

LEGAL

Hukuk Dergisi

EKİM 2007

Yıl: 5 - Sayı: 58

MAKALELER

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile BM Satım Hukuku'nun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelenmesi
Dr. Bilgehan ÇETİNER

Tüm Zorunlu Sigortalar İçin Yeni Bir Düzenleme Güvence Hesabı
Av. Çelik Ahmet ÇELİK

Betonarme Projeler 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Kapsamında Eser Sayılmalıdır
Av. Nezi SÜTÇÜ

KANUN TASARILARI

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi (Getirdiği Yenilikler, Genel Gerekçe ve Madde Gerekçeleri ile Birlikte)
Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN
Prof. Dr. Zühtü ARSLAN
Prof. Dr. Yavuz ATAR
Prof. Dr. Fazıl Hüsnü ERDEM
Prof. Dr. Levent KÖKER
Doç. Dr. Serap YAZICI

- * Yargıtay Başkanlar Kurulu Anayasa Değişikliği Çalışmalarına İlişkin Görüşlerini Açıkladı
- * İcra Dairelerince Alacaklı Taraf Avukatına Ödenmesine Karar Verilen Vekâlet Ücretlerinin Belgelendirilmesine İlişkin Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği Yayınlandı
- * Avukatlara Ücretsiz Ambulans ve Tıbbi Danışmanlık Hizmeti Getirildi
- * Barolar Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Karşı Çıkıyor
- * Bankalar ve Diğer Mali Kuruluşların Müşterilerinin Risk İşlemleri Hakkında Yönetmelik Yayınlandı
- * Konut Finansmanı Kapsamındaki Kredilerin Yeniden Finansmanına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik Yayınlandı
- * İstanbul'da Faaliyete Geçirilen Yeni Mahkemeler

**YARGITAY KARARLARI, DANIŞTAY KARARLARI
VE DİĞER YÜKSEK MAHKEME KARARLARI,
HUKUK HABERLERİ, HUKUKİ MAKALELER,
GÜNCEL MEVZUAT, RESMÎ GAZETE ÖZETLERİ,
ÖNEMLİ BİLGİLER**

ISSN 1303-9210



7f TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISI ile BM SATIM HUKUKU'NUN SATICININ SORUMLULUĞU BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRMALI İNCELENMESİ

Dr. Bilgehan ÇETİNER ()*

A. GİRİŞ

BM Satım Hukuku¹ bugün artık tüm dünyada üzerinde en geniş konsensüsün sağlandığı hukuk olma özelliğini kazanmış bulunmaktadır. Aralarında ABD, Rusya, Çin ve Arap ülkeleri gibi çok farklı ekonomik, sosyal ve hukuk sistemlerine sahip devletler BM Satım Hukuku'nu hiç sorunsuz uygulamaktadırlar. Gelişen teknolojinin sağladığı imkanlar, özellikle internet ortamında mevcut, antlaşmanın çeşitli ülkelerdeki uygulamasına ilişkin mahkeme kararlarının toplandığı sayfalar sayesinde, bu hukukun yorum ve uygulamasında büyük oranda yeknesaklık sağlandığı dikkat çekmektedir.² Bunda en önemli etken BM Satım Hukukunun çeşitli hukuk sistemlerinin sahip olduğu kavram, sistem ve çözümleri başarılı bir şekilde bünyesinde sentezlemesidir. Ayrıca çok ayrıntılı düzenlemeler yapmak yerine, kolay ve sade bir sistematik izlemeyi tercih etmesi ve yine bütün hukuka aykırılıkları tek bir kavram "sözleşmenin ihlali (breach of contract)" ile ifade edip hukuki sonuçlarını aynı başlık altında birleştirmesi, Alman Borçlar Hukuku Modernisasyonu Yasası Gereklçelerinde de vurgulandığı gibi, hukuk uygulamasını ve özellikle yargıyı somut olayların çözümünde hangi kuralların uygulanacağını belirleme noktasında oldukça rahatlatmıştır.³

Bu durumun en önemli neticesi özellikle Avrupa ülkelerinde Borçlar Hukuku sistemlerinin BM Satım Hukuku model alınmak suretiyle modernleştirilmesi çalışmalarıdır. Örneğin İskandinav ülkeleri Norveç 1989, İsveç 1990 ve Finlandiya 1988 yıllarında Satım Yasalarını, Hollanda 1992 yılında Medeni

¹ Hakem denetiminden geçmiştir.

^(*) İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi

¹ Uluslararası Satım Sözleşmelerine ilişkin Viyana Sözleşmesi 1980, Viyana..

² Bu internet siteleri içerisinde özellikle „ciscg-online.ch" sahip olduğu bibliyografya ve mahkeme kararlarına ilişkin veri tabanı ile zengin bir kaynak teşkil etmektedir.

³ Bkz. Allgemeiner Teil der Begründung, BT-Drucks. 14/6040, S. 86, „das UN-Kaufrecht hat die Grundprinzipien, von denen sein Leistungsstörungenrecht geleitet ist, in klaren, verständlichen, widerspruchsfreien und rechtspolitisch einleuchtenden Regeln niedergelegt und dadurch der Praxis –insbesondere der Rechtsprechung– die Aufgabe wesentlich erleichtert wird, zu erkennen, ob der konkrete zur Beurteilung stehende Fall von dieser oder jener Regelung erfasst wird oder nicht".

Kanunu "Burgerlijk Wetboek"u, BM Satım Hukukuna uygun olarak yeniden düzenlemişlerdir. Bu uyumlaştırma çalışmalarının en son ve en güzel örneğini Alman Hukuku Modernizasyonu Yasası⁴ teşkil etmektedir. Aslında bu ve buna benzer modernizasyon çalışmalarına ivme kazandıran en önemli etken Avrupa Birliği'nin 1999 tarihli Tüketim Malları Satımı Yönergesidir⁵. Bu Yönerge, gerekçelerinde de açıkça belirtildiği üzere BM Satım Hukuku'nu örnek almaktadır ve üye ülkelere 2002 yılına kadar iç hukuklarını dönüştürmeleri için süre tanımaktadır.⁶ Gerçi Yönergenin kapsamı tüketim mallarının alım satımı ile sınırlandırılmıştır; ancak üye ülkelerin daha kapsamlı düzenlemeler yapması tavsiye edilmiştir. Nitekim Almanya da bu yolu izlemiş ve Borçlar Hukuku'nu bütünüyle modernize etmiştir.

Burada incelemeye temel teşkil eden soru, Türk Borçlar Kanunu Tasarısının⁷ tüm dünyada giderek önem kazanan BM Satım Hukuku hükümleri ve bu bağlamda özellikle müktesebatını süratle iç hukukumıza mal etme çalışmaları yürüttüğümüz AB Hukuku'ndaki yukarıda sözü edilen gelişmeleri ne oranda dikkate aldığıdır.

