

**TÜRK SATIM HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK,
CISG UYARINCA TAZMİNATIN HESAPLANMASI**

Selin GÜRKAN

112615068

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
EKONOMİ HUKUKU

Prof. Dr. Yeşim M. ATAMER

2015

TÜRK SATIM HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK
CISG UYARINCA TAZMİNATIN HESAPLANMASI

CALCULATION OF DAMAGES UNDER CISG
IN COMPARISON WITH TURKISH LAW

Selin GÜRKAN
112615068

Prof. Dr. Yeşim M. ATAMER

: 

Prof. Dr. Burak ÖZEN

: 

Doç. Dr. M. Murat İNCEOĞLU

: 

Tezin Onaylandığı Tarih

:

Toplam Sayfa Sayısı

: 130

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) CISG
- 2) Zarar
- 3) Tazminatın Hesaplanması
- 4) Öncelenmiş sözleşme ihlali
- 5) Sorumluluğun sınırlandırılması

- 1) CISG
- 2) Damages
- 3) Calculation of Damages
- 4) Anticipatory breach
- 5) Limitation of liability

ÖZET

Bu çalışmanın konusu Türk Borçlar Kanunu ile karşılaştırmalı olarak, CISG'in öngördüğü tazminat mekanizmasıdır. Bu bağlamda sırasıyla aşağıdaki kurumlar incelenecektir.

Tazminat talep etme hakkı bakımından CISG'da, sözleşmenin ihlal edilmiş olması, bunun sonucu bir zararın meydana gelmiş ve/veya gelecek olması ile bu olgular arasında nedensellik bulunması gerekli ve yeterli görülmüş ve kusurdan bağımsız bir garanti sorumluluğu benimsenmiştir. Bu kurguya ek olarak, tazminatın kapsamına ilişkin, tam tazmin ilkesi esas alınarak, fiili zarar ile yoksun kalınan kâr aynı çerçevede değerlendirilmiş ve zararın olumlu veya olumsuz olarak nitelendirilmesinden bağımsız objektif bir düzenleme öngörülmüştür.

CISG m. 74 kapsamında, alıcının uğradığı zararlar kural olarak somut metotla hesaplanmaktadır. Tarafların sözleşmeyi sona erdirmesi üzerine ikame işlem yapmış olması durumunda uğranılan zararın hesaplanma metodu ise CISG m. 75'te düzenlenmiştir. Bununla birlikte CISG m. 76, somut metot ile zararın hesaplanması kuralına ilişkin istisnayı içermekte ve ikame işlem yapılmaması halinde dahi zararın soyut metot ile talep edilmesi imkanı sağlamıştır.

Ardından, m. 77'de düzenlenen zararı azaltma külfeti ve makulluk kriteri ile sorumluluk sınırlandırılmış ve devamında tazminat sorumluluğunu tamamen ortadan kaldıran mekanizma m. 79'da hüküm altına alınmıştır.

The subject matter of this academic work is the comparison of Turkish Code of Obligation with CISG's compensation related provisions. In this context, below mentioned institutions are respectively examined.

According to CISG, which provides a responsibility mechanism based on guarantee independent from fault, breach of contract, loss occurred and/or to be accrued and the causal link between these two are necessary and adequate for the relevant party to be entitle to damages. Furthermore, regarding to the extent of damages providing full compensation principle, CISG governs compensation of both actual loss and loss of profit.

Also, pursuant to Art. 74 CISG, parties' damages are concretely calculated. Than, in case of substitute transaction realized upon of the contract, damages will be calculated with the concrete method provided under Art. 75. And exceptionally, although no substitute transaction has been carried out damages can be calculated in accordance with the abstract method under Art. 76.

Moreover, responsibility of the breaching party has been limited through the duty to mitigate set forth in Art. 77 and the criteria of reasonableness. And ultimately, responsibility is exonerated by the exemption mechanism provided under Art. 79.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	VI
KAYNAKÇA	VIII
MAHKEME KARARLARI DİZİNİ	XVI
I Giriş	1
II Tazminat Talep Etme Hakkı	5
A. Genel Olarak	5
B. Tazminat Talebinin Koşulları	6
1. Genel Olarak.....	6
2. Sözleşmesel Bir Yükümlülüğün İhlali	7
a. Yükümlülük İhlali Ne Demektir?	7
b. Yükümlülük İhlali İle Esaslı İhlal İlişkisi.....	9
c. Yükümlülük İhlali Ve Kusur İlişkisi.....	12
3. Sözleşmesel Yükümlülüğün İhlali Nedeniyle Bir Zararın Doğmuş Olması	14
a. Genel Olarak	14
b. Tam Tazmin İlkesi	15
4. Nedensellik Bağı	17
a. Genel Olarak	17
b. Nedensellik Bağı Kuramları	18
c. Nedensellik Bağının Tespiti	20
C. Tazminat Hesabına Alınacak Zararlar	23
1. Zarar Ayrımına İlişkin Kavramlar.....	23
a. Doğrudan Zarar - Dolaylı Zarar Ayrımı	23
b. Olumlu Zarar – Olumsuz Zarar Ayrımı.....	25
c. İfa Etmeme Zararı – İfa Etmeme Zararına Refakat Eden Zararlar - Devam Eden Zarar Ayrımı	26
2. Zarar Kalemleri	28
a. Fiili Zarar	28
b. Yoksun Kalınan Kâr	29
c. Kâr etme şansından yoksun kalınması	36
d. İşlem Hacmi Kaybı	39
e. Müstakbel Zararlar	41
f. İtibar ve Portföy Kaybı.....	43
g. Yargılama Giderleri ve Avukatlık Ücreti	48
h. Paranın Değer Kaybına Bağlı Zararlar	55
i. Manevi Zarar	59
III Zararın hesaplanması	60
A. Genel Olarak	60
B. Zararın Hesaplanacağı An	61
C. Tazminatın İfa Edileceği Yer	62
D. Zararın Hesaplanmasında Esas Alınacak Para Birimi	63
E. Denkleştirme	64
F. Sözleşmenin Sona Erdirilmediği İhtimalde Zararın Hesaplanması	67
1. Genel Olarak.....	67
2. Tazminatın Hesaplanması	67
G. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi İhtimalinde Zararın Hesaplanması	70
1. Zararın Somut Metotla Hesaplanması.....	71
a. Genel Olarak	71
b. Şartları.....	73
aa. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi ve İkame İşlem Yapılması.....	73

bb. İkamе İşlemin Makul Şekilde Yapılması.....	76
cc. İkamе İşlemin Makul Sürede Yapılması.....	79
c. Tazminatın Hesaplanması.....	80
2. Zararın Soyut Metotla Hesaplanması.....	86
a. Genel Olarak.....	86
b. Şartları.....	88
aa. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi ve İkamе İşlem Yapılmaması.....	88
bb. Sözleşme Konusu Malların Cari Fiyatının Bulunması.....	88
c. Zararın Hesaplanması.....	90
aa. Genel Olarak.....	90
bb. Madde 76'nın m. 74 ile İlişkisi.....	93
cc. Vadeli İşlemler.....	95
dd. Madde 76 Kapsamında Zararı Azaltma Külfeti.....	96
3. Öncelenmiş Sözleşme İhlali.....	98
4. Art Arda Teslimli Sözleşmeler.....	101
H. Götürü Tazminat ve Cezai Şart.....	102
IV Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması.....	107
A. Genel Olarak.....	107
B. Öngörülebilirlik İlkesi.....	108
1. Öngörülebilirlik Neye ve Hangi Ana İlişkin Olmalıdır?.....	109
2. Öngörülebilirlik Hangi Taraf Bakımından Araştırılmalıdır?.....	111
3. Öngörülebilirliğe Esas Alınacak Kriter Nedir?.....	111
C. Zararı Azaltma Külfeti.....	112
D. Alıcının Bilgilendirme Külfeti.....	115
E. Sorumluluğun Taraflarca Sınırlandırılması.....	117
V Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma.....	118
A. Genel Olarak.....	118
B. Şartları.....	119
1. Satıcının Kontrolü Dışında Bir Engelin Olması.....	119
2. Engelin Öngörülemez Olması.....	120
3. Engelin Kaçınılmaz Olması.....	121
4. Engelin Bir Yükümlülük İhlaline Sebep Olması.....	121
5. Alıcıya İhbarda Bulunulması.....	122
VI Zararın İspatı.....	122
VII Tazminat Talebinin Diğer Haklarla Arasındaki İlişki.....	125
A. Genel Olarak.....	125
B. Aynen İfa Ve Tazminat Talebi.....	126
C. Semen in İndirilmesi ve Tazminat Talebi.....	126
D. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi ve Tazminat Talebi.....	127
VIII Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk.....	127
IX Sonuç.....	128

KISALTMALAR**Am.J.Comp.L**

American Journal of Comperative Law

AG

Amtsgericht / Yerel Mahkeme (Almanya)

BG

Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi)

BGB

Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)

BGH

Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)

BM

Birleşmiş Milletler

BK

Borçlar Kanunu

Bkz.

Bakınız

C

Cümle

C.

Cilt

Ch

Chapter

Cir

Circuit

CISG-Online

İnternet Veri Bankası, Basel Üniversitesi

Dn.

Dipnot

Ed./Eds.

Editor/Editors

HG

Handelsgericht (İsviçre Ticaret Mahkemeleri)

HGB

Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)

Geo. J. Int'l L

Georgetown Journal of International Law

GÜHFD

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

İBD

İstanbul Barosu Dergisi

ICC

International Chamber of Commerce

Int.'l Bus. L. J

International Business Law Journal (ABD)

Int. Rev. L. & Eco

International Review of Law and Economics (ABD)

J. L & Com.

Journal of Law and Commerce (ABD)

Karş.

Karşılaştırınız

LA. L. Rev.

Louisiana Law Review (ABD)

LG

Landgericht (Alman Alt Derece Mahkemesi)

m.	Madde
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
NJCL	Nordic Journal of Commercial Law
Nw. J. Int'l L. & Bus	Northwestern Journal of International Law & Business
OGH	Oberster Gerichtshof (Avusturya Yüksek Mahkemesi)
Ohio St. L. J.	Ohio State Law Journal
OLG	Oberlandesgericht (Alman İstinaf Mahkemesi)
OR	Schweizerisches Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
Pace Int'l L. Rev.	Pace International Law Review (ABD)
Para	Paragraf
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Almanya)
s.	Sayfa
sy.	Sayı
Sec.	Section
Sekretarya Şerhi	UNCITRAL Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat, ("Secretariat Commentary"), UN DOC. A/CONF. 97/5
UCC	Uniform Commercial Code (ABD Yeknesak Ticaret Kanunu)
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private Law
US Ct. App.	United States Court of Appeals
US Dist. Ct.	United States District Court

vd.

ve devamı/ve diğerleri

KAYNAKÇA

Alpa, Guido/ Giampieri, Alberto: Law and economics and method analysis: the contractual damages issue, Cardozo Law Bulletin, 1995, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/alpa.html>.

Atamer, Yeşim M.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005 (CISG).

Atamer, Yeşim M.: Milletlerarası Satım Hukuku – Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), 1. Bası, İstanbul, 2008 (*Milletlerarası Satım Hukuku*).

Atamer, Yeşim M.: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması – Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul, 1996 (*Haksız Fii*).

Atamer, Yeşim M.: Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanması ve bu Hesabın CISG Madde 74 ve 76 Örneğinde Mahrum Kalınan Kâr Talebi ile İlişkisi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1 (*GSÜHFD 2013/1*).

Atamer, Yeşim M.: Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?, Prof.Dr.Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı – 2013, s. 487-509.

Ayoğlu, Tolga: Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Temel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak "Lex Mercatoria", 2. Bası, İstanbul, 2011.

Azeredo da Silveira, Mercédeh: Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law, 2005, No:2.

Barlas, Nami: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, 1. Bası, İstanbul, 1992.

Baş, Ece: Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu, Specific Performance as a Primary Remedy in Sales Law, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 8. Cilt, Aralık 2013, s.623-655, <http://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/16-Ece-BAŞ.pdf>

Beale, Hugh/ Fauvarque-Cosson, Bénédicte/ Rutgers, Jacobien/ Tallon, Dennis/ Vogenauer, Stefan: Cases, Materials and Text on Contract Law, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2010.

Bennett, Trevor: Article 72, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè, Milan, 1987, s.525-530.

Bernstein, Herbert/ Lookofsky, Joseph: Understanding the CISG in Europe, 2. Bası, Kluwer Law International, 2003.

Bianca, C. M. /Bonell, M. J.: Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffr  Milan 1987 (*Bianca/Bonell/İşleyen*)

Blasé, Friedrich/ Höttler, Phillip: *Remarks on the Damages Provisions in the CISG, Principles of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)*, An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law (ed. John Felemegas), 2004.

Bouteiller, Christophe/ Karyotis, Catherine : The evaluation of intangibles: introducing the optional capital, *Investment Management and Financial Innovations*, Volume 7, Issue 4, 2010, s.85-90,
http://businessperspectives.org/journals_free/imfi/2010/imfi_en_2010_04_Bouteiller.pdf.

Bridge, Michael: *The International Sale of Goods – Law and Practice*, 2. Bası, Oxford, 2007.

Buz, Vedat: Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Doç. Dr. Baki İlkey Engin vd. (Eds.), İstanbul, 2010.

B y ksağış, Erdem: *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*, 1. Baskı, İstanbul, 2007.

Chambers, Nurg l: *T rev Piyasalar*, 4. Bası, İstanbul, 2012.

CISG-AC Opinion No. 8, Calculation of Damages under CISG Articles 75 aRnd 76, Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova Pennsylvania, USA, adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan on 15 November 2008 (*CISG-AC Opinion No. 8*).

CISG-AC Opinion No. 9, Consequences of Avoidance of the Contract, Rapporteur: Professor Michael Bridge, London School of Economics, London, United Kingdom, adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan on 15 November 2008 (*CISG-AC Opinion No. 9*).

Çakırca, Seda İrem: *Türk Hukukunda Yansıma Zararı – Bir Kazanç Kaybı Zararı T r *, İstanbul, 2012.

Dayıoğlu, Yavuz: *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve  zellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı*, İstanbul, 2011, 847-857.

DiMatteo, Larry A. / Dhooge, Lucien J. / Greene, Stephanie / Maurer, Virginia G. / Pagnattaro, Marisa Anne: *International Sales Law – A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2005.

DiPalma, Maryellen: *Nachfrist under National Law, the CISG, and the UNIDROIT and European Principles: A Comparison*, *International Contract Adviser* (Kluwer), Vol. 5, No.1 (Winter 1999), s. 28-38, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/DiPalma.html>.

Eiselen, Sieg: *Proving the Quantum of Damages*, *Journal of Law and Commerce*, 2005-2006, S.25, s. 375-383, <http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Eiselen.pdf>.
 (25 *J.L. & Com.* 375).

Eiselen, Sieg: *Unresolved damages issues of the CISG: a comparative analysis*, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* (2005/1), S.38, s. 32-46, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eiselen5.html> (38 *CILSA*).

Erdem, H. Ercüment: Milletlararası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Vienna Satım Sözleşmesi), BATİDER, 1992, 25-105 (*Batider 1992*).

Erdem, H. Ercüment: Milletlararası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, 1. Bası, Şubat 2008, İstanbul (*Makaleler*).

Erdem, Ercüment: Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1990 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı, İzmir Barosu Dergisi 54, 1989/1, 90-107 (*İzBD 1989*).

Erdem, Ercüment: Vienna Satım Antlaşması'nda Sözleşmeden Dönme, Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, 1. Baskı, 2010, Cilt I, 857-895 (*Serozan'a Armağan*).

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler III, Ankara, 1990.

Farnsworth, E. Allan: Damages and Specific Relief, American Journal of Comparative Law, 1979, S.27, s.247-253, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farns.html> (*27 Am. J. Comp. L.*).

Felemegas, John (Ed.) : An International Approach to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law, Cambridge, 2007.

Ferrari, Franco: CISG Case Law: A New Challenge for Interpreters?, VI. Recourse to Foreign Case Law: Methodological Issues, Journal of Law and Commerce, 1999, S.17, s. 245-261, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari3.html> (*17 J.L. & Com.*).

Ferrari, Franco: Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law, Louisiana Law Review, March 1993, S.53, s. 1257-1269, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari9.html>. (*53 La. L. Rev.*).

Ferrari, Franco: Contrat de vente internationale – Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, 2. Edition, Helbing & Lichtenhahn, Bale, 2005.

Ferrari, Franco: Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention – 25 Years of Article 25 CISG, Journal of Law and Commerce, Spring 2006, S.25, s.489-508, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari14.html> (*25 J.L. & Com. 489*).

Ferrari, Franco (Ed.): Quo Vadis CISG? Celebrating the 25th anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Bruylant / Sellier European Law Publishers, FEC, 2005.

Ferrari, Franco / Flechtner, Harry / Brand, Ronald A. (Eds.): The Draft UNCITRAL Digest and Beyond – Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention, Sellier.European Law Publishers, München, 2004.

Flechtner, Harry M./ Brand, Ronald A./ Walter, Mark S. (Eds.): Drafting Contracts Under the CISG, Oxford, 2008.

Flechtner, Harry M.: Recovering Attorneys' Fees as Damages under the U.N. Sales Convention: A Case Study on the New International Commercial Practice and the Role of Case Law in CISG Jurisprudence, with Comments on Zapata Hermanos Sucesores, S.A.V. Hearthside Baking Co., Northwestern Journal of International Law & Business, 2002, S.22, s.121-159, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner4.html> (*22 Nw. J. Int'l L. & Bus.*).

Flechtner, Harry M.: Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C., *Journal of Law and Commerce*, 1988, S. 8, s.53-108, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flecht.html> (8 *J.L. & Com.*).

Flechtner, Harry M./ Lookofsky, Joseph M.: Zapata Retold: Attorneys' Fees Are (Still) Not Governed By The CISG, *Journal of Law and Commerce*, 2006, S. 26, s.1-9, <http://jlc.law.pitt.edu/ojs/index.php/jlc/article/view/26> (26 *J.L. & Com.*)

Galvan, Jorge: The CISG and its provisions on damages, 1998, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1557681&fileId=1564402>.

Gardberg, Naomi A.: Reputatie, Reputation, Réputation, Reputazione, Ruf: A Cross Cultural Qualitative Analysis of Construct and Instrument Equivalence, 9 *Corporate Reputation Review* 39, 2006, S.39, s. 1-23 (39 *Corporate Reputation Review*).

Gotanda, John Y.: Recovering Lost Profits in International Disputes, *Georgetown Journal of International Law*, Fall 2004, S.36, s. 61-112, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gotanda2.html>. (36 *Geo. J. Int'l L.*).

Gotanda, John Y.: Awarding Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods: A Matter of Interpretation, *Georgetown Journal of International Law*, Fall 2005, S.37, s. 95-140, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gotanda3.html> (37 *Geo. J. Int'l L.*).

Graffi, Leonardo: Case Law on the Concept of “Fundamental Breach” in the Vienna Sales Convention, *International Business Law Journal*, 2003, S.3, s. 338-349, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html> (3 *Int. l Bus. L. J.*).

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler – *Cilt I*, İstanbul, 2012.

Graves, Jack: Penalty Clauses and the CISG, *Scholarly Work*, 2012, <http://digitalcommons.tourolaw.edu/scholarlyworks/414>.

Hachem, Pascal: Agreed Sums Payable Upon Breach of an Obligation – Rethinking Penalty and Liquidated Damages Clauses, *Eleven International Publishing*, 2011.

Hachem, Pascal: Fixed Sums in CISG Contracts, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (1/2009), 2009, S. 13, s.217-228, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hachem.html> (13 *Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*)

Heuzé, Vincent: *La vente internationale de marchandises – Droit Uniforme, Traité des Contrats – Sous La Direction de Jacques Ghestin*, L.G.D.J., 2000.

Honnold, John O.: *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Edited and Updated by Harry M. Flechtner, 4. Edition, *Kluwer Law International*, 2009.

Honsel, Heinrich (Ed.): *Kommentar zum UN-Kaufrecht – Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)*, 2. Edition, *Springer*, 2010.

Huber, Peter/ Mullis, Alastair: *The CISG- A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier.European Law Publishers, 2007.

Huber, Peter: CISG, The Structure of Remedies, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, S. 71, s.13-34, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/huber1.html> (71 *RabelsZ*)

Janssen, André / Meyer, Olaf (Eds.): CISG Methodology, Sellier.European Law Publishers, Munich, 2009.

Kanıfı, Erhan: CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, İstanbul, 2013.

Katz, Avery W.: Remedies for breach of contract under the CISG, International Review of Law and Economics, 2006, S.25, s. 378-396, <http://www.columbia.edu/~ak472/papers/Katz> (25 *Int'l Rev. L. & Econ.* 378)

Kaya, Cansu: CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelinin Ödeme Borcu, 1. Bası, İstanbul, 2012.

Kayacan, Murad / Çayıroğlu, Ahmet: Vadeli Piyasalarda Teori ve Uygulama İşığında '50 Altın Kural', 1. Bası, İstanbul, 2011.

Kayacan, Murad / Taşkiran, Sevtap / Demirçelik, Adalet / Yıldırım, Sevil / Bolat, Murat / Yılmaz, Mustafa Kemal: Finansal Araçlara Dayalı Vadeli İşlem Piyasalarına İlişkin Ara Rapor, SPK-İMBK Finansal Vadeli İşlemler Çalışma Grubu, Mayıs 1995.

Knapp, Victor: Article 74, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Milan, 1987, s. 538-548.

Knapp, Victor: Article 75, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Milan, 1987, s. 549-551.

Knapp, Victor: Article 76, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Milan, 1987, s. 552-558.

Koch, Robert: The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 1998, Kluwer Law International, 1999, s.177-354.

Kolaski, Kenneth M./ Kuga, Mark: Measuring Commercial Damages via Lost Profits or Loss of Business Value: Are these Measures Redundant or Distinguishable?, Journal of Law and Commerce, Fall 1998, S. 18, s.1-24 (*18 J.L. & Com.*)

Koziol, Helmut: Reduction in Damages According to Article 77 CISG, Journal of Law and Commerce, 2005, S.25, s. 385-391 (*25 J.L. & Com.* 385)

Kröll, Stefan/ Mistelis, Loukas/ Perales Viscasillas, Pilar (Eds.): UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary, 2011, s.990-1149 (*Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/İşleyen*).

Liu, Chengwei: Avoidance In The Case Of An Installment Contract, 2005 (*Avoidance in Installment Contract*).

Liu, Chengwei: Effects Of Avoidance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and Case Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu8.html> (*Effects Of Avoidance*).

Liu, Chengwei: Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach: Perspectives from Arts.71/72 CISG, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law, 2005 (*Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach*).

Lookofsky, Joseph M.: Consequential Damages in CISG Context, *Pace International Law Review*, 2007, S. 19, s. 63-88, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky18.html> (19 *Pace Int'l L. Rev.*).

Lookofsky, Joseph M.: Walking The Article 7(2) Tightrope Between CISG and Domestic Law, *Journal of Law and Commerce*, 2005-2006, S.25, s. 87-105, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky16.html> (25 *J.L. & Com.* 87).

Magnus, Ulrich: The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG – General Remarks and Special Cases, *Journal of Law and Commerce*, 2005-2006, S.25, s.423-436, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus2.html> (25 *J.L. & Com.* 423).

Meydan, Mutlu: *Forex Piyasası*, 5. Bası, 2013.

Murphey, Jr. Arthur G.: Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley, *Washington Journal of International Law and Economics*, 1989, S.23, s. 415-474, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/murphey.html> (23 *Wash. Int'l L. & Econ.*).

Offermanns, Jennifer: Damages Arising Out of a Cover Purchase within the Framework of Articles 74 to 77 CISG, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2006, S.10, s.1-14, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/offermanns.html> (10 *Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*)

Oğuzman, M.Kemal/ Öz, M.Turgut: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Cilt 1, 11. Bası, İstanbul, 2013.

Özdemir, Atalay: *Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi*, 1. Bası, Ankara, 2004.

Özsunay, Ergun: 1980 Tarihli 'Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması' (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2004, S. 78/3, s. 906-959

Raczynska, Magdalena: Recoverability of the Buyer's Lost Resale Profit Under CISG, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2007, S.2, s.1-11, http://www.njcl.fi/2_2007/article2.pdf (*NJCL* 2007/2)

Riznik, Peter: Article 77 CISG: Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss, 2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/riznik.html>.

Saidov, Djakhongir: Standards of Proving Loss and Determining the Amount of Damages, *Journal of Contract Law*, 2006, S. 22, s.1-76, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov3.html>, (22 *J.C.L.*).

Saidov, Djakhongir: *The Law of Damages in International Sales – The CISG and other International Instruments*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2008 (*Law of Damages*).

Saidov, Djakhongir: The Present State of Damages under the CISG: A Critical Assessment, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2009, S.13, s.197-216, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov6.html> (13 *Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*)

Sarcevic, Petar / Volken, Paul (Eds.): *The International Sale Of Goods Revisited*, Kluwer Law International, 2001.

Schlechtriem, Peter / Butler, Petra: UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009.

Schlechtriem, Peter/ Schwenger, Ingeborg (Eds.): Commentary On The UN Convention On The International Sale of Goods (CISG), 2. Bası, Oxford, 2005 (*Schlechtriem/ Schwenger/ İşleyen*).

