

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ*

1) GENEL OLARAK

“Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması” (United Nations Convention On Contracts for the International Sale of Goods), yaygın adlandırılmasıyla “Uluslar arası Satımlara İlişkin Viyana Konvansiyonu”, uluslararası kısaltmasıyla “CISG” Türkiye tarafından 7.7.2010 tarihinde imzalandı ve aynı anlaşmanın m. 99/2 hükmüne göre imzalanmasından 12 ay sonra, yani 1 Ağustos 2011 tarihinde, yürürlüğe girdi. 1980 yılında 11 ülkenin imzalaması ile başlayan uygulama, 2013 yılı itibariyle 80 ülkeye ulaştı. Birleşik Krallık (UK) hariç, bugün Dünya ekonomisinde üst düzeyde rol oynayan ülkelerin hemen tümü tarafından imzalanan bu anlaşma ile, uluslararası taşınır satışlarına uygulanacak hukuk, katılan ülkeler bakımından yeknesak bir uygulamayı amaçlamıştır.

Bu sempozyumda değerli katılımcılar tarafından hazırlanan tebliğlerde sözkonusu Antlaşmanın kapsamı, uygulama alanı, içeriği, getirdiği sistem ve değişik hükümleri ayrı ayrı ele alınacaktır. Ben sadece giriş niteliğinde olmak üzere genel bir değerlendirme yapacak ve Borçlar Kanunumuzun düzenlemesi ile Antlaşmanın benzeyen ve ayrılan yönlerini özetleyen bir liste sunmaya çalışacağım.

Antlaşmanın 1.8.2011 Tarihinde yürürlüğe girmesi ile, CISG hükümleri aynı zamanda iç hukukumuzun bir parçası hâline geldi. Böylece, Antlaşma hükümleri, milletlerarası özel hukuk mevzuatımız uyarınca uygulanacak bir

* Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

yabancı hukuk değil, kendi yasamız olarak uygulanacaktır. Bu noktada ilk değinilmesi gereken sorun, taşınır satımı sözleşmeleri bakımından, artık hukukumuzda iki başlı bir düzenlemenin sözkonusu olmasıdır. Zira, Antlaşmaya katılan bazı ülkelerden farklı olarak, Türk Hukukunda satım sözleşmesini düzenleyen Borçlar Kanunu hükümlerinde Antlaşma düzenlemesi doğrultusunda bir değişiklik, bir reform yapılmamıştır. Aslında yeni borçlar kanunumuz olan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) kabul tarihine (11.1.2011) bakılırsa, Antlaşmanın getirdiği sistemin borçlar kanunu değişikliği sırasında gözönüne alınması ve bu iki düzenleme arasında paralellik sağlanması, en azından teorik olarak, mümkündür. Ne var ki, kanımca özellikle şu sebeplerle, bu uyumlaştırma gerçekleşmemiştir:

İlk olarak, Antlaşma onaylandığı tarihe kadar maalesef Türk Hukuk Öğretisinde gerekli ilgiyi görmemiş, Sayın Yeşim Atamer'in "CISG Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları" adlı 2005 tarihli eseri dışında, özet bilgi veren veya dolaylı değinmeler içeren bazı makaleler hariç, ayrıntılı ve bilimsel derinliğe sahip bir çalışma ortaya konulmamıştır. Antlaşma üzerinde çalışmanın popülerlik ve yaygınlık kazanmaya başladığı yıllarda (2011, 2012, vd.) ise, esasen hem Antlaşma imzalanmış hem de TBK tasarısı üzerinde yıllarca süren çalışmalar sona ermiş ve Meclise havale edilmiş durumdaydı. Maalesef kötü bir alışkanlığımız olan, önceden çalışma hazırlanmaksızın bir işe girişip, çıkan sorunlarla sonradan uğraşma, burada da sözkonusu olmuştur.

İkinci olarak, CISG sistemi bizim de ait olduğunuz Kıta Avrupası Hukuk sistemi ile Common Law hukuk sisteminin özelliklerini birleştirmeye çalışan farklı bir yapıya sahip olduğundan, Borçlar Kanunumuzun buna uydurulması bazı temel kavram ve kurumlarla bunlara dayanan sistematüğini esaslı şekilde değiştirmeyi gerektirmektedir. Üstelik bu değişiklik, birazdan açıklanacağı üzere, TBK'nun özel kısmındaki satım sözleşmesi hükümleri ile sınırlı kalmayıp, pek çok genel hükmün değiştirilmesini de gerektirecekti. Sempozyumda ayrıntılı şekilde ele alınacağı aşağıda ise sadece değineceğim üzere, TBK'nun özellikle borca aykırılık sınıflandırmasını ve kusura dayanan sorumluluk ilkesini değiştirecek bu ölçüde bir reform, öğreti ve uygulamada yaratacağı uyum sağlama zorlukları da gözetilerek, uygun görülmemiştir.

Nihayet, TBK hazırlama komisyonunun çalışmalara başlarken yaptığı bir değerlendirme sonucunda, komisyonun görevinin, köklü bir borçlar hukuku reformu yapmak değil, Eski BK'nın eskiliği sebebiyle gerek dil gerekse düzenleme olarak yetersiz kaldığı zamanımız ihtiyaçlarına uydurulması, tabii-

ri caizse eksigi ve gediğinin kapatılmaya çalışılması olduğu benimsenmiştir. Eski bir üyesi olarak, kanımca komisyonun hem oluşumu, hem imkânları hem de çalışma tarzı bakımından, bu gerçekçi bir tespit olmuştur.