B. Genel Olarak Sözleşme

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklanan iki irade beyanına, yani öneri ve kabul beyanlarına ihtiyaç vardır. Bu beyanların nasıl yapılması gerektiği, ne zamana kadar geri alınabilecekleri ve şekil şartına tabi olup olmadıkları hususuna ilişkin olarak BM Satım Hukuku'nun ilgili düzenlemeleri (Madde 11-22) ile Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki düzenlemeler (Madde 1-17) arasında önemli bir fark yoktur. Tek fark hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kurulduğu ana ilişkin olan düzenlemelerde kendini göstermektedir. BM Antlaşması'nda Madde 23 bu hususta "Sözleşme, önerinin kabulü bu antlaşma hükümlerince geçerli olduğu anda kurulmuş olur" hükmünü içermekte, yani kural olarak Madde 18'de ifade olunan kabul beyanının öneriyi yapana ulaşması anını esas almaktadır. Buna karşın BK Tasarısı'nın 11. maddesinin 1. fıkrası sözleşmenin kabulün gönderildiği andan itibaren hüküm doğuracağını belirtmektedir. Yalnız buradan yola çıkarak Tasarıda kabul beyanının önerene ulaşmasından tamamen vazgeçildiği sonucuna ulaşmak yanlış olur. Bilakis Tasarı Madde 5'deki düzenlemelerden, önerene kabul beyanının makul bir sürede ulaşmaması veya geç ulaşması ve önerenin bağlı kalmak istemediğini önerene derhal bildirmesi durumlarında sözleşmenin hüküm ifade etmeyeceği sonucu çıkmaktadır. O halde Tasarının 11. Maddesi 1. fıkrasındaki hüküm zamanında gönderilen ve zamanında önerene ulaşmış kabul beyanlarına münhasır bir düzenlemedir.

⁴ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. 11 2001, BGBl. I S. 3138, in Kraft treten am 1.1.2002.

⁵ Almanca metni için bkz. "Richtlinie 1999/44/EG zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter", NJW 1999, 2421.

⁶ Bkz. Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin Tüketim Malları ve Garantilerine İlişkin Yönerge Onerisi Gerekçeleri No. 5, „Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien“, ZIP 1996, 1845, 1847.

⁷ Metinde BK Tasarısı olarak kısaltılacaktır.

Burada hatırlatılması gereken bir diğer husus da BM Satım Hukuku'nun sözleşmelerin geçerliliği konusunu bilinçli olarak kapsamı dışında bırakmış olması ve bu konularda milli hukuklarda mevcut düzenlemelere atıf yapmasıdır (Madde 5).

C. Satım Sözleşmesi

Viyana Antlaşmasının 30. ve 53. maddeleri ve BK Tasarısı 206. maddesi 1. fıkrasına göre satım sözleşmesi satıcının satım konusu malı alıcıya devretme ve alıcının buna mukabil bir bedel ödeme yükümlülüğü üstlendiği sözleşmedir. Alman Medeni Kanunu'ndan farklı olarak (§ 433 I) satıcının malın ayıpsız olarak teslimi borcu, ne BK Tasarısında ne de Viyana Sözleşmesi'nde sözleşmenin karakteristik unsurlarından birisi olarak düzenlenmemiştir. Her iki hukuk da bu borcun ifası ile sözleşmeden doğan edimlerin ifasını ayrıma tabi tutmuştur⁸. Yani ayıplı bir mal teslimi ile teslim borcu ifa edilmiştir ancak satıcı ayıpsız bir mal teslimi borcunu ifa etmemiştir. Burada Alman Medeni Kanunu'ndaki düzenleme yerinde değildir zira "ifa" ya bağlanmış birçok hukuki sonuç vardır, örneğin ifa zamanının tespiti, parça borçlarında teslim edilecek malın ayrımı, hasarın intikali anı gibi. Kötü ifa bir hukuki "nullum" değildir, yani satıcı her halukarda bir teslimat yapmıştır ve alıcı edimin ifası bilinci içerisinde malı teslim almıştır. Ayrıca bazı durumlarda kötü ifa hüküm ifade etmez. Örneğin muayene ve ihbar yükümlülükleri süresi içerisinde yerine getirilmezse veya alıcı malı muhafaza edip semenin indirilmesini talep ederse veya alıcının sözleşmeden dönme ve malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarını kullanmasını engelleyen durumların olması halinde (örn. Viyana Sözleşmesinde 49. maddesi 2. fıkrasındaki durumlar veya BK Tasarısının 226 maddesi 4 fıkrası gibi).

D. Satıcının Sözleşme İhlalleri

I. Edimin İfa Edilmemesi

Viyana Sözleşmesinin 30. maddesine göre satıcı, sözleşme ve bu antlaşma hükümlerine göre malı teslim, ilgili dökümanları ve mülkiyeti devir ile yükümlüdür. Benzer bir hüküm Tasarının 206. maddesi 1. fıkrasında da mevcuttur.

Satıcının edimi ifa etmemesi, malı ifa zamanında teslim etmemesi durumunda alıcı her zaman borcun ifasını ve gecikme nedeniyle tazminat isteme hakkına sahiptir (Viyana Sözleşmesi'nin 46 maddesi 1. fıkrası ve 47. maddesi ile BK Tasarısı'nın 124. maddesi). Bunun için satıcıya belli bir süre tayin edebilir (Viyana Sözleşmesi'nin 47. maddesi 1. fıkrası ve BK Tasarısı 122. maddesi).

Alıcı kural olarak edimin ifasından tamamen vazgeçip zararının giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Burada dikkati çeken BM Satım Hukuku'nun BK Tasarısı'nın aksine "favor contractus" ilkesinden yola çıkarak mümkün olduğunca sözleşmeyi ayakta tutmak ve ağır hukuki sonuçların ancak ağır ihlallerin mevcut olması halinde kabul edilmesini hedeflediğidir.

Edimin ifa edilmemesi tek başına her zaman sözleşmedeki menfaat dengesinin esaslı bir biçimde bozulması anlamına gelmez. Satıcıya tayin edilecek ek bir ifa süresi ve bu süre içerisinde gerçekleşecek ifa ile alıcının sözleşmeden

⁸ Bkz. Madde 35 I Viyana Sözleşmesi ve Madde 218 I BK Tasarısı.

haklı beklentileri karşılanmış olacak ise sözleşmeden dönme, duruma ve hak-kaniyet ölçülerine uygun bir sonuç olmayacaktır. Zira sözleşmeden dönme bugün bütün modern hukuklarda “ultima ratio” bir hak olarak kabul edilmekte ve ancak belirli koşulların gerçekleşmesi halinde tanınmaktadır. Bu amaçla Viyana Sözleşmesi 49 maddesi 1. fıkrasına göre kural olarak borcun ifa edilmemesi halinde alıcı ancak satıcının sözleşme veya bu antlaşma ile kendisine verilen yükümlülüğü yerine getirmemesi esaslı bir sözleşme ihlali teşkil etmesi veya satıcı malın teslim edilmemesi nedeniyle Madde 47 I’e göre tayin edilen ek süre içerisinde yine malı teslim etmez veya bu süre içerisinde teslim etmeyeceğini açıklarsa sözleşmeden dönebilir.

Bu şekil kısıtlayıcı koşulların, mevcut tasarıda yer almadığı görülmektedir. Madde 122’de düzenlenen ek süre ihtiyaridir. Aslında bu maddeyi takip eden 123. maddede düzenlenen ve borcunun ek süre vermesini gerektirmeyen durumlar BM Satım Hukuku’nun esaslı sözleşme ihlali ile ifade ettiği durumları kapsamaktadır. Ancak Tasarının 124. maddesi 2. fıkrası ile alıcıya herhangi bir süre tayinine gerek olmaksızın doğrudan sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Bu noktada tasarı BM Satım Hukuku ve Avrupa hukuklarındaki gelişmelerin gerisine düşmektedir. AB’nin Tüketim Mallarının Satımı Yönergesi ve Alman Medeni Kanunu bu konuda Viyana Sözleşmesindeki düzenlemelere paralel olarak alıcıya sözleşme ihlallerinde tanıdığı hakları kural olarak hiyerarşik bir sıralamaya tabi tutmuştur.⁹ O halde BK Tasarısı 122. maddesinde düzenlenen ek süre tayininin, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için ön koşul haline getirilmesi ve 123. maddeyi bu koşulun istisnai durumlarını düzenleyen madde olarak düzenlenmesi, sözleşmenin temelini teşkil eden amaçlanan menfaatler dengesinin korunmasına ve “favor contractus” ilkesine daha uygun olacaktır.