Schwenger, Ingeborg (Ed.): Schlechtriem & Schwenger: Commentary On The UN Convention On The International Sale of Goods (CISG), 3. Bası, Oxford, 2010 (*Schwenger/ İşleyen*).

Schlechtriem, Peter: Calculation of damages in the event of anticipatory breach under the CISG, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem20.html> (*Calculation of damages*).

Schlechtriem, Peter: Damages, avoidance of the contract and performance interest under the CISG, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem21.html>.

Schlechtriem, Peter: Non-Material Damages-Recovery Under the CISG?, *Pace International Law Review*, 2007, S.19, s.89-102, <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol19/iss1/6/> (*19 Pace Int'l L. Rev. 89*).

Schneider, Eric C.: Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analysis of Two Decisions, *Journal of International Law*, 1996, 16.4, s. 615-668, <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1501&context=jil> (*16 U. Pa. J. Int'l L. 615*)

Schwartz, Damon: The Recovery of the Lost Profits Under Article 74 of the U.N. Convention on the International Sale of Goods – An analysis of court and arbitral decisions to determine possible causes of non-conformity and to identify solutions that would increase the consistency of awards, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, S.1, http://www.njcl.utu.fi/article.php?issue=1_2006&n=1 (*NJCL 2006/1*)

Schwenger, Ingeborg/ Atamer, Yeşim M./ Butler, Petra (Eds.): *Current Issues In The CISG and Arbitration*, Eleven Publishing, The Hague, 2014.

Schwenger, Ingeborg/ Hachem, Pascal/ Kee, Christopher: *Global Sales and Contract Law*, Oxford, 2012.

Schwenger, Ingeborg/ Manner, Simon: The Pot Calling the Kettle Black: The Impact of the Non-Breaching Party's (Non-) Behaviour on its CISG- Remedies, Andersen, Camilla B./ Schroeter, Ulrich G. (Eds.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, s.470-488, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenger-manner.html>.

Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Kocayusufoğlu/Hatemi/Serozan/ Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3.Cilt, 6.Bası, İstanbul, 2014.

Sert, Selin: *Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları*, 1. Bası, İstanbul, 2013.

Şirin, Şerafettin: *Hukukumuzda Faizi Aşan Munzam Zarar ve Faiz*, 1. Bası, İstanbul, 1996.

Sutton, Jeffrey S.: Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods, *Ohio State Law Journal*, 1989, S. 50, s. 737-752, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sutton.html> (*50 Ohio St. L.J.*)

UNCITRAL: *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the*

International Sale of Goods, United Nations Commission On International Trade Law, 2012 Edition, <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>

Vanto, Jarno: Attorneys' fees as damages in the international commercial litigation, *Turku Law Journal*, 2003, S.5, s.69-83 ve *Pace International Law Review*, 2003, S.15, s. 203-222, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vanto1.html> (5 *Turku Law Journal*, 15 *Pace Int'l L. Rev.*)

Vékás, Lajos: The Foreseeability Doctrine in Contractual Damage Cases, *Acta Juridica Hungarica*, 2002, S.43.1-2, s.145-174, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vekas.html> (43 *Acta Juridica Hungarica*).

Vogenauer, Stefan/ Kleinheisterkamp, Jan (Eds.): *Commentary On the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, 2009.

Yelbaşı, Cengiz: *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, 1. Bası, Ankara, 2014.

Yıldırak, Kasırga / Çalışkan, Nilüfer / Çetinkaya, Şirzat: *Türev Ürün Fiyatlama Teknikleri*, Ankara, 2008.

Yılmaz, Mustafa Kemal: *Döviz Vadeli İşlem Sözleşmeleri*, 2002.

Zeytin, Zafer: *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku*, 2..Bası, Ankara, 2011.

Ziegel, Jacob S.: *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives*, *International Sales: The United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, ed. Matthew Bender, 1984, 9. Bölüm, s. 9-43, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ziegel6.html>.

CISG ile İlgili Bazı Elektronik Veri Bankaları

www.cisg-online.ch

www.cisg.law.pace.edu

www.uncitral.org altında: CLOUD, Case Law on UNCITRAL Texts

www.unilex.info

<http://globalsaleslaw.org>

MAHKEME KARARLARI DİZİNİ**A. CISG-Online veri bankasında yayınlanan kararlar**

CISG-Online No	Karar Mercii	Karar Tarihi	İlgili Dipnot
CISG-Online N.57	OLG Hamm	22.09.1992	406, 440, 447,452
CISG-Online N.70	LG Berlin	30.09.1992	322
CISG-Online N.74	OLG Düsseldorf	02.07.1993	319
CISG-Online N.75	OLG Hamm	22.09.1992	469
CISG-Online N.101	LG Krefeld	28.04.1993	427
CISG-Online N.105	ICC Hakem Kararı, N.7585	01.01.1992	36, 129, 531, 596
CISG-Online N.113	U.S. District Court N.D. of New York	07.09.1994	558
CISG-Online N.119	OLG Düsseldorf	14.01.1994	254, 288, 298,395
CISG-Online N.120	SCH	15.06.1994	217
CISG-Online N.129	ICC Hakem Kararı, N.7660	23.08.1994	198
CISG-Online N.130	KG Berlin	21.01.1994	37
CISG-Online N.140	U.S. Court of Appeals 2nd Cir.	06.12.1995	132, 426
CISG-Online N.143	OLG München	08.02.1995	36
CISG-Online N.144	BGH	08.03.1995	604
CISG-Online N.163	Arbitration Court Of Hungarian Chamber of Commerce and Industry	05.12.1995	36
CISG-Online N.170	AG Alsfeld	12.05.1995	258
CISG-Online N.187	Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg	21.03.1996	129
CISG-Online N.205	RF CCI	16.03.1995	558
CISG-Online N.217	OLG Köln	08.01.1997	125
CISG-Online N.224	OGH	06.02.1996	136, 141
CISG-Online N.227	OG Luzern	08.01.1997	604
CISG-Online N.254	OLG Köln	21.05.1996	141
CISG-Online N.261	OLG Hamburg	28.02.1997	40, 361, 374, 377, 435, 437, 625
CISG-Online N.329	HG des Kantons Aargau	26.09.1997	428
CISG-Online N.351	Schiedsgericht der Börse für Landwirtschaftliche Produkte in Wien	10.12.1997	518
CISG-Online N.353	BGH	25.11.1998	141
CISG-Online N.413	BG	28.10.1998	212
CISG-Online N.418	HG des Kantons Aargau	19.12.1997	129
CISG-Online N.439	U.S. District Court, N.D. of Illinois	07.12.1999	503
CISG-Online N.481	OLG Zweibrücken	31.03.1998	629
CISG-Online N.485	OGH	27.08.1999	602
CISG-Online N.488	HG des Kantons Zurich	10.02.1999	172, 177
CISG-Online N.493	Tribunale di Vigevano	12.07.2000	629
CISG-Online N.506	OLG Celle	02.09.1998	434
CISG-Online N.510	OLG Braunschweig	28.10.1999	580
CISG-Online N.515	OLG Hamburg	26.11.1999	303
CISG-Online N.516	OLG Bamberg	13.01.1999	361, 437
CISG-Online N.526	ICC Hakem Kararı, N.8128	01.01.1995	394, 425
CISG-Online N.560	LG Darmstad	09.06.2000	231
CISG-Online N.573	OGH	09.02.2000	65

CISG-Online N.574	Cour d'appel de Grenoble	21.10.1999	214
CISG-Online N.581	OGH	28.04.2000	136,191,195, 440, 447,452, 456, 461
CISG-Online N.582	Ontario Court of Appeal	26.01.2000	580
CISG-Online N.619	LG Flensburg	19.01.2001	37
CISG-Online N.643	OGH	14.01.2002	65
CISG-Online N.684	U.S. Ct. App. 7th Cir.	19.11.2002	246
CISG-Online N.705	ICC Hakem Kararı, N.9187	01.06.1999	133, 134, 605
CISG-Online N.749	ICC Hakem Kararı, N.8786	01.01.1997	503
CISG-Online N.850	OLG Düsseldorf	28.05.2004	37
CISG-Online N.1013	OLG München	15.09.2004	375
CISG-Online N.1017	Supreme Court of British Columbia	21.08.2003	201
CISG-Online N.1042	RF CCI	24.01.2000	582, 596
CISG-Online N.1123	CIETAC	12.02.1996	147
CISG-Online N.1188	RF CCI	23.12.2004	143
CISG-Online N.1293	ICC Hakem Kararı, N.8574	01.09.1996	371, 376
CISG-Online N.1294	ICC Hakem Kararı, N.8740	01.10.2006	446, 453, 459
CISG-Online N.1410	CIETAC	26.10.1996	220
CISG-Online N.1456	RF CCI	27.05.2005	127
CISG-Online N.1581	OLG Köln	12.01.2007	147
CISG-Online N.1582	Chamber of National and International Arbitration of Milan	28.09.2001	105, 226
CISG-Online N.1600	CIETAC	29.09.2004	140
CISG-Online N.1627	OLG Graz	29.07.2004	105, 226, 452
CISG-Online N.1645	American Arbitration Association	23.10.2007	625
CISG-Online N.1646	ICC Hakem Kararı	20.12.1999	105, 226
CISG-Online N.1652	U.S. District Court Eastern District of Kentucky	18.03.2008	141
CISG-Online N.1686	OLG München	05.03.2008	617
CISG-Online N.1715	CIETAC	31.06.2005	165
CISG-Online N.1744	CIETAC	26.12.2005	165
CISG-Online N.88CV1078	U.S. District Court N.D. of New York	09.11.1994	192

B. Diğer kararlar

Almanya

	BGH	24.10.1979	146
ZR 210/78	OLG Hamm	26.06.1981	298

Amerika

	U.S. District Court N.D. of New York	09.09.1994	191
--	---	------------	-----

Çin

CISG/2000/05	CIETAC	27.04.2000	414
CISG/1990/01	CIETAC		632

Rusya

ICAC Case No: 310/1996		26.09.1997	137
ICC Case No: 9078		2001	177

Türkiye

Yargıtay Kararları

4. HD. 09.03.1987 T, 1977/6647 E, 1978/3047 K	171, 313
4. HD. 27.10.1989 T, 3793 E, 8235 K	171, 313
4. HD. 02.04.1984 T, 2713 E, 3298 K	313
4. HD. 23.12.1982 T, 7190 E, 11637 K	313
4. HD. 02.12.1972 T, 7606 E, 10156 K	313
11. HD. 25.12.1996 T, 1996/6699 E, 1996/9192 K	
11. HD. 12.11.2001 T, 2001/5879 E, 2001/8933 K	211
11. HD. 06.10.2003 T, 2003/2551 E, 2003/8762 K	
11. HD. 16.05.2011 T, 2009/13275 E, 2011/5934 K	211
13. HD. 16.04.1996 T, 1996/3653 E, 1996/3920 K	110, 282
13. HD. 23.09.2003 T, 2003/5912 E, 2003/10490 K	
15. HD. 18.04.2002 T, 2001/4205 E, 2002/1943 K	287
15. HD. 27.04.2006 T, 2005/2929 E, 2006/2493 K	131
18. HD. 29.04.2002 T, 2001/10387 E, 2002/4874 K	287
18. HD. 30.04.2002 T, 2002/262 E, 2002/4991 K	287
19. HD. 21.03.2008 T, 2007/9285 E, 2008/2759 K	209
HGK. 05.07.2000 T, 2000/2-1072 E, 2000/1124 K	171, 287
HGK. 28.11.2001 T, 2001/11-1103 E, 2001/1084 K	
HGK. 07.05.2003 T, 2003/13-332 E, 2003/340 K	285

I Giriş

20.yüzyılın başından itibaren büyüyen ulusal ekonomiler, ticari faaliyetlerin uluslararası platforma taşınması ve bu anlamda ticari ilişkilerin gelişmesine sebep olmuştur. Gelişmeye paralel olarak, hukuk biliminin önemli dallarında, uluslararası düzeyde uyumlaştırma çalışmalarının başladığı ve halihazırda bu hukuk uyumlaştırma projelerine devam edildiği bir gerçektir¹. Nitekim, Erdem'in ifadesi ile, bu yeknesaklaştırma çabaları bir yandan ulusal hukukların çeşitliliği ve değişkenliğinin hukuki güvenlik için oluşturacağı engelleir kaldırarak işlerin güvenli ve yaygın yürümesini sağlayacak, diğer yandan ise sanayileşmiş ülkeler ile üçüncü dünya ülkelerinin çıkarları arasında bir uyum kurulmasına hizmet edecektir². Uluslararası alanda, artarak gelişen ticari ilişkiler çerçevesinde satım sözleşmeleri, özellikle önemli hacim sahibi olduğundan sözü geçen uyumlaştırma çalışmalarına konu edilen hukuk dallarından biri de satım hukuku olmuştur³.

Her geçen gün hacmi büyüyen uluslararası ticari işlemler içersinde, menkul malların satımına ilişkin sözleşmeler büyük yer tutmaktadır. Uluslararası ticaretin güvenlik ve istikrarı ön plana çıkartan yapısı nedeniyle, menkul mal satımına ilişkin sözleşmelerin kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili bulunan ulusal hukuk sistemi bağlamında değerlendirilmeleri tatmin edici sonuç doğurmaz⁴. Nitekim, hukuk sistemlerinin ulusal işlemler ve ticari ilişkiler için öngördükleri düzenlemeler uluslararası ticaretin ihtiyaçlarını kaşılamaktan uzaktır.

¹ Erdem, Ercüment: Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmeden Dönme, Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, 1. Baskı, 2010, Cilt I, s. 85.

² Erdem, H. Ercüment: Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, 1. Bası, Şubat 2008, İstanbul, s. 27.

³ C. M. Bianca/M. J. Bonell/ Bonell, Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffré Milan 1987, N.1.1

⁴ H. Ercüment Erdem, Uluslararası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Batider 1992, C. XVI, S. 3, s. 105.

Bu ihtiyaçtan hareketle, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyon (UNCITRAL) tarafından, 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu (“*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”- “*CISG*”) hazırlanmıştır. CISG, uluslararası menkul mal satımlarına ilişkin olarak, herhangi bir ulusal hukuk sistemine başvurmaya gerek kalmaksızın “*lex contractus*” olarak uygulanabilecek maddi hukuka dair detaylı bir düzenleme öngörme amacını taşımakta⁵ ve satım sözleşmeleri bakımından yeknesak hukuka ulaşma çabalarının ulaştığı son noktayı teşkil etmektedir. Nitekim CISG, günümüzde 83⁶ ülkede milletlerarası mal satımlarında uygulanan en önemli hukuki metinlerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, CISG esas olarak uluslararası menkul malların satımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak maddi hukuk kurallarını içeren önemli bir hukuk kaynağıdır. Bu kurallar ise Antlaşmaya taraf ülkeler bakımından iç hukuk statüsündedir. CISG'in bir diğer işlevi ise, uluslararası platformda, uygulanagelen iki ana hukuk sistemini, diğer bir ifade ile *common law* ve *civil law*⁷ sistemlerini özellikle ifa engelleri kurumu bakımından bir araya getirmiş olması ve her iki hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde uluslararası satım sözleşmelerine yeknesak normların uygulanmasının yolunu açmış olmasıdır. CISG, anılan hukuk sistemlerinin sentezi olarak, uluslararası mal satımlarında uygulanacak yeknesak kuralların benimsenmesinde büyük rol oynamış ve Avrupa

⁵ Ayoğlu, Tolga: Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Temel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak “*Lex Mercatoria*”, 2. Bası, İstanbul, 2011, s. 179.

⁶ Antlaşmaya taraf ülke sayısı 22 Mayıs 2015 tarihi itibarıyla BM resmi verilerine istinaden verilmiştir. Antlaşmaya taraf ülkelerin tam listesi için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (Çevrimiçi 22.05.2015)

⁷ Dayıoğlu, s. 2, Yazar, *Common Law-Civil Law ayrımına ilişkin şu değerlendirmede bulunmuştur*; “*Common Law-Civil Law ayrımı, mukayeseli hukuk alanında hukukun kaynakları kriterine göre yapılmış bir ayrım olup, özel hukuk alanında ülkelerin hukuk sistemleri bu ayrıma tabi tutularak incelenmektedir. Bu ayrıma göre hukuk kurallarının kaynağında parlamento veya benzeri bir kurumun olduğu ülkelerin civil law sistemini; hukuk kurallarının kaynağında yargıçlar tarafından verilen kararlar ve bu önde oluşan içtihatların olduğu ülkelerin common law sistemini benimsemiş olduğu kabul edilmektedir. CISG bu iki hukuk sisteminin bir sentezi niteliğindedir.*”

Birliđi⁸ başta olmak üzere bölgesel ve ulusal satım hukuku sistemlerini etkilemiştir.

Uzun süre CISG'a taraf olmayan Türkiye'de ise öncelikle 14 Nisan 2009 tarih ve 27200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5870 sayılı uygun bulma kanunu kabul edilmiş ve daha sonra 7 Nisan 2010 tarih ve 27545 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 11 Mart 2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile katılma belgesinin tevdi edilmesine karar verilmiş ve 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla CISG, yabancılık unsuru taşıyan uluslararası menkul mal satımları bakımından Türkiye'de uygulama alanı bulmuş ve Türk satım hukukunun bir parçası haline gelmiştir.

Bu çalışmanın konusunu, CISG sisteminde satım sözleşmesinin ihlal edilmesi halinde zarara uğrayan tarafın tazminat talep etme hakkı ve tazminat dahilinde değerlendirilecek zarar kalemleri ile bunların hesaplanması oluşturmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, CISG, taraf ülkelerin iç hukuklarının parçası haline gelmiş maddi hukuk kuralları içeren bir metindir. Bu bağlamda CISG'ın Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi üzerine Antlaşma hükümlerinin Türk hakimleri tarafından da uygulanması zorunlu hale gelmiştir. Çalışmanın ilgili bölümlerinde mukayese edildiği üzere, CISG sistemi ile Türk hukuku benzer kurum ve mekanizmalar benimsemekte ve fakat farklı ilkeler ışığında temellenmektedir. CISG ve Türk hukukunun bu şekilde farklı yaklaşımlar içinde olması ise her iki sistemin karşılaştırılması gerekliliğini vurgulamaktadır. Her ne kadar bu çalışma, anılan sistemlerin tüm yönleriyle karşılaştırılmasını kendisine hedef olarak seçmemiş olsa da, tazminat talep etme hakkı bakımından CISG ile Türk hukuku arasındaki benzerlikler ve farklılıkların genel hatlarıyla ele alınmıştır.

⁸ CISG'ın AB hukuku üzerindeki etkilerinin görülebileceği hukuki metinlere örnek olarak Tüketim Mallarının Satımı ve Tüketim Mallarına İlişkin Garantilerin Belirli Yönleri Hakkında 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Yönergesi verilebilir. Bu kapsamda örneğin anılan Yönergenin Sözleşmeye Uyumluk (Conformity with the Contract) başlıklı maddesi CISG sisteminde m.35 ve devamında düzenlenen Malların Sözleşmeye Uygunluğuna ilişkin hükümlere benzerlik göstermektedir. Yönerge ile CISG'ın detaylı karşılaştırması için bkz. Massimo C. Bianca/Stefan Grundmann (eds.), EU Sales Directive Commentary, Intersentia Antwerp-Oxford-New York 2002.

Uluslararası satım hukukunda önemli rol oynayan CISG sistemine ilişkin bugüne kadar sayısız akademik çalışmanın yapılmış olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bugün, CISG'a ilişkin uluslararası alanda akademik çalışmaların çokluğu bu konuda adeta uluslararası bağımsız bir doktrinin gelişmesine yol açmıştır. Bu kapsamda çalışmada kullanılan "doktrin" kavramı ile CISG'a ilişkin çeşitli ülkelerdeki akademisyenlerin ileri sürdüğü görüşlerin kastedildiğini belirtmekte fayda bulunmaktadır.

Çalışmanın kaleme alınışında faydalanılan "doktrin" tarafından benimsenen görüş ve yaklaşımların yanı sıra, CISG uygulamasına ilişkin çeşitli ülke mahkemeleri ve hakemler tarafından verilmiş kararların da önemli bir yeri bulunmaktadır. Ulusal kararların bağlayıcı bir içtihat oluşturmayacağı açıksa da CISG'ın bugüne kadar çeşitli ülkelerdeki yargı mercileri tarafından kurulan çok sayıda rapor edilmiş hükmün esasına ilişkin olarak uygulanmış olması, uluslararası alanda sahip olduğu önemi ispat eder nitelikte olup, bu yargı kararlarının iredelenmesi çalışmanın inceleme konusu bakımından önem arz etmektedir. Bu kapsamda, CISG'a tabi olan uyuşmazlıklarda çeşitli ülkelerde verilen yargı kararları bakımından İsviçre'deki Basel Üniversitesi tarafından işletilen ve CISG'a ilişkin kararların yer aldığı "CISG-Online" isimli web sitesinden⁹ faydalanılmıştır.

⁹ Anılan web sitesi için bkz. www.cisg-online.ch

II Tazminat Talep Etme Hakkı

A. Genel Olarak

CISG'in "Satıcının ve Alıcının Yükümlülüklerine ilişkin Ortak Hükümler" başlıklı beşinci bölümünün "Tazminat" başlıklı ikinci ayrımı altında, m. 74 ve devamı hükümlerinde, sözleşme taraflarının, diğer hukuki imkanlarından bağımsız olarak, sözleşmenin ihlali halinde tazminat talep etme hakkı düzenlenmiştir.

CISG sistematüğinde her iki tarafa da sunulmuş olan bu hukuki imkan, ilk aşamada m. 74'ün öngördüğü genel tazminat kuralı ve ardından m. 75 ve 76'nın somut ve soyut zarar hesaplamasına ilişkin özel hükümleri, m. 77'nin öngördüğü ve tazminatın hesaplanmasına doğrudan etki eden zararı azaltma külfeti ve son olarak m. 79'un sorumluluktan kurtuluş mekanizması ile kurgulanmıştır¹⁰.

Tazminat talep etme hakkı, alıcı bakımından, m. 45 (1)(b) veya satıcı bakımından, m. 61(1)(b)'nin uygulama bulması ile gündeme gelmekte, bu bağlamda sözleşmenin her iki tarafı da ilgili madde hükmüne dayanarak tazminat isteminde bulunabilmektedir¹¹.

İlgili hükümlere paralel olarak, sözleşme tarafının, zararın tazmini ile yükümlü olması için; muaccel olan edimini hiç ya da gereği gibi ifa etmemiş olması gerekli ve yeterli olacaktır¹².

¹⁰ Jeffrey S. Sutton, *Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, Ohio State Law Journal (1989), S. 50, s. 744.

¹¹ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 1.1; Stefan Kröll/Loukas Mistelis/Pilar Perales Viscasillas/*John Y. Gotanda*, UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – Commentary, 2011, Art. 74 N. 6; Jorge Galvan, *The CISG and its provisions on damages*, 1998, s. 22.

¹² Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda* Art. 74 N. 6.

Tazminat mekanizmasının işleyişine ve koşullarına geçilmeden önce, CISG sistematikindeki tazminat kurumunun, sözleşmeyi ihlal eden tarafı cezalandırmayı değil, zarara uğrayan tarafın uğradığı zararı ve mahrum kaldığı menfaatleri telafi etmeyi amaçladığını belirtmekte fayda vardır¹³.

B. Tazminat Talebinin Koşulları

1. Genel Olarak

Tarafların, tazminat talep etme haklarının doğumu, üç koşulun varlığını gerektirmektedir. Bu düzlemde, hakkın doğumu; alıcı veya satıcı tarafından sözleşmesel bir yükümlülüğün ihlali, ihlalden dolayı bir zararın meydana gelmesi ve ihlal ile zarar arasında nedensellik bağının (“*causality*”) var olması koşullarına bağlıdır¹⁴. Sözleşmeyi ihlal eden taraf ise sadece, bu şartlar dahilinde, meydana gelen zararın tazmininden sorumludur¹⁵.

¹³ Galvan, s. 24; Atamer, *CISG*, s. 424: “*CISG* sisteminde tazminatın işlevi denkleştirmektir (*Ausgleichfunktion*)”; Ingeborg Schwenzer/Pascal Hachem/Christopher Kee: *Global Sales and Contract Law*, Oxford, para 44.10: “...damages under the Convention serve a purely compensatory function”.

¹⁴ Bianca/Bonell/Knapp, Art. 74, N. 2.4.; Yavuz Dayıoğlu, *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı*, İstanbul, 2011, s. 78.

¹⁵ Bianca/Bonell/Knapp, Art. 74 N. 2.4.

2. Sözleşmesel Bir Yükümlülüğün İhlali

a. Yükümlülük İhlali Ne Demektir?

Tarafların CISG m. 74 vd. hükümleri bağlamında tazminat talep edebilmeleri için ilk planda sözleşmesel bir yükümlülüğün ihlal edilmiş olması gerekmektedir¹⁶. CISG sistematüğinde satıcı için m. 45(1)(b) ve alıcı için m. 61(1)(b) hükümlerinde düzenlenmiş veya taraflar arasındaki sözleşmede öngörölmüş olmasından bağımsız olarak, yükümlülük ihlali beraberinde tazminat sorumluluğunu getirecektir¹⁷.