Ne var ki, yukarıdaki sebeplerle Türk Satım Hukuku bakımından doğan iki başlılık, uygulamacılara zorluk yaratacaktır. Örneğin aynı hakim, önüne gelen davada TBK hükümlerine tabi satım sözleşmelerine başka, CISG hükümlerine tabi satım sözleşmelerine başka kurallar uygulamak zorunda olacaktır. Başta hakimler olmak üzere uygulamacılar, hem yeni Borçlar Kanunumuz olan TBK hükümlerini hem de CISG hükümlerini, özellikle aralarındaki düzenleme farklılıklarını, iyi bilmek zorunda olacaklardır. Tabi bundan önce, hangi sözleşmelere hangi mevzuatın uygulanacağını da iyi ayırt etmeleri gerekecektir. Uygulamamızın içinde bulunduğu şartları düşününce, özellikle daha TBK ile getirilen yeniliklerin henüz ne ölçüde öğrenilip hazmedildiği kuşkulu iken, CISG düzenlemesini doğru uygulayacak bir düzeye ne zaman gelebileceğimiz hususunda iyimser olmak güç görünüyor. Umarım bu sempozyum gibi kolektif çalışmalar ve konuya ilişkin monografilerin, makalelerin ve sair eserlerin artması gibi bireysel çabalar bu sürece yardımcı olur.

CISG ile TBK sistemini karşılaştırırken ilk dikkat edilmesi gereken husus, bu Antlaşmanın TBK'nun taşınır sözleşmesine ilişkin özel hükümlerine (m. 209-236), hatta satış sözleşmesine ilişkin hükümlerine (m. 207-281), karşılık gelmekten ibaret bir düzenleme olmayıp; sözleşmelerin kurulması ve geçerlilik şartlarından borçların ifası ve ifa edilmemesine kadar TBK'nın Genel Hükümlerindeki pek çok düzenlemeye de karşılık geldiğidir. Bu bakımdan, CISG, sadece özel borç ilişkileri anlamında taşınır satımı sözleşmesine özgü hükümler topluluğu değil, âdetâ, "uluslararası taşınır satımı için hazırlanmış bir kısa borçlar kanunu"dur.

Antlaşmanın önemli bir özelliği de, 1.maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlendiği üzere, satım sözleşmesinin taraflarının vatandaşlığının değil sadece işyerlerinin CISG tarafı ülkeler olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarına göre hukukuna atıf yapılan ülkenin bu Antlaşmaya taraf olmasıdır. Bu şartların gerçekleşmesi hâlinde, iki tarafı da Türk olan gerçek veya tüzel kişilerin arasındaki taşınır mal satımı sözleşmelerine de TBK değil CISG hükümleri uygulanacaktır (elbette 2.maddede sayılan istisnalar hariç). Ayrıca bu sözleşmelerin ticari satış olması da şart değildir (gerçi m. 2/a hükmündeki sınırlamalar karşısında, uygulamanın büyük çoğunluğunu ticarî satışlar oluşturacaktır).

2) TÜRK BORÇLAR KANUNU DÜZENLEMESİNE PARALEL HÜKÜMLERİ

CISG Düzenlemesi hakkında kuşbakışı bilgi verirken, önce öğreti ve uygulamamızda yadigarlanmayacak ve tanıdık olan noktaları belirtelim. Böylece, önce işin kolayını görüp sonradan zor kısımlara geçmiş oluruz:

- Hukukumuzda irade beyanlarının yorumlanmasında temel ilke olan “Güven Torisi” (vertrauenprinzip = Confidence Theory) Antlaşmada da benimsenmiştir. m. 8/2 Uyarınca, muhatabın gerçek kastı anlaması (m. 8/1) gerekmiyorsa, taraflardan birinin beyanları veya diğer davranışları karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır.

- Borçlar Kanunumuzdaki gibi Antlaşmada da, taşınır satımı sözleşmeleri hiçbir geçerlilik şekline bağlanmamıştır. Her türlü delille ispatı da mümkündür (m. 11).

- Sözleşmenin kurulmasında öneri(icap) ve kabulün içermesi gereken unsurlar ve taşınması gereken özellikler (m. 14); öneriyi (icabı) geri alma beyanının muhataba öneriden önce veya öneriyle aynı anda varmasıyla geri alınabilmesi (m. 15/2); susmanın kural olarak kabul sayılmaması (m. 18/1); süreli ve süresiz önerilerin bağlayıcılık süresi (m. 18/2); gecikmiş kabulün doğuracağı sonuçlar (m. 21/1,2), hemen hemen tamamen Borçlar Kanunundaki gibidir.

- Tatil günlerinin süreler etkisi Antlaşmada (m. 20/2) aynı TBK (m. 93) gibidir. Süre içinde kalanları süreyi etkilemez, sürenin son gününe gelenleri süreyi ilk iş gününe uzatır.

- Borca aykırılıkta “aynen ifa” imkânı Antlaşmada ulusal hukuklara bırakıldığından (m. 28), TBK uyarınca aynen ifa istenebilen veya istenemeyen haller burada da aynı olacaktır.

- Antlaşmada satıcının asli adim borçları TBK’daki gibi “mülkiyet devri” (TBK’da= zilyetlik devri) ve “malların teslimi,” olarak belirtilmiştir (m. 30). Ancak bunlara, “mallara ilişkin belgeleri vermek” de eklenmiştir.

