ancak mallar Alman piyasasında kolaylıkla bulunabilir nitelikteyse, ifa talebinde ısrarcı olunması hakkın kötüye kullanılması sayılır.

Bununla birlikte, bu değerlendirme hiç bir şekilde tazminat talep edilip edilemeyeceği sorusu ile alakalı değildir. Bu hususta ifa talebinin ölçüsüzlüğü değil, m. 79, f. 1'de yer alan koşullar belirleyici olacaktır. Yani etki alanı dışındaki öngörülemez bir engelin var olup olmadığı sorusu. Örneğin; eğer Süveyş Kanalı'nın kapanacağı riski aylar öncesinden öngörülebilir nitelikte idiyse, alıcının teslim edilmeyen mallar yerine yapmak zorunda kaldığı ikame alım dolayısıyla uğradığı zararlarını satıcının tazmin etmesi gerekir. Kanalı'nın kapatılacağı öngörülemez olsaydı bile borçlu makul bir çaba sarf etmek suretiyle ifa etmemeden doğacak zararlara engel olabilecek olsaydı (örn. satıcının aynı malları Türkiye'den temin edip yollama imkanının olması halinde) tazminat talep hakkı yine doğacaktır.⁵⁶ Kural olarak, engelin aşılması nedeniyle ciddi ölçüde ek masrafın doğacak olması borçluyu tazminat ödeme sorumluluğundan kurtar-

⁵⁶ PICHONNAZ, N. 1751. Bkz. *Arbitral Award*, ICC 8790/2000, 01.01.2000, CISG-online 1172. Hakem Heyeti, satıcının fabrikasının bulunduğu yerde bir kuraklık yaşanması halinde 300 km uzaklıkta bulunan bir başka yerden hammadde tedarik dilmemesinin satıcıdan beklenip beklenmeyeceği sorunu üzerinde durmamıştır.

mayacaktır.⁵⁷ Nitekim Amerikan ve İngiliz mahkemeleri, *Süveyş Kanalı* davalarında, her ne kadar CISG uygulanmamış olsa da, satıcının ve taşıyıcının taşıma ücretinin artması nedeniyle sorumluluktan kurtulmalarını reddetmişlerdir. Mahkemeler, tarafların ne açıkça ne de zımnen Süveyş Kanalı'nı tek nakil yolu olarak kararlaştırma-dıklarına karar vermiştir. Bu sebeple ciddi bir ek maliyete ve süreye neden olacak olsa da satıcı/taşıyıcı alternatif yol olarak Ümit Burnu'nu kullanmak durumundadır. CIF satımlarda ya da sefer çarteri sözleşmelerinde, satıcı/taşıyıcının navlun ücretindeki değişiklik riskini sözleşmelerin doğası gereği üstlendiği ilgili mahkemeler tarafından kabul edilmiştir.

İfa talebi ve tazminat talebine ilişkin bu farklı bakış açıları, bir örnek aracılığıyla en iyi şekilde gösterilebilecektir: Eğer Ümit Burnu'nun dolaşılması Kanal'ın geçilmesinden 5,000 birim fazla tutacaksa ve alıcı 1,000 birim fazla ödeyerek ikame mal alabiliyorsa, aynen ifa talebinde ısrarcı davranmak yersiz ve ekonomik açıdan mantıksız olacaktır. Buna karşılık satıcının, alıcının maruz kaldığı 1,000 birimlik zararına ilişkin sorumluluğunun var olup olmadığı sözleşmedeki risk dağılımına ilişkin kurullarla veya bunların olmaması halinde yedek hukuk kuralı olarak m. 79, f. 1 uyarınca belirlenecektir.

Aynı hukuki ve fiili imkansızlıkta olduğu gibi, borçlunun bu başlıkta ele alınan ölçüsüzlüğe ilişkin savunmasının gerekçesi de m. 79'da aranmamalıdır. Satıcının savunmasının ifa talebine karşı olduğu kabul edildiğinde, cevap yine m. 46'da bulunacaktır.⁵⁸ Nitekim m. 46, f. 3'ün kendisi, tamirat talebi makul olmadığına bu talebi engellemektedir. Aynı ilkenin kıyas yoluyla m. 46, f. 1 kapsamındaki asli ifa talebinin makul olmaması durumunda da uygulanabileceği kabul edilmelidir. Diğer yandan, m. 79, f. 1 de bu

⁵⁷ **SCHWENZER**, Art. 79 CISG N. 14. *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* (Almanya) 28.02.1997, CISG-online 261 kararında mahkeme, satıcının çeşit borcunu ifa etmesinden muaf tutulmasına ulaşılmadan varılması gereken bir "fedakarlık üst limiti" (*absolute limit of sacrifice, äusserste Opfergrenze*) kavramından bahsetmektedir.