Yükümlülük ihlali genel olarak, sözleşmeden beklenen menfaatin elde edilememesi sonucunu gündeme getirmektedir¹⁸. Başka bir deyişle, sözleşme ile yüklenilen edimin ve/veya yan borçların sözleşmede kararlaştırılan nitelik ve usule aykırı şekilde ifa edilmesi veya hiç ifa edilmemesi genel anlamda ihlal teşkil etmektedir. Bunun yanında, ihlal edilen yükümlülüğün, sözleşmenin sona erdirilmesini takiben, m. 81 hükmü uyarınca gündeme gelen tasfiye rejimine ilişkin olması da mümkündür¹⁹.

Öte yandan, her sözleşmesel yükümlülüğün ihlali tazminat talebini gündeme getirmemekte ve fakat hak kaybına yol açabilmektedir²⁰. Örneğın, ayıp ihbarı ve zararı azaltma külfetlerinin yerine getirilmemesi bu kategoride

¹⁶ Atamer, *CISG*, s. 426; ayrıca bkz. ilgili sayfadaki dn. 779.

¹⁷ Peter Huber/Alastair Mullis, *The CISG A New Textbook For Students and Practitioners*, European Law Publishers, 2007, s.257; Peter Schlechtriem/Petra Butler: *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2009, s.99; Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas/ Gotanda, Art. 74 N. 6; Atamer, *CISG*, s.427; ayrıca bkz. dn. 780: “Kaynağını sözleşme veya CISG’da bulmayan davranış yükümlülüklerine aykırılık nedeniyle diğeri tarafın uğradığı zararlar açısından ulusal hukuktaki haksız fiil hükümlerine başvurmak gerekeceğii...”.

¹⁸ Sert, Selin: *Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları*, 1. Bası, İstanbul, 2013, s.213.

¹⁹ Dayıoğlu, s. 80 ve ayrıca bkz oradaki dn. 62; OLG München, 17.11.2006, CISG-Online N.1395.

²⁰ Ingeborg Schwenzer (Ed.), *Slechtriem & Schwenzer: Commentary On The UN Convention On The International Sale of Goods (CISG)*, 3. Bası, Oxford, 2010, Art. 74 N. 13.

değerlendirilmektedir. Aşağıda, detaylı olarak ele alınacak bu son külfetler, doğrudan tazminatın hesaplanmasına etki edecek ancak ihlalleri başlı başına tazminata konu olmayacaktır.

Diğer taraftan, Schlechtriem, haklı olarak, teslim ilişkisi m. 32(1)'deki ihbar²¹ ve m. 32(3)'teki bilgi verme yükümlülüğünü²², kaynağını CISG'da bulan, dava edilebilir, sözleşmesel yükümlülükler olarak değerlendirmektedir²³. Bu bağlamda, anılan düzenlemelerin ihlali halinde tarafların m.74 vd. hükümleri uyarınca tazminat talep etme hakları doğmaktadır.

Yine, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında ihlal ettikleri yükümlülüklerin de, m. 74'teki tazminat talebi dahilinde ele alınmayacağı savunulmaktadır²⁴. Zira, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında yerine getirmeleri gereken yükümlülükler, kaynağını sözleşmede bulmamaktadır²⁵. Nitekim, sözleşme öncesi görüşmeden doğan yükümlülük ihlali ("*culpa in contrahendo*") teşkil eden bu davranışlar, CISG'da düzenleme bulunmadığından²⁶, milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca tespit edilecek, uygulanacak ulusal hukuk kuralları bağlamında değerlendirilecektir²⁷.

²¹ CISG m. 32/1; "Satıcı, sözleşmeye veya bu Antlaşmaya uygun olarak, malları bir taşıyıcıya vermiş ancak mallar, üzerlerine ayırt edici bir işaret konulmak suretiyle, taşıma belgeleriyle veya başka herhangi bir şekilde açıkça sözleşmeye tahsis edilmemişse, satıcının göndermeyi alıcıya bildirmesi ve malları özel olarak belirlemesi gerekir."

²² CISG m. 32/3; "Satıcı, malların taşınması ile ilgili sigortayı yaptırmak zorunda değilse, alıcının talebi üzerine, onun böyle bir sigortayı yaptırmak için ihtiyaç duyacağı mevcut bütün bilgileri alıcıya vermek zorundadır."

²³ Sekreteryaya Şerhi, Art 70 N.3; Schwenzer/ Schwenzer, N. 13: "However, the sellers' duty to give notice pursuant to Article 32/1 and to provide information pursuant to Article 32/23 are genuine – and thus actionable – contractual obligations."

²⁴ Peter Schlechtriem/ Ingeborg Schwenzer/Stoll/Gruber, Commentary On The UN Convention On The International Sale of Goods (CISG), 2. Bası, Oxford, 2005, Art. 74 N. 11.

²⁵ Dayioğlu, s. 80.

²⁶ Dayioğlu, s.81: "Antlaşmanın hazırlanma sürecinde *Culpa in Contrahendo* kurumunun Antlaşma sistemine dahil edilmesine ilişkin teklifler, anılan kurumun çeşitli hukuk sistemlerinde haksız fiil sorumluluğu kapsamında Kabul edildiğinden bahisle reddedilmiştir."

²⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, N. 11; John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Edited and Updated by Harry M. Flechtner, 4. Edition, Kluwer Law International, 2009, N. 147.

b. Yükümlülük İhlali İle Esaslı İhlal İlişkisi

CISG’da tazminat talep hakkı bağlamında, borca aykırılık türleri bakımından bir ayırım yapılmamıştır²⁸. Yine, borca aykırılığın, geçici veya kesin olmasının da tazminat talep bakımından önemi bulunmamaktadır²⁹. Başka bir ifadeyle, ihlal edilen sözleşmesel yükümlülüğün ifaya olan menfaati ne derece etkilediği, esaslı ihlal olarak nitelendirilebilmesi gibi hususlar salt tazminat talep hakkı bakımından belirleyici değildir.

Diğer taraftan, yükümlülük ihlalinin esaslı olup olmaması beraberinde farklı hukuki sonuçlar getirmekte olduğundan ayrıca incelenmesi gerekmektedir. İhlalin esaslı olduğunun tespiti, tazminat talep hakkının varlığı değil ve fakat tazminatın hesaplanmasında uygulama bulacak hükümler bakımından önem teşkil etmektedir³⁰. Paralel olarak, Türk hukukunda da, genel borca aykırılığı düzenleyen BK 112 hükmü tazminat talebi bakımından sözleşmenin esaslı ihlalinin aramamaktadır³¹.

Dolayısıyla, yukarıda değinildiği gibi, sözleşmede öngörülen veya CISG’in yedek hükümlerinin düzenlediği herhangi bir yükümlülüğün hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sonucu vuku bulan zararlar tazminata konu olacaktır³². Gereği gibi ifa etmeme ile ifade edilmek istenen; gecikme, genel anlamda kötü ifa, yan yükümlülüklerin ihlali gibi davranışların varlığıdır.

²⁸ Sert, s.61 bknz dn. 166: “Geçerli olarak kurulmuş olan bir borç ilişkisinin borçlu bakımından yarattığı en önemli sonuç, borcun zamanında, ifa yerinde ve borç konusuna uygun olarak ifa edilmesidir. Borçlu, borcu hiç ifa etmemiş olabilir ya da borcu ifa ettiği halde bu ifa zamanında yerinde ve konusuna uygun değildir. Borçlunun bu davranışı borca aykırılık hali oluşturur. Dolayısıyla, Türk Hukuku’nda sözleşme ihlali hallerinin tamamı borca aykırılık olarak değerlendirilmesi borca aykırılık kavramının daha geniş olmasından kaynaklanmaktadır. Türk Hukuku’nda temerrüt, imkansızlık, gereği gibi ifa etmeme hallerinin hepsi borca aykırılık kavramını oluşturmaktadır.”.

²⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 N.8.

³⁰ Bkz. aşağıda III/G/1.

³¹ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt I, 11. Bası, İstanbul, 2013, s. 487.

³² Atamer, *CISG*, s. 427.

Buna karşılık, sözleşmeden dönme veya ayıplı malların yenisi ile değiştirilmesi yaptırımlarında ise, sözleşmesel yükümlülük ihlalinin esaslı olması aranmaktadır. Sözleşmenin esaslı ihlalden ne anlaşılması gerektiği m. 25’te düzenlenmiştir. İlgili madde hükmü esaslı ihlali şu ifadeyle düzenlemektedir; “*Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa esaslıdır*”³³. Dolayısıyla, sorgulanacak olan, ihlalin neden olduğu zararın, zarara uğrayan tarafın sözleşmeden beklemekte haklı olduğu menfaatten mahrum bırakıp bırakmadığıdır³⁴. Örneğin, FOB, (“*Free on Board*”) şartlı sözleşmelerde, satıcının malları gemiye yüklemekle yükümlülüğünü tamamlaması anından itibaren hasar alıcıya geçmektedir. Satıcı, malların uygun koşullarda paketlenmiş ve yüklendiğinin kontrolünü sağlamak ve masrafları karşılamakla yükümlüdür³⁵. Bu son yükümlülükler aykırılık sözleşmenin esaslı ihlalinin oluşturacaktır. Nitekim, taraflar, sözleşmelerinde, FOB şartı düzenleyerek satıcıdan anılan yükümlülükleri yerine getirmesini beklemektedirler.

Esaslı ihlal bakımından incelenmesi gereken bir diğer ihlal hali gecikmedir. Doktrinde ağırlıklı görüş, kural olarak, gecikmenin başlı başına esaslı ihlal oluşturmayacağı yönündedir³⁶. Nitekim, gecikmenin akabinde sözleşmenin sona erdirilmesi yerine ek süre verilmesi, istisnalar saklı kalmak kaydıyla, dürüstlük kuralı gereğidir. Bu yaklaşımın altında yatan esas, sözleşmenin ayakta tutulması ve daha büyük zararların doğmasının engellenmesidir³⁷.

³³ T.C.Resmi Gazete, 27545, 7 Nisan 2010.

³⁴ Peter Huber, *CISG, The Structure of Remedies, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, s. 20.

³⁵ Michael Bridge, *The International Sale of Goods – Law and Practice*, 3. Bası, Oxford, 2014, s. 71.

³⁶ Leonardo Graffi, *Case Law on the Concept of “Fundamental Breach” in the Vienna Sales Convention*, *International Business Law Journal*, 2003, S.3, s. 340; OLG München, 8 February 1995, in UNILEX, mahkeme ilgili kararda, tarafların sözleşmede teslim tarihini açıkça kararlaştırmadıklarından yola çıkarak, satıcının ifayı gerçekleştirdiği tarihin gecikme teşkil ederek sözleşmenin esaslı ihlaline sebebiyet vermeyeceğine ve bu bağlamda sözleşmenin sona erdirilmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir; ICC award no. 7585, 1992, in UNILEX (late payment); Arbitration Court of the Budapest Chamber of Commerce and Industry, 5 December 1995, CLOUT case no. 164.

³⁷ Graffi, *3 Int. l Bus. L. J.*, s. 340; *Sekretarya Şerhi*, Art. 47, N. 6, Harry M. Flechtner, *Buyers’ Remedies in General and Buyers’ Performance-Oriented Remedies*, *Journal of Law and*

Buna karşılık ticari satımlarda, sözleşmeden beklenen menfaat genellikle vadenin kaçırılmasının esaslı ihlal teşkil edeceği sonucunu gündeme getirmektedir. Keza, Türk hukukunda da ticari satımlar bakımından geçerli olan, BK 212(2)'de öngörülen karine uyarınca, gecikme ihbarında bulunulması gerekmeksizin vadenin gelmesi ile gecikmeye bağlı hakların doğmasıdır³⁸. Dolayısıyla, CISG uyarınca, gecikmenin esaslı ihlal teşkil edip etmeyeceği hususunda, m. 25 hükmünün öngördüğü düzenleme bağlamında somut olay bakımından değerlendirmede bulunulmalıdır. Örneğin, vadenin kesinlik arz ettiği hallerde, gecikme başlı başına esaslı ihlal olarak yorumlanacaktır.

Sözleşmenin esaslı ihlalini teşkil edecek gecikme hallerine örnek olarak; gecikmeyi takiben tanınan mehilin de kaçırılması veya CIF şartının bulunduğu durumlar belirtilmektedir. Örneğin, CIF (“*Cost, Insurance & Freight*”) şartlı sözleşmelerde, satıcının malları gemiye yüklemekle sözleşmesel yükümlülüğü sona ermemekte, malların sigortalanması aranmakta ve fakat hedefe varana kadar alıcı hasarına yolculuk ettiği düzenlenmektedir. Yine, malların yükleme limanına getirilmesi, ihracat için gereken izinlerin alınması, gümrük işlemlerinin yapılması, navlun sözleşmesinin akdedilmesi satıcının yükümlülüğündedir³⁹. Sayılan yükümlülükler bakımından, ve özellikle semenin ödenmesine ilişkin olarak, öngörülen vadeler kesinlik arz etmektedir⁴⁰.

Diğer taraftan, alıcı tarafından, m. 47’de düzenlenen mekanizmanın (*Nachfrist*) işletilmesi suretiyle satıcıya ek süre verilmesi halinde, esaslı ihlal bağlamında sözleşmenin sona erdirilmesi ve ilgili zarar hesaplama metodlarının uygulama

Commerce, 2005-6, S.25, s.342; Tazminat talebinin ileri sürülebilmesi için satıcıya ihtarda bulunulması veya ek süre verilmesine gerek olmadığı konusunda örnek yargı kararı için bkz. KG Berlin, 24.01.1994, CISG-Online N.130, OLG Düsseldorf, 28.05.2004, CISG-Online N.850; Aksi görüş için bkz. LG Flensburg 19.01.2001, CISG-Online N.619

³⁸ Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Cilt I, 2012, İstanbul, s. 53: “... *taraflar belirli vade kararlaştırmışlarsa, ... aksi ispatlanabilir karine olarak kararlaştırılan belirli vade, nispi kesin vade sayılır.*”

³⁹ Tolga Ayoğlu, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Temel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak “Lex Mercatoria”*, 2. Bası, İstanbul, 2011, s. 336; Ulrich Magnus, *The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG—General Remarks and Special Cases*, s.427.

⁴⁰ Graffi, 3 *Int. 'l Bus. L. J.*, s. 339; OLG Hamburg, 28 February 1997.

bulmasından söz edilemeyecektir⁴¹. Bu durumda, sözleşmesel yükümlülük ihlaline bağlı genel tazminat hükmü uygulama bulacaktır. Nitekim, alıcı tarafından ek süre verilmesi gecikmenin esaslı ihlal teşkil etmediği sonucunu gündeme getirmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere, CISG sisteminde esaslı ihlalin varlığı şartına bağlanan, sadece sözleşmenin sona erdirilmesi veya ayıplı ifaya konu edimin yenisi ile değiştirilmesi hakkıdır. Bu bağlamda, tazminat talep hakkı bakımından ihlalin esaslı olup olmaması önem teşkil etmemektedir. Ancak, aşağıda detaylı olarak ele alınan tazminat hesaplama metodları bakımından sözleşmenin sona erdirilmesi gerektiğinden, esaslı ihlalin varlığı bu son konu bakımından aranacaktır.

c. Yükümlülük İhlali Ve Kusur İlişkisi

Türk hukukundan⁴² farklı olarak CISG sistematüğinde, yükümlülük ihlalinin tazminat talebine konu olması, ihlal eden tarafın kusurlu olmasından bağımsızdır. Nitekim, CISG’da öngörülen tazminat mekanizmasının temel hedefi kusura dayanmayan sorumluluk esası ve tam tazmin ilkesi⁴³ gereği, sözleşme ihlalinin neden olduğu tüm zararın tazmini, ilgili tarafın bu anlamda tatminidir⁴⁴.

Kusur kavramı ile ifade edilmek istenen, ihlal edilen yükümlülüğün borçlusunun, borca aykırılık sonucunu tasarlayarak ve arzu ederek veya bu sonucu göze alarak

⁴¹ Huber, *71 RabelsZ*, s. 71, s. 14; Honnold, s. 418

⁴² Oğuzman/Öz, s.416; Ayrıca mukayeseli hukukta bir değerlendirme için bkz. Guido Alpa/Alberto Giampieri, *Law and Economics and method analysis: the contractual damages issue*, Cardozo Law Bulletin, 1995.

⁴³ Bkz. aşağıda II/A/3/b.

⁴⁴ Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas/ Gotanda, Art. 74, para 7; John Y. Gotanda, *Recovering Lost Profits in International Disputes*, Georgetown Journal of International Law, Fall 2004, S.36, s. 80; Huber/Mullis, s.256.

hareket ettiği ya da borca aykırı sonucu önlemek için gerekli özeni göstermediği hallerdir⁴⁵.

CISG sistematüğinde, tazminat talep hakkının karşı tarafın kusurundan bağımsız düzenlenmiş olmasının, beraberinde bir tür garanti sorumluluğu (“*strict liability*”) getirdiği savunulmaktadır⁴⁶. Bu kuralın sınırları, öngörülebilirlik testi, zararı azaltma külfeti ve madde 80 ile belirlenmiştir⁴⁷.

Bu bağlamda, tarafların sözleşmesel yükümlülüklerinden sorumlulukları, özel bir teminat ve/veya kusurdan bağımsız olarak, objektiftir. Ve sorumlulukların ihlali sonucu doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdürler. Bu noktada, tazminat mekanizmasının, sözleşmenin ihlal edilmesini önleyici nitelikte olmayıp, zarara uğrayan tarafı tatmin etmek amacına hizmet etmekte olduğu bir kez daha hatırlatılmalıdır⁴⁸.

Özetle, tazminat mekanizmasını düzenleyen ilgili hükümler, sözleşmesel yükümlülüğün ihlalinin temelinde ilgili tarafın kusurlu davranışını aramamakta ve fakat ihlale konu yükümlülüğün hiç veya gereği gibi yerine getirilmemiş olmasını, örneğin bu yükümlülüğün borçlusunun temerrütte olmasını veya ifanın gereği gibi gerçekleşmemiş olmasını şart koşmaktadır. Hükümün ikinci bendi, “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” ifadesi ile katı sorumluluk rejimini iki tarafın menfaatleri açısından dengelemektedir.

Buna karşılık, Türk hukukunda BK 112’nin öngördüğü temel prensip kusur sorumluluğudur⁴⁹. Hüküm, emredici nitelikte olmamakla birlikte, tazminat

⁴⁵ Schwenger/Hachem/Kee, N. 44.74; Oğuzman/Öz, Cilt I, s.416.

⁴⁶ Zafer Zeytin, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku*, 2. Bası, Ankara, 2011, s. 167.

⁴⁷ Nitekim, öngörülebilirlik ilkesi ve m. 79’da düzenlenen sorumluluktan kurtulma imkanı veren haller kusursuz sorumluluk esasına istisna teşkil etmektedir. Bkz. Bianca/Bonell/*Knapp*, Art74 N.2.5.

⁴⁸ Magdalena Raczysnka, *Recoverability of the Buyer’s Lost Resale Profit Under CISG*, Nordic Journal of Commercial Law, 2007, S.2, s. 2.

⁴⁹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s.415.

mekanizmasının temelini oluşturmaktadır. Tazminatın şartı olan kusur, tacirler arası işlemler bakımından, TTK m.18/I uyarınca, tacirler için özen ölçüsünün ağırlaştırılmış olması sonucu, yerini daha yumuşatılmış bir kavram olan faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etme ölçütüne bırakmaktadır.

3. Sözleşmesel Yükümlülüğün İhlali Nedeniyle Bir Zararın Doğmuş Olması

a. Genel Olarak

Genel olarak, tazminat talebinden bahsedilebilmesi için, sözleşmesel yükümlülüğün ihlalinin diğer tarafın malvarlığının aktifinde azalma veya pasifinde artış biçiminde bir zarara neden olması gerekmektedir. Nitekim, tazminat kurumunun amacı zararın telafi edilmesidir⁵⁰. Tazminat kapsamında değerlendirilecek zarar kalemlerine aşağıda detaylı olarak değinilmektedir. Şimdilik, zarara uğrayan tarafın, sözleşmeye uygun ifa gerçekleşseydi içinde bulunacağı ekonomik durumun kendisine sağlanması amacıyla, ifa menfaatinin merkezini oluşturduğu olumlu zarar tazmininin öngörüldüğü belirtilmekle yetinilecektir⁵¹.

Dikkat edilmesi gereken husus, ilgili tarafın ihlal sonucu ekonomik anlamda zarara uğramış olması ve bu zararın, başvuru diğer hukuki imkanlar marifetiyle ortadan kaldırılmamış olması şartıdır⁵². Paralel olarak, zararın başvuru diğer hukuki imkanlar ile tamamen veya kısmen tazmin edildiği ihtimalde, CISG m.74 vd. hükümleri anlamında tazminatın telafi edilmemiş kısma oranla hesaplanacağı belirtilmelidir⁵³. Örneğin, semenin indirildiği ihtimalde, sözleşmeye konu malın

⁵⁰ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 2.4; Huber/Mullis, s. 268

⁵¹ Honnold, s. 571; Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74, N. 2 ; Atamer, *CISG*, s. 427.

⁵² Atamer, *CISG*, s. 428.

⁵³ Atamer, *CISG*, s. 428.

öngörülen nitelikte olmaması sonucu, semenin ifa edilen malın niteliği esas alınarak indirilmesi bu anlamda oluşmuş zararı ortadan kaldırmaktadır.⁵⁴

Diğer taraftan, Atamer'in belirttiği gibi, aşağıda ayrıca incelenmekte olan, öncelenmiş sözleşme ihlalleri⁵⁵ bakımından zararı doğmuş kabul edebilmek için sözleşmenin sona erdirilmesi gerekmektedir⁵⁶. Zira, vade gelmeden ihlal dolayısıyla bir zararın da meydana gelmesi mümkün olmayacaktır. Sözleşmenin sona erdirilmediği ihtimalde ise, tazminat talebi bakımından vadenin beklenmesi gerekecektir.

b. Tam Tazmin İlkesi

CISG'in benimsediği tam tazmin ilkesi ("*principle of full compensation/ principe de la réparation intégrale*") esasen, zarar gören tarafın malvarlığının ihlal meydana gelmeseydi alacağı değeri esas alan ("*Differenztheorie*") kıta Avrupası sistemi ile, sözleşmeden beklenen menfaatleri tazminatta birincil olarak gözetilen Anglosakson sisteminin sentezi niteliğindedir⁵⁷.

CISG sistematğinde ifa menfaati ("*expectation interest*") tazminat hesaplamasında temel kriter olarak ele alınmaktadır⁵⁸. Bunun yanında, sözleşme hukukunun amacının tarafların beklentilerinin korunması⁵⁹ olduğu da vurgulanarak, tam tazmin ilkesi "alacaklının ifa menfaati ve bütünlük menfaatinin ("*indemnity interest*") korunması" olarak sentezlenmektedir. Başka bir ifadeyle, Atamer'in de deyimiyle, "CISG uyarınca tazminat miktarının sınırı zararın ta

⁵⁴ Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler – *Cilt I*, İstanbul, 2012, s. 124.

⁵⁵ Bkz. aşağıda III/G/3

⁵⁶ Atamer, *CISG*, s.428.

⁵⁷ Schwenger/Hachem/Kee, N. 44.24 s. 583.

⁵⁸ Avery W. Katz, *Remedies for breach of contract under the CISG, International Review of Law and Economics*, 2006, S.25, s. 386.

⁵⁹ Arthur G. Murphey Jr., *Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley*, Washington Journal of International Law and Economics, 1989, S.23, s. 416.

kendisidir.”⁶⁰. Nitekim, tam tazmin ilkesi, zarar gören tarafın sözleşmenin ihlali dolayısıyla içinde bulunduğu ekonomik durum ile sözleşme tam ve gereği gibi ifa edilseydi içinde bulunacağı ekonomik durum arasındaki farkı hedef almaktadır⁶¹. Bu bağlamda, zarar gören tarafın, sözleşmenin ifa edilmemesi dolayısıyla elde ettiği kazançlar ve/veya varsa tasarruf ettiği masraflar tazminat tutarından indirim kalemi oluşturmaktadır⁶². Gotanda, bu indirimin tam tazmin ilkesiyle uyduğu ölçüde uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁶³.

Yukarıda değinildiği üzere, CISG’in öngördüğü tazminat mekanizmasının hedefi denkleştirmektir. Bu bağlamda, zarara uğrayan tarafın finansal durumunun, sözleşme ihlal edilmeseydi bulunacağı malvarlığı değerine dönmesi amaçlanmaktadır⁶⁴. Tazminatın denkleştirme aracı olarak öngörülmüş olmasının doğal sonucu, beraberinde tam tazminat ilkesini getirmesidir.

Bu düzlemde, meydana gelen tüm zararın, şartları dahilinde, karşılanması öngörülmektedir⁶⁵. Benimsenen tam tazmin ilkesi paralelinde, hem uğranılan fiili zarar (“*damnum emmergens*”) hem de yoksun kalınan kâr (“*lucrum cessans*”) tazminat kapsamına dahil edilmektedir.

⁶⁰ Yeşim M. Atamer, *Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanması ve Bu Hesabın CISG M. 74 ve 76 Örneğinde Mahrum Kalınan Kâr Talebi ile İlişkisi*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/1.