- Antlaşmada malların sözleşmeye uygun olup olmadığının belirlenmesine ilişkin m. 35 hükmündeki ölçütler, TBK’na tabi sözleşmelerde ayıbın varlığına ilişkin ölçütlere uygundur. Burada da önce tarafların kararlaştırdıkları özelliklerin, bu yok ise bu tür malların tahsis edildikleri kullanım amacının, şayet satıcının alıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenerek açıkça

veya zımnen bildirdiği özel kullanım amacı varsa bu amacın esas alınacağı düzenlenmiştir.

- Antlaşmada sözleşmeye uygun olmayan malın teslimi hâlinde alıcıya koşulların izin verdiği ölçüde kısa zaman içinde bu malı muayene etmek veya ettirme yükümü (m. 38) ile, muayene sonucu saptaması gereken uygunsuzluğu makul süre içinde satıcıya bildirme yükümü (m. 39) yüklenmiştir. Gene, satıcının bildiği ve alıcıya açıklamadığı uygunsuzluklarda alıcının muayene ve bildirim yükümünün kalkacağı düzenlenmiştir (m. 40). Bu düzenlemeler TBK'nun ayıba karşı tekeffül sistemindeki muayene ve bildirim rejimiyle (m. 223, 225) büyük ölçüde uyumludur (Ancak TBK'da satıcının sadece ayıba kasten saklaması değil tüm ağır kusur hallerinde bu yükümler kaldırılmıştır).

- Keza, muayene ve bildirim yükümü bulunan durumlarda malların alıcıya verilmesinden itibaren iki yıl içinde bu yükümün yerine getirilmemesi hâlinde alıcının haklarının düşeceğini düzenleyen Antlaşmanın 39/2 hükmü; TBK'nun ayıba karşı tekeffül zamanaşımını taşıyıcılar için teslimden itibaren iki yıl olarak düzenleyen hükmü (m. 231) ile paraleldir (Ancak Antlaşmada bu süre zamanaşımı değil hakdüşürücü süre olarak düzenlenmiştir).

- Antlaşmanın, satılan mal üzerinde üçüncü kişilerin hak ve talepleri bulunması hâlinde satıcının sorumluluğunu düzenleyen 41. ve 42. Maddeleri düzenlemesi, TBK'nun zabta karşı tekeffül hükümlerini (m. 214-218) büyük ölçüde karşılamaktadır (Ancak Antlaşmanın 42. maddesinde fikrî ve sınaî haklara dayanan zabtta satıcının sorumluluğunun hafifletilmesi dikkat çekicidir).

- Malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda Antlaşmada alıcıya tanınan seçimlik haklar (sözleşmeyi sona erdirmeye, malı uygun olanıyla değiştirme, onarım isteme, bedel indirimi = m. 46,49,50), TBK uyarınca ayıba karşı tekeffül hükümlerinde alıcıya tanınan seçimlik haklarla (m. 227) büyük ölçüde çakışmaktadır. (Ancak Antlaşmadaki malın değiştirilmesi imkânının TBK'ndaki misliyle değiştirme imkânına göre daha geniş olduğu –örneğin sadece mislî mallarla sınırlı olmadığı- kabul edilmektedir. Buna karşılık Antlaşmada mal ikamesi, uygunsuzluğun esaslı olması ve satıcıya makul sürede talepte bulunulması şartlarına bağlanmıştır). Antlaşmada bedel indirimi seçeneğinde uygulanacak hesaplama metodunun (m. 50) TBK uyarınca yapılacak bedel indiriminde kabul gören “nispî metot”la çakıştığı görülmektedir. Gene, Antlaşmada da (m. 45/1,b/2), TBK'ndaki gibi (m. 227/2), alıcı seçimlik haklarının yanında genel tazminat hükümlerine başvurma hakkında da sahiptir.

- Antlaşmada “esaslı borca aykırılık” hallerinde tanınan sözleşmeyi sona erdirme hakkı (m. 26: genel; m. 49: alıcının sözleşmeyi sona erdirmesi; m. 64: satıcının sözleşmeyi sona erdirmesi) TBK’nun ancak özel şartlarda alıcıya tanınan sözleşmeden dönme hakkına benzetilmektedir. Ancak, ayrıntıda sona erdirme hakkının kullanmanın şartları ve sonucu, TBK’nın dönme düzenlemesinden bazı bakımlardan ayrılmaktadır.

- Antlaşmada (m. 66,69) da TBK m. 208 ile uyumlu olarak, hasar prensip itibariyle malın teslimi anında alıcıya geçmektedir.

- Antlaşmada taraflardan birinin ifa kabiliyeti yetersizleşirse diğerinin ifadan kaçınma hakkı düzenlenmiştir (m. 71). Bu TBK m. 98 hükmündeki ifa güçsüzlüğü düzenlemesine paraleldir.

- Gene Antlaşmada (m. 71/b) da TBK m. 97’deki gibi ödemezlik defii düzenlenmiştir.

- Antlaşmada süre vermenin yarasız olacağını ortaya koyan borçluya karşı derhal sözleşmeyi sona erdirme hakkı tanınmıştır (m. 73/2). Bu da TBK m. 124/1 ile uyumludur.

- Antlaşmada borca aykırılık tazminatının kâr mahrumiyetini de kapsayacağı açıkça belirtilmiştir (m. 74). TBK uyarınca da böyledir.

- Antlaşmanın 75. ve 76. Maddelerinde, ifa yerine tazminat istenen durumlarda, aynen TBK m. 213/2,3 (alıcı için) ve m. 236/2,3 (satıcı için) hükümlerindeki gibi, somut (müşahhas) ve soyut (mücerret) tazminat hesaplama metotları düzenlenmiştir.