II. Satıcının Maldaki Ayıptan Sorumluluğu

Satıcı satım konusu malı teslim etmekle edimini ifa etmiş olur ancak malın sözleşmeye uygun olması borcu sona ermiş değildir. Yani alıcının malı teslim almış olması her türlü ayıbı kabul etmiş olduğu anlamına gelmez. Alıcı yalnızca satım akdinin kurulduğu sırada bildiği veya yeterince gözden geçirmekle farkına varacağı ayıpları öne süremez (Viyana Sözleşmesi’nin 35. maddesi 3. fıkrası ve BK Tasarısı 221. madde).

1. Malın Sözleşmeye Aykırılığı

Malın hangi durumlarda sözleşmeye aykırı veya ayıplı olacağı konusunda Viyana Sözleşmesi 35. maddesinde, BK Tasarısı 218. maddesinde ayrıntılı düzenlemeler yapmışlardır. Burada öncelikle tarafların beyanları ile belirledikleri özellikler dikkate alınacaktır. Bu noktada madde metinlerinde dikkat çeken ilk husus Viyana Sözleşmesi’nin 35 maddesi 1. fıkrası “sözleşmece belirlenen” özelliklerden bahsetmekte buna karşın BK Tasarısının 218. maddesi satıcının alıcıya “herhangi bir surette” bildirdiği niteliklerden söz etmektedir. Bu lafzi farkın pratikte bir önemi yoktur zira satıcının alıcıya bildirmiş olduğu hususlar alıcının buna uygun sarıh yahut zımni kabulü ile zaten sözleşmenin parçası olacaktır.

⁹ Bkz. Yönergenin 3. maddesi ve Alman Borçlar Kanunu’nun 281 I maddesi ve 323 I maddesi.

İki madde arasındaki temel fark Viyana Sözleşmesi'nin malın "çeşit" yönünden kararlaştırılardan farklı olmasını ayıplı mal teslimi kapsamı içerisinde değerlendirmesidir.¹⁰ BK Tasarısının 218. maddesi sözkonusu "aliud" mal teslimi konusunda açık bir tavır almamıştır. Türk Hukuku'nda bu konuda mevcut hakim görüş, bu durumlarda edimin ifa edilmemiş olacağını kabul etmek yönündedir.¹¹ AB Tüketim Malları Satımı Yönergesi'nin 2. maddesi ve Alman Medeni Kanunu 434. maddesi 3. fıkrası BM Satım Hukukuna uygun bir anlayıştan hareketle ayıplı bir mal teslimi ile kararlaştırılardan başka bir mal teslimini aynı kapsamda ele alma yoluna gitmişlerdir. Bu konuda ileri sürülen temel neden bir malın ne zaman "ayıplı (peius)" ve ne zaman "aliud" olarak kabul edileceğinin kriterlerinin belirlenmesinin çoğu zaman güç olmasıdır.¹² Yalnız burada önemli olan husus satıcının söz konusu malı mevcut sözleşmeden doğan edimini ifa etmek amacıyla teslim etmiş olması ve bu durumun alıcıya malum olması gereğidir. Mevcut olayda bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediği, sözleşmenin ve somut olayın şartları incelenerek belirlenecektir. Teslim edilen mal ile kararlaştırılan mal arasındaki farkın çok büyük olması halinde örneğin Picasso bir tablo yerine bir kasa portakal teslim edilmiş olması halinde artık satıcının bu mal ile edimi ifayı amaçladığını söylemek zordur. Bu durumda artık hata, hile veya sözleşme değişikliğine yönelik yeni bir teklif olması durumları düşünülebilir. Her durumda satıcının mevcut sözleşmeden doğan edimini ifa amacı olmadığı noktasından hareketle somut olayda ifa etme, temerrüt hükümleri uygulanabilir.¹³

Malın sözleşmeye aykırılığının tespitinde Viyana Sözleşmesi 35. maddesi 1. fıkrası ile 218. madde arasında dikkati çeken diğer bir fark ise malın niceliğindeki eksiklerin malın ayıplı kabul edilmesini gerektirdiği durumlardır. Bu konuda 35. madde malın nicelik yönünden sözleşmede talep edilenden farklılık arz ettiği tüm durumlarda sözleşmeye aykırılığı kabul ederken, BK Tasarısı 218. madde "niteliği etkileyen" nicelik farklılıklarından söz etmektedir. Tasarı niteliği etkilemeyen nicelik farklılıkları için ayrıca bir düzenleme yapmamıştır. Bu gibi durumlarda kısmi ifadan söz etmek mümkün değildir zira aliud teslimine ilişkin olarak yukarıda belirttiğimiz gibi edimin ifasında öncelikli koşul satıcının ifa amacıyla sözkonusu malı teslim etmiş olmasıdır. Eksik teslim edilen mallar için satıcının malı sözleşmeye uygun sayı ve miktarda teslim ettiği düşüncesiyle hareket etmesi ve bu durumun alıcıya da malum ol-

¹⁰ Bkz. Schlechtriem/Schwenzer, Art. 35 CISG, Rn. 10; OGH Österreich, v. 21.3.2000, IHR 2001, 40, 41; BGH, 3.4.1996, JZ 1997, 35; LG Frankenthal, 17.4.1997, csg-online.ch/urteile/479.htm; OGH Österreich, 29.6.1999, ZfRV 2000, 33; das Urteil der Cour de cassation, 23.1.1996, IPRax 1997, S. 126=RIW 1998, 278, 279, 280; LG München, 30.8.2001, csg-online.ch/csg/urteile/668.htm; AG Viechtach, 11.4.2002, JurBüro 2002, 429.

¹¹ Tandoğan, Borçlar Hukuku, I/1, S. 122; Zevkliler, Özel Borç İlişkileri, S. 87.

¹² Bkz. AG Viechtach, 11.4.2002, JurBüro 2002, 429; Soergel/Huber, § 459 BGB a.F., 12. Auflage 1991, Rn. 42, Vorbem. § 459 BGB a.F., Rn. 117; Staudinger/Honsell, § 459 BGB a.F. 13. Bearbeitung 1995, Rn. 44.

¹³ Alman Hukukunda benzer sonuçlar için bkz. Casper, ZIP 2000, 1602 f.; Löhnig, JA 2001, 33 f.; Thier, AcP 203(2003), 399, 411 f.; Deckers, NJW 2001, 1474 f. Canaris, in: Lorenz (Hrsg.): Karlsruher Forum 2002, S. 67

ması halinde artık kısmi ifadan bahsedilemez zira ne satıcıda ne de alıcıda bu yönde bir irade mevcut değildir. Mevcut Tasarıda bu duruma en uygun çözüm niteliği etkilemeyen nicelik farklılıkları için de ayıplı ifa hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması olacaktır. Buna mahal vermemek için Tasarı metninden “niteliği etkileyen” ibaresinin çıkarılması yerinde olacaktır. AB Tüketim Malları Satımı Yönergesi 2. maddesi ve Alman Medeni Kanunu 434. maddesi bu konuda herhangi bir ayırım yapmamış ve teslim edilen malın sözleşmeye uygun olmaması yada sözleşmede kararlaştırılan “özellikleri” göstermediği bütün durumlarda malı ayıplı kabul etmiştir. Alman Medeni Kanunu 434. maddesi 1. fıkrasındaki “özellik” kavramı malın cinsini, çeşidini, niteliğini ve niceliğini kapsayan üst bir kavram olarak kullanılmıştır¹⁴

2. Muayene ve İhbar

Viyana Sözleşmesi 38. maddesi uyarınca alıcı teslim edilen malı şartların el verdiği en kısa zamanda, BK Tasarısı 222. maddesi 1. fıkrasına göre ise işlemin olağan akışına göre olanak bulunur bulunmaz muayene etmek ve yine Viyana Sözleşmesinin 39. maddesine göre maldaki ayıbı tespit ettiği veya etmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içerisinde, BK Tasarısı 222. maddesi 1. fıkrasına göre de yine uygun bir içinde satıcıya bildirmek zorundadır.