⁶¹ Schlechtriem/Butler, s. 210; Honnold, Art. 74, N. 403; John Y. Gotanda, *Awarding Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods: A Matter of Interpretation*, Georgetown Journal of International Law, S. 36, (Fall 2004), s. 79.

⁶² Schlechtriem/ Butler, s. 233.

⁶³ Schlechtriem/ Butler, s. 210, CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA.

⁶⁴ Sekretarya Şerhinde CISG tazminat sisteminin temel işlevi şu ifade ile açıklanmıştır; “...*the basic philosophy of the action for damages is to place the injured party in the same economic position he would have been in if the contract had been performed.*” Sekretarya Şerhi, Art. 70 N. 3; Djakhongir Saidov, *The Present State of Damages under the CISG: A Critical Assessment*, Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, 2009, S.13, s. 198; Sert, s. 209.

⁶⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art 77 N.3, Staudinger/Magnus, Art 74 N.19, Sekretarya Şerhi Art 70 N.3; OGH, 09.03.2000, CISG-Online N.573; OGH, 14.01.2002, CISG-Online N.643; Djakhongir Saidov, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*, Oxford 2008, s.26.

Son olarak, Türk hukukunda olduğu gibi, hakime tazminat miktarının saptanmasında takdir hakkı veren⁶⁶ bir düzenlemenin CISG sistematüğinde mevcut olmadığını belirtmekte fayda bulunmaktadır⁶⁷. Dolayısıyla, anılan ulusal düzenlemenin uygulama bulması ve tazminatın bu şekilde sınırlandırılması mümkün değildir⁶⁸. Bunun yanında, CISG sistematüğinde, zararı aşan tazminatın benimsenmediğı de unutulmamalıdır⁶⁹.

Diğer taraftan, doktrinde, CISG m. 74 hükmü ile öngörülen tam tazmin istisnası ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin benimsenmesinin bir sonucu olarak, tarafların uğranılan zarar miktarını aşan cezai şart ya da başkaca zararların ödenmesini kararlaştırmaları halinde bu hükümlere uyulması gerekeceğı kabul edilmektedir⁷⁰. Taraflarca sözleşmede öngörülen götürü meblağ düzenlemeleri aşağıda detaylı olarak ele alınmakta olduğundan, şimdilik CISG sistematüğinde, bu nevi düzenlemelerin mümkün olduğu belirtilmekle yetinilecektir.

4. Nedensellik Bağı

a. Genel Olarak

Tazminat talep hakkına ilişkin olarak, aranan son şart, tazminat hukukunda genel kabul görmüş nedensellik ilkesidir⁷¹. CISG m.74 hükmü “..*tazminat, mahrum*

⁶⁶ TBK m. 51 ve 52 hükümlerinde hakimin tazminatın belirlenmesindeki takdir yetkisi ve tazminattan indirim sebepleri açıklayıcı olarak düzenlenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, cilt II, s. 119 vd.

⁶⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art 74 N. 2: “*Mandatory rules of domestic law that ... grant judges a right to reduce compensation may not be applied.*”.

⁶⁸ Atamer, *CISG* s.425.

⁶⁹ Schwenger/Hachem/Kee, N. 44.21.

⁷⁰ Honnold, Art. 74 N. 408.1, Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 3.7.; Sert, s. 210.

⁷¹ Atamer, *CISG*, s. 430; Schwenger/Hachem/Kee, N. 44.42; Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 2.4.

kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir.” ifadesi ile nedensellik şartına yer vermektedir⁷².

Nedensellik ilkesinin tersten okunuşu, sözleşmesel yükümlülüğün ihlal edilmediği ihtimalde, somut zararın, Atamer’in deyimiyle; “*aynı anda, aynı yerde ve aynı şekilde*” meydana gelmeyeceğini işaret etmektedir⁷³. Bu anlamıyla, sözleşmenin ihlali ile meydana gelen zarar arasındaki nedensellik bağı, tazminat bakımından olmazsa olmaz şart (“*conditio sine qua non*”) teşkil etmektedir.

Nedensellik, hangi hukuki sonuçların ihlal ile ilişkilendirilmesi gerektiği hususunu belirlemektedir. İhlalin, doğrudan veya dolaylı olarak zarara sebebiyet vermiş olması tazminatın bu bağlamda hesaplanması bakımından esastır⁷⁴. Öte yandan, CISG sistematüğinde, nedensellik derecesine ve bu bağlamda sorumluluğun sınırlanmasına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır⁷⁵.

b. Nedensellik Bağı Kuramları

Tazminat sorumluluğunun tespiti bakımından aranan nedensellik bağına, başka bir ifadeyle sözleşmesel yükümlülük ihlali ile zarar arasındaki sebep-sonuç ilişkisine değin farklı teoriler mevcuttur⁷⁶. CISG sistematüğinde nedensellik bağına tespitine geçilmeden önce, nedensellik araştırmasında hangi kuramın benimseneceğinin anlaşılması adına farklı yaklaşımların incelenmesinde fayda bulunmaktadır.

⁷² Saidov, *Law of Damages*, s.79.

⁷³ Atamer, *CISG*, s. 430.

⁷⁴ Saidov, *Law of Damages*, s. 81.

⁷⁵ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art 74. N. 2.6.; Atamer, *CISG*, s. 431: Yazar, “*Bunun ötesinde “uygun” nedensellik bağına varlığı ise aranmamaktadır.*” ifadesi ile nedensellik bağına derecesine ilişkin düzenleme bulunmadığının altını çizmektedir, ayrıca bkz. ilgili sayfadaki dn. 805.

⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı*, 1996, İstanbul ve AM Honore, *Causation and Remoteness of Damage*, K. Zweigert/K. Drobniç (Eds.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, S. 11, 7, 1971.

Nedenselliğe ilişkin ilk kuram, şart teorisi'dir. Bu teori uyarınca, zarara sebebiyet vermekte, “condicio sine qua non” niteliğinde olan her fiil ve ihmal, eş değerde görülmek suretiyle nedensellik bağı kurmaktadır⁷⁷. Şart teorisine göre, zarar ile sonuçlanan ve o olay olmasaydı zararın doğmayacağı düşünülen her fiil, eş değerli olarak, zararın sebebi niteliğinde ele alınmaktadır. Söz konusu fiillerden birinin var olmaması halinde ise zararın meydana gelmeyeceği kabul edilmektedir. Diğer taraftan, zararı meydana getiren koşullar arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Başka bir deyişle, söz konusu teori açısından bütün şartlar eşit önem arz etmektedir. Dolayısıyla, şart teorisinin kabul edilmesi halinde, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, ihlalin neden olduğu neredeyse bütün dolaylı zararlardan sorumluluğu gündeme gelecektir. Böylece nedensellik, sorumluluğu sınırlayan bir mekanizma olarak rol oynamayacaktır. Nitekim, zarara sebebiyet veren ihlalin, zararı meydana getiren olaylar zincirinin bir halkası olup olmadığını ve olaylar zincirindeki vakıalara ne gibi hukuki sonuçlar bağlanabileceği sırasıyla araştırılmaktadır⁷⁸. Bu düzlemde, nedensellik bağı'nın kurulması için zararın, ihlalin fiili sonucu olması gerekli ve yeterli olacaktır. Bu nedenle, şart teorisini savunanlar, teorisinin sorumluluğu sınırlamaktaki başarısızlığına yönelik eleştirileri, kusur kavramı ile gidermeye çalışmışlardır⁷⁹. Buna göre, sözleşmeyi ihlal eden taraf sadece ihlalin önceden görülebilecek sonuçlarından sorumlu tutulacaktır. Diğer taraftan, bu teorisinin objektif sorumluluk halleri bakımından isabetli olmadığı savunulmaktadır.

Nedenselliğe ilişkin ikinci kuram, Türk hukukunda da benimsenmiş olan, uygun nedensellik bağı teorisi'dir⁸⁰. Bu teori, şart teorisinin, sorumluluk alanını hakkaniyete aykırı olarak genişletmesinin yaratabileceği adaletsizlikleri ortadan kaldırmak amacıyla geliştirilmiştir⁸¹. Uygun nedensellik bağı, genel tecrübeler ve olayların normal akışına göre bir ihlalin meydana getirebileceği zararlar arasındaki

⁷⁷ Schwenger/Hachem/Kee, N. 44.46, ayrıca bkz. ilgili sayfadaki dn. 102.

⁷⁸ Saidov, *Law of Damages*, s.80. Yazar bu kuramı fiili nedensellik (“*factual causation*”) başlığı altında incelemektedir.

⁷⁹ Seda İrem Çakırca, *Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı*, İstanbul, 2012, s. 134.

⁸⁰ Schwenger/Hachem/Kee, N. 44.48.

⁸¹ Çakırca, s. 136.

mantıki nedensellik bağı olarak tanımlanmaktadır. Önemli olan, sözleşmesel yükümlülüğü ihlal eden tarafın, ihlalin doğuracağı sonucu öngörebilmesi değil, objektif olarak ihlalin o zararı meydana getirebileceğinin olayların olağan akışına göre kabul edilebiliyor olmasıdır.

Son olarak, normun koruma amacı teorisi, uygun nedensellik bağı teorisinin sorumluluğu sınırlamakta yetersiz kalması nedeniyle ortaya çıkan nedensellik bağı kuramıdır⁸². Bu teori ile vurgulanan, sözleşmesel veya kanuni yükümlülüklerin yalnızca belirli menfaatleri koruma amacının var olduğudur⁸³. Normun koruma amacı teorisinin iki işlevi vardır. İlki, sorumluluğun kurulması⁸⁴, diğeri sorumluluğun sınırlandırılmasıdır⁸⁵. Bu teori uyarınca nedensellik, Çakırca'nın ifadesi ile, sorumluluğu öngören normun koruma amacıyla risk arasında bir ilişkiyi içermekte, ihlal edilen normun koruma amacından hareket edilmekte ve sorumluluğun sınırlanması normatif bir sorun olarak ele alınmaktadır⁸⁶. Nitekim, ihlal edilen yükümlülüğün koruma amacı dahilinde meydana gelen tüm zarar tazmin edilecektir⁸⁷.

c. Nedensellik Bağının Tespiti

CISG'nin benimsediği nedensellik kuramı, yukarıda ilk olarak ele alınan, şart teorisidir⁸⁸. Diğer taraftan, Türk hukukunda ise uygun nedensellik aranmaktadır⁸⁹. İki sistemin karşılaştırılması bakımından, bir kez daha, uygun nedensellik bağının yaşam deneyimlerine göre, bir ihlalin, olayların normal akışında meydana

⁸² Çakırca, s. 137.

⁸³ Atamer, *Haksız Fiil*, s. 70; Schwenger/Hachem/Kee, N. 44.50.

⁸⁴ Atamer, *Haksız Fiil*, s. 102.

⁸⁵ Atamer, *Haksız Fiil*, s. 104.

⁸⁶ Çakırca, s. 138.

⁸⁷ Schwenger/Hachem/Kee, N. 44.50.

⁸⁸ Atamer, *CISG*, s. 430; Saidov, *Law of Damages*, s. 81.

⁸⁹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s.393, bkz dn. 55: “örnek olarak müteahhidin yapmayı taahhüt ettiği apartmanı geciktirmesi ile iş sahibinin kira geliri kaybı arasında uygun nedensellik bağı vardır. Buna karşılık, satın alınan arabanın zamanında teslim edileceği inancıyla mevcut arabasını üçüncü kişiye bağışlayan alıcının bu zararı ile satıcının borç ihlali arasında uygun nedensellik bağı yoktur.”; Atamer, *Haksız Fiil*, s. 44 ayrıca bkz. ilgili sayfadaki dn. 231.

getirebileceği zararlar olan mantıki nedensellik bağına işaret ettiği vurgulanmalıdır⁹⁰. Böylece, mantıki nedensellik zinciri içinde bir zararı meydana getirmeye uygun bir sebep olup olmadığı araştırılacaktır. Bu bağlamda, Erdem, CISG'nin esasen Türk hukukundaki uygun nedensellik ilkesine paralel bir uygulama benimsediğini vurgulamaktadır⁹¹. Nitekim, yazar, zararın öngörülebilir olması şartının uygun nedensellik bağı teorisinin uygulamasına yaklaştığını, zira tazminat isteyen tarafın, karşı tarafın yükümlülük ihlalinin sonucunu öngördüğü veya öngörebilecek durumda olduğunu ispatlaması gerektiğini ifade etmektedir.

Nedenselliğin somut olay bakımından tespitinde şart kuramının geçerli olacağını belirtilmesinin ardından, nasıl bir inceleme izleneceğine değinilmelidir. Saidov, şart kuramının, bir başka yaklaşım ile ("*multiple sufficient causation*") beraber okunması gerektiğinin altını çizmekte tek bir olaylar zincirinin değil birbirinden bağımsız birden çok olayın nedenselliğinin incelenmesi gerektiğini savunmaktadır⁹². Böylece, şart teorisinin tespit ettiği olaylar zincirinin dışında kalan ve fakat zarar sebebiyet veren bağımsız olaylar da çoklu bir bakış açısıyla nedenselliğe dahil edilmektedir⁹³. Bu kuramın uyguladığı test, ihlal ile zarar arasındaki nedenselliğin ispatta önemli bir unsur niteliğinde olup olmadığının araştırılmasını esas almaktadır.

Ardından, Yazar, yukarıda açıklanan yaklaşımın eksik kaldığı hallerde bir başka teori ile ("*hypothetical alternative causation*"), ihlalin neden olduğu zararın tazminat kapsamına alınması gereğini savunmaktadır⁹⁴. Yazarın verdiği örnekte, alıcının iki farklı satıcıdan, kendi üretim zincirinde kullanmak üzere, iki farklı ürün tedarik ettiği ve ikinci satıcının edimini, ilk satıcının ifasını takiben belirli bir süre içinde ifa edeceği ihtimalde, ilk satıcının edimi ifa etmemesi üzerine ikinci satıcının her halukarda ifa etmeyeceğini ileri sürmesi bu son yaklaşım dahilinde

⁹⁰ Oğuzman/Öz, Cilt II, s.45.

⁹¹ H.ERCÜMENT ERDEM, *Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmeden Dönme*, Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, 2010, Cilt I, s. 877; Uygun nedensellik bağına öngörülebilirlik prensibi ile benzer uygulaması yönünde bkz. Schwenger/Hachem/Kee, N. 44.48.

⁹² Saidov, *Law of Damages*, s.82.

⁹³ Saidov, *Law of Damages*, s.82.

⁹⁴ Saidov, *Law of Damages*, s.84.

incelenmektedir⁹⁵. Nitekim, kabul edilen nedensellik kuramına göre, ilk satıcının, üretimin tamamlanamamasının ikinci satıcının ifa edimini ifa etmeyeceği olgusuna dayandığını ispat etmesi kendisini sorumluluktan kurtarabilecektir. Ancak, bu son yaklaşım uyarınca ilk satıcının yükümlülük ihlali ile zarar arasında nedenselliğin mevcudiyeti kabul edilmekte ve böylece alıcının tazminat talep hakkı doğmaktadır.

Son planda, nedenselliğin tespiti, ihlalden sonra ve fakat zarardan önce meydana gelen olguların sebep olduğu zararlar bakımından ayrıca önem teşkil etmektedir⁹⁶. Nitekim, ihlalden sonra gerçekleşen olguların (“*intervening cause*”) sebep olduğu zararların, her şartta sözleşmeyi ihlal eden tarafa yüklenmesi menfaat dengesine aykırı sonuçlar doğurabilecektir⁹⁷. Zira, bu olguların neden olduğu zarar, yükümlülük ihlalinin bir sonucu olamayabilecek, dolayısıyla, olaylar zincirinin halkaları arasındaki, nedensellik bağı koparabilecektir⁹⁸.

İhlalden sonra gerçekleşen ve zarara sebebiyet veren bu olgular; üçüncü kişilerin fiilleri ve/veya zarara uğrayan tarafın kendi eylemleri olabilecektir. Bu hallerde, tazminatın kapsamının belirlenmesine ilişkin olarak, CISG’ın, aşağıda ayrıca incelenmekte olan; öngörülebilirlik ilkesi, zararı azaltma külfeti, sorumluluktan kurtulma mekanizması ve ispat kuralları devreye girecektir⁹⁹. Nitekim, nedensellik bağının koptuğu bu son varsayımda tazminatın belirlenmesine ilişkin olarak farklı kurumların dikkate alınması gerekecektir.

⁹⁵ Saidov, *Law of Damages*, s. 85.

⁹⁶ Saidov, *Law of Damages*, s. 86.

⁹⁷ Saidov, *Law of Damages*, s. 86; Schwenger/Hachem/Kee, N. 44.51.

⁹⁸ Schwenger/Hachem/Kee, N. 44.51.

⁹⁹ Schwenger/Hachem/Kee, N. 44.51.

C. Tazminat Hesabına Alınacak Zararlar

1. Zarar Ayrımına İlişkin Kavramlar

a. Doğrudan Zarar - Dolaylı Zarar Ayrımı

CISG, Türk hukukunda olduğu gibi doğrudan/dolaylı zarar ayrımı yapmaksızın tam tazmin ilkesini benimsemiştir. Tazminat talep eden tarafın, zararını ve sözleşme ihlali ile nedensellik bağıını ispat etmesi gerekli ve yeterlidir. Ancak, pratikte dolaylı zararın bu bağlamda ispatının zor olabileceği ve özellikle öngörülebilirlik şartı dahilinde karşı tarafa yükletilmesinin imkansızlaşabileceği unutulmamalıdır. Nitekim, dolaylı zarar, zarara uğrayan tarafın ihlalin doğrudan sonucu olmayıp, eklenen bir sebeple uğradığı zarardır¹⁰⁰. Aynı problem, yukarıda değinildiği üzere, itibar ve portföy kaybı için de gündemdedir. Bu sonuncuların tazmini de olanak dahilinde olup ispat zorluğu tazminat imkanını pratik anlamda ortadan kaldırmaktadır.

Doğrudan ve dolaylı zararın tazmini ile hedeflenen, zarara uğrayan tarafa ekonomik konumunun geri kazandırılmasıdır¹⁰¹. Örneğin, borsada fiyatı değişen mallar için doğrudan zarar hesabında, sözleşme bedeli ile ihlal sonrası değer arasındaki fark esas alınacaktır¹⁰². Paralel olarak, bu son zarara uğramamak için alınan önlemlerin neden olduğu masraflar da doğrudan zarar kalemi olarak tazmin edilecektir. CISG m. 75 ve 76 hükümlerinin öngördüğü hesaplama metotları

¹⁰⁰ Oğuzman/Öz, Cilt II, s.42.

¹⁰¹ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art 74 s. 995: Müşteriler nezdinde itibarın her koşulda ve her şirket bakımından iş ilişkilerini kurarken güvendikleri ve yatırım yaptıkları önemli bir değer olduğu şeklinde bir genelleme yapılmaması gereği için bkz. Gardberg, s. 1 vd.; Müşteri nezdindeki itibarın faydaları hakkında ise bkz. Fombrun, s. 73 vd.

¹⁰² Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art 74 s. 995.

doğrudan zararın tazminine yöneliktir¹⁰³. Aynı şekilde, yoksun kalınan kâr da tipik doğrudan zarar kalemi olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁴.

Sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararlar, birincil veya doğrudan zarar olarak tanımlanmaktadır. Sözleşmenin sona erdirildiği ihtimalde bu zararlar, yukarıda belirtildiği üzere, m. 75 veya 76 hükümleri uyarınca hesaplanmaktadır. Sözleşmenin sona erdirilmediği ihtimalde dahi, ikame işlem yapmak zorunda kalan zarara uğrayan tarafın bu sefer ikame işleme esas alınacak fiyat üzerinden m. 74 uyarınca ifa etmeme tazminatı hesaplanması mümkündür¹⁰⁵. Paralel olarak, sözleşmeye konu malların ayıplı olması halinde de ayıplı ile ayıpsızın arasındaki değer farkı ile semenin indirilmesi bu son tazminata konu olacaktır. Ek olarak, ayıplı malların onarılabılır olduğu ihtimalde ifa etmeme tazminatı onarım için yapılacak masraflardan oluşacaktır. Bu son masraflar soyut olarak da hesaplanabilmektedir. Onarımın bilfiil gerçekleşmesi aranmamaktadır¹⁰⁶.

Dolaylı zarar ise, üçüncü kişilerle olan ilişkiler dolayısıyla uğranılan ekonomik kayıplardır. Örneğin, sözleşme bedelinin çek düzenlenmesi suretiyle ifa edildiği ihtimalde, çekin karşılıksız çıkması halinde, satıcının karşılıksız çek sebebiyle uğradığı zarar bir dolaylı zarar kalemi olarak tazmin edilecektir¹⁰⁷. Nitekim, dolaylı zarar, sözleşmesel yükümlülük ihlalinin, eklenen bir sebeple gündeme getirdiği zarardır¹⁰⁸.

Sonuç olarak, doğrudan ve dolaylı zarar ayırımına dayanan hukuk sistemlerinde, bu sonuncuların tazmini hususunda da (örneğin, nedensellik testi bakımından)

¹⁰³ Kröll/Mistel/Perales Viscasillas/*Gotanda* Art 74 s. 1003.

¹⁰⁴ Schwenger/Hachem/Kee, N.44.119.

¹⁰⁵ Schlechtriem/Schwenger/*Stoll/Gruber*, Art. 74 N.22; OLG Graz, 29.07.2004, CISG-Online N.1627; ICC, 20.12.1999, CISG-Online N.1646; Chamber of National and International Arbitration of Milan, 28.09.2001, CISG-Online N.1582.

¹⁰⁶ Jacob S. Ziegel, *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives*, *International Sales: The United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, ed. Matthew Bender, 1984, 9. Bölüm, s. 15.

¹⁰⁷ Kröll/Mistel/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art 74 N.26.

¹⁰⁸ Oğuzman/Öz, *Cilt II*, s. 42.

farklılık öngörölmüş olabileceği unutulmamalı, ancak bu son durumun da konu bakımından fark yaratmayacağı belirtilmelidir¹⁰⁹.

b. Olumlu Zarar – Olumsuz Zarar Ayrımı

CISG tazminat sistematüğinde, Türk hukukunda olduğu gibi olumlu/olumsuz zarar ayrımı¹¹⁰ yapılmamıştır. Olumlu zarar, tazminat alacaklısının, borcun ifasındaki çıkarının gerçekleşmemesi üzerine uğradığı zararı¹¹¹ ifade ederken; olumsuz zarar, hüküm doğurduğuna güvenilen bir sözleşmenin kurulmaması, geçersiz olması veya sona erdirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar olarak nitelendirilmektedir¹¹².

Olumlu zarar ifa menfaatinin boşa çıkması durumunda meydana gelen zarara denk geldiğinden, CISG’da tazminat talep hakkının doğduğu tüm hallerde olumlu zararın gündeme geleceği söylenebilecektir. Nitekim, olumsuz zarar (“*reliance loss*”) ayırımındaki mantık, sözleşmenin sona ermesi ile bu anlamda beklentinin de sona erecek olmasında yatmaktadır.

Öte yandan, tam tazmin ilkesinin kabul edilmiş olması ve zararın olumlu/olumsuz ayırımına konu edilmemesi sonucu doktrinde olumsuz zararın da tazmin edileceği

¹⁰⁹ Schwenzler/Hachem/Kee, N. 44.161

¹¹⁰ Yargıtay olumlu/olumsuz zarar ayrımını şu şekilde ifade etmektedir, “*Borçlu gereği gibi ve vaktinde yerine getirirse idi, alacaklının mameleki ne durumda olacak idiyse bu durumla eylemli durum arasındaki fark olumlu zararı oluşturur.(...) Olumsuz zarar ise, uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkmasıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla; sözleşme yapılmasaydı uğranılmayacak olan zarardır. Sözleşmenin feshinde istenebilecek zarar ise olumsuz zarardır. Sözleşmenin geçerliliğine ifa edileceğine inanılarak başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan zarar da olumsuz zarar kapsamında değerlendirilmektedir.*”, 13. HD. 16.04.1996 T, 1996/3653 E, 1996/3920 K

¹¹¹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 396: “*alacaklının malvarlığının borcun ifası halinde alacağı durum ile, borcun ifa edilmemiş olması halindeki durumu arasındaki fark olumlu zarardır.*”

¹¹² Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 396: “*güvenen kimsenin sözleşmenin hüküm ifade etmemesi veya kurulmaması halinde malvarlığının aldığı durum ile, bu olay hiç gerçekleşmese idi malvarlığının içinde bulunacağı durum arasındaki fark, olumsuz zarardır.*”

kabul edilmektedir¹¹³. Zira, genellikle, küçük tazminat olarak mütalaa edilen olumsuz zararın tazmininin, bazı durumlarda olumlu zararı aşabileceği unutulmamalıdır. Örneğin, satıcının sözleşmeyi sona erdirerek, çok daha fazla fiyattan bir başka alıcıyla işlem kurması durumunda olumsuz zarar daha fazladır¹¹⁴.

c. İfa Etmeme Zararı – İfa Etmeme Zararına Refakat Eden Zararlar - Devam Eden Zarar Ayrımı

Sözleşmesel yükümlülüğü, ihlaline bağlı olarak, tazmin edilebilir zararlar; ifa etmemeden doğan zararlar (“non-performance damages”); ifa etmeme zararına refakat eden zararlar (“incidental damages”); devam eden zararlar (“consequential damages”) ile yoksun kalınan kardan oluşmaktadır¹¹⁵.