- Antlaşmada sözleşmenin ihlaline dayanan tarafa makul olan bütün önlemleri alarak zararı azaltma yükümü yüklenmiş ve aksi takdirde bu oranda tazminat indirimi yapılacağı düzenlenmiştir (m. 77). TBK bakımından da (m. 114/2 yollamasıyla m. 52/1 uyarınca) durum böyledir.

- Antlaşmada da temerrüt faizi düzenlenmiş (m. 78) fakat oranı belirtilmemiştir. Burada boşluğun TBK m. 120 yollamasıyla 3095 Sayılı Kanun hükümlerine göre belirleneceği kabul edilirse, bir farklılık oluşmayacaktır. Ancak bu husus tartışmalıdır.

- İfa yardımcısından dolayı sorumluluk Antlaşmada (m. 79/2) da özel bir kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir. Ancak TBK m. 116 hükmünden farklı olarak, aşağıda belirteceğimiz bazı kurtuluş imkânları getirildiği görülmektedir.

3) TÜRK BORÇLAR KANUNU DÜZENLEMESİNDEN FARKLI HÜKÜMLERİ

CISG Düzenlemesinin TBK düzenlemesine göre önemlisinden nüans niteliğindeki kadar pek çok farklılığı varsa da; uygulamada en fazla önem taşıyacağına inandığım başlıca farklar şunlardır:

- Antlaşma hükümleri (m. 3), imal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeleri, sipariş eden taraf imalat ve üretim için gerekli malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmedikçe, satım sözleşmesi sayarak kapsamına almaktadır. Oysa bu tür sözleşmelerin bir kısmı TBK m. 207,209 hükümlerine göre satım sözleşmesi değil, TBK m. 470 vd. hükümlerine tabi eser (istisna) sözleşmesi sayılabilecektir. Zira öğretide genellikle kabul edildiğine göre, sipariş verenin özel taleplerine göre imal edilecek mal taahhüdü, malzemeyi imalatçı sağlasa da, satım değil eser sözleşmesine vücut verir. Antlaşmanın m. 3/2 hükmünde mal temin eden tarafın ediminin ağırlıklı olarak işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelerin kapsam dışına çıkarılması, bazı eser sözleşmelerini elerse de, bu sözleşme tipini tamamen dışlamaz. Zira işgücü ve hizmet sağlanmasının ağırlıklı olmadığı eser sözleşmeleri de vardır.

- Antlaşmada (m. 23 yollamasıyla m. 18/2) sözleşme kabul beyanının varması anında hüküm doğurmaya başlar. TBK m. 11/ hükmündeki gibi kabulün ulaşması üzerine gönderildiği andan itibaren (geçmişe etkili) hüküm doğurma düzenlenmemiştir..

- Antlaşmada sözleşmenin geçersizlik sebeplerine ilişkin düzenleme yoktur. TBK’nda (m. 27 ve diğer) belirtilen kesin hükümsüzlük halleri ve sonuçları, ancak CISG m. 7/2 hükmüne göre, Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere dayandırılabilmesi halinde, şayet bu mümkün değilse, milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuk Türk Hukuku ise veya uygulanması gereken başka hukukta bu geçersizlik aynı şekilde düzenlenmişse, söz konusu olacaktır. Şu kadar ki, özellikle Antlaşmanın 68. Maddesinin ikinci cümlesi, “..satım sözleşmesinin kurulma anında malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya ve hasar rizikosunu satıcı taşır” hükmünü getirdiğinden; Antlaşmada TBK’den farklı olarak, “başlangıçtaki objektif imkânsızlık” hallerinde sözleşmenin hükümsüz olmayacağı, gene de geçerli sayılıp, satıcının bu imkânsızlıktan sözleşme çerçevesinde sorumlu olacağı, kabul edilmektedir. Diğer hükümsüzlük halleri bakımından ise Antlaşmanın 7/2 hükmü çerçevesinde hemen daima TBK ile aynı sonuçlara varılacaktır.

- Antlaşmada TBK'nun borç ihlallerine ilişkin "ifa imkânsızlığı" "borçlu temerrüdü", "kötü ifa" sınıflandırılması yapılmamış ve borca aykırılığın sonuçları bu ayırımlara göre düzenlenmemiştir. Antlaşmanın ihlal türlerine ilişkin yaptığı ayırım bu ihlalin "esaslı" (fundamental) olup olmadığına göredir. Bazı haklar (örneğin, ikame mal teslimi isteme: m. 46/2, sözleşmeyi sona erdirmeye: m. 49/1,b, m. 64/1,a ve m. 73/1 ile bazı hak kayıplarından muaf olma: m. 70) kural olarak ancak esaslı ihlal hallerinde kullanılabilir. Antlaşmanın 25. maddesi esaslı ihlalin bir tanımını vermiştir. Bu tanım Borçlar Kanununun "ağır kusur – hafif kusur" ayırımındaki ağır kusur tanımına benzememektedir. Esaslı ihlal prensip olarak borçlunun değil alacaklının durumuna göre belirlenmekte, "onu sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaattinden önemli ölçüde yoksun bırakan ihlal" olarak tanımlanmaktadır. Şu kadar ki, "ihlâlde bulunan böyle bir sonucu öngörmemiş ise ve aynı konumdaki (aynı koşullar altındaki) makul bir kişi de öngöremeyecek ise", ihlal esaslı sayılmayacaktır. Makul kişinin durumunu esas alan koşul, Borçlar Kanununun kusur unsurunun objektifleştirilmiş halini (örnek davranış ilkesini) hatırlatmaktadır. Fakat daha zayıf bir durumdur. Belirtelim ki bu öngörülebilirliğin sözleşme yapıldığı sırada mevcut olmamakla birlikte, daha sonra fakat ihlalinden önce öngörülebilir olduğu durumlarda ne olacağı belirsizdir. Bu da CISG düzenlemesinin sorunlu bir yanıdır (Antlaşmanın tazminata ilişkin 74. Maddesindeki miktar sınırlandırmasında açıkça sözleşmenin kurulduğu sıradaki öngörülemezlik esas alındığından, bu isabetsizlik daha da açıktır). Antlaşmada alacaklının başvurabileceği hukuk yolları herhangi bir borç ihlali çeşidine göre tanınmamışsa da (zaten borç ihlalleri TBK gibi tasnif edilmiştir); bazıları nitelikleri gereği ancak bazı ihlal türlerinde sözkonusu olurlar (onarım talebinin ve ikame mal verilmesinin ancak uygun olmayan malla ifada sözkonusu olması gibi).