Viyana Sözleşmesine ilişkin mahkeme kararları incelendiği vakit görülecektir ki, bunların büyük bir kısmı muayene ve ihbarın süresi içerisinde yapıp yapılmadığı sorusu ile meşgul olmaktadır. Muayene ve ihbar yükümlülükleri konusunda Avrupa hukuklarının nasıl düzenlemeler içerdiğine bakılacak olursa şunlar karşımıza çıkacaktır. AB Tüketim Malları Satımı Yönergesinin 5. maddesi 2. fıkrasında bu yönde bir düzenleme içermekte ve fakat üye ülkeleri bu maddenin iç hukuka çevrilmesi noktasında serbest bırakmaktadır; Fransız hukuku ve onun etkisindeki hukuklar böyle bir yükümlülük içermemektedirler; Alman (§ 377 HGB) ve Avusturya (§ 377 HGB) Hukukları bu yükümlülüğü sadece ticari alım satımlar için öngörmektedirler ve Hollanda (Art. 7:23 BW) ve İspanya (Art. 342 CCom, Art. 1486 Ccesp) Hukukları ise tüm satımlarda önkoşul olarak düzenlenmişlerdir. Her ne kadar alıcı aleyhine sözleşmedeki menfaatler dengesini bozmakta olsa dahi bu yükümlülükler ticari hayatın güvenliği açısından genel menfaatleri koruması itibarıyla BK Tasarısı’nda muhafaza edilmesinde fayda vardır. Ayrıca Tasarının 224. maddesi Viyana Sözleşmesi’nin 40. maddesine paralel bir düzenleme ile satıcının bildiği yahut ağır kusuru neticesi farketmediği bir ayıbın varlığı halinde, alıcının muayene ve ihbar müddetine riayet etmediği iddiasıyla sorumluluktan kurtulamayacağını düzenlemektedir.

3. Satıcının İkinci Kez İfa Hakkı

Viyana Sözleşmesi’nin 48. maddesine göre satıcı 49. maddede düzenlenen sözleşmeden dönme hakkına zarar gelmemek kaydıyla ayıbı teslim tarihinden sonrada masrafları kendine ait olmak üzere kaldırabilir. Bunun şartı bu

¹⁴ Bkz. bu konuda Eidenmüller, ZGS 2002, 290, 295, Graf von Westphalen in: Henssler/Graf von Westphalen (Hrsg.): *Praxis der Schuldrechtsreform*, § 434 BGB, Rn. 13; Palandt/Putzo, § 434 BGB, Rn. 11; Huber AcP 202 (2002), 228, Oetker/Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, S. 38; Lorenz/Riehm, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, Rn. 482; Reinking, DAR 2002, 15, 16; wohl auch OLG Hamm, 13.5.2003, ZGS 2003, 394.

işlemin beklenmedik gecikmelere neden olması ve alıcı için beklenmedik zorluklar ve belirsizliklere yol açmasıdır. Ayrıca alıcının tazminat hakkı mahfuzdur.

Benzer bir düzenlemeyi BK Tasarısı 226. madde 3. fıkra düzenlemektedir. Buna göre satıcı alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir. Ancak bu maddenin düzenlenmesinde alıcının sözleşmeden dönme hakkının, daha doğrusu sözleşmeden hemen dönme hakkının istisna tutulmamış olması yanlıştır. Zira alıcının sözleşmenin zamanında ifa edilmesinde öncelikli ve haklı bir menfaatinin olduğu durumlarda, ikinci kez yapılacak bir ifayı kabul etmeye mecbur tutulması, sözleşmedeki menfaat dengesinin alıcı aleyhine ağır bir şekilde bozulması neticesini doğurur. Bu ifanın, tasarının deyişiyle "hemen" yapılacak olması doğan olumsuzluğu her zaman gidermeyecektir. Örneğin sipariş edilen bir düğün pastasının tam zamanında ve sözleşmeye uygun nitelikte teslim edilmesi, alıcının sözleşmeden beklentisinin temelini teşkil eden bir unsurdur. O halde madde metnine "alıcının sözleşmeden hemen dönme hakkı mahfuzdur" şeklinde bir ibarenin eklenmesi ya da Viyana Sözleşmesi'nin 48. maddesinde olduğu gibi bir düzenlemenin yapılması ve ikinci kez ifanın gecikmelere ve alıcı için zorluklara yol açacağı durumların satıcının bu hakkını kullanmasına engel teşkil edeceğinin belirtilmesinde fayda vardır.

Viyana Sözleşmesi, BK Tasarısından farklı olarak satıcıya sadece malın misliyle değiştirilmesi değil ayrıca diğer yollarla da, özellikle de tamir yoluyla da ayıbı gidermesi hakkını tanımıştır. Bu aslında sözleşmeden dönme ve ifa yerine tazminat talebinde bulunma haklarının BM Satım Hukuku'nda ultima ratio haklar olarak tanınmasının doğal bir sonucudur. Sözleşme kurulurken her iki tarafın da temel amacı ve beklentisi edimlerin ifasıdır (pacta sunt servanda). Dolayısıyla sözleşmenin ayakta tutulmasında tarafların ve hukuk düzeninin menfaati vardır (favor contractus ilkesi). O halde sözleşme ihlali hallerinde hukuk düzeni mümkün olduğunca sözleşmenin devam ettirmek ve sözleşmeden doğan temel edimlerin ifasını mümkün kılmakla mükelleftir. Ancak kural bu olmakla birlikte ne zaman ki sözleşmenin devamında, taraflardan birisinin sözleşmeyi ihlali neticesi diğer tarafın sözleşmeden beklentilerini esaslı bir biçimde sarsılmış olması nedeniyle, artık hukuki bir fayda kalmamışsa, sözleşmeden dönme hakkının kullanımı yolu açılmalıdır. Bunun dışındaki durumlar için sınırlayıcı hükümler getirmek ticari hayatın işlerliği açısından gereklidir. Bu durumda BK Tasarısının 226. maddesinin 3. fıkrasının kapsamı, satıcıya hemen tamir hakkının da tanınması suretiyle genişletilmelidir.¹⁵

4. Alıcının Hakları

Satıcının ayıpsız bir mal teslim etme borcunu yerine getirmemesi durumunda alıcıya Viyana Sözleşmesi'nin 45. maddesinde ve BK Tasarısı'nın 226. maddesinde sayılan haklar tanınmıştır. Buna göre alıcı satılanın onarılması, ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi, semenin tenzili veya sözleşmeden dönme ve tazminat talep etme haklarını kullanabilir. Kural olarak alıcıya seçim hakkı