CISG zararın tazmini bakımından, ifa etmeme zararı, ifa etmeme zararına refakat eden zararlar ve devam eden zarar bakımından bir ayırım yapmamaktadır.

İfa etmeme zararı, sözleşmenin ifa edilmemesinden veya ayıplı ifa edilmesinden doğan zararları kapsamaktadır. Örneğin, sözleşmenin ihlali nedeniyle, sözleşmeyi sona erdirerek ikame işlem yapan taraf bakımından, bu son işlem ile sözleşmede öngörülen semen arasındaki fark ifa etmeme zararı olarak meydana gelmektedir¹¹⁶.

İfa etmeme zararına refakat eden zararlar ise, zarara uğrayan tarafın sözleşmenin ihlalinin neden olduğu aksaklıklarla uğraşırken maruz kaldığı zarar olarak nitelendirilmektedir¹¹⁷. Örneğin, ayıplı malların onarımı ve neden olduğu zararın

¹¹³ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art 74 para 3; Saidov, *Law of Damages*, s., Blasé/Höttler, *Pace Int’ L. Rev.* 2006, s. 47; Atamer, *CISG*, s. 427.

¹¹⁴ Schwenzer/Hachem/Kee, N.44.132.

¹¹⁵ Schwenzer /Schwenzer, N.21; N.27; N.32.

¹¹⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, N. 3.

¹¹⁷ Schwenzer/Hachem/Kee, N.44.153; Ayrıca bkz. Hadley v. Baxendale kararında ifa etmeme zararına refakat eden zararlar, doğal olarak vuku bulan ve öngörülebilir nitelikte olan zarar kalemi olarak değerlendirilmiştir.

giderimi için yapılan masraflar, ifa etmeme zararına refakat eden zararlardandır. İfa etmeme zararına refakat eden zararlar sözleşme ihlalinin sebep olacağı fazladan dezavantajların bertaraf edilmesi için yapılan masraflardan oluşmaktadır¹¹⁸. Örneğin, teslim almayı reddeden alıcı sebebiyle karşılaşılan fazladan depolama masrafı, charter sözleşmesinin sonlandırılması, ikame malların kontrolü, zararı azaltmak adına yapılan harcamalar bu nevi masraflardandır¹¹⁹. Yine, zarara uğrayan tarafın, zararın artmasını engellemek ve/veya zarardan kaçınmak için aldığı önlemler için yaptığı masraflar kavramı altında değerlendirilmektedir ve ifa etmeme zararına refakat eden zararlar dahilinde tazminat kapsamına alınmaktadır. Diğer taraftan, yukarıdaki örneğe ilişkin olarak, belirtmek gerekir ki, malların incelenmesi için yapılan masraflar, ancak sözleşme sona erdirildiyse veya ikinci kez katlanılmak zorunda kalındıysa tazmin edilebilecektir¹²⁰. Nitekim, bu son masraflar, sözleşme ihlal edilmeseydi de, malların alıcısı tarafından karşılanacaktır.

Son olarak, devam eden zarar (“*consequential damages*”) kavramı ile ifadesi amaçlanan, sözleşmenin ihlali halinde doğan ek zararlardır¹²¹. Yoksun kalınan kâr, kâr elde etme şansından yoksun kalınması ve itibar ile portföy kayıpları, devam eden zarar kalemlerinin başlıca örnekleridir¹²².

¹¹⁸ Schwenger/Hachem/Kee, N.44.170.

¹¹⁹ Schwenger/Hachem/Kee, N.44.162; Schlechtriem/ Schwenger/Stoll/Gruber, N.10.

¹²⁰ Schwenger/Schwenger, Art. 74 N. 27.

¹²¹ Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, N. 32.

¹²² Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, N. 32; Dayıoğulu, s. 92.

2. Zarar Kalemleri

a. Fiili Zarar

Tazminatı düzenleyen genel hüküm niteliğindeki m. 74'ün ilk planda tazminini öngördüğü zarar türü fiili zarardır (“*damnum emergens*”)¹²³. Fiili zarar kavramı ile ifade edilmek istenen, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sonucu, zarara uğrayan tarafın aktifinde meydana gelen azalma ile pasifinde meydana gelen artıştır¹²⁴. Örneğin, malın ayıplı olması halinde değerindeki düşüklük ve tespiti için yapılan olağandışı muayene masrafları, tamirat için yapılan masraflar, tamiratı satıcı yapacak ise gecikmeden doğan zararlar ile geri gönderim masrafı, ayıplı malın yeniden satılması halinde ilk alıcının kendi alıcılarına ödemek zorunda kaldığı tazminat fiili zarar kalemi teşkil etmektedir¹²⁵.

Bu son anlamıyla, fiili zarar kavramı, zararın herhangi bir ayrıma tabi tutulmasından (doğrudan/dolaylı veya ifa etmemeye refakat eden/devam eden nitelikte olması gibi) bağımsız olarak tazminatın genel prensibini teşkil etmektedir¹²⁶. Paralel olarak, Türk hukukunda da fiili zarar olumlu ya da olumsuz zarar olarak gündeme gelebilmekte ve tüm zarar ayrımlarından bağımsız olarak tazminatın temelini oluşturmaktadır¹²⁷. Öte yandan, zararın meydana geliş biçimine ilişkin ayrımların tazminat kapsamının belirlenmesinde nasıl değerlendirileceğine aşağıda değinilmektedir.

¹²³ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art 74 N. 3.2.; Atamer, *CISG*, s. 429; Schwenger/Hachem/Kee, para 44.119.

¹²⁴ Oğuzman/Öz, Cilt 1, s.400, Atamer, *CISG*, s.429.

¹²⁵ Atamer, *CISG*, s.429; Alıcı tarafından ayıplı malların onarımı için yaptığı masraflara ilişkin mahkeme kararı için bkz. OLG Köln, 08.01.1997, *CISG-Online* N. 217.

¹²⁶ Huber/Mullis, s. 268.

¹²⁷ Oğuzman/Öz, Cilt 1, s.401.

b. Yoksun Kalınan Kâr

Yoksun kalınan kâr (“*loss of profit*”) kavramı ile, sözleşmesel yükümlülük ihlalinin engel olduğu, malvarlığında meydana gelecek, her nevi değer artışı ifade edilmektedir¹²⁸. Fiili zarara ilişkin açıklamalara paralel olarak, yoksun kalınan kâr da, genel anlamıyla, sözleşme tam ve doğru ifa edilseydi elde edilecek menfaat veya yarardan ihlal dolayısıyla mahrum kalınmasıdır¹²⁹. Öte yandan, öğretide bir diğer görüş¹³⁰, yoksun kalınan kârın, sözleşme bedeli ile sözleşmeye konu malın rayiç bedeli arasındaki fark olduğunu ileri sürmektedir.

Aynı şekilde, Türk hukukunda da, sözleşmesel yükümlülüğün ihlali sonucu kaçırılan ekonomik nitelikli fırsatlar alacaklının malvarlığında kesin olarak ya da büyük bir ihtimalle meydana gelebilecek bir artışı engellediği ölçüde yoksun kalınan kâr teşkil etmekte¹³¹ ve tazminat kapsamında mütalaa edilmektedir.

CISG m. 74 hükmü, fiili zararı takiben, yoksun kalınan kârın tazminini düzenlemektedir. Dolayısıyla, CISG’nin fiili zarar ile yoksun kalınan kârın her ikisinin tazminini aynı esaslar dahilinde düzenlediği vurgulanmalıdır¹³².

Bu düzenlemenin tek istisnası, yoksun kalınan kârın, fiili zarardan farklı olarak, m. 44’teki ön koşula takılabileceği hususudur¹³³. Nitekim, alıcı, malların sözleşmede öngörülen nitelikte teslim edildiği ihtimalde, bu yükümlülük ihlalinin,

¹²⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, N.36, para 22; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art 74 para 27; Saidov, *Pace Int’ L. Rev.* 2002, s. 317.

¹²⁹ Schlechtriem/ Schwenger/Stoll/Gruber, N.21; Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21.03.1996, CISG-Online N.187; Handelsgericht des Kantons Aargau, 19.12.1997, CISG-Online N.418; ICC N. 7585, 01.01.1992, CISG-Online N.105.

¹³⁰ Bianca/Bonell/Knapp, Art. 74, N.3.9.

¹³¹ 15. HD. 27.04.2006 T, 2005/2929 E, 2006/2493 K.

¹³² Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art 74, N. 25; *Sekreteryä Şerhi* 1978 Art 70 N. 3; *rotorex Corp. v. Delchi Carrier S.p.A.*, U.S. Ct. App. 2nd Cir., 06.12.1995, CISG-Online N.140; Joseph M. Lookofsky, *Consequential Damages in CISG Context*, 19 *Pace Law International Review* (Spring 2007/1), s. 74.

¹³³ ICC N. 9187, 01.06.1999, CISG-Online N.705.

m. 38 ve 39 hükmünde düzenlenen külfetler uyarınca, muayene ve ihbarla yükümlüdür. Bildirimde bulunmama makul bir özrü olan alıcı tazminat talep hakkını kaybetmeyecek, ancak m. 44 hükmü gereği yoksun kalınan kârı talep edemeyecektir¹³⁴.

Yukarıda değinildiği üzere, yoksun kalınan kâr, tazminatın kapsamının belirlenmesinde ikinci temel unsur niteliğindedir¹³⁵. Bu yaklaşım, yoksun kalınan kârın, ticari satım sözleşmelerinde alıcının sözleşmeye konu malları nihai kullanıcı olarak değil ve fakat satmak amacıyla temin ettiğinin öngörülebilir bir uygulama olmasının doğal sonucudur¹³⁶. Aynı şekilde, alıcının ilgili malları kendi üretim zincirinde kullanacağı bu bağlamda sözleşmenin ihlalinin aynı zamanda üretim zincirinde aksamaya sebep olacağı da öngörülebilir niteliktedir¹³⁷. Konusu para olan edimin ifa edilmemesi sebebiyle elde edilemeyen kâr veya yine bu bağlamda kaçırılan yatırım fırsatı da yoksun kalınan kâr örnekleridir¹³⁸.

Bu düzlemde, yoksun kalınan kâr, sözleşmenin ihlali ile engellenmiş, malvarlığında meydana gelebilecek her nevi artışı ifade ettiğinden, belirtmek gerekir ki, özel olarak ayıbın mevcut olduğu ihtimalde, yoksun kalınan kârın talep edilmesinin koşulu malların sözleşmeye uygun nitelikte olmadığına ihtarında (“*lack of conformity*”) bulunulmasına bağlı olacaktır¹³⁹.

Bu bağlamda, yoksun kalınan kâr, alıcı bakımından genellikle tekrar satım karı (“*loss of resale profit*”), olarak gündeme gelmektedir¹⁴⁰. Sözleşmeye konu malların hiç veya gereği gibi teslim edilmediği olasılıkta, alıcının tekrar satımdan kâr etme imkanını kaybettiği veya daha düşük fiyattan işleme konu yaptığı

¹³⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 N. 22, ICC N. 9187, 01.06.1999, CISG-Online N.705.

¹³⁵ Atamer, *CISG*, s.430

¹³⁶ Atamer, *CISG*, s.430, OGH, 06.02.1996, CISG-Online N.224; OGH, 28.04.2000, CISG Online N.581

¹³⁷ Saidov, *Law of Damages*, s.64, ICAC Case 310/1996, 26.09.1997; Schwenzer/Hachem/Kee, N.44.160.

¹³⁸ Saidov, *Law of Damages*, s.65,

¹³⁹ Honnold, Art. 74 N. 408

¹⁴⁰ Karşıt görüş için bkz; Raczyska, *NJCL 2007/2*, s.4, India Rapeseed davasında mahkeme, tekrar satım sözleşmesinin esas sözleşmeden daha sonra yapılmaması sebebiyle, satıcının ihlal dolayısıyla uğranılacak yoksun kalınan tekrar satım kârı zararının öngörülemeyeceğine hükmetmiştir. Karar için bkz. CIETAC, 29.09.2004, CISG-Online N.1600.

ihtimalde meydana gelen zarara denk gelmektedir¹⁴¹. Genel kural, alıcının sözleşme konusu mallar ile tekrar işlem yapacağını öngörülebilir ve ticari hayatın gereği olduğu yönündedir. Paralel olarak, uluslararası doktrinde genel kabul gören görüş, malların bir tacire satıldığı ihtimalde öngörülebilirlik testine¹⁴² gerek olmaksızın, her halükârda yoksun kalınan kâra hükmedileceğinin altını çizmektedir.

Bu yönde, Rusya’da verilen 23 Aralık 2004 tarihli kararda¹⁴³, mahkeme, satıcının piyasada aktif bir katılımcı olması ve alıcı ile arasında uzun süreli ticari ilişki bulunmasını, sözleşmenin ihlalini takiben yoksun kalınan tekrar satım kârını gündeme getirebilecek durumda olduğu yönünde değerlendirmiş ve bu anlamda tazminata hükmetmiştir¹⁴⁴. Nitekim, karara konu olayda, ilgili piyasadaki aktörlerin farkında olan satıcı, alıcının tüketici konumunda olmadığını bilincindedir, ek olarak taraflar arasında pek çok sözleşme akdedilmiş olması da birbirlerini ticari anlamda tanıyor oldukları sonucunu işaret etmektedir¹⁴⁵.

Yine, Almanya’da verilen 24 Ekim 1979 tarihli kararda, Alman peynir ithalatçısının, Hollandalı ihracatçıdan aldığı peynirlerin ayıplı çıkması üzerine müşteri kaybetmesi hususunda, mahkeme, ilgili piyasayı araştırdıktan sonra, minimal aykırılıkların bile bu sonucu doğurabildiği somut olayda ithalatçının durumu öngörebilmesinin kendisinden beklenilir olduğunun altını çizerek bu kapsamda tazminata hükmetmiştir¹⁴⁶.

Yoksun kalınan tekrar satım kârının hesaplamasında, aşağıda incelenen somut ve soyut hesaplama metotları uyarınca, sırasıyla, sözleşmede kararlaştırılan semen ile

¹⁴¹ Schlechtriem/ Butler, s.212; Dayıoğlu s. 93 ve orada dn. 128. Bu yönde kararlar için bkz. OGH, 06.02.1996, CISG-Online N.224; OLG Köln, 21.05.1996, CISG-Online N.254; BGH, 25.11.1998, CISG-Online N.353; U.S. District Court Eastern District of Kentucky, 18.03.2008, CISG-Online N.1652.

¹⁴² Bkz. aşağıda IV/B.

¹⁴³ RF CCI, 23.12.2004, CISG-Online N.1188: “the [Seller], as a professional participant of the market of this kind of goods, could not have been unaware of the fact that the [Buyer] is not the consumer of the delivered goods“.

¹⁴⁴ Raczysnka, *NJCL 2007/2*, s.5.

¹⁴⁵ Raczysnka, *NJCL 2007/2*, s.6.

¹⁴⁶ BGH 24 October 1979 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/791024g1.html>

tekrar satım bedeli arasındaki fark veya sözleşmede kararlaştırılan semen ile malların piyasa fiyatı arasındaki fark dikkate alınmaktadır.

Somut metot, 12 Şubat 1996 tarihli *Art Paper* davasında¹⁴⁷ uygulama bulmuştur. İlgili kararda alıcının tekrar satım sözleşmesi yapıp yapmadığı açık değildir. Ancak mahkeme, alıcının yapabileceği muhtemel bir ikame işlemi esas alarak bu işlem ile sözleşmede öngörülen semen arasındaki farkı yoksun kalınan kâr olarak nitelendirip, tazminat kapsamında hüküm altına almıştır. Davada, teknik anlamıyla somut metot ile tazminat hesaplaması yapıldığını belirtmek yerinde olmayacaktır.

İkinci metoda örnek ise, Rusya’da verilen 27 Mayıs 2005 tarihli karardır. Karara konu olayda, Türk alıcı ilgili piyasadaki oranları delil olarak sunmuş ve bu bağlamda yoksun kalınan tekrar satım kârını talep etmiştir¹⁴⁸. Mahkeme piyasadaki fiyatı esas alarak, alıcının ilgili piyasada gerçekleştirmeyi planladığı bir sonraki satımdan elde edeceği kâra, tazminat kapsamında hükmetmiştir.

Yoksun kalınan kâr, somut olarak ispat edilemediğinde ise kâr etme şansından yoksun kalınması (“*loss of chance*”) olarak tanımlanmaktadır¹⁴⁹. Kâr edilmesi şansından yoksun kalınması aşağıda ayrıca incelenmektedir. Dolayısıyla, bu noktada sadece, bu iki kavramın karıştırılmaması adına, yoksun kalınan kâr kavramının, kâr elde etme şansından yoksun kalınması değil ve fakat sözleşmeye aykırı davranışın engellediği bir malvarlığı değer artışı olduğu tekrar vurgulanmakla yetinilecektir¹⁵⁰.

Yoksun kalınan kârın hesaplanmasında bir diğer önem arz eden husus tazminatın kapsamına ilişkindir. Honnold, ancak somut olarak uğranılan kâr kaybının talep edebileceği görüşünü savunmaktadır¹⁵¹. Knapp, buna karşılık, yoksun kalınan kârın hesaplanmasında gerçekten uğranılan kâr kaybının yanı sıra, ihlalden dolayı

¹⁴⁷ CIETAC, 12.02.1996, CISG-Online N.1123; benzer karar için bkz. OLG Köln, 12.01.2007, CISG-Online N.1581.

¹⁴⁸ RF CCI, 27.05.2005, CISG-Online N.1456.

¹⁴⁹ Saidov, *Law of Damages*, s.65.

¹⁵⁰ Schlechtriem/ Schwenger/*Stroll/Gruber*, N.21.

¹⁵¹ Honnold, Art. 74 N. 408.

zarara uğrayan tarafın belli bir zaman dilimiyle sınırlı olmaksızın bekleyebileceği ve ancak diğer tarafça da öngörülebilir kâr kaybının da dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁵². Örneğin, ilk görüşe göre yoksun kalınan kâr, zarara uğrayan tarafın, sözleşme konusu malları tekrar satımından elde edeceği kâr ile sınırlı iken, ikinci görüşe göre, malların piyasa fiyatı olmasa ve tekrar satımı amaçlanmıyor olsa dahi ileride tekrar satacak olması kendisinden bekleniyorsa, kârdan yoksun kaldığı tespit edilerek tazminata hükmedilmesi gerekmektedir.

Yoksun kalınan kârın hesabı, ticari işletme bakımından ele alındığında, sözleşme ihlalinin gündeme gelmediği ihtimalde kazanacağı ile fiili durumdaki kazancının farkına tekabül ettiğinden, ilgili finansal verilere başvurulması gereğini doğuracaktır. Ayrıca, işletme nezdinde, yoksun kalınan kârın sadece net kâra işaret etmediği, ayrıca işletmenin sabit masraflarına oranla tespit edilebileceği tartışılmaktadır.

Ticari işletmenin değer kaybı ihtimalinde, zarar gören taraf ancak sözleşmenin kurulduğu tarihte karşı tarafı bu nevi bir kaybın gündeme gelme ihtimalinden veya somutlaşmış bir potansiyel riskin varlığından haberdar etmişse, bu zararının tazminini talep edebilecektir. Yazarın görüşü öngörülebilirlik prensibiyle örtüşmektedir. Aksi halde, ticari işletme işletenin bu anlamda gerekli önlemleri alabilecek ve bu nevi zararlardan kaçınabilecek nitelikte olduğu varsayımı devreye girecek, ve zararın tazmini talep edilemeyecektir.

Ticari işletmenin kazanç kaybının hesaplanmasında üç temel metot mevcuttur. İlki, ("*Before and After Approach*")¹⁵³; genel anlamda ihlalin sebep olduğu kaybı hesaplarken ticari işletmenin ihlal öncesi ve sonrası mali durumunu tespit ederek hesaplama yapılmasını esas almaktadır. İkinci metot, ("*Yardstick Approach*")¹⁵⁴; ticari işletmenin ihlal sonrası kârlılığını mukayese edilebilir bir başka işletme ile

¹⁵² Bianca/Bonell/Knapp, Art 74 N.3.9.

¹⁵³ Kenneth M. Kolaski/ Mark Kuga, *Measuring Commercial Damages via Lost Profits or Loss of Business Value: Are these Measures Redundant or Distinguishable?*, Journal of Law and Commerce, Fall 1998, S. 18, s. 2.

¹⁵⁴ Kolaski/ Kuga, *18 J.L. & Com.*, s. 2.

karşılaştırarak kaybı tespit etmektedir. Üçüncü metot, (“*Company or Market Forecast Approach*”); ticari işletmenin alım-satım projeksiyonunu yaparak ve ilgili sanayi dalı ile buna bağlı piyasaları inceleyerek olası kazanç kaybını hesaplamaktadır¹⁵⁵.

Yoksun kalınan kârın, yukarıda sayılan yaklaşımlara ek olarak; hesaplanma metodunda da yeknesak bir uygulama mevcut değildir. Schwartz, finansal verinin mahkemece incelenmesi ve çeşitli projeksiyonlar uygulayarak değişikliklerin yarattığı etkinin saptanması gerektiğini savunmaktadır¹⁵⁶. Yazarın belirttiği üzere, finansal veri incelenirken, faiz oranları, enerji fiyatları ve ham madde maliyetleri dikkate alınacaktır¹⁵⁷. Özellikle art arda teslimli sözleşmelerde bu inceleme daha fazla önem arz etmektedir¹⁵⁸. Nitekim, gelecekte beklenen kazancın ihlalden etkilenmesi sonucu daha fazla kayıp ortaya çıkabilecektir¹⁵⁹. Bu sebeple, güncel ve gelecekteki pazar payı ile rekabet ortamı, gelecekteki tüketici alım alışkanlıkları, ekonomik trendler, enerji ve lojistik masrafları ve pek çok bu nevi değişken analizde dikkate alınmalıdır.

Bir diğer sorunsal, güncel hesaplamada, gelecekteki piyasa fiyatının nasıl dikkate alınacağı hususudur¹⁶⁰. Hesaplamaya ilişkin, üç farklı metot benimsenmektedir. İlk metot, (“*Discounted Net Cash Flow Approach (Economic Income)*”)¹⁶¹ ticari işletme değerini, elde edilecek müstakbel ekonomik gelirin güncel değeri olarak nitelendirmektedir. İkinci metot, (“*Capital Market Approach (Guideline Publicly Traded Company)*”)¹⁶², ticari işletme değerinin, basiretli ve makul sermaye piyasası yatırımcısının ilgili şirkette pay sahibi olmak amacıyla ödeyeceği semen esas alınarak hesaplanması gerektiğini savunmaktadır. Üçüncü metot ise,

¹⁵⁵ Kolaski/ Kuga, *18 J.L. & Com.*, s. 2.

¹⁵⁶ Damon Schwartz, *The Recovery of the Lost Profits Under Article 74 of the U.N. Convention on the International Sale of Goods – An analysis of court and arbitral decisions to determine possible causes of non-conformity and to identify solutions that would increase the consistency of awards*, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006, S.1, s. 6.

¹⁵⁷ Schwartz, *NJCL 2006/1*, s. 7.

¹⁵⁸ Schwartz, *NJCL 2006/1*, s. 7.

¹⁵⁹ Schwartz, *NJCL 2006/1*, s. 7.

¹⁶⁰ Schwartz, *NJCL 2006/1*, s. 7.

¹⁶¹ Kolaski/ Kuga, *18 J.L. & Com.*, s. 2.

¹⁶² Kolaski/ Kuga, *18 J.L. & Com.*, s. 2.

(“*Comparative Market Transaction Approach*”)¹⁶³, ticari işletme değerini, ilgili işletme ile yakın bir zaman diliminde devre konu olmuş, karşılaştırılabilir nitelikteki işletmelerin mukayesesi suretiyle tespit etmektedir. Ticari işletmenin mahrum kaldığı kârın hesaplanmasında, şirket payının veya şirketin kendisinin değerinin esas alınması, bir ticari işletme satımını işaret etmemektedir. Nitekim, bu husus CISG’ın uygulama alanı dışındadır.

Ticari satışlarda, kârın en azından sözleşme dolayısıyla yapılan masrafları karşılayacağı esastan yola çıkılarak, boşa çıkan masrafların minimum zarar tutarını oluşturacağı vurgulanmalıdır¹⁶⁴. Dolayısıyla bunlar, yoksun kalınan kâr yerine bir maddi zarar kalemi olarak talep edilebilecektir¹⁶⁵. Başka bir deyişle, boşa çıkan masraflar, daha yüksek bir yoksun kalınan kârın ispatlanamadığı ihtimalde, tazminatın minimumunu oluşturmaktadır¹⁶⁶.

Yoksun kalınan kârın sadece dava tarihine kadar meydana gelen miktarla sınırlı olmaksızın, dava tarihinden sonra meydana gelecek kazanç kaybını da içerecek şekilde yorumlanması gereği savunulmaktadır. Bu görüş uyarınca, zarara uğrayan, öngörülebilirlik ve nedensellik kuralları bağlamında, makul kesinlik derecesinde ispat edeceği müstakbel kazanç kaybını da tazminat kapsamında m. 74 uyarınca talep edebilecektir¹⁶⁷.