⁵⁸ Bkz. yukarıda dn. 48.

yönde ve m. 7, f. 2 kapsamında genelleştirilebilecek bir ilke içermektedir: Öngörülemez engelin sonuçlarının üstesinden gelinmesinin borçludan beklenmesi makul değilse, borçlu tazminat sorumluluğundan muaf tutulur. Kuşkusuz bu kural ifa talebinin makul olmadığı her halde uygulanmalıdır. Bununla birlikte, m. 79 dışında kalan kurallarda öngörülebilirlik önem taşımaz.⁵⁹ Kanal'ın kapatılacağı öngörülebilir olsaydı bile, ifanın makul olmayacak derecede masraflı olmasıyla alıcının aynen ifadan elde edeceği menfaat karşılaştırıldığında aynen ifa talebi engellenecekti. Bunun yerine alıcı, tazminat talebine yönlendirilecektir.

III. Sözleşmeden Dönme

Common law sisteminden farklı olarak CISG'ta, sonradan ortaya çıkan ifa engelleri nedeniyle sözleşmenin ifasının mümkün olmaması (*frustration*) halinde sözleşme kendiliğinden ve tamamen son bulmayacaktır.⁶⁰ İfanın mümkün olmaması gibi sonradan meydana gelen değişikliklere rağmen sözleşme geçerliliğini sürdürür ve sadece m. 49'da yer alan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının kullanılmasına veya öncelenmiş borca aykırılığa (*anticipatory breach*) ilişkin koşulların yerine getirilmesi haline bağlı olarak sözleşme sona erdirilebilir⁶¹. Antlaşma'nın bu tutumu, alacaklının ifa engelinin ortadan kalkma-

⁵⁹ Örn. bkz. LANDO, Ole/BEALE, Hugh (eds.), Principles of European Contract Law, Bölüm I ve II, Dordrecht 2000, 396, Comment E on Art. 9:102. Ayrıca bkz. BRUNNER, s. 223 ve 365.

⁶⁰ İngiliz hukuku için bkz. TREITEL, N. 6-048. İngiliz hukuku ve CISG karşılaştırması için bkz. BRIDGE, International Sale of Goods, Oxford 2007, N. 12.61 vd.

⁶¹ HEUZE, N. 475; TREITEL, N. 15-043; BRIDGE, N. 12.62; SCHWENZER, s. 709, 722. CISG'in yaklaşımı PICC m. 7.3.1 tarafından da aynen benimsenmiştir. Buna karşılık PECL m. 8:108'de sözleşmenin ayakta kalacağı kabul edilmiş olsa da, m. 9:303 tam ve kalıcı bir ifa engelinin varlığı halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği öngörülmüştür (Bkz. LANDO/BEALE, s. 381 Comment D). DCFR m. III - 3:104 paragraf (4)'te de kalıcı bir ifa engelinin bulunması halinde borcun sona ereceği düzenlenmiştir. Aynı durum karşılıklı borçlar için de geçerlidir. Bu konuda bkz. ATAMER (dn. 11), s. 18 vd.

sını beklemeyi ya da semenin tenzili, tamirat ya da değiştirme talep etmeyi tercih edebileceği göz önünde bulundurulduğunda, özellikle teslimi engelleyen geçici nitelikte bir ifa engelinin bulunması ya da engelin malı ayıplı hale getirmesi durumlarında önem taşımaktadır. NICHOLAS tarafından yerinde olarak ifade edildiği üzere, katı “ya hep ya hiç” karakteri dolayısıyla kendiliğinden sözleşmenin sona ermesi görüşü CISG’ a uygun bir sonuç değildir.⁶²

IV. Semen Tenzili

Satıcı sözleşmeye aykırı bir mal teslim ettiğinde, CISG m. 50’deki formülle hesaplanacak meblağ, semenden tenzil edilir. Roma Hukuku’ndan bu yana mevcut bir kurum olarak *actio quanti minoris*⁶³, ayıplı ifanın öngörülemeyen bir engel sebebiyle meydana gelmiş ya da ayıbın satıcıya yüklenebilir olup olmamasından bağımsız olması sebebiyle tazminat talebinden farklıdır. Semen tenzil edilmesi hakkı, sözleşmeye aykırı bir mal teslim edilmiş olması nedeniyle edimler arasında bozulan dengenin yeniden kurulabilmesi için tanınmış bir haktır, bu sebeple de zararın tazmin edilmesinden farklı bir amaca hizmet eder.⁶⁴ Bu nedenle, m. 79 kapsamında ayıplı maldan sorumluluk satıcıya yüklenemese bile, semenin tenzil edilmesi hakkı kullanılabilir.⁶⁵

V. Muaccel Borcun Faizi

Alıcı, örneğin döviz kontrol düzenlemeleri nedeniyle, öngörülemeyen ve aşılabilir bir engelin ortaya çıkması sebebiyle zamanında ödeme yapamazsa satıcının gecikmiş ifaya dayanan tazminat talebi engellenir. Buna mukabil, alıcının elinde tutabileceği süreden daha uzun bir süre elinde tuttuğu parayı, gelir getirici bir şekilde değer-

⁶² NICHOLAS, Barry: “Force Majeure and Frustration”, 27 American Journal of Comparative Law (1979) s. 231, 241-242. Karş. BRIDGE, N. 12.61.