¹⁵ Alman Medeni Kanunu 323. maddesi 1. fıkrası ve 439. madde 3. fıkrası da alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını, öncesinde kural olarak satıcıya yeniden ifa yahut tamir imkanı tanınması şartına bağlamıştır ve böylelikle satıcıya yeniden ifa hakkı tanımıştır.

tanınmıştır. Ancak bu hak satıcının yeniden ifa hakkı ve hakkaniyet ilkesine göre ihlalin ağırlığı göz önünde bulundurularak sınırlandırılmıştır.

a. Esaslı Sözleşme İhlali

Viyana Sözleşmesi 46. maddesi 2. fıkrası alıcının malın misli ile değiştirilmesini talep hakkını ve 49. maddesinin 1. fıkrası a bendi sözleşmeden dönme hakkını, ayıplı mal tesliminin esaslı bir sözleşme ihlali (wesentliche Vertragsverletzung, fundamental breach of contract) teşkil etmesi durumu ile sınırlandırmıştır. Esaslı sözleşme ihlali Antlaşmanın 25. maddesinde tanımlanmış ve maddenin içeriği mahkeme kararları neticesi oluşan olay grupları ile somutlaştırılmıştır. Buna göre taraflardan birince yapılan sözleşme ihlali, diğer tarafın sözleşmeden beklentilerine esaslı derecede zarar veriyorsa, esaslı sözleşme ihlalidir. Bunun istisnası sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu sonucu öngörmemiş olması ve aynı türden her makul kişinin aynı koşullar altında öngöremeyecek olmasıdır. Verilen zararın ekonomik bir zarar olması zorunlu değildir.¹⁶ Sözleşme ihlalinin muhatabı tarafın sözleşmeden beklentilerinin objektif anlamda sarsılmış olması gereklidir. Bu konuda tarafların subjektif değerlendirmeleri ancak objektif anlamda, yani makul üçüncü bir kişinin bakışı ile onaylanabildiği ölçüde dikkate alınacaktır.¹⁷ Aynı şekilde bu sonucun objektif olarak öngörülebilir olması gerekir. Burada kastedilen kusur değildir. Önemli olan ihlal neticesi ki konumuzda ayıplı mal teslimi neticesi alıcının sözleşmeden beklentilerinin sarsılması neticesinin, satıcı ve aynı şekilde makul bir üçüncü kişiye öngörülebilir olmasıdır.

Sözleşmeye aykırı mal teslimi durumunda esaslı sözleşme ihlalinin varlığı, yargı kararlarında üç durumda kabul görmektedir. Bunlar maldaki ayıbın giderilmesinin imkansız yada ancak büyük masraflar neticesi ve gecikmeli mümkün olması¹⁸; ayıplı malın farklı bir şekilde kullanımının veya tekrar satımının mümkün olmaması¹⁹; alıcının sözleşmeye uygun bir ifaya yönelik güvenin haklı olarak yitirmiş olması²⁰

¹⁶ Bkz. Salger in: Witz/Salger/Lorenz, Art. 25 CISG, Rn. 6; Schlechtriem/Schlechtriem, Art. 25 CISG, Rn. 9; Lurger, IHR 2001, 91; Butler, IHR 2003, 208, 209; Staudinger/Magnus, Art. 25 CISG, Rn. 11; Schillo, IHR 2003, 257, 263; vgl. Handelsgericht des Kantons Aargau, 26.9.1997, SZIER 1998, 78.

¹⁷ Herber/Czerwenka, Art. 25 CISG, Rn. 8; Reinhart, Art. 25 CISG, Rn. 6; BGHZ, 132, 290, 298; Honsell/Karollus, Art. 25 CIS, Rn. 16; OLG Hamburg, 14.12.1994, csg-online.ch/cig/urteile/216.htm; BGHZ 132, 290, 297.

¹⁸ Schlechtriem/Huber, Art. 46 CISG, Rn. 29 f; Staudinger/Magnus, Art. 25 CISG, Rn. 26; Schlechtriem/Schlechtriem, Art. 25 CISG, Rn. 20; Lurger, IHR 2001, 91, 98; Achilles, Art. 25 CISG, Rn. 4; Piltz, Internationales Kaufrecht, 1993, § 5 Rn. 247; Aicher, in: Hoyer/Posch, Das einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 141; HG Zürich, 26.4.1995, SZIER 1996, 51; OLG Koblenz, OLGR 1997, 37, 38; im Ergebnis auch Bianca/Bonell/Will, Art. 48 CISG, Anm. 3.2.2; a.A. Welser, in: Doralt (Hrsg.): Das UNCITRAL-Kaufrecht, S. 125; Karollus, UN-Kaufrecht, 1991, 142 f; Neumayer, RIW 1994, 99, 106; Holthausen, RIW 1990, 101, 103 f; Vahle, ZvGRWiss 98 (1999), 54, 67.

¹⁹ Schlechtriem, Internationales UN-Kaufrecht, 2003, Rn. 115; Magnus, ZEuP 1995, 202, 211; Staudinger/Magnus, Art. 25 CISG, Rn. 27, Art. 49 CISG, Rn. 14; Freiburg, Vertragsaufhebung, S.101

²⁰ Soergel/Lüderitz/Fenge/Budzikiewicz, Art. 25 CISG, Rn. 2; Honsell/Karollus, Art. 25

BK Tasarısı esaslı sözleşme ihlali veya benzeri bir kavramı tanınamaktadır. Ancak Tasarının 226. maddesinin 1. fıkrasının 3. bendi alıcının satılanın tamirini talep hakkını, bunun aşırı bir masrafı gerektirmediği durumlarla sınırlandırması ve yine aynı fıkranın 4. bendinin alıcının satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkını ancak buna olanak varsa mümkün kılması ve nihayet aynı maddenin 4. fıkrasının sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını bunu haklı kılacak durumların varlığı şartına bağlaması BK Tasarısının da yeni düzenlemelerinde esas itibarıyla "favor contractus" ilkesinden hareket ettiği ve ağır hukuki sonuçları ancak mevcut durumun şartları bunu haklı kılması halinde kabul ettiği sonucuna götürmektedir.

b. Satılanın Onarılmasını İsteme ve Ayıpsız Misli ile Değiştirilmesini Talep Hakkı

BK Tasarısı 226. maddesi 1. fıkrası 3. bendinde önceki kanundan farklı olarak ve BM Satım Hukuku'na paralel bir düzenleme ile alıcının, masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz (kanun metninde gereksiz bir tekrar) onarılmasını isteme hakkını tanımıştır. Alıcının bu talebine karşı satıcının aşırı masrafı gerektireceği nedeniyle karşı koyma hakkı vardır. Viyana sözleşmesi bu noktada onarımın beklenmedik olmasını (unzumutbar) itiraz gerekçesi olarak sunmaktadır. Bu düzenleme BK Tasarısına göre daha kapsamlıdır, zira onarımın imkansız olması yada alıcı tarafından hiçbir külfeti olmaksızın şahsen de yapılabilecek kadar basit olması gibi durumları da kapsamaktadır.²¹ Yapılacak masrafın aşırı olup olmadığının tespitinde en önemli kıstas malın misli ile değiştirilmesi masrafları ile olan kıyastır. Eğer satıcının malı çok daha az bir masrafla yenisi ile değiştirmesi mümkünse onarım talebi haklı olarak reddolunabilir.²² Satıcı bu durumda artık alıcının malın misli ile değiştirilmesi talebini "olanaksızlık" veya esaslı sözleşme ihlalinin olmaması gerekçeleri ile reddedemez.