- Antlaşmada sorumluluk için kural olarak kusurun varlığına dair bir düzenleme yoktur. Borçlar Kanunu sistemimizin tersine, kural kusursuz sorumluluk gibi görünmektedir (Bu Common Law sisteminden gelme bir özelliktir). Prensip itibarıyla borçlunun TBK m. 112'deki gibi kusursuzluğunu ispatlayarak (kusur karinesini çürüterek) sorumluluktan kurtulma imkânı yoktur. Bununla birlikte, 79. maddede borçlu için sorumluluktan kurtulma imkânı düzenlenmiştir. Buna göre: "Taraflardan birinin yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde sorumlu olmaz." Aslında bu

madde kullanılan kelimelerin sözlük anlamına göre ve geniş yorumlandığında, borçluya kusur karinesini yıkarak kurtuluş imkânı getiren TBK m. 112 düzenlemesinden pek farkı kalmaz. Ne var ki bu maddedeki “denetimi dışında” (beyond his control) ifadesi, öğretide ve uygulamada uluslararası kabul gören CISG yorumuna göre, dar ve özel anlamda yorumlanmakta, borçlunun şahsı ve kişisel alanı dışındaki beklenmedik ve önlenemez sebeplerle sınırlandırılmaktadır (örneğin, satıcının hastalığının veya bütün önlemleri almasına rağmen gerçekleşen hırsızlığın, sorumluluktan kurtuluş sebebi olamayacağı; fakat öngörülmeyen tabiat şartları veya dış müdahaleler sebebiyle ulaşımın mümkün olmaması veya satılanın telef olmasının sorumsuzluk sebebi olabileceği kabul edilmektedir). Bu şekilde, CISG sistemi gene de bazı kurtuluş imkânları olan bir kusursuz sorumluluk sistemi olarak kalmaktadır.

- Borçlu Antlaşmanın m. 79/1 hükmündeki hususları ispat ederek sorumluluktan kurtulsa dahî, bu ifa engelini ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşıyacaktır (m. 79/4). TBK hükümlerinde ise, borçlunun sorumlu olmadığı ifa engelini bildirme ve aksi takdirde bundan doğacak alacaklı zararını tazmin yükümü, sadece kusursuz ifa imkânsızlığı bakımından düzenlenmiştir (m. 136)

- Antlaşmada “malların satımı” kenar başlıklı III. Kısımına (m. 25-88= en geniş kısım) ilişkin her türlü beyanların, uygun şekilde yapılması şartıyla, iletimdeki gecikme, hata veya ulaşamamaya rağmen, hukuki sonuç doğuracakları düzenlenmiştir (m. 27). Bu hüküm, sözleşmenin kurulmasına ilişkin beyanlar (II:Kısım) hariç hemen hemen tüm beyanları kapsamaktadır. TBK sisteminde böyle bir sonuç sözkonusu değildir. TBK bakımından sadece, münhasıran beyanda bulunanı korumak için getirilen beyan hükümlerine mahsus olarak ve yalnızca geç ulaşma bakımından, beyanda bulunanın belirlenen süreyi kaçırdığı için hakkını kaybetmeyeceği, öğretide ileri sürülmektedir.

- Antlaşmada satıcı için kural olarak ifa yeri, tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya orada imal edileceğini yahut üretileceğini bilmeleri durumunda, bu yerdir (m. 31/b). Bunun dışındaki durumlarda –özel olarak belli yere gönderme taahhüdü (m. 31/a) de yoksa- sözleşmenin kurulduğu sırada satıcının işyerinin bulunduğu yer ifa yeridir. (m. 31/c). Bu düzenleme, aksi kararlaştırılmadıkça ifa yerini sözleşme

kurulduğu sırada malın bulunduğu yer olarak belirleyen TBK hükmünden (m. 89/1,b.2) farklıdır.

- Belirli vade bulunmayan durumlarda TBK (m. 90) uyarınca borç derhal muaccel olurken (=derhal ifa yükümü doğarken), Antlaşmada satıcının malı “makul bir süre içinde” teslimle borçlu olduğu düzenlemiştir (m. 33/c).

- Antlaşmada satıcının vadeden önce (erken) ifada bulunduğu durumlarda alıcı için makul olmayan zahmet ve masrafa yol açmadıkça satıcıya eksik ifayı tamamlama, uygun olmayan malı başka malla değiştirme hakkı tanınmıştır (m. 37). TBK’da erken ifaya bağlanan böyle bir sonuç yoktur. Buna karşılık TBK herhangi bir ayıplı ifada satıcıya derhal malın ayıpsız mislini vererek alıcının seçimli haklarını önleme imkânı tanımıştır (m. 227/3).