Diğer taraftan, ileride doğacak kâr yoksunluğunun götürü ücret şeklinde hesaplanması ve bu bağlamda bir sözleşme hükmü kurgulanması da her zaman olanak dahilindedir¹⁶⁸.

¹⁶³ Kolaski/ Kuga, *18 J.L. & Com.*, s. 2.

¹⁶⁴ Atamer, *GSÜHFD 2013/1*.

¹⁶⁵ CIETAC, 31.06.2005, CISG-Online N.1715, CIETAC, 26.12.2005 CISG-Online N.1744

¹⁶⁶ Schwenger/*Schwenger*, para 38.

¹⁶⁷ Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art 74 s. 998.

¹⁶⁸ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art 74 N.3.9.

c. Kâr etme şansından yoksun kalınması

Fırsat kaybı (“*loss of opportunity*”) olarak da ifade edilen kâr etme şansından yoksun kalınması, iki sebeple tazminat kapsamına dahil edilmelidir. İlk olarak, kazanç şansı bir malvarlığı unsuru olarak kabul edilmektedir, nitekim ticari hayatta bu nevi şansların kazanca dönüştürülmesi önem arz etmektedir. İkinci olarak, salt ispat zorluğundan kazanç kaybına uğrayan tarafın tazminat talep edememesi hakkaniyete aykırı nitelendirilmektedir¹⁶⁹.

Türk hukukunda yoksun kalınan fırsatlar kavramı kapsamında değerlendirilen, kâr etme şansından yoksun kalınması, kaybedilen fırsatın ekonomik nitelikli bir zarar olması ve sözleşmesel yükümlülüğün ihlali ile arasında uygun nedensellik bağı bulunması halinde tazminat kapsamına alınabilmektedir¹⁷⁰. Ancak, Yargıtay uygulamasında, bu nevi zararların tazmini için neredeyse kesin ispat aranmaktadır¹⁷¹.

Kâr etme şansından yoksun kalınması, somutlaşması belirsizlik arz ettiğinden, CISG uygulamasında da, genellikle tazminat kapsamında değerlendirilmeyen zarar türlerindedir¹⁷². Nitekim, ekonomik menfaat prensibine göre, zarara uğrayan işletmenin bilançosu incelendiğinde tespit edilmeyen zararlar tazminat kapsamı dışındadır¹⁷³. Karşı görüş ise, modern ticarete bu son yaklaşımın yeterli

¹⁶⁹ Djakhongir Saidov, *Standards of Proving Loss and Determining the Amount of Damages*, Journal of Contract Law, 2006, S. 22, s.40; Saidov, *Law of Damages*, s. 255: Yazara göre, kâr elde etme şansından yoksun kalınmasının iki halde tazminata konu olduğu kabul edilmektedir; ilki kâr elde etme şansının kendisinin sözleşmenin konusu olması; ikincisi ise zarara uğrayanın aranan kesinlikte yoksun kalınan kârı ispat edemediği haldir.

¹⁷⁰ Erdem Büyüksağış, *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*, İstanbul, 2007, s.246.

¹⁷¹ Erdem Büyüksağış, s.249; 4. HD, 09.03.1978 T, 1977/6647 E, 1978/3047 K; 4. HD, 27.10.1989 T, 3793 E, 8235 K; HGK, 28.11.2001 T, 2001/11-1103 E, 2001/1084 K.

¹⁷² HG des Kantons Zürich, 10.02.1999, CISG-Online N.488.

¹⁷³ Kolaski/ Kuga, *18 J.L. & Com.*, s. 8.

olmadığı, zarara uğrayan tarafın elde edilmesi muhtemel menfaatinin de nazara alınması gerektiği yönündedir¹⁷⁴.

Buna karşılık, özellikle bu son kâr etme şansını sağlamak için sözleşmesel ilişkiye giren tarafın, sözleşme ihlali sonucu umduğu menfaatten mahrum kalması da hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bu sebeple, kâr etme şansından yoksun kalınmasının da tazminat kapsamına alınması gerektiği savunulmaktadır¹⁷⁵. Nitekim, müzayede ve ihalelerde olduğu gibi şans unsurunun sözleşmenin bütünüleyici ögesi olduğu hallerde kâr etme şansından yoksun kalınması tereddütsüz tazminata konu olacaktır¹⁷⁶. Örneğin, satıcının sözleşmesel yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle, alıcının önemli bir ihaleye katılamaması ihtimalinde, alıcının ilgili piyasada faaliyet gösteren potansiyel müşterileriyle iş ilişkisi kuramaması ve bu bağlamda kâr etme şansını kaçırmaması tazminat hesaplamasında dikkate alınmalıdır. Yine, aynı örnekte alıcının ihaleye iyi şartlarda katılamaması ve beklediği rekabet koşullarını sağlayamaması sonucu kaçırdığı fırsatlar da bu bağlamda değerlendirilmelidir. Başka bir ifadeyle, kâr elde etme şansının kendisi de bir malvarlığı unsuru olarak mütalaa edilmelidir. Nitekim, ticari hayatta bu nevi fırsatların değerlendirilmesi özellikle önem arz etmektedir. Ek olarak, Saidov'un haklı olarak vurguladığı gibi, ticari hayatta fırsatların değerlendirilmesi beklentisi ile pek çok yatırım yapılabilmektedir¹⁷⁷.

Diğer taraftan, kâr etme şansından yoksun kalınması dolayısıyla meydana gelen zararın nasıl hesaplanacağı ayrı bir tartışma konusu oluşturmaktadır. İlk görüş, kâr etme şansından yoksun kalınmasının bağımsız bir değer arz ettiği esasına dayanarak kâr elde etme şansının ekonomik karşılığının hesaplanarak tazmin

¹⁷⁴ Schwenger/ Hachem/ Kee, N.44.22, N.44.23.

¹⁷⁵ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art 74 N.58.

¹⁷⁶ Saidov, *Law of Damages*, s.71, ve orada dn. 209 "Bridges arguing that to be recoverable the lost chance must constitute the subject matter of the transaction or at least an integral part of it..."

¹⁷⁷ Saidov, *Law of Damages*, s.72, Yazar İsviçre mahkemesinin kararını örnek olarak vermiştir, kararda mahkeme, satıcının kitap ve katalogları sözleşmede öngörülen vadede teslim etmemesi sebebiyle, alıcının, sanat sergisi ve basın konferanslarına katılamaması sonucu potansiyel müşteri çevresini kaybetmesini tazminata konu edilemeyecek bir zarar olarak değerlendirmiştir, HG des Kantons Zürich, 10.02.1999 CISG-Online N.488. Aksi değerlendirme için bkz. ICC Case N. 9078 of October 2001.

edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁷⁸. İkinci görüş, kâr elde etme amacıyla yatırıma konu olan değer kadar bir tazminata hükmedilmesi gerektiğinin altını çizmektedir. Bir diğer görüş ise, kazancın gerçekleşme olasılığı odak alınarak hesaplama yapılmasını önermektedir¹⁷⁹.

İlk görüş esas alınarak yapılacak hesaplamada, kâr etme şansından yoksun kalınması iki aşamalı olarak ele alınmakta ve değerlendirilmektedir. İlk olarak, olası menfaatin ekonomik değeri saptanacak, ardından, bu sonuncunun elde edilebilirliği tespit edilecektir. Kâr etme şansından yoksun kalınma, meydana gelme ihtimali ile doğru orantılı olarak hesaplanacaktır¹⁸⁰.

Bu düzlemde, kâr elde etme şansından yoksun kalınması, genellikle, bir değerlendirme metodu olan, gelecekteki nakit akışının indirgenmesi “*Discounted Cash Flow (DCF)*” ile hesaplanmaktadır¹⁸¹. Bu yöntem ile, gelecekte elde edilecek kâr, belirli bir oran uygulanarak indirilmekte, böylece gelecekteki nakit akışının güncel değeri tespit edilmektedir¹⁸². Ancak, metodun uygulanması pratikte, gelecekteki piyasa koşullarının tespitinde uluslararası kabul görmüş yeknesak uygulama bulunmaması sebebiyle, zorluk teşkil etmektedir¹⁸³.

¹⁷⁸ Schwenzler/Hachem/Kee, N. 44.211.

¹⁷⁹ Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art 74 N.62.

¹⁸⁰ Saidov, *Law of Damages*, s. 256: Saidov şu örneği vermektedir; elde edilecek kârın £ 10,000,000 tutarında olduğu ve sırasıyla %50, %30, %25 oranla gerçekleşmesi beklenen olgulara bağlı olduğu ihtimalde, tazminat tutarı £ 375,000 olarak hesaplanacaktır.

¹⁸¹ John Y. Gotanda, *Recovering Lost Profits in International Disputes*, s. 90.

¹⁸² Örneğin, alıcı temin ettiği 100.000 TL değerindeki malları, 2 yıl sonra 150.000 TL'ye satmayı böylece 50.000 TL kâr elde etmeyi planlamaktadır. Nitekim, finansal veriler bu beklentiyi haklı kılmaktadır. Ancak, sözleşmenin ifa edilmemesi sonucu bu beklentisi boşa çıkar. Bu durumda, alıcının zararı gelecekteki 150.000 TL'nin güncel değeri tespit edilerek hesaplanacaktır. Esasen burada paranın itibari değeri teorisine aykırı bir sonuç amaçlanmamaktadır. Zira, alıcı 2 yıl sonra elde edeceği kâra 2 yıl önce kavuşmaktadır. Güncel değer hesaplanırken, 150.000 TL'ye bir oran uygulanarak, meblağ indirilecektir. Bu oran, genellikle ulusal bankaların güncel faiz oranlarından esinlenerek tespit edilmektedir. Esas alınan oran ile elde edilecek iki yıllık kâr 100.000 TL'ye eklenecektir.

¹⁸³ Matt Monson, *Valuation Using Hedonic Pricing Models*, *Cornell Real Estate Review*, S. 7, 2009, s. 62.

d. İşlem Hacmi Kaybı

İşlem hacmi kaybı (“*loss of volume*”), yoksun kalınan kâr olarak da nitelendirilmektedir. Ancak, yoksun kalınan kârın özel bir türünü oluşturmaktadır ve CISG’da tazmininin kapsam dahilinde olup olmadığına ilişkin açık düzenleme bulunmamaktadır¹⁸⁴.

Doktrinde, CISG sistematüğinde, işlem hacmi kaybının tazmin edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁸⁵. Nitekim, eş zamanlı birden çok talebin olduğu durumlarda bunlardan birini ikame işlem olarak nitelendirerek bu bağlamda m. 75 uyarınca zarar hesaplanması¹⁸⁶ her zaman makul bir yöntem teşkil etmeyecektir. Paralel olarak, bugün artmakta olan eğilimi yansıtan CISG Danışma Konseyi’nin benimsediği görüş¹⁸⁷, kâr etme şansından yoksun kalınmasını tazmin edilebilir bir zarar kalemi olarak nitelendirmektedir.

Sözü geçen zarar kalemi, satıcının ticari faaliyetlerindeki arz-talep dengesi ve işlem hacmi ile ilgilidir¹⁸⁸. Bu zararın oluşumunda, satıcının arz edebilme kapasitesi, alıcı taleplerini aşmaktadır. Böylece, alıcının sözleşme konusu malları almaması satıcının daha az mal satabilmesi sonucunu doğurmaktadır¹⁸⁹. Bu durumda satıcının malları bir üçüncü tarafa satması, ikame işlem teşkil etmeyecektir¹⁹⁰. Nitekim, satıcının arz edebilme kapasitesine paralel olarak bu son işlem her halükârda yapılabilecektir. Dolayısıyla, burada işlem hacim kaybı, somut metot uyarınca değil, somut olayın şartlarına göre tespit ve talep edilecektir. Bu nedenle, m. 74 veya 76’ya dayanılarak talep edilmesi önemlidir.

¹⁸⁴ Saidov, *Law of Damages*, s.60.

¹⁸⁵ Schwenger/ Hachem/ Kee, N. 44.210.

¹⁸⁶ Bkz. aşağıda III/G/1/c.

¹⁸⁷ CISG-AC Opinion No 8, Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76, 15.11.2008. Gotanda.

¹⁸⁸ E. Allan Farnsworth, *Damages and Specific Relief*, American Journal of Comparative Law, 1979, S.27, s. 250.

¹⁸⁹ Farnsworth, 27 *Am. J. Comp. L.*, s.250.

¹⁹⁰ Farnsworth, 27 *Am. J. Comp. L.*, s.250.

Zira, somut bir ikame işlem esas alınarak tazminat hesaplaması yapılan, m. 75 hükmü uyarınca tazmini olanak dahilinde değildir.

Yukarıdaki açıklamalara paralel olarak, işlem hacim kaybı kavramı, her zaman ikame işlem yapması mümkün iken satıcının, alıcının siparişini iptal etmesi üzerine, sözleşmeye konu malları bir başka alıcıya aynı fiyattan satması ve yine de zarar etmesi hali olarak özetlenebilecektir¹⁹¹. Nitekim ikame alımın veya bir başka alıcıya satımın mümkün olduğu bir hal her zaman gündemdedir. Delchi Mahkemesi bir kararında, CISG’in işlem hacmi kaybı şeklinde meydana gelen yoksun kalınan kârın tazminini öngördüğünü belirtmiş, ancak alıcının işlem hacim kaybının tazmini talebini reddetmiştir¹⁹². Bu hükmü kurarken mahkemenin gerekçesi, zararın makul derecede öngörülebilir miktarla sınırlı olarak tazmin edilmesi gereğidir. Mahkemenin çözümü isabetsizdir, zira Schneider’in de vurguladığı gibi, sözleşme ifa edilseydi malvarlığının olacağı durumu bir finansal bütün olarak algılamak gerekmektedir¹⁹³ ve ek olarak CISG’da makul olma kistası bu anlamda mevcut değildir.

İşlem hacmi kaybını konu alan tazminat talebi, ihlali takiben sözleşmenin sona erdirilmesi üzerine gerçekleştirilen ikame işlem esas alınarak somut metotla tazminat hesaplanmasını düzenleyen, m. 75 ile aynı anda ileri sürülmemelidir. Nitekim, bu son hesaplama metodu fiili zarar ile yoksun kalınan kârın kapsadığı bir tazminat hesaplaması sunmaktadır. Dolayısıyla, işlem hacmi kaybı talebiyle birlikte ikame işlemin yapıldığının kabulü ve bu sonuncunun tazmini, mükerrer tazmin teşkil edecektir ki bu sonuçtan kaçınmak gerekmektedir¹⁹⁴.

¹⁹¹ Saidov, *Law of Damages*, s.68; Ziegel, *The Remedial Provisions in the Vienna Sales Contract: Some Common Law Perspectives*, s.40; Farnsworth, *Damages and Specific Relief*, s. 251; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, s.; OGH, 28.04.2000, CISG-Online N.581; U.S. District Court N.D. of New York, 09.09.1994.

¹⁹² U.S. District Court N.D. of New York, 09.11.1994, CISG-Online N. 88-CV-1078, kararda şu ifadeye yer verilmiştir: “*the CISG allows lost profit resulting from a diminished volume of sales.*”.

¹⁹³ Eric C. Schneider: Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analysis of Two Decisions, *Journal of International Law*, 1996, 16.4, s. 628; Galvan, s. 31.

¹⁹⁴ Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas/Gotanda, Art 74 N.56.

Gotanda, bu görüşün benimsendiği Avusturya Mahkemesi kararını¹⁹⁵ örnek olarak değerlendirmiştir¹⁹⁶. Bu son davada işlem hacmi kaybına yönelik yoksun kalınan kârın tazmin edilmesine, hem Avusturya hem de Alman içtihat hukukuna da paralel olarak, CISG m. 74 kapsamında hükmedilmiştir. Bu düzlemde Mahkeme, tazminatın kapsamını, ihlal edilen sözleşmede öngörülen semen ile daha fazla alım yapılmak zorunda kalınmayışı menfaatinin arasındaki fark (“*profit margin*”) olarak tespit etmiştir.

e. Müstakbel Zararlar

Tazminata konu zarar kalemleri bakımından bir diğer ayırım müstakbel zarar (“*future loss*”) kavramı ile ifade edilmektedir. Müstakbel zarar, zararın hesaplandığı tarihe kadar gerçekleşmiş olmayan fakat bir unsurun eklenmesine gerek olmaksızın, ileride kesin olarak gerçekleşmesi beklenen zarardır¹⁹⁷. Bu anlamıyla müstakbel zarar, genellikle, ileride gerçekleşecek yoksun kalınan kâr olarak gündeme gelecektir.

“Müstakbel zararlar” ifadesi ile hedeflenen, zarara uğrayan tarafın sadece meydana gelmiş fiili zararının ve yoksun kalınan kârın değil, gelecekte uğrayacağı zararının da tazminat kapsamına alınmasıdır¹⁹⁸. Özellikle, dönemsel sözleşmelerin ve vadeli işlemlerin ihlalinde müstakbel zararlar gündeme gelebilecektir. Farklı zarar kalemlerinde meydana gelebilecek olan müstakbel zararlar hesaplanırken güncel değer esas alınacaktır¹⁹⁹.

¹⁹⁵ OGH, 28.04.2000, CISG-Online 581.

¹⁹⁶ Gotanda, 36 *Geo. J. Int'l L.*, s. 88.

¹⁹⁷ Oğuzman/Öz, Cilt II, s.43; Çakırca, s. 31: Müstakbel zarar, gelecekteki zarar olarak ta nitelendirilmektedir, bkz. Büyüksağış, s.89: “*hüküm tarihine kadar gerçekleşmemiş, fakat başka bir unsurun eklenmesine gerek olmaksızın normal olarak gerçekleşmesi beklenen zarar, gelecekteki zarardır.*”.

¹⁹⁸ Saidov, *Law of Damages*, s. 75; aksi karar için bkz. ilgili sayfadaki dn. 237: ICC N.7660, 23.08.1994, CISG-Online N.129.

¹⁹⁹ Saidov, *Law of Damages*, s. 246: “*...a proper determination of future net profits will take account of future reliance losses. Therefore, it is only losses other than reliance losses (often*

Bu bağlamda, örneğin, bir zincir satımda alıcı, sözleşme ihlali dolayısıyla, kendi alt alıcılarına karşı yerine getiremeyeceği yükümlülükler dolayısıyla gelecekte karşılaşacağı tazminat taleplerini borçludan talep edebilecektir. Bu örnekte, müstakbel zarar ileride meydana gelecek bir dolaylı zarar kalemidir. Yine, alıcı, sözleşmede öngörülen nitelikte olmayan edimin ifası üzerine ileride kendi üstleneceği onarım giderlerini müstakbel zarar adı altında tazminat talebine konu edebilecektir. Ek olarak, vadeli işlemlerde yoksun kalınan kâr bir müstakbel zarar olarak gündeme gelecek ve bu bağlamda telafi edebilecektir.

Müstakbel zararların hesaplanmasında, ilk olarak CISG hükümleri uyarınca tazmin edilebilir nitelikte olanlar tespit edilecek, ardından bunların güncel değerleri belirlenecektir²⁰⁰. Bu sonuncunun daha sonra hüküm anına uygunluğu denetlenecektir. Zira, CISG uyarınca, tazminatın hesaplanmasında esas alınacak an hüküm tarihidir²⁰¹.

CISG sistematüğinde, müstakbel zararların tazminata konu olup olamayacağı hususunda da açık hüküm tesis edilmemiştir²⁰². Nitekim, m. 74 hükmünün lafzı, meydana gelmiş zararı vurgulamaktadır. Ancak, Saidov'un da belirttiği üzere, müstakbel zararın ileride somutlaşacağı kesin olan zarardan oluştuğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, CISG'in tam tazmin ilkesi paralelinde bu nevi zararların da tazmin edilmesi gerekmektedir²⁰³.

termed as incidental and consequential (excluding lost profits) losses, which can be claimed in addition to lost profits”.

²⁰⁰ Saidov, *Law of Damages*, s. 247.

²⁰¹ Saidov, *Law of Damages*, s. 247: Yazarın atf yaptığı Mansonville Plastics BC Ltd v Kurtz GmbH (n 87), Supreme Court of British Columbia, 21.08.2003, CISG-Online N.1017 kararında gelecekte doğacak zarar hüküm tarihinde arz ettiği değere somut olayın koşulları ışığında uygun olduğu saptanan faiz oranı uygulanarak hesaplanmıştır.

²⁰² Sieg Eiselen, Unresolved damages issues of the CISG: a comparative analysis, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* (2005/1), S.38, s. 32.

²⁰³ Saidov, *Law of Damages*, s.75.

f. İtibar ve Portföy Kaybı

Portföy ve itibar, iki farklı ekonomik kavramı ifade etmektedir. Portföy, tarafın kendi müşterileriyle ilişkilerindeki konumunu, itibar ise tarafın ilgili piyasada kamuya karşı durumunu hedef alan terimlerdir²⁰⁴.

Portföy, ticari hayatta pek çok anlama gelebilmektedir. İlk olarak, müşterilerle olan pozitif ticari ilişki olarak nitelendirilebilir²⁰⁵. Ardından, portföy, şirketin normalden fazla kâr etme kabiliyetine işaret edebilir²⁰⁶. Ve yine, Genel Kabul Görmüş Muhasebe İlkelerindeki (“*Generally Accepted Accounting Principles*”) tanımıyla, portföy, ticari kazanımlarda, piyasa koşullarına nazaran fazla fiyattan satım gücü olarak gündeme gelebilecektir²⁰⁷. Bu tanımlamayla, şirketin malvarlığı dahilinde ekonomik değer arz eden bir malvarlığı unsuru olarak değerlendirilmektedir.

Portföy ve itibar kavramlarının çok yakından ilişkili olduğunu belirten, Bridge’e göre; portföy kaybı (“*loss of goodwill*”) , açık ve somut olarak ispat edildiği ölçüde, itibar kaybının (“*loss of reputation*”) finansal ifadesi olarak değerlendirilmelidir²⁰⁸.

Türk hukukunda, portföy tazminatı, müşteri tazminatı²⁰⁹ ve denkleştirme talebi²¹⁰ adı altında ticari işletme hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Bu bağlamda portföy tazminatı, acente veya tek satıcı gibi tacir yardımcılarının devamlılık gösteren sözleşme ilişkilerine bağlı olarak temsilciliğini veya dağıtımını yaptığı ürün nedeniyle kurduğu müşteri çevresini sözleşmenin sona ermesi yüzünden

²⁰⁴ Schwenzer/Hachem/Kee, s. 618, N.44.189.

²⁰⁵ Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art 74 N.64.

²⁰⁶ Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art 74 N.64; ayrıca bkz. ilgili sayfadaki dn. 127.

²⁰⁷ Christophe Bouteiller/Catherine Karyotis, *The Evaluation of Intangibles: Introducing the Optional Capital*, Investment Management and Financial Innovations, S. 7, 2010, s.85.

²⁰⁸ Bridge, s. 591.

²⁰⁹ Ünal Tekinalp, *Türk Hukuku’nda Acentanın “Portföy Akçası” Talebi*, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara, 1998, s.4; 19. HD. 21.03.2008 T, 2007/9285 E, 2008/2759 K.

²¹⁰ H. Ercüment Erdem, *Tek Satıcılık Sözleşmesinde Denkleştirme Talebi*, Ünal Tekinalp’e Armağan, s.91.

kaybetmesi sonucunda uğradığı zarar ile, müvekkilin veya yapımcının aynı müşteri çevresinden sözleşmenin sona ermesinden sonra da yararlanmaya devam etmesi nedeniyle elde ettiği kazancın denkleştirilmesi için yapılan talep olarak tanımlanmaktadır. Diğer taraftan, itibar kaybı ise, manevi zarar kalemi olarak nitelendirilmekte ve genellikle bu kayba uğrayan tarafın zararını telafi edici çözümler benimsenmemektedir²¹¹.

Uluslararası satımlar ticari nitelik arz ettiğinden, genellikle, maddi olmayan zararların tazmininin talep edilemeyeceği vurgulanmaktadır. Bu bağlamda, itibar ve portföy kaybı gibi zararlar somut, ispat edilebilir finansal kayıp teşkil ettiği ölçüde tazminata konu olabilecektir²¹². Nitekim, CISG Danışma Konseyi yorumunda²¹³ da, m. 74'ün tam tazmin ilkesi paralelinde tazminat kapsamına giren diğer tüm zarar kalemleri gibi, portföy ve itibar kaybının da, sözleşmenin ihlaline bağlı olarak kayıp teşkil ettiği ölçüde, ve somut olarak ispat edilebildiği oranda tazminata konu olabileceğine işaret edilmektedir²¹⁴.

Dolayısıyla, itibar ve/veya portföy kaybı zararlarının finansal olarak somutlaşan kısmı halihazırda tazminat kapsamında değerlendirilmektedir²¹⁵. Bu bağlamda, tartışma konusu, maddi olmayan zararların tazminat kapsamına dahil edilmesinden çok, bu nevi zararların da maddi zarar kalemi olarak mütalaa edilmesi gereğidir.

Diğer taraftan, *Saidov*'un tanımına göre kayıp; iş adamının ticari değer olarak önemli gördüğü unsurlarda meydana gelen zarardır²¹⁶. Bu bağlamda, Yazar, şirketlerin; kendi itibarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla dikkate değer

²¹¹ Bu yönde yargı kararı için bkz. 11. HD. 12.11.2001 T, 2001/5879 E, 2001/8933 K; 11. HD. 16.05.2011 T, 2009/13275 E, 2011/5934 K.