⁶³ Bkz. ZIMMERMANN, Reinhard, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996, s. 318 vd.

⁶⁴ GARRO, s. 236, 240.

⁶⁵ Bkz. yukarıda dn. 30.

lendirme imkanı olduğundan satıcı her zaman muaccel borcun faizini talep edebilecektir.⁶⁶ Nitekim, zararın tazmin edilebilirliğine bakılmadan faiz talebinde bulunulabileceğini düzenleyen m. 78'in lafzı, CISG'in faiz talebi ve tazminat talebini farklı değerlendirdiğini ve bu sebeple de aynı hükümlere dayanılarak bu farklı sorumlulukların ortadan kaldırılamayacağını göstermektedir⁶⁷.

VI. Sonuç

Yukarıda yansıtılan tartışmalar göstermektedir ki m. 79, f. 5'e getirilen eleştiriler yerinde değildir. Söz konusu hüküm Antlaşma'nın "yaptırım esaslı" yaklaşımı nedeniyle kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Madde 79 sadece tazminat talebinin ne zaman düşeceğiyle ilgilenir. Buna mukabil m. 79, tazminat talebi dışında kalan hakların ileri sürülmesine ya da engellenmesine dair bir düzenleme getirmemektedir. Bu husus ilgili talepleri düzenleyen hükümlere bırakılmıştır ve m. 79, f. 5 bu konuda başka bir şey söylemez. Aslına bakılırsa, ne sözleşmeden dönme hakkının ne semenin tenzili hakkının ne de faiz talebinin ileri sürülüp sürülemediği, m. 79 bağlamında tartışmalı değildir. Bu talep haklarının tazminat ödeme yükümlülüğünden bağımsız olarak mevcut olduğu konusunda herkes mutabıktır.

Eleştiriler aynen ifa talebi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Borçlunun etki alanı dışındaki bir engelin sıklıkla kesin bir imkansızlığa yol açtığı kabul edilmesi sebebiyle aynen ifa talebinin anlamsızlaştığı

⁶⁶ GARRO, s. 241; MAGNUS (dn. 15) s. 23; MANKOWSKI, Art. 79 CISG N. 13; FISCHER, s. 41; SCHWENZER, Art. 79 CISG N. 56; BRUNNER, s. 377-378. KLEINHEISTERKAMP, in: Vogenauer/Kleinheisterkamp (eds.), UNIDROIT Commentary, Oxford 2009, Art. 7.1.7 N. 30. Bu örnek PICC m. 7.4.9(1)'de yer almaktadır: faiz talebi, ödememe m. 79 anlamında borçluya yüklenemiyor olsa da ileri sürülebilir.

⁶⁷ Ama bkz. *Arbitral Award*, Hungarian Chamber of Commerce and Industry Arbitration, 10.12.1996, CISG-online 774. Yugoslavya'daki BM ambargosu nedeniyle satış bedelinin ödenememesine dayanan faiz talebi hakem heyeti tarafından reddedilmiştir. Hakem Heyeti'ne göre, m. 78'in mantığına ters düşmekle beraber, faiz ancak BM ambargosunun kalkmasında itibaren işlemeye başlayabilecektir.

kabul edilmektedir. Bu görüş ifa etmeme halini imkansızlığa indirgemekte ve böylece etki alanı dışındaki bir engelin var olduğu ama aynen ifa talebinin de makul olduğu durumları göz ardı etmektedir. Bu duruma örnek olarak, engel dolayısıyla gecikmiş ifa ve ayıplı ifa durumları gösterilebilir. Nitekim ifa talep edilip edilemeyeceği konusunun, sözleşmeden dönme ve semenin tenzili gibi, ifa etmemenin borçluya yüklenebilirliği ile alakası yoktur. Bu sebeple, aynen ifa talebinin sınırlarının CISG m. 79 kapsamında değil, CISG m. 46 ve m. 62 kapsamında çizilmesi gerekir. Dolayısıyla CISG'teki bu boşluk Antlaşma'da yer alan ilgili genel hükümlerin uygulanmasıyla doldurulmalıdır. Bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ifanın, imkansızlık veya ölçsüzlük söz konusu olan hallerde talep edilemeyeceği sonucuna ulaşılması için Antlaşma'da yeterli gösterge mevcuttur.