- Antlaşmada alıcıya satıcının vadeden önce (erken) ifa teklifini reddetme hakkı tanınmıştır (m. 52/1). Bu hüküm, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ve işin özelliği ya da durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, alacaklıya borçlunun erken ifa teklifini kabul zorunluluğu getiren TBK hükmüne (m. 96) terstir.

- Antlaşmada malların tesliminden itibaren, ayıp gizli olsa bile, ayıbı bildirim yükümüne 2 yıllık hak düşürücü süre getirilmiştir (m. 39/2). Bunun istisnası satıcının bildiği ve alıcıya açıklamadığı ayıpların (=hilenin) varlığıdır. Bu düzenleme daha önce belirttiğim gibi ayıba karşı tekeffül zamanaşımını 2 yıl olarak düzenleyen TBK m. 231 hükmüne benziyorsa da; hak düşürücü süre ile zamanaşımı arasındaki farklar bir yana; TBK m. 225 uyarınca satıcının hilesi olmasa bile ağır kusuru (örneğin ağır ihmali) bulunması halinde ayıbı ihbar yükü tamamen kalkmakta ve TBK m. 231/2 uyarınca zamanaşımı da TBK m. 146’daki 10 yıla çıkmaktadır.

- Antlaşmaya göre alıcının ayıp bildirim süresini kaçırmada makul özrü (reasonable excuse) varsa, diğer seçenekler düşmekle birlikte, bedel indirim veya yoksun kaldığı kâr dışındaki zararının tazminini istemesi mümkündür (m. 44). TBK’na göre ise, ayıbı bildirim yükümünü ihlal eden alıcı ancak genel hükümlere göre tazminat isteyebilir (m. 227/2). (Kaldı ki, öğreti ve uygulamada baskın görüş bu olmakla birlikte, genel hükümlere göre tazminat talebi için de ayıbı bildirim şartının yerine gelmesi gerektiğini ileri sürenler vardır).

- Antlaşmaya göre satıcının borcunu ihlalinde alıcın makul uzunlukta ek bir süre tanınması, “tanıyabilir” ifadesiyle takdirine bırakılmıştır (m. 47). Bunun sebebi, CISG’da “ifa imkânsızlığı - borçlu temerrüdü” ayırımı yapıl-

maksızın, yaptırımların düzenlenmesidir. İfa imkânsızlığında ek süre vermek elbette anlamsız olacağından, hemen daima esaslı ihlal sayılacak bu durumda alıcı -işin niteliği gereği bedel indirimi, onarım, ikame mal isteyemeyip- sözleşmeyi sona erdirerek tazminat isteyebilecektir (m. 49/1,a). Şayet ifa mümkün olup satıcı borçlu temerrüdüne düşmüşse, alıcı kural olarak ancak böyle bir ek süre verip, süre sonunda ifa hâlâ gerçekleşmemişse esaslı sayılacak bu ihlal sebebiyle, sözleşmeyi sona erdirip tazminat isteyebilecektir. Fakat sadece bu süre için gecikme tazminatı isteyebilecektir (m. 47/2). TBK ise borçlunun (burada satıcının) sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında alacaklının (burada alıcının) hiçbir beyanına hatta imkânsızlığı öğrenmesine gerek olmaksızın ifa yerine tazminat borcunun geçtiğini kabul etmektedir (m. 112). Gene TBK uyarınca borçlu temerrüdünde, alıcının ifadan vazgeçmeden veya sözleşmeden dönmeden önce satıcıya uygun ek süre vermesi kural olarak mecburi olup bazı istisnaları olduğu gibi (TBK m. 106,107); ticari satışlarda hiçbir ek süre vermeksizin ifa yerine tazminat isteme imkânı vardır (m. 212/2).

- Antlaşmada taraflara tanınan seçimlik haklar arasında sözleşmeden dönme ve ifadan vazgeçip tazminat isteme ayrımı yoktur. Bunlar yerine geçmek üzere, “sözleşmeyi sona erdirme = sözleşmenin ortadan kalktığını bildirme” (to declare the contract avoided) hakkı düzenlenmiştir (m. 49, 64, 72, 81). Şartları gerçekleşen bu hakkın kullanılması ile karşılıklı borçların sona erdiği, daha önce alınan şeylerin iade edileceği (m. 81) ve hakkı kullananın başka bir maddede (m. 74,75) genel olarak düzenlenen tazminatı talep etme imkânına sahip olduğu belirtilmiştir. Burada TBK sitemindeki gibi olumlu zarar –olumsuz zarar ayırımı da yoktur. Talep edilen zararlar tamamen olumlu zarar (sözleşmeye uygun ifa menfaati) kapsamındadır.

- Antlaşmada alıcıya, gecikmiş teslim gerçekleştikten sonra da teslimin yapıldığını öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı tanınmıştır (m. 49/2-a). TBK sisteminde borçlu ne kadar uzun süre temerrütte kalmış ve bundan dolayı alacaklı ne kadar ağır bir zarara uğramış olursa olsun, ifadan (satıcı bakımından: teslimden) sonra artık bu gerekçeyle sözleşmeden dönülemez veya ifa yerine tazminat istenemez.

- Antlaşmada kural olarak alıcının bedel borcunu satıcının işyerinde ödeyeceği, ancak ödemenin malların veya belgelerin verilmesi karşılığında yapılması gerekiyorsa bunları verme yerinde ödeyeceği, düzenlenmiştir (m. 57/1). Oysa TBK sisteminde para borçları aksi kararlaştırılmadıkça alacaklının yerleşimyerinde ödenir (m. 89/1).