²¹² Schwenger/Schwenger, N.34; Schlechtriem/ Butler, s.210, N.299a: Schlechtriem-Butler portföy kaybını şu şekilde tanımlamıştır; “*The loss of “good will” is considered a material damage (devaluation of the company) which, however, might be hard to value to prove.*” Ayrıca bkz. ilgili dn. 577; Huber/Mullis, s. 279; BG, 28.10.1998, CISG-Online N.413.

²¹³ CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA.

²¹⁴ Cour d’Appel de Grenoble, 21.10.1999, CISG-Online N.574; Schwenger/Schwenger, s. 1005; Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, s.753; Saidov, *Law of Damages*, s.58.

²¹⁵ Schlechtriem, *19 Pace Int’l L. Rev.* 89, s. 91.

²¹⁶ Saidov, *13 Vin J. Int’l & Com. L. & Arb.*, s. 201.

ancak henüz ekonomik değer arz etmeyen yatırımlarda bulunabildiklerinin altını çizerek bu itibara verilecek zararın derhal maddi ve somut olarak ortaya çıkmasa da tazminata konu olması gerektiğinin altını çizmektedir²¹⁷.

Kural olarak, itibar kaybı sözleşme görüşmeleri sırasında özel olarak bilgilendirilmedikçe, sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu nevi beklenmedik bir riski taşıdığı ileri sürülemeyeceği savunulmaktadır²¹⁸. Bu görüşün temelinde yatan esas öngörülebilirlik ilkesidir. Aşağıda detaylı olarak ele alınmakta olan öngörülebilirlik ilkesi²¹⁹, m. 74 uyarınca hesaplanan tazminatın limiti niteliğindedir ve tazminatın öngörülebilir olan zararlarla sınırlı olduğu kuralını teşkil etmektedir. Dolayısıyla, m. 74 dahilinde hesaplanacak tazminatın kapsamına itibar kaybı da öngörülebildiği ölçüde dahil edilecektir²²⁰.

İtibar kaybından doğan zararların tazmin edilmesi için öncelikle belirli bir itibarın varlığı ve daha sonra sözleşmenin ihlalinden dolayı bu itibar üzerinde maddi bir zararın doğmuş olduğu ispatlanmalıdır²²¹. Dayıoğlu, zararın doğmuş olduğunun, zararın doğduğu tarihten önceki satış hacmi ve kâr oranları ile zararın doğmasından sonraki verilerin karşılaştırılması ve bu verilerdeki düşüşe işaret edilmesi ile örneğin, alıcının faaliyetlerini yürütmesinin satıcı tarafından teslim edilecek mallara bağlı olduğunun gösterilmesi şeklinde ispat edilebileceğini savunmaktadır²²². Yine bu görüşe göre, paralel olarak, eski bir müşterinin alıcıyla yeni bir iş ilişkisine girerken bu kez teminat mektubu istemesinin itibar kaybına işaret ettiği savunulmaktadır ve dolayısıyla bu sonuncunun tazminata konu olacağı tespit edilmektedir²²³.

²¹⁷ Saidov, *Law of Damages*, s. 60; SCH, 15.06.1994, CISG-Online N.120.

²¹⁸ Huber/ Mullis, s. 280.

²¹⁹ Bkz. aşağıda IV/B.

²²⁰ Saidov, *Law of Damages*, s.61; CIETAC, 26.10.1996, CISG-Online N.1410.

²²¹ Dayıoğlu, s. 83; Peter Schlechtriem, Non-Material Damages Recovery Under the CISG?, 19 Pace International Law Review (Spring 2007/1), s. 95.

²²² Dayıoğlu, s. 84.

²²³ Dayıoğlu, s. 84, ayrıca bkz. ilgili sayfadaki dn. 80.

Kurumsal itibar, şirketin geçmiş faaliyetlerinin, kazancının, menfaat sahiplerine sağladığı finansal sonuçların temsili olarak nitelendirilmektedir²²⁴. İtibar, ürün kalitesini vurgulayan piyasa standartlarına nazaran yüksek fiyat tespitine, daha nitelikli iş başvurularının gerçekleşmesine, yatırımcıların bulunmasına, sermaye piyasasına dahil olunmasına olanak vermektedir²²⁵. Ek olarak, itibar rakiplere karşı daha avantajlı bir konum elde edilmesine de yarayabilmektedir²²⁶. İtibar, bu faydaları şirketin geçmiş ve gelecek aktivitelerindeki rol ile sağlamaktadır²²⁷.

Schwenzer, itibar kaybının, yoksun kalınan kâr ile karıştırılmaması gerektiğini vurgulamaktadır²²⁸. Nitekim, sözleşme ihlali sonucunda meydana gelen portföy kaybı, zarara uğrayan tarafın müşterileriyle arasındaki mevcut sözleşmelerin sona ermesi sonucu yoksun kalınan kâr olarak doğrudan m. 74 kapsamında tazminata konu olacaktır²²⁹. Yazar, doğası gereği, ticari işlem kaybı (“loss of business transaction”) ile gündeme gelen yoksun kalınan kâr öncesinde bir itibar kaybını gerektiriyor olabileceğini eklemektedir²³⁰. Bu son durum, Alman Mahkemesinde²³¹ gündeme gelmiştir. Mahkeme itibar kaybı ve yoksun kalınan kârın birbiri ile örtüştüğü ve mükerrer tazmin niteliğinde olacağı sebebiyle ayrıca itibar kaybının tazminine hükmetmemiştir. Bu durumda, her ikisinin tazmini çifte tazmini gündeme getirebilecektir. Kural, ilk planda kazanç kaybının tazmini ardından bu bağlamda tazmin edilmemiş zararların portföy kapsamında tazmin edilmesidir.

Portföy ve itibar kaybının hesaplanmasında genel kural, bir malvarlığı değeri olarak portföy ve itibarın güncel değeri (sözleşmenin ihlali sonrası) ile önceki değeri arasındaki farkın zarar kalemi olarak tazminat kapsamına alınmasıdır. Bu konuda sorunsal, bu son değerlerin nasıl hesaplanacağına yöneliktir. İlk planda,

²²⁴ Naomi A. Gardberg, *Reputatie, Reputation, Réputation, Reputazione, Ruf: A Cross Cultural Qualitative Analysis of Construct and Instrument Equivalence*, 9 Corporate Reputation Review 39, 2006, S.39, s. 39 .

²²⁵ Gardberg, 39 Corporate Reputation Review, s. 39.

²²⁶ Gardberg, 39 Corporate Reputation Review, s. 40.

²²⁷ Gardberg, 39 Corporate Reputation Review, s. 40.

²²⁸ Schwenzer/Hachem/Kee, N.44.196; Kröll/ Mistelis/ Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art 74 N.67.

²²⁹ Schwenzer/Hachem/Kee, N.44.196.

²³⁰ Schwenzer/Hachem/Kee, N.44.195.

²³¹ LG Darmstad, 09.06.2000, CIGS-Online N.560.

değerin tespiti için referans alınacak zaman dilimi iyi tespit edilmelidir²³². Örneğin, güncel değer hesabında kesin suretle ihlalin vuku bulunduğu değil ve fakat menfaat sahiplerinin ve/veya üçüncü kişilerin ihlali öğrendikleri anın esas alınması bu nevi zararların doğası gereğidir²³³. Öte yandan, Schwenger, itibar ve portföy kaybından daha ziyade, bu sonuncuların tekrar tesisi amacıyla yapılan masrafları (reklam kampanyası, müşteri servisi, basın açıklamaları vb. önlemler) içerdiğini belirtmektedir²³⁴. İtibar kaybının hesabında, şirketin ticari hacmi, ilgili piyasa, ticari marka değeri ve itibarın tekrar kazandırılması için gereken masrafların göz önünde bulundurulması gerektiğinin altını çizmektedir²³⁵.

İtibar kaybının hesaplanmasında; ilk görüş (“*Market-to-Book Value*”), uğranılan zararın tayininde zararın meydana gelmesinden önceki ve sonraki itibar değerleri arasındaki farkı esas almaktadır. Bu bağlamda, ilgili itibar değerleri, Dayıoğlu’nun deyimiyle ticari işletmenin piyasadaki iş değeri (“*market value of the business*”) ile maddi ve maddi olmayan malvarlığı değerleri toplamı arasındaki farka eşit değer olarak belirlenecektir²³⁶. İkinci görüş, (“*Cost approach*”) uyarınca, zarara uğrayan itibarın eski hale iadesi için gerekli masrafların esas alınmasını benimsemektedir²³⁷. Saidov ise somut olayın koşulları dahilinde en uygun hesaplama şeklinin benimsenmesi gerektiğine işaret etmektedir²³⁸. Son planda Atamer’in görüşü bu yaklaşımlardan ayrılarak; hakimin tahmini bir değer tespit etmesi gerektiğinin altını çizmektedir²³⁹.

Bunun dışında, bir başka görüş (“*Income approach*”), zarara uğrayan tarafın ilgili piyasada ifa kabiliyetine rağmen alım/satım işlemlerinin azaldığı ihtimalde portföy ve/veya itibar kaybından söz edilebileceğini vurgulamaktadır²⁴⁰. Ve bu

²³² Saidov, *Law of Damages*, s. 258.

²³³ Saidov, *Law of Damages*, s. 258.

²³⁴ Schwenger/Hachem/Kee, N.44.196.

²³⁵ Schwenger/Hachem/Kee, N.44.196.

²³⁶ Dayıoğlu, s. 102; Saidov, *Law of Damages*, s. 261.

²³⁷ Dayıoğlu, s. 102; Saidov, *Law of Damages*, s. 259.

²³⁸ Dayıoğlu, s. 103.

²³⁹ Atamer, *CISG*, s. 432.

²⁴⁰ Saidov, *Law of Damages*, s. 262.

son zararı gelecekte yoksun kalınacağı öngörülen kârı esas alarak hesaplamaktadır.

Son olarak, müşteriler nezdinde itibar ve portföyün her koşulda ve her şirket bakımından iş ilişkilerini kurarken güvendikleri ve yatırım yaptıkları önemli birer değer olduğu şeklinde bir genelleme yapılmamalı, her somut olay bakımından ayrıca incelenmelidir²⁴¹.

g. Yargılama Giderleri ve Avukatlık Ücreti

Yargılama giderleri, genel olarak bir yargısal koruma faaliyetinin yürütülebilmesi için ödenmesi gereken ve bu sebeple ortaya çıkan giderlerdir. Bu giderler, harçlar, masraflar ve vekalet ücreti olarak üçe ayrılmaktadır²⁴². Vekalet ücreti ise, davada tarafların avukat aracılığıyla temsil edilmiş olması durumunda gündeme gelen avukatlık ücretidir. Vekalet ücreti, ulusal hukuklarda ilgili kanunlarda düzenlenmiş olan temsil sistemi veya sözleşmeye dayanan temsil sonucu gündeme gelebilmektedir. Konu bakımından önem arz eden sözleşmeye dayanan avukatlık ücreti olduğundan, aşağıda bu anlamı ile incelenmektedir.

CISG, yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerinin madde 74 kapsamında tazminata konu olup olamayacağı hususunda açık hüküm sevk etmemiştir. Ancak, sözleşmenin ihlalini takiben gündeme gelen, bu nevi masrafların da tam tazmin ilkesi gereği tazminata dahil edilmesi tartışma konusu olmuştur²⁴³.

Gotanda'ya göre, tam tazmin ilkesi gereği, sözleşmenin ihlali dolayısıyla yapılan yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerinin m. 74 kapsamında tazminata konu olması gerekmektedir²⁴⁴. Buna karşılık, Flechtner, her ne kadar m. 74 hükmünün

²⁴¹ Fomburn, s.76.

²⁴² Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Bası, Ankara, 2014, s. 590:“Yargı, devletin temel fonksiyonlarından biridir ve bu yolla adalet dağıtımını bir kamu hizmetidir.”

²⁴³ Honnold, Art 74 N. 408.

²⁴⁴ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art 74 N.70.

lafzı geniş anlamda pek çok zarar kalemini tazminat kapsamına dahil ediyor olsa da yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerinin bu kapsamda değerlendirilmemesi gereğini savunmaktadır²⁴⁵. Nitekim, CISG'ın hazırlık çalışmalarında (*travaux preparatoires*) da bu son masraflara işaret edilmemiştir.

Yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerinin tazminata konu edilebilirliğinin tartışılması bakımından, *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co*²⁴⁶ davası incelenmelidir. Nitekim karşılaştırmalı hukukta, bu son zarar kalemleri, ilgili mahkeme kararı ışığında tartışma konusu olmuş ve detaylı olarak değerlendirilmiştir²⁴⁷. Bu değerlendirme, yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerinin, esasa dair bir zarar kalemi olarak nitelendirilerek tazminat kapsamında mütalaa edilip edilemeyeceğine ilişkindir²⁴⁸.

Zapata davasında ilk derece mahkemesi, avukatlık ücretlerinin m. 74 kapsamında tazminata konu olarak mütalaa edilmesi gerektiğinin altını çizerek, avukatlık ücretlerine hükmetmiştir²⁴⁹. Mahkemenin çıkış noktası, tarafların davanın lehe sonuçlanmasından bağımsız olarak kendi masraflarını kendileri karşıladıkları ulusal usul hukukunun²⁵⁰, CISG m. 7(2) hükmünün uygulama bulması sonucu bir kenara bırakılması yönündedir²⁵¹. Mahkeme bu sonuca varırken, avukatlık ücretleri konusunda CISG'da açık düzenleme bulunmamasını, bu hususun CISG'ın uygulama alanı dışında bulunmadığı ve fakat yorum ile doldurulması gerektiği fikrinden yola çıkmıştır²⁵². Dolayısıyla, *Zapata* davası sadece m. 74'ü değil m. 7(2)'yi de inceleyen önemli bir tartışma konusu gündeme getirmiştir²⁵³.

²⁴⁵ Flechtner, 22 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, s. 150.

²⁴⁶ *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Company, Inc. d/b/a Maurice Lenell Cooky Company*, US. Ct. App. 7th Cir., 19.11.2002, CISG-Online N.684.

²⁴⁷ Ingeborg Schwenzer/Christiana Fountoulakis (Eds.), *International Sales Law*, 2007, s. 523

²⁴⁸ Flechtner, 22 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, s. 138; Larry A. Dimatteo/Lucien J. Dhooge/Stephanie Greene/Virginia G. Maurer/ Marisa Anne Pagnattaro, *International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, s. 156.

²⁴⁹ Vanto, Jarno, *Attorneys' fees as damages in the international commercial litigation*, *Turku Law Journal*, 2003, S.5, s. 69 ve *Pace International Law Review*, 2003, S.15, s. 203.

²⁵⁰ United States Federal Rules of Civil Procedure, Rule 54, Judgement; Costs.

²⁵¹ Vanto, 5 *Turku Law Journal*, s. 76 15 *Pace Int'l L. Rev.*, s. 210.

²⁵² Vanto, 5 *Turku Law Journal*, s. 71, 15 *Pace Int'l L. Rev.*, s. 205.

²⁵³ Joseph M. Lookofsky, *Walking The Article 7(2) Tightrope Between CISG and Domestic Law*, *Journal of Law and Commerce*, 2005-2006, S.25, s. 99.

Ardından, ikinci derece mahkemesi farklı bir görüş benimseyerek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Mahkeme, CISG’ın sözleşme hukukuna ilişkin bir enstrüman olduğu ve usul hukukuna ilişkin düzenleme tesis etmediği olgusunun altını çizmiştir. Paralel olarak, mahkeme, sorunsalın m. 7(2) dahilinde ele alınmaması gerektiğine hükmetmiştir. Nitekim, avukatlık ücretlerinin CISG sistematığına dahil ve fakat tazminat kapsamında yorum konusu oluşturan bir zarar kalemi teşkil etmediğini, bu zarar kaleminin uygulanacak usul hukuku kuralları dahilinde değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Mahkemenin, gerekçesi isabetlidir. Zira, yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerinin esasa ilişkin olduğu kabul edilecek olursa, davada sözleşmenin ihlal edilmediğinin tespit edildiği ihtimalde, bu kez avukatlık ücretlerine hangi hukuki sebebe dayanılarak hükmedilebilecektir?

Konu bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer örnek ise, Alman Mahkemesinin, 14 Ocak 1994 tarihli kararıdır²⁵⁴. Davada mahkeme, yargılama gideri anlamında sadece, dava öncesi ihtar masraflarını (“*pre-litigation notice*”), CISG m. 74 uyarınca hesaplanacak tazminat kapsamına almıştır. Flechtner, burada mahkemenin, Alman hukukundaki dava öncesi masrafları maddi hukuka dair zarar olarak nitelendiren kuralı vurgulayarak, mahkemenin bu son kuralı esas alarak hüküm tesis ettiğini vurgulamaktadır. Ek olarak, yazarın deyimiyle dava masraflarının başkaca hukuki sebeplerle farklı bir hukuk sistemi uyarınca tazmin edilip edilmediği hususu belirtilmemiş ve fakat yargılama giderleri bakımından dava, yukarıda değinildiği üzere CISG uygulaması dışında bir kurumla çözümlenmiştir²⁵⁵.

Ulusal usul hukuku kuralları uyarınca tazmin edilen yargılama masrafi ve avukatlık ücretinin ayrıca tazminat kapsamına alınmaması mükerrer tazmini engellemek amaçlıdır (“*principle of avoiding overcompensation*”). Mahkemenin,

²⁵⁴ OLG Düsseldorf, 14.01.1994, CISG-Online N.119.

²⁵⁵ Harry M. Flechtner, *Recovering Attorneys’ Fees as Damages under the U.N. Sales Convention: A Case Study on the New International Commercial Practice and the Role of Case Law in CISG Jurisprudence, with Comments on Zapata Hermanos Sucesores, S.A.V. Hearthside Baking Co.*, *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2002, S.22, s. 129; Vanto, *5 Turku Law Journal*, s. 75, *15 Pace Int’l L. Rev.*, s. 209.

anılan masrafları, tazminat kapsamına almaması özellikle bu sebeptendir²⁵⁶. Nitekim, Alman usul hukukunda, “kaybeden öder” kuralı mevcuttur ancak bu düzenleme avukatlık ve dava masrafları için geçerli olup, dava öncesi masraflar bu sonuca dahil değildir. Dava öncesi masraflar (“*Vorgerichtliche*”) maddi hukuka dair kabul edilmektedir²⁵⁷. Alman Mahkemesinin bir kararında²⁵⁸, zararı azaltma külfetine uyulmadığı sebebiyle avukatlık ücretlerine tazminat kapsamında hükmedilmemiştir.

Esasen, Alman hukukunun dava öncesi masrafları tazminat kapsamında mütalaa eden uygulaması kabul edilebilir niteliktedir. Zira, sözleşmenin kurulduğu anda, ihlalin gündeme gelmesi üzerine zarara uğrayan tarafın alacağına kavuşmak için bu anlamda masraflara maruz kalabileceği öngörülebilir nitelikte olup maddi hukuka dair kabul edilebilecektir.

Diğer taraftan, dava masrafları ve avukatlık ücretinin tazminat kapsamında değerlendirildiği az sayıda hükmün esasen ulusal hukuklarında da bu yönde düzenleme olan ülkelerde alındığı göz önünde bulundurulursa, genel uygulamanın bu yönde olması gerektiği sonucuna doğrudan varılması mümkün değildir.

Avukatlık ücretlerinin m. 74 kapsamında yorumlanmasının, beraberinde bu nevi zararın da öngörülebilirlik testine tabi tutulması gereği ve zararı azaltma külfetinin bu sonuca bakımından da yürürlükte olacağı hususlarına dikkat çekmek gerekmektedir²⁵⁹.

Buna karşılık, genel kabul gören görüş ise, yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerinin tazmini hususunda, milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca tespit edilecek, uygulanacak ulusal hukuk kurallarının belirleyici olacağı yönündedir²⁶⁰.

²⁵⁶ Flechtner, 22 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, s. 130.

²⁵⁷ Vanto, 5 *Turku Law Journal*, s. 72, 15 *Pace Int'l L. Rev.*, s. 206.

²⁵⁸ Bkz. AG Alsfeld, 12.05.1995, CISG-Online N.170; Vanto, 15 *Pace Int'l L. Rev.*, s. 211, 5 *Turku Law Journal*, s. 71.

²⁵⁹ Schwenger/Schwenger, para 31; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/ Gotanda, Art 74 s. 1011.

²⁶⁰ Honnold, s. 408; Flechtner, 22 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, s. 129, s. 153; Harry M. Flechtner/ Lookofsky, Joseph M.: Zapata Retold: Attorneys' Fees Are (Still) Not Governed By The CISG, *Journal of Law and Commerce*, 2006, S. 26, s. 3, s.5 ; Vanto, 5 *Turku Law Journal*, s. 72, 15 *Pace Int'l L. Rev.*, s. 206.

Nitekim, yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerine ilişkin düzenlemelerin, yukarıda verilen örneklere paralel olarak, ulusal usul hukuku kanunlarında düzenlenmesi de sorunsalın usul hukukuna ilişkin olmasının gerekçesidir²⁶¹. Dolayısıyla bu nevi masrafların maddi hukuka ilişkin olmadığı öne sürülebilecektir. Usule ilişkin konuların CISG'in uygulaması dışında kaldığı ve uygulanacak hukukun belirleyici olacağı unutulmamalıdır. Bu bağlamda, genel anlamıyla yargılama giderleri, uygulanacak ulusal usul hukuku kuralları dahilinde, ilgili tarafa yükletilecek veya taraflar arası bu son kurallar uyarınca paylaşılacaktır²⁶². Schlechtriem'in da vurguladığı gibi CISG, sözleşme hukukunda maddi hukuka dair hususları düzenlemektedir²⁶³. Nitekim, CISG Danışma Konseyi yorumunda da yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerinin CISG m.74 uyarınca hesaplanacak tazminat kapsamında olmadığı belirtilmiştir²⁶⁴.

Bu noktada Lookofsky, haklı olarak, CISG Danışma Konseyi'nin yaptığı usul hukuk ve maddi hukuk ayırımına, bu ayırımın her ulusal hukukta farklı değerlendirilmesi sebebiyle karşı çıkmaktadır²⁶⁵. Yazar'a göre, zarar kalemlerinin tazminat kapsamına alınıp alınmayacağına tespitinde, esasa dair mi yoksa usule dair mi olduğunun araştırılması yersiz olacaktır. Zira, bu son ayırım çeşitli ulusal hukuklarda farklı düzenleme bulmaktadır. Tazminatın kapsamı CISG'in öngördüğü genel ilkeler ve m. 74'ün sevk ettiği şartlar bağlamında değerlendirilmelidir²⁶⁶. Nitekim, CISG sistematüğinde, bağımsız yorum esası benimsenmiştir. Bu bağlamda, CISG'da düzenleme bulmuş kurumlar, kaynağı

²⁶¹ Flechtner, 22 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, s. 154.

²⁶² Flechtner/ Lookofsky, 26 *J.L. & Com.*, s. 3, Flechtner, 22 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, s. 153.

²⁶³ Flechtner/ Lookofsky, 26 *J.L. & Com.*, s. 4, Flechtner, 22 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, s. 129.

²⁶⁴ Advisory Council Opinion N.6, Gotanda, "The issue of whether litigation expenses should be considered as damages for purposes of Article 74 cannot be resolved through a substance/procedure distinction. Whether a matter is considered substantive or procedural may vary from jurisdiction to jurisdiction and may depend on the circumstances of a particular case.[88] Relying upon such a distinction in this context is outdated and unproductive.[89] Instead, the analysis should focus on whether the payment of litigation expenses is deliberately excluded from the Convention and, if not, whether the issue may be resolved "in conformity with the general principles on which [the Convention] is based or, in the absence of such principles, in conformity with law applicable by virtue of the rules of private international law.".

²⁶⁵ Flechtner/ Lookofsky, 26 *J.L. & Com.*, s. 5.

²⁶⁶ Schwenger/Schwenger, N. 28.

olan ulusal hukuk kurumları esas alınarak yorumlanmayacaktır²⁶⁷. Nitekim, yeknesak uygulamanın tesisi ortak yorum tekniklerinin benimsenmesini gerektirmektedir²⁶⁸.

Son planda, yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerinin, tarafların sözleşmelerine açık hüküm sevkederek tazminat kapsamına dahil edilebileceğinin altını çizmek gerekmektedir. Böylece, usule ilişkin bu son masraf kalemlerinin sözleşme ile bir tarafa yükletilerek maddi hukuka dair hale getirilmesi gündeme gelecektir. Ancak, bu durumda da usul kanununun uygulamasının bertaraf edilemeyeceği savı ile karşılaşılabilir. Özellikle, zarara uğrayanın davayı kazanıp kazanamaması olasılığına bağlı uygulamalar ulusal hukuklarda kabul görmeyebilecektir. Nitekim, bu son yaklaşım, yargı önünde, taraflar arası eşitliğe hâle getirecek niteliktedir²⁶⁹. Veya, önceden götürü olarak öngörülecek avukatlık ücretlerinin ulusal hukuklara göre gabine temel hazırlayacağı düşünülebilecektir. Öte yandan, pek çok ulusal hukuk sisteminde, zarar kapsamında talep edilmese de, dava masrafları ve vekalet ücretlerinin kendiliğinden kaybeden tarafa yükletileceği unutulmamalıdır.