Alıcının bu bağlamda ikinci talep hakkı malın misli ile değiştirilmesidir (Viyana Sözleşmesi 46. madde 2. fıkra; BK Tasarısı 226. madde 1. fıkra 4. bend). Cins borçları bakımından sorunsuz mümkün görülebilen bu talebin parça borçları bakımından mümkün olup olmadığı tartışmalıdır.²³ Burada sözleşmede kararlaştırılan malın misli olan bir mal olup olmadığı önem kazanmaktadır. Zira bu tür mallar için hakim olan görüş malın misli ile değiştirilmesinin mümkün olacağı zira parça borcu olarak belirlenen malın çoğu zaman yığın olarak bulunan mallar içinden

CISG, Rn. 23

²¹ Schlechtriem/Huber, Art. 46 CISG, Rn. 58; Herber/Czerwenka, Art. 46 CISG, Rn. 10.; Staudinger/Magnus, Art. 46 CISG, Rn. 62; Bianca/Bonell/Will, Art. 46 CISG, Anm. 2.2.2.2; Hutter, Die Haftung des Verkäufers, S. 126.

²² Honsell/Schnyder/Straub, Art. 46 CISG, Rn. 97; Herber/Czerwenka, Art. 46 CISG, Rn. 10; Staudinger/Magnus, Art. 46 CISG, Rn. 61; Piltz, Internationales Kaufrecht, 1993, § 5, Rn. 152; Schlechtriem/Huber, Art. 46 CISG, Rn. 58.

²³ Schlechtriem/Huber, Art. 46 CISG, Rn. 23; Soergel/Lüderitz/Schubler-Langeheine, Art. 46 CISG, Rn. 6; Reinhart, Art. 46 CISG, Rn. 5; Piltz, Internationales Kaufrecht, § 5 Rn. 155; Staudinger/Magnus, Art. 46 CISG, Rn. 33; Welser, in: Doralt (Hrsg.): UNCITRAL-Kaufrecht, S. 118; Karollus, UN-Kaufrecht, S. 137; Hoffmann, in: Schlechtriem (Hrsg.): Einheitliches Kaufrecht, S. 295; Ziegler, Leistungsstörungenrecht, S. 143.

tesadüfen belirlenmesidir.²⁴ Ancak satım konusu mal daha somut özellikleri ile belirlendiği durumlarda, örneğin bir ressamın ait belli bir tablo gibi, malın misli ile değiştirilmesi, aliud teslim durumları haricinde, mümkün değildir.

Alıcı, Viyana Sözleşmesinin 46. maddesinin 2. fıkrasına göre sözleşmeye aykırılık “esaslı” ise ve BK Tasarısı’nın 226. maddesinin 1. fıkrasının 4. bendine göre de “olanak varsa” satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteyebilir. Satılanın misli ile değiştirilmesinin olanaklı olup olmadığının tespitinde yine öncelikle malın misli olan bir mal olup olmadığı ve varsa satılanın misli ile değiştirilmesinin satıcıyı objektif olarak aşırı bir külfete sokmayacak olması gerekir. Her iki madde hükmü de farklı şekillerde de olsa temelde satıcıyı, alıcının malın misli ile değiştirilmesi talebi nedeniyle sözleşme dengelerini bozacak şekilde zarar görmesini engellemeyi hedeflemektedir. BK Tasarısı bu haliyle Alman Medeni Kanunu’nun 439. maddesinin 3. fıkrası ile karşılaştırılabilir. Buna göre alıcı tarafından talep edilen sonradan ifa şekli satıcı için ancak aşırı bir masraf ile mümkün ise veya 275. maddeye göre imkansız ise reddolunabilir. Buna göre malın misli ile değiştirilmesi bu şekilde mümkün değilse alıcı yalnızca satılanın onarımını talep edebilir.

c. Bedelin İndirilmesi

Alıcı isterse sözleşmeye aykırı malı alıkoyup ayıp nedeniyle satış bedelinde indirim talebedebilir. Bu indirimin miktarının hesaplanması bakımından Viyana Sözleşmesi 50. maddesi 1. cümlesi malın teslim anındaki gerçek değeri ile sözleşmeye uygun olması halinde olacak olan değeri ilişkisi nispetinde bir indirim öngörmektedir. Mevcut Borçlar Kanunu ise belirli bir hesaplama yöntemi öngörmemiştir. Öğretide bu konuda mutlak yöntem (ayıplı ve ayıpsız değer farkı), tazminat yöntemi (ayıplı değer, satış bedeli farkı) ve nisbi metod (ayıplı ve ayıpsız değer fark oranı) olmak üzere üç yöntem geliştirilmiştir.²⁵ BK Tasarısı 226. maddesinin 1. fıkrası 2. bendinde “ayıp oranında indirim” öngörmekte ve böylece Viyana Sözleşmesi ve diğer modern hukuklardakine paralel bir düzenleme getirmektedir. Buna göre indirim miktarı şu şekilde hesaplanabilir:

Ayıpsız değer/ayıplı değer=sözleşme bedeli/ödenecek bedel

d. Sözleşmeden Dönme

Her iki hukukda da sözleşmeden dönme hakkı ultima ratio haklar olarak haklı nedenlerin varlığı halinde kabul görmektedir. Viyana Sözleşmesi’nin 49. maddesi 1. fıkrası a bendi sözleşmeye aykırı mal teslimi ancak esaslı bir sözleşme ihlali teşkil ediyorsa bu hakkın kullanılabilceğini hükme bağlamıştır. Buna paralel olarak BK Tasarısı 226. madde 4. fıkrasına göre alıcının, sözleşmeden dönme

²⁴ Alman Hukuku için bkz. Oetker/Maultzsch, *Vertragliche Schuldverhältnisse*, S. 83 f; Canaris, in: Lorenz (Hrsg.): *Karlsruher Forum* 2002, S. 80; ders., *Schuldrechtsmodernisierung* 2002, S. XXIV; ders., JZ 2003, 831; Bitter/Meidt, ZIP 2001, 2114, 2119 f; Oechsler, *Schuldrecht BT*, S. 90; Jacobs, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, *Das neue Schuldrecht*, S. 380; Spickhoff, BB 2003, 589, 590; Brox/Walker, *Besonderes Schuldrecht*, 2002, Rn. 44; Palandt/Putzo, § 439 BGB, Rn. 15; Schubel, JuS 2002, 313, 316; Heinemann/Pickartz, ZGS 2003, 149, 151; Kamanbrou, ZGS 2004, 57, 60; Boerner, ZIP 2001, 2264, 2269.

²⁵ Bilge, *Borçlar Hukuku*, S. 75; Tandoğan, *Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri*, I/1, 196 vd.; Yavuz, *Satıcının Sorumluluğu*, S. 180 vd.

haklı kullanması halinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hakim satılanın onarılmasına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilir. O halde esas olan satıcının ayıbı, alıcı için makul bir süre içerisinde gidermesi ve bu durumun alıcının sözleşmeden beklentilerini ortadan kaldıracak yada önemli ölçüde sekteye uğratabileceği olmamasıdır. BK Tasarısı, Viyana Sözleşmesi'nin aksine (49. madde 2. fıkra b bendi) alıcının satıcıya ayıplı ifayı, malı misli ile değiştirmek yahut onarmak suretiyle gidermesi için süre vermesi konusunda açık bir yükümlülük düzenlenmemektedir. Ancak bu sonuca 226. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen satıcının yeniden ifa hakkı ve yine aynı maddenin 4. fıkrasındaki "durumun haklı göstermesi" şartından dolayı olarak ulaşılabilir. O halde alıcının satıcıya bu şekilde bir imkan tanımadan hemen sözleşmeden dönmesi halinde hakim kural olarak durumun bunu haklı göstermediğine karar vermesi gerekir.