- Antlaşmaya göre, kural olarak alıcı mal teslim edilse de bedeli malları

muayene olanağına sahip olmadan önce ödemekle yükümlü değildir (m. 58/3). TBK sisteminde alıcı aksi kararlaştırılmamışsa bedeli malları teslim anında ödemek zorundadır, ödemeyi muayene imkânına kavuşma anına erteleyemez.

- Antlaşmaya göre, sözleşmenin ifa tarihinden önce taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceği anlaşılırsa diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir (m. 72/1). Önce teminat isteme şartı ancak süre elveriyorsa ve diğer taraf sözleşmeyi ihlal edeceğini beyan etmemişse vardır (m. 72/2,3). TBK sisteminde, genel hükümlerde olsun satış sözleşmesi hükümlerinde olsun, borçlunun borcunu ihlal edeceğinin vadeden önce anlaşılması hâli için hüküm yoktur. Antlaşmanın özel düzenleme getirerek çözdüğü bu durum için, TBK bakımından öğretide çeşitli görüşler farklı çözümler üretmeye çalışmıştır.

- Antlaşmada ard arda teslimi kararlaştırılan mallarda sadece belli parti malın tesliminde borca aykırılık bulunması halleri için özel hükümler getirilmiştir. (m. 73/1,2,3) Burada özellikle sözleşmenin sona erdirilmesinin de bazen kısmî ve ileriye etkili olacağı düzenlenmiştir. TBK sisteminde ise bu tür kısmî ihlale dair genel bir hüküm bulunmadığı gibi esasen ard arda teslimli satışlara ilişkin düzenleme de mevcut değildir. Sadece, birden çok mal satışında bunların bazısının ayıplı çıkmasına ilişkin bir hüküm (m. 230) vardır ki, bu belirttiğimiz CISG hükümlerini karşılamamaktadır.

- Antlaşmada sözleşmeye aykırılık sebebiyle istenecek tazminat belirlenirken, bir sınır tayin edilmiştir. Buna göre, söz konusu tazminat, “ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz” (m. 74). Bu hükümdeki sınırlandırmanın, TBK sisteminde tazmine konu zararın çerçevesinin belirlenmesinde kullanılan “uygun nedensellik (illiyet) bağı” unsurunun yerine geçtiği anlaşılmaktadır. Hatta Antlaşmada getirilen bu ölçütün, uygun nedensellik bağına ilişkin farklı teorilerinden “Önceden Sübjektif Öngörülebilirlik (tahmin) Teorisi”nin tanımından ibaret olduğu söylenebilir. Diğer teoriler, “Önceden Objektif Öngörülebilirlik Teorisi” ve “Sonradan Objektif Öngörülebilirlik Teorisi”dir. İsviçre – Türk öğretisi ve uygulamasında kabul gören teori Sonradan Objektif Öngörülebilirlik Teorisi olduğundan, CISG düzenlemesinin TBK uygulamasından farklı bir nedensellik teorisini kabul ettiği söylenebilir.

- Antlaşmada da ifa yardımcısından dolayı sorumluluk kabul edilmekle birlikte, ifa yardımcısı kullanana şu kurtuluş imkânı getirilmiştir: Borca aykırılık gerek borçlunu gerekse ifa yardımcısının (ikisinin birden) denetimleri

dışında kalan bir engelden kaynaklanmış ve bu engel sözleşmenin kurulması sırasında hesaba katamayacakları veya sonuçlarını aşmalarının beklenemeyeceği bir engel ise, borçlu ifa yardımcısının ihlalden sorumlu olmayacaktır (m. 79/2,a,b). TBK (m. 116) ise ifa yardımcısından dolayı çok daha sert bir kusursuz sorumluluk getirmekte ve –kanunda belirtilmediği halde öğretilen kabul edildiği üzere- ancak borçlu borcu bizzat ifa etseydi aynı ihlâl kaçınılmaz olarak doğacak ve o bundan sorumlu tutulamayacaksa, kusursuz sorumluluktan kurtulabilmektedir.

- Antlaşmanın, bir hukuki sonucun doğumunu taraflardan birinin belli bir hususu bilmesine bağlamak istediği hemen her durumda (örneğin: m. 8/1; 35/3; 40), TBK ve diğer yasal düzenlemelerimizde rastlamadığımız ilginç bir formülü tekrar ettiği görülmektedir: “...bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmaması”. Buradaki “bilmemesinin mümkün olmaması” (..could not have been unaware) ifadesi, bizim mevzuatımızın benzer bazı durumlarda kullandığı “bilmesi gerekme” kavramından farklıdır. Bilmesi gerekme, dürüstlük kuralına göre içinde bulunduğu durum bakımından kendisinden beklenebilen dikkat ve özeni gösterse fark edebileceği bir hususu fark etmeyen kişinin durumudur. Bu kişinin gerçeği bilmemesi pekâlâ mümkündür. Fakat yasa koyucu onu bu özen eksikliğinin yaptırımı olarak “gerçeği bilen” biri gibi kabul etmektedir. Oysa ki Antlaşmanın “bilmemesi mümkün olmayan” kişinin durumu böyle değildir. İfadenin kesinliğine göre, o her türlü özensizlik ve dikkatsizlikle davranmış olsa bile Antlaşmanın sonuç bağladığı olguyu bilecek durumda (bilmemesi imkânsız) demektir. Bize yabancı bu ifadenin tek anlamı, karşı taraf, bu kişinin gerçeği o zamandan bildiğini doğrudan onun kendi beyanları ve fiilleri ile ispatlayamasa da, onun içinde bulunduğu durum ve şartlarda gerçeği fark etmemesinin düşünülemeyeceğini ispatlamasının da yeterli olduğudur. Örneğin, sözleşmeye ilişkin bilmesi gereken bir hususun ulusal medyada ve tüm yayın organlarında yer aldığı bir ülkedeki kişinin, inziva halinde yaşamaması veya komada olmaması şartıyla, durumu böyledir.