Bu kuralın istisnası durumlar bakımından, Viyana Sözleşmesi'ndeki esaslı sözleşme ihlalinin kabul edildiği durumlar ile durumun gerektirdiği haklı nedenleri karşılaştırabiliriz. Bu konuda ilk kriter maldaki ayıbın önemli olup olmadığıdır. Önemsiz ayıplar, örneğin bir aracın yalnızca aynasının kırık olması gibi durumlar söz konusu olduğunda alıcının sözleşmeden dönme hakkının kullanılması engellenebilir.²⁶ Diğer bir husus ayıbın giderilmesinin olanak dahilinde olması ve satıcının bunu açıkça reddetmemiş olmasıdır. Satıcı kural olarak malı misli ile değiştirmek veya ayıbı onarmak suretiyle ayıbı giderebilir. Ancak bunların mümkün olmaması yada çok büyük masrafı gerektirmesi veya satıcının bunu açıkça reddetmesi veya birkaç kez ayıbı gidermeyi denemesine rağmen başarısız olması durumlarında artık alıcı sözleşmeden dönebilir.²⁷ Bu durumlarda artık alıcının sözleşmenin devam etmesinde hukuki bir yararı kalmamıştır zira sözleşmeden beklentisi esaslı bir biçimde zarar görmüştür.

Viyana Sözleşmesi 80. maddesi gereği taraflardan biri, diğerinin sözleşmeyi ihlal ettiğini, eğer ihlal kendi davranışı veya ihmali neticesi ortaya çıkmışsa, öne süremez. Alman Medeni Kanunu'nda sözleşmeden dönmeyi düzenleyen 323. maddenin 6. fıkrası da benzer bir hükümle alıcının, sözleşmeden dönmeyi haklı kılan duruma yalnızca kendisinin veya ağırlıklı olarak kendisinin yol açtığı durumlarda bu hakkını kullanmayacağına hükme bağlamaktadır. Bu tür bir düzenleme BK Tasarısında mevcut değildir. Gerçi 226. maddenin 4. fıkrası'ndaki "durum bunu haklı göstermiyorsa" sözleşmeden dönmenin mümkün olmaması hali geniş bir yorumla bu durumlar için de uygulanabilir ancak hukuki güvenlik açısından BK Tasarısında da açık bir düzenlemenin yapılmasında fayda vardır.

Sözleşmeden dönmenin sonuçları Viyana Sözleşmesi'nin 81. maddesi ve devamı ile BK Tasarısı 228 ve 229. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre

²⁶ Bu konuda yine Alman Medeni Kanunu'nun 323. maddesinin 5. fıkrası 2. cümlesi de sözleşme ihlalinin önemsiz (unerheblich) olduğu hallerde sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldırmaktadır.

²⁷ Schlechtriem/Huber, Art. 46 CISG, Rn. 29 f; Staudinger/Magnus, Art. 25 CISG, Rn. 26; Schlechtriem/Schlechtriem, Art. 25 CISG, Rn. 20; Lurger, IHR 2001, 91, 98; Achilles, Art. 25 CISG, Rn. 4; Piltz, Internationales Kaufrecht, 1993, § 5 Rn. 247; Aicher, in: Hoyer/Posch, Das einheitliche Wiener Kaufrecht, S. 141; HG Zürich, 26.4.1995, SZIER 1996, 51; OLG Koblenz, OLGR 1997, 37, 38; Bianca/Bonell/Will, Art. 48 CISG, Anm. 3.2.2.

taraflar yerine getirdikleri edimlerini iade ile yükümlüdürler. Eğer alıcı malı, esas itibarıyla aldığı vaziyette geri iade edebilecek durumda değilse sözleşmenin feshini veya malın misli değiştirilmesini talep edemez (Viyana Sözleşmesi 82. madde 1. fıkra ve BK Tasarısı 227. madde). BK Tasarısı bunu yalnızca sözleşmeden dönme hakkı için öngörmüştür. Bu konuda kanun tasarısında bir boşluk mevcuttur. Yani ayıplı malı misli ile değiştiren satıcının ayıplı olan malın iadesini talep edip edemeyeceği ve malın iadesinin mümkün olmadığı durumlarda alıcının bu hakkından mahrum bırakılıp bırakılamayacağı sorularının cevapları kanun metninde yoktur. Bu durumda boşluk sözleşmeden dönmenin sonuçlarına dair hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması ile doldurulabilir. Ancak burada da en doğru yol açık bir düzenlemenin kanun metnine konması olacaktır.

Ayıplı malın iadesinin mümkün olmadığı durumlar bakımından her iki hukuk da esas itibarıyla ikili bir ayırma gitmiştir. Bu imkansızlık alıcıya yüklenemeyecek beklenmedik bir halden veya mucbir sebepten kaynaklanıyorsa Viyana Sözleşmesinin 82. maddesi 2. fıkrası a bendi ve BK Tasarısı 227. madde 1. fıkrasına göre alıcı sözleşmeden dönebilir. Viyana Sözleşmesi buna ek olarak mal tamamen yada kısmen Madde 38 e göre yapılan muayene sırasında bozulmuş yada ortadan kalkmış ise veya alıcı ayıbı keşfetmeden yada keşfetmesi gerekmeden önce tamamen veya kısmen piyasada satması veya kullanması veya üzerinde değişiklik yapması halinde de alıcının sözleşmeden dönme hakkının baki kalacağını düzenlemektedir. Malın iadesinin alıcıya yüklenebilen bir sebepten mümkün olmadığı durumlarda alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.

BK Tasarısı'nda düzenlenmemiş bir diğer nokta ise Viyana Sözleşmesi'nin 72. maddesi ve Alman Medeni Kanunu'nun 323. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen ifa zamanından evvel sözleşmeden dönme hakkıdır. Gerçekten de öyle durumlar ortaya çıkabilir ki daha sözleşmenin ifa zamanından evvel satıcının sözleşmeyi ifa etmeyeceği veya sözleşmeye uygun biçimde edimini ifa etmeyeceği açıkça ortaya çıkabilir. Bu gibi durumlarda alıcının ifa zamanını beklemeye mecbur tutulmasında her iki taraf açısından da fayda yoktur zira satıcı açısından da ödeyeceği tazminat miktarının sözleşmeden dönme zamanına göre artması muhtemeldir.

e. Tazminat Hakkı

Viyana Sözleşmesi'nin 45. maddesinin 1. fıkrası b bendine ve BK Tasarısının 226. maddesinin 2. fıkrasına göre alıcı ayıplı mal tesliminden doğan zararlarının tazminini talep edebilir. Tazminatın miktarı ve hesaplanması birlikte talep edildiği hakka göre değişecektir. Yani alıcı örneğin satıldaki ayıbın onarılmasını talep etmiş ise bu durumda tazminat bu hakkın kullanımı ile telafi edilemeyen zararları örneğin gecikmeden kaynaklanan zararları kapsayacaktır.²⁸ Alıcının sözleşmeden dönmesi halinde gündeme menfi zararın tazmini gelecektir. Alıcının malı alıkoyup semenin indirilmesini talep etmesi halinde tazminat talep edip edemeyeceği sorusu akla gelebilir. Burada BM Satım Hukuku'nda hakim görüş tazminatın ancak alıcının kaybının indirim miktarı ile örtüşmemesi halinde ve yine örtüşmediği miktarda olacağı yönündedir.²⁹

²⁸ Bkz. . Schlechtriem/Huber, Art. 45 CISG, Rn. 40.

²⁹ Schlechtriem/Huber, Art. 50 CISG, Rn. 19; Piltz, Internationales Kaufrecht, 1993, §

Tazminatın şekli ve miktarının belirlenmesi konusunda Viyana Sözleşmesi 74. madde ve devamında ayrıntılı bilgiler vermektedir. BK Tasarısı 226. madde 2. fıkrası ise bu konuda genel hükümlere atıf yapmaktadır. Buna göre alıcının zararı somut ve soyut metoda göre hesaplanabilir. Viyana Sözleşmesi 75. maddesi ve BK Tasarısı 212. maddesi 2. fıkrasına göre somut metotla zararın hesaplanmasında, alıcının, satıcının borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmemesi nedeniyle iyiniyetle makul bir biçimde yapmış olduğu ikame alımı nedeniyle ödediği bedel ile malın satış bedeli arasındaki fark esas alınır.³⁰ Soyut metoda göre zararın hesaplanmasında ise Viyana Sözleşmesi 76. madde ve BK Tasarısı 212. madde 3. fıkrasına göre alıcı, belirli bir piyasa fiyatı bulunan bir mal için satış bedeli ile ifa günündeki yani malın teslimi anındaki fiyat fark tazminatın hesaplanmasına esas teşkil eder.³¹

Tazminat miktarını sınırlayan unsur bakımından her iki hukuk farklı hukuki anlayışlardan hareket etmekle birlikte sonuçları birbiriyle karşılaştırılabilir. BM Satım Hukuku Anglo-Sakson Hukuku'na ve İskandinav Hukuku'na hakim olan garanti sorumluluğu prensibinden hareket etmektedir. Yani kural olarak yükümlülüğünü ihmal eden taraf diğer tarafın bu sebeple uğrayacağı zararı tazminle sorumludur. Türk ve genel anlamda tüm kıta Avrupa Hukuk'ları ise bu noktada kusur sorumluluğu prensibinden hareket eder ve tarafları kusurları oranında tazminatla yükümlü kılar.³² Ancak her iki prensibinde mutlak uygulaması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı için başka prensip ve kurallarla yumuşatılmışlar ve sonuçları itibarıyla birbirlerine yakınlştırılmışlardır. Örneğin Viyana Sözleşmesi'nin 74. maddesi 2. cümlesi garanti sorumluluğunu öngörülebilirlik kuralı ile ve 79. maddesi 1. fıkrası sorumluluktan kurtulma imkanı ile sınırlandırmışlardır. Öngörülebilirlik kuralına göre sözleşmeyi ihlal eden taraf, örneğin ayıplı mal teslim eden satıcı, ancak sözleşmenin kurulduğu sırada bu ihlalin neticesi olarak öngördüğü veya kendisince bilinen veya bilinmesi gereken tüm durumlar göz önüne alındığında öngörmesi gereken kayıptan sorumludur. Yani satıcı ortaya çıkan zarardan, sözleşme kurulurken, ayıplı bir mal teslim etmesi halinde çıkmasını öngörebildiği oranda sorumludur.³³ Antlaşmanın 79. maddesi 1. fıkrasına göre de satıcı tazminat yükümlülüğün-

5, Rn. 321; Staudinger/Magnus, Art. 50 CISG, Rn. 30.

³⁰ BM Satım Hukuku için bkz. Schlechtriem/Stoll, Art. 75 CISG, Rn. 3; OLG Hamburg, ForInt 1997, 168; Staudinger/Magnus, Art. 75 CISG, Rn. 10; Türk Hukuku bakımından Tandoğan, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, I/1, 140-141.; Yavuz, Türk Borçlar Hukuku, S. 78.

³¹ BM Hukuku için bkz. Staudinger/Magnus, Art. 76 CISG, Rn. 21; Kantonsgericht des Kantons Zug, 21.10.1999, IHR 2001, 45; Türk Hukuku için bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, I/1, 142-143.; Yavuz, Türk Borçlar Hukuku, S. 78-79.

³² Schultz, in: Westermann (Hrsg.): Das Schuldrecht 2002, S. 61; Schlechtriem, IHR 2001, 12, 15; Schlechtriem/Huber, Art. 45 CISG, Rn.37; Staudinger/Magnus, Art. 45 CISG, Rn. 18; Karollus, UN-Kaufrecht, S. 206.

³³ Faust, Vorhersehbarkeit, S. 29; Heilmann, Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht, S. 571, 574; Bianca/Bonell/Knapp, Art. 74 CISG, Anm. 2.9; Kranz, Schadensersatzpflicht, S. 213ähnlich Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art. 74 CISG, Rn. 12; Honsell/Schönle, Art. 74 CISG, Rn. 22; Herber/Czerwenka, Art. 74 CISG, Rn. 10; Handelsgericht St. Gallen, 3.12.2002, IHR 2003, 181, 185; ICC Schiedsspruch, 20.12.1999, IHR 2004, 21, 22.

den (1) sözleşmenin ihlalinin kendi hakimiyet alanı dışında kalan bir nedenden kaynaklandığını ve (2) sözleşmenin kurulduğu anda mantıken böyle bir nedeni dikkate almasının beklenemeyeceğini veya (3) böyle bir nedenden ve sonuçlarından kaçınmayacağını ve bunları engelleyemeyeceğini ispat etmek suretiyle kurtulabilir. Örneğin tabi afetler, savaşlar gibi mucbir sebepler neticesi mal sözleşmeye aykırı hale gelmişse bu durumda satıcı artık tazminatla yükümlü tutulamaz.

Türk Hukuku'nda ise kusur sorumluluğu şu şekilde yumuşatılmıştır. BK Tasarısı'nın 111. maddesi gereği borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Yani kural olarak bir sözleşme ihlali objektif anlamda gerçekleşmiş ve illiyet bağı kapsamında bir zarar ortaya çıkmışsa, borçlunun kusuru var kabul edilmekte ve borçlu ancak bunun aksini ispat ettiği ölçüde sorumluluktan kurtulabilmektedir. O halde her iki hukukta ulaşılan sonuç satıcının sorumluluktan kurtulması ancak zor şartların varlığı ve kendi aleyhine bir ispat külfetini yerine getirmesi ile mümkündür.

E. Genel Değerlendirme

BK Tasarısı Avrupa'da borçlar hukukunda BM Satım Hukuku model alınarak yapılan yenilikleri kısmen bünyesine almakla birlikte esasında mevcut Borçlar Kanunu'nu dilini sadeleştirmekten öteye geçememiştir. Ülkelerarası ticaretin yoğunlaştığı ve UNIDROIT, TRIPS ve Viyana Sözleşmesi gibi uluslararası düzeyde yeknesak hukuk kuralları oluşturma çabalarının arttığı bu dönemde ülkeler kendi iç hukuklarında da paralel düzenlemeler yapma ihtiyacı duymaktadırlar. Aksi takdirde uluslararası niteliğe sahip sözleşmelere ayrı ve ülke içi sözleşmelere ayrı kuralların uygulanması bir hukuki karmaşaya yol açıp sonuçta ticari hayatın güvenliğini tehdit edebilir. O halde BK Tasarısı uluslararası ticaret ve sözleşmeler hukukundaki gelişmeleri daha çok dikkate alan düzenlemeler içermesi kısa ve uzun vadede hukuki ve ekonomik açıdan daha çok ülke yararına olacaktır. Ayrıca bu konuda Avrupa'da var olan eğilimi dikkate almak suretiyle AB müktesebatına uyum çalışmalarında kolaylık sağlanacaktır.