4) YORUM VE BOŞLUK DOLDURMA SORUNLARI

Antlaşmanın uygulanmasında gözönüne alınacak hususlar sadece TBK sistemine uyan veya uymayan hükümlerden ibaret değildir. Antlaşmada herhangi bir hüküm bulunmayan durumlarda TBK’nda açık bir hüküm varsa bu uygulanacak mıdır? Gene, Antlaşmanın bir hükmünde yorum sorunu çıktığında, Hakim TBK uygulamasındaki kabul gören yorumu otomatikman Antlaşmaya da uygulayacak mıdır?

Bu sorunlara değinmeden önce belirtelim ki, Antlaşmada somut bir hususa ilişkin hüküm bulunmaması her zaman doldurulması gereken bir boşluk anlamına gelmez. Bazen CISG düzenlemesi TBK'daki bir sonucu benimsemediği için hüküm koymamış olabilir. Örneğin, hâkim Antlaşmanın boşluğunu dolduruyorum diye, TBK uyarınca (m. 114/2 yollamasıyla m. 52/2) hafif kusurlu olanın ekonomik durumunu dikkate alarak tazminatı indirememelidir. Zira tazminatın çerçevesini belirleyen CISG hükümlerinin (m. 74-77) bu indirim yer vermemesi, böyle bir indirimi kabul etmediği anlamına gelir.

Keza, Antlaşmanın açıkça atıfta bulunduğu hükümlerin varlığı halinde de hakimin takdirıyla doldurulacak bir boşluk yoktur. Örneğin CISG m. 28 hükmünün aynen ifa talebinin mümkün olup olmadığı hususunda mahkemenin kendi hukukuna yollama yapması karşısında, Türk Hâkimi aynen ifa mümkün oldukça buna karar verebilecektir.

Bu derecede açık olmayan hususlarda ise, hâkim Antlaşmadaki boşluğu doğrudan (otomatikman) TBK hükmüyle veya TBK uygulamasında kabul gören teorilerle doldurmayıp, CISG m. 7 hükümlerinin gösterdiği yolla dolduracaktır. Bu düzenlemeye göre, “bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir”. Böylece, örneğin, Antlaşmada zamanaşımı hükmü bulunmaması karşısında, sözleşmeye MÖHUK uyarınca Türk Hukuku uygulanacaksa, TBK'ndaki zamanaşımı hükümleri geçerli olacaktır (m. 146-161, m. 231).

Ancak bazen, TBK'nda düzenlenen bir hususun Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere uygun olup olmadığının tartışma götürdüğü durumlarda, TBK hükmünün Antlaşmada boşluk doldurma gerekçesiyle uygulanıp uygulanmayacağı da tartışmalı olacaktır. Örneğin, Antlaşmada düzenlenmeyen hususlardan, “genel işlem şartlarının sınırlandırılması” (TBK m. 20-25), “sorumsuzluk kayıtlarının borçlunun ağır kusuru halinde geçersiz sayılacağı” (TBK m. 115/1, m. 220), “aşırı ifa güçlüğünde uyarılama talebi ve uyarılama mümkün olmazsa sözleşmeyi sona erdirme imkânı” (TBK m. 138), “bedel borcunda temerrütte temerrüt faizi oranı ve sınırlandırılması” (TBK m. 120 ve 3095 Sayılı Kanun Hükümleri), “sözleşmenin sona ermesinde iade bakımından sebepsiz zenginleşme hükümleri” (TBK m. 77-82), boşluk doldurma gerekçesiyle CISG çerçevesinde de uygulanıp uygulanmayacakları tartışılacak hükümler arasında sayılabilir.

Bu tartışmalı noktalarda karara varırken, CISG m. 7/1'deki “Bu antlaş-

manın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulamasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.” hükmü de yol gösterici olabilir.

CISG m. 7/1 ve m. 7/2 hükümlerinin birlikte gözetilmesi, sadece boşluk doldurmak için değil, Antlaşmada mevcut hükümlerin yorumu ve birden fazla yorum sonucu arasında tercih yapmakta da yol gösterici olacaktır. Bu hükümlerden yararlanma, Türk hakiminin uluslararası CISG uygulaması ve öğretisi hakkında yeterli bilgi sahibi olmasını gerektirmektedir. Amaç, Antlaşmaya katılan ülkeler bakımından ortak ve yeknesak bir satım hukuku yaratmak olduğundan, yorum ve boşluk doldurmada bu bilgiler önemlidir.

Ne var ki bizim gibi CISG sistemini kendi borçlar kanunlarına ve satım-
la ilgili diğer mevzuatına uyarlamamış ülkeler bakımından uygulama zor ve sorunlu olacaktır. Satım hukukumuzdaki iki başlılık sebebiyle, hâkim CISG uygulamasında uluslararası yeknesaklığı gözeterek kararlar verdikçe TBK uygulamasından ayrılacak; öte yandan, TBK hükümlerine ve uygulamasına uygun yorumlar yaptıkça, ulusal yeknesaklığa hizmet etmekle birlikte, uluslararası yeknesaklığa ters düşebilecektir.