Diğer taraftan, adalet hizmetinin devlet tarafından bir kamu hizmeti olarak sağlandığı ve buna ilişkin düzenlemelerin de kanun aracılığıyla tesis edildiği vurgulanmalıdır²⁷⁰. Konusu usul hukuku uyarınca düzenlenen hususların, maddi hukuka ilişkin özel düzenlemelerde değerlendirilmesi de bu anlamda mümkün olmamalıdır.

Ek olarak, Türk hukuku bakımından, genel düzenlemeyi²⁷¹ aşan avukatlık ücretlerinin karşı tarafa yükletilebileceği özel hallerin varlığının da altı çizilmelidir. Örneğin, tarafın haksız olarak davanın açılmasına sebebiyet verdiği hal bunlardandır. Bu halde, istisnai olarak mahkeme, HMK m.329/I uyarınca,

²⁶⁷ Ingeborg Schwenzer/ Yeşim M. Atamer/ Petra Butler (Eds.), *Current Issues In The CISG and Arbitration*, Eleven Publishing, The Hague, 2014, s.110.

²⁶⁸ Franco Ferrari, *CISG Case Law: A New Challenge for Interpreters?*, VI. *Recourse to Foreign Case Law: Methodological Issues*, Journal of Law and Commerce, 1999, S.17, s. 245.

²⁶⁹ Schwenzer/Schwenzer, Art. 74 N. 29.

²⁷⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 590.

²⁷¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 596.

kötüniyetli davalıyı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan davacıyı, hükmedilecek yarı giderlerinin yanında, karşı tarafın vekili ile arasında kararlaştırılmış olan sözleşmesel vekalet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkum edebilecektir²⁷².

Tahkim yargılaması ise, daha özel bir tartışma konusu niteliğindedir. Bu son uygulamada, öngörülebilirlik kriterinin işletilmesi ve m. 74 hükmü kapsamında tazminatın hesaplanmasında yargılama ile hakem ve avukatlık ücretlerinin de dikkate alınması mümkün olabilecektir. Nitekim, örneğin MTK m.16/D uyarınca, taraflar aksini kararlaştırmadıkça zaten yargılama giderleri haksız çıkan tarafa yükletilmektedir²⁷³. Diğer taraftan, davayı kaybedenin yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerine katlanacağı kuralı (“*loser-pays*”), tahkim davalarında da her zaman doğrudan uygulama bulmayabilmekte, bazı hallerde heyet sözleşmede bu yönde sevk edilmiş açık hüküm aramakta veya CISG’in öngördüğü tazminat mekanizmasını uygulamakta ve sorunsal bu bağlamda değerlendirmektedir²⁷⁴. Örneğin, 1992 tarihli bir ICC Tahkim kararında, heyet dava masrafları ve avukatlık ücretlerine CISG m. 74 uyarınca tazminat kapsamına alarak hükmetmiştir. Heyetin, kurduğu hüküm isabetli olsa da, hukuki gerekçesinin m. 74 olması tartışma konusudur.

Nitekim, Lookoofsky, uluslararası yeknesak uygulamanın tesis edilmesi ve korunması adına *lex forin* değil ve fakat ortak bir çözümün benimsenmesi gerektiğini savunmakta ve üç farklı çözüm sunmaktadır; ilk olarak uzmanların hesaplama için atanmalarını, ardından tarafların tahkim yargılamasına geçilmeden son tekliflerinde bulunmalarını (“*final offer arbitration*”)²⁷⁵, son planda Gotanda

²⁷² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 589.

²⁷³ Ziya Akıncı, *Milletlerarası Tahkim*, s.242.

²⁷⁴ Flechtner, 22 *Nw. J. Int'l L. & Bus.*, s. 132.

²⁷⁵ Türkiye Barolar Birliği Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Toplantısı IX s.40: “*Final offer arbitration is based on an agreement by the parties about acceptable figure. The procedure slightly varies. it may involve an agreement by the parties to submit their final offers to the arbitrator, who then chooses between the two.*”.

ile paralel olarak tarafların sözleşmelerinde hesaplama metodu düzenlemelerini önermektedir²⁷⁶.

h. Paranın Değer Kaybına Bağlı Zararlar

Henüz çözümlenmemiş alanlardan biri de, paranın değer kaybının zarar olarak nitelendirilerek, tazminat kapsamına alınıp alınamayacağıdır. Paranın değer kaybından bahsederken iki boyutlu bir inceleme yapmak gerekmektedir. İlk planda alım gücünün düşmesi (“*internal value*”) ardından ulusal para biriminin, döviz karşısında değer kaybı (“*external value*”), kural olarak, finansal birer kayıp teşkil ettiği için, tam tazmin ilkesi paralelinde tazminat kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışılmaktadır.²⁷⁷

Gecikme sebebiyle, kur farkları (“*exchange rate loss*”) ve/veya paranın değer kaybına bağlı olarak ayrıca zarar meydana gelebilmektedir. Tartışmalı olmakla beraber, zarara uğrayan tarafın bu son zararın, gecikme olmasaydı vuku bulmayacağını somut olarak ispat etmesi şartı ile tazminat kapsamına alınması mümkün görülmektedir²⁷⁸. Diğer taraftan, paranın değer kaybına bağlı olarak piyasada meydana gelen hareketten faydalanmak istenmesi, dürüstlük kuralına aykırı mütalaa edilecektir²⁷⁹. Nitekim, tam tazmin ilkesi ve beklenen kâr kaybının tazmini esası bizi aynı sonuca çıkarmaktadır²⁸⁰. Ancak, Saidov, sözleşmede kararlaştırılan semen alıcının ülke parası üzerinden kararlaştırılmış ise, bu durumda o ülkede yaşanan enflasyon nedeniyle tazminat talep edilmesinin mümkün olmayacağını altını çizmektedir²⁸¹. Ancak, paranın alım gücünün

²⁷⁶ Flechtner/ Lookofsky, 26 J.L. & Com. S. 26, s. 3.

²⁷⁷ Saidov, *Law of Damages*, s. 55; Saidov, *13 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 197.

²⁷⁸ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 74 N. 54.

²⁷⁹ Peter Riznik, *Article 77 CISG: Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss*, 2009, s. 2.

²⁸⁰ Saidov, *13 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 198.

²⁸¹ Saidov, *Law of Damages*, s. 55; Saidov, *13 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 197, Schwenzler/Schwenzler, N. 26.

düşmesinin, döviz karşısında değer kaybetmesi sonucu gündeme gelebileceği unutulmamalıdır.

Benzer şekilde, Türk hukukunda da paranın enflasyon nedeniyle iç alım değerini yitirmesi başlı başına zarar olarak kabul edilmemektedir²⁸². Nitekim, itibari değer teorisine (“*nominalism*”)²⁸³ göre, para borcu değer borcu değil miktar borcudur. Dolayısıyla, borçlu borçlandığı miktarı ödemekle borcundan kurtulmaktadır²⁸⁴.

Buna ek olarak, Yargıtay, paranın değer kaybının bir zarar kalemi olarak değerlendirilerek tazminata konu edilebilmesi için, öngörülemez bir ekonomik engelle karşılaşılmaması gereğini aramakta ve bu engelin istikrarsız Türk ekonomisinde öngörülemez şekilde meydana gelmeyeceğinin altını çizmektedir²⁸⁵.

Diğer taraftan, Türk hukukunda borçlu temerrüdüne bağlanan ilk sonuç temerrüt faizi ödeme yükümlülüğüdür²⁸⁶. Temerrüt faizi, kanun koyucunun, borçlunun borcunu ödemekte gecikmesi halinde alacaklının uğradığını varsaydığı bir götürü tazminat olarak nitelendirilmektedir. Bu bağlamda, paranın değer kaybının da tazmin edildiği ileri sürülmekte, bunun dışındaki zararı munzam zarar olarak değerlendirilmektedir. Yargıtay uygulamasında da paralel olarak yalnızca temerrüt faiz oranını aşan enflasyon oranı munzam zarar olarak nitelendirilmektedir²⁸⁷. Ancak, yabancı para birimi üzerinden tayin edilen

²⁸² Ayrıntılı bilgi için bkz. Atalay Özdemir, *Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi*, 2004, Ankara; 13. HD. 16.04.1996 T, 1996/3653 E, 1996/3920 K, Yargıtay, kararında, enflasyonist olaylar ve hükümetçe alınacak ekonomik tedbirler zorlayıcı (mücbir) sebepler arasında sayılmadıkça, ilke olarak basiretli bir iş adamı gibi davranmak zorunda olan tacirin, fiyatların yükselmeini aşırı güçlü kabul ederek ifadan kaçınamayacağına hükmetmiştir.

²⁸³ Saidov, *Law of Damages*, s. 56, Yazarın ifadesiyle, tüm para sistemlerinin temelinde olan nominalizm kuramı gereğince, paranın alım gücündeki değişiklikler değil rakamsal ifadesi referans alınmalıdır.

²⁸⁴ Özdemir, s.23.

²⁸⁵ HGK. 07.05.2003 T, 2003/13-332 E, 2003/340 K, kararda şu ifadeye yer verilmiştir, “(...) Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum tacir olan davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan öngörülemezlik unsuru oluşmamıştır.”

²⁸⁶ Oğuzman/Öz Cilt I, s.503; Serozan, s.225.

²⁸⁷ HGK. 05.07.2000 T, 2000/2-1072 E, 2000/1124 K, 18. HD. 29.04.2002 T, 2001/10387 E, 2002/4874 K, Yargıtay’a göre, genel ve soyut nitelikteki enflasyonun ya da bankalarda mevduat

borçlarda, para kıymetindeki değişiklikler munzam zarar olarak tazminat talebine konu edilmektedir.

Paralel bir uygulama ile, somut hesaplamanın esas alındığı CISG tazminat sisteminde de, kural olarak, paranın döviz karşısında değer kaybının zarar kalemi olarak tazminata konu olamayacağı kabul edilmektedir²⁸⁸. Nitekim, CISG sistematüğinde, kur farkı zararı açısından, sözleşmenin kurulmasından, para borcunun muaccel olmasına kadar kur farkı riskinin satıcı tarafından üstlenildiği ve fakat para borcunda temerrüde düşüldüğü andan itibaren bu riskin alıcıya geçtiği kabul edilmektedir²⁸⁹.

Diğer taraftan, Gotanda'nın da savunduğu gibi, ticari hayatta, sözleşmede kararlaştırılan semen, döviz üzerinden de kararlaştırılmış olsa, satıcının parayı ifayı takiben derhal kendi işlem yaptığı para birimine çevireceği kabul edilmeli ve böylece somutlaşan zarar talep edilebilmelidir²⁹⁰.

için ödenen faizin temerrüt faizden yüksek oranda olması, munzam zararın gerçekleştiği ve kanıtlandığı anlamına gelmemektedir. Burada davacının kanıtlaması gereken husus, enflasyon ve mevduat faizinin yüksekliği gibi genel olgular değil, "şahsen ve somut olarak geç ödemedi dolaylı zarar gördüğü keyfiyettir", kararda şu ifadeye yer verilmiştir, "(...) Çünkü, alacaklının somut olarak herhangi bir zarara uğradığını kanıtlamaksızın salt enflasyon (ya da onun yarattığı diğer olumsuzluklar) oranında bir zarara uğradığını varsaymak, yasal faiz oranını enflasyon oranına çıkarmak olur ki, bu yetki yalnızca Yasa koyucuya verilmiştir. Yasa koyucunun amacı, vadeli mevduat ya da enflasyon oranını aynen yansıtmak olsaydı, temerrüt faizini de bu unsurlara bağlardı ve 3095 ve 4489 sayılı Yasalarda yaptığı gibi belli bir oran belirlemezdi.", Ayrıca bkz. 18. HD. 30.04.2002 T, 2002/262 E, 2002/4991 K, 15. HD. 18.04.2002 T, 2001/4205 E, 2002/1943 K.

²⁸⁸ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 74 N. 54; OLG Düsseldorf, 14.01.1994, CISG-Online N. 119, davada mahkeme, "A currency devaluation can only be compensated if it leads to damages on the part of the creditor, for instance, if the creditor usually conducts his money transfers in a third currency and therefore always converts other currencies immediately after their receipt. In such a case, the currency devaluation has an unfavorable effect. Generally, however, an unfavorable development in the exchange rate does not lead to losses if the payment was to be effected in the creditor's currency. Usually, the creditor's currency is not converted into a different currency (cf. Asam/Kindler RIW [*] 1989, 841 at 846 et seq.). Nothing in the present case indicates that the [seller] suffered losses as a result of the exchange rate fluctuation. The [seller]'s contention that it needed German currency for visits to trade fairs and similar activities in Germany is irrelevant. The [seller] needed and bought those foreign currencies independently of the [buyer]'s breach of contract. In that respect, the [seller]'s damage consists solely in the fact that it had to take further bank credit. This damage does not have anything to do with the currency devaluation." ifadesi ile talebi reddetmiştir.

²⁸⁹ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 74 N. 52.

²⁹⁰ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 74 N. 54.

Paranın alım gücü düştüğünde, bu anlamda bir zarara uğranılacağı şüphesizdir. Ancak zarara uğrayan taraftan, yukarıda belirtildiği üzere, bu son zararının somutlaştığının ispatı beklenmektedir²⁹¹. Örneğin, yapacağı bir sonraki alım veya satımın, gecikme süresinde değer kaybeden semen sebebiyle gerçekleştirilemediği veya kendisini zarara uğrattığı ya da semeni başka bir ulusal para birimine çevireceği ihtimalde beklentisinin altında döviz elde edebildiği olguları ispata imkan verecektir²⁹². Dikkat edilmesi gereken husus, mükerrer tazminden kaçınılması gereğidir. Zira, paranın değer kaybında uğranılan zararın ispatında öne sürülecek veriler aynı zamanda yoksun kalınan kâr teşkil edebilecektir²⁹³.

Doktrinde bir görüş, paranın değer kaybının sebep olduğu zararın, genel anlamda tazminat kalemi olmadığından, gecikme faizi ile telafi edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir²⁹⁴. Nitekim, gecikme faizi oranları enflasyon dikkate alınarak düzenlenmektedir. Ancak, CISG sistematığında faize dair bir düzenleme bulunmadığından bu konu tazminat kapsamında değerlendirilmelidir.

Paranın başka bir ulusal para birimi karşısında değer kaybettiği (uluslararası değer kaybı) ihtimalde (devalüasyon) ise, somut olayın koşulları, bu nevi zararın tazminat kapsamına alınıp alınmayacağı hususunda belirleyici olacaktır²⁹⁵.

Yukarıda değinilen zarar türü özellikle, vade ile fiili ifa tarihi arasında paranın değerinin farklı olduğu halde meydana gelmektedir. UPICC ve PECL'da bu durum, tazminata ilişkin hükümler dışında ayrıca düzenlenmiştir. UPICC, ifa yerinin para biriminden farklı olduğu durumda, alıcı için semenin öngörülen para birimi ile ifası imkansızlık arz ediyorsa ifa yerini seçebileceğini öngörmektedir²⁹⁶. Paralel olarak, PECL aynı düzenlemeyi getirmektedir. Görüldüğü gibi bu

²⁹¹ Saidov, *Law of Damages*, s.248.

²⁹² Saidov, *Law of Damages*, s.248.

²⁹³ Saidov, *Law of Damages*, s.248.

²⁹⁴ Saidov, *Law of Damages*, s.250.

²⁹⁵ Saidov, *Law of Damages*, s.252.

²⁹⁶ Article 6.1.9.(4) UPICC, Article 7:108(2) PECL.

düzenlemelerle, gecikmeyi takiben zarara uğrayan tarafa bir seçim hakkı tanınmaktadır²⁹⁷.

CISG sistematüğinde paralel hüküm tesis edilmemiştir. Dolayısıyla, bu nevi zararların meydana gelmesi halinde tazminat kapsamına dahil edilmesi gerekmektedir. Pek çok davada²⁹⁸ ise, bu bağlamda hüküm kurulmamıştır. Sözü geçen davalarda, alıcının ulusal para biriminin semen için öngörülen para birimi olmadığı hallerde, bu sonuncunun değer kaybı riskini kendisinin taşıdığı vurgulanmıştır. Burada, öngörülebilirlik kuralı belirleyici olacaktır²⁹⁹. Nitekim, ticari işlemleri düzenli olarak başka para birimi üzerinden gerçekleştiren ve ifayı takiben kendi ulusal para birimine çeviren tarafın bu anlamda uğradığı zararı karşılanmalıdır³⁰⁰.

Son planda, tazmini tartışmalı olan bu zarar kaleminin meydana gelmesinden kaçınmak isteyen tarafların, sözleşmelerinde paranın değer kaybına ilişkin telafi edici düzenlemelerde bulunmaları her zaman olanak dahilindedir.

i. Manevi Zarar

CISG'in öngördüğü tazminat mekanizmasında manevi zararın tazmini mümkün değildir³⁰¹. Nitekim, ticari satımları konu alan CISG, kişilik haklarının zedelenmesi hususuna bir düzenleme sevketmemiş, yalnızca tarafların malvarlığında meydana gelen zararları tazminata dahil etmiştir. Ancak,

²⁹⁷ Saidov, *Law of Damages*, s.252.

²⁹⁸ Saidov, *Law of Damages*, s.253; Örneğin, bu yönde yargı kararı için bkz. OLG Düsseldorf, 14.01.1994, CISG-Online N.119; OLG Hamm, 26.06.1981, ZR 210/78, Mahkeme kararında şu ifadeye yer verilmiştir, “*the financial nominalism is derived from considerations of the stability of currency and also the promotion of the good faith and legal certainty. If the value of the currency had to be considered in connection with every purchase price debt, this would lead to an accelerated depreciation of the currency and would present the contracting party...with an incalculable risk...Recognition of a loss of value of a currency as a compensable loss on grounds of a delayed payment would accelerate the drop of the value of a currency and would intervene in the monetary price of the Contracting States.*”

²⁹⁹ Saidov, *Law of Damages*, s.255.

³⁰⁰ Saidov, *Law of Damages*, s.255.

³⁰¹ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 74 N. 38.

Schwenzer, bu durumun istisnası olduğunu vurgulamaktadır. Yazar, sözleşme amacının manevi nitelik arz ettiği ve tarafların sözleşmenin kurulduğu anda bu amacın farkında olduğu ihtimalde, manevi zararın tipik maddi zarar olarak mütalaa edilmesi ve tazmininin mümkün olması gerektiğini savunmaktadır³⁰². Dolayısıyla, burada esasen, genellikle manevi zarar olarak mütalaa edilecek bir zarar kaleminin, maddi nitelik arz ettiğinden bahsedilmekte ve bu doğrultuda tazminata konu edilmesi gereği savunulmaktadır.

III Zararın hesaplanması

A. Genel Olarak

CISG sistematüğinde, sözleşmenin ihlalden dolayı uğranılan zararlar, m. 74 hükmünün öngördüğü genel kural uyarınca somut olarak (“*concrete calculation*”) hesaplanmaktadır³⁰³. Bu ilke, aynı şekilde, yoksun kalınan karın hesaplanmasında da geçerlidir³⁰⁴. İlgili madde hükmü, spesifik bir hesaplama metodu öngörmemektedir. Dolayısıyla, zarar somut olayın koşulları dahilinde mahkemece tespit edilecektir³⁰⁵.

Yukarıda tazminat kapsamında değerlendirilecek farklı zarar kalemleri açıklanırken esasen ne şekilde hesaplanacaklarına da değinilmiştir. Burada farklı

³⁰² Schwenzer/Schwenzer, Art. 74 N. 39; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 N. 10; Schlechtriem/Butler, s. 299; Huber/Mullis, s. 279; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 74 N. 36.

³⁰³ Staudinger/Magnus, N.25; Schneider, *Pace Int'l L. Rev.* 1997, s.229; OLG Hamburg, 26.11.1999, CISG-Online N.515.

³⁰⁴ Atamer, *CISG*, s. 432: Yazar, somut yöntemin kural teşkil ettiği hususunda şu ifadeye yer vermiştir, “*CISG m.74'ün ifadesi tazminatın hesaplanması konusunda kural olarak somut yöntemin uygulanacağını göstermektedir. Yani, alıcının gerçekten uğradığı zararın ne olduğunu ortaya koyması ve ispatlaması gerekir. Bu ilke, yoksun kalınan kâr açısından da geçerlidir.*”.

³⁰⁵ Bianca/Bonell/Knapp, Art. 74 N. 3.9; Gotanda, 36 *Georgetown J. Int' L.*, s. 79.

kategorideki zarar kalemlerinin hesaplanma metodları tekrar incelenmeyecek, örneklendirilmekle yetinilecektir.

B. Zararın Hesaplanacağı An

Sözleşmenin sona erdirilmesi halinde, zararın soyut metotla hesaplanmasını düzenleyen özel hüküm niteliğindeki, CISG m. 76 esas alınacak zaman açıkça belirtilmiştir³⁰⁶ ve fakat m. 74 hükmü, sözleşmesel yükümlülük ihlali sonucunda meydana gelene zararın hesaplanacağı ana ilişkin özel düzenleme sevk etmemiştir. Dolayısıyla, meydana gelen zararın hesaplanmasında esas alınacak uygun³⁰⁷ zamanı mahkeme veya hakem heyeti takdir edecektir. Genellikle kabul gören ve uygulama bulan görüş, tam tazmin ilkesine uygun olarak, meydana gelebilecek tüm zararın tazminat kapsamına alınabilmesi için, zararın mümkün olan en geç anda hesaplanması yönündedir³⁰⁸.

Yukarıda değinildiği üzere, tazminat hesaplanırken esas alınacak anın tespiti, CISG'in tazminat mekanizmasının temelinde yer alan, tam tazmin ilkesi bakımından önem arz etmektedir. Dürüstlük kuralı gereği, esas alınabilecek en geç anın seçilmesi tam tazmin ilkesine de uyumlu olarak makul olacaktır. Paralel olarak, Schlechtriem, zararın hüküm zamanı esas alınarak belirlenmesini isabetli bulmaktadır. Nitekim, zararın vuku bulması anından itibaren başlayan ve tazmin edilmemek suretiyle artırılan zararlar da tazminata konudur³⁰⁹. Yazar bu görüşü savunurken, zarara uğrayan tarafın menfaatini vurgulayarak, temel nedeni zararın tam olarak somutlaştığı anın esas alınması gereğine dayandırmaktadır.

³⁰⁶ Schwenger/Schwenger, Art 74 N. 44.

³⁰⁷ Bianca/Bonell/Knapp, Art 74 N.3.16; Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, s.743; *Sekreteryaya Şerhi*, Art.70 N.2.

³⁰⁸ Gotanda, Art 74 N. 29; Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 74 N.33; Eiselen, *Unresolved Damages Issues of the CISG: a Comparative Analysis*, s.35.

³⁰⁹ Schwenger/Schwenger, N. 44.

Toplam zararın kesin miktarının belirlenmesi bakımından benimsenen, “hüküm anı” ifadesi ile hedeflenen, davada bu konunun son kez konuşulduğu an, sözlü duruşma yapılıyorsa son duruşma anıdır.

Buna ek olarak, Atamer, aynen ifanın kural olduğu ülkelerde, talebin tazminata dönüştürüldüğü anın esas alınacağını “*Kara Avrupası ülkelerinde ilke, alıcının ifa talebinin vadeden sonra da aslen devam etmesi ve onun bu alternatiften vazgeçeceği ana kadar tazminatın hesaplanmasının ertelenmesidir. CISG da bu son sistemi benimsemiştir*” ifadesi ile belirtmektedir³¹⁰. Diğer taraftan, tarafların, sözleşmelerinde, zararın hesaplanacağı ana ilişkin düzenleme sevketmeleri mümkündür³¹¹.

Türk hukukunda da, doktrin, yukarıdaki açıklamalara paralel görüş benimseyerek hüküm anının esas alınmasını savunmaktadır³¹². Buna karşılık, Yargıtay uygulamasında, haksız fiil hükümlerine paralel olarak, zararın meydana geldiği an esas alınmaktadır³¹³. Yargıtay’ın farklı yaklaşımının temel sebebi, zararın hesaplanması bakımından esas alınan bilirkişi incelemelerinin, hüküm anından önce sunulması ve bu incelemelerde zararın meydana geldiği anın esas alınmakta olmasıdır.

C. Tazminatın İfa Edileceği Yer

Madde 74 hükmü, tazminatın ifa edileceği yer bakımından da özel düzenleme sevk etmemiştir. Bir görüş, ihlal edilen sözleşmesel yükümlülüğün ifa edilmesi gereken yerin esas alınması yönündedir³¹⁴. Diğer bir görüş ise, m. 57’nin öngördüğü temel prensibe uygun olarak, tazminatın, zarara uğrayan tarafın ticari

³¹⁰ Atamer, *CISG*, s. 438.

³¹¹ Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, 743.

³¹² Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 85.

³¹³ Bu yönde mahkeme kararları için bkz. Yargıtay 4. HD., 2.4.1984, 2713/3298; Yargıtay 4. HD., 23.12.1982, 7190/11637; Yargıtay 4. HD., 2.12.1972, 7606/10156.

³¹⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 N.27.

faaliyetlerini yürüttüğü yerin esas alınması gerektiğini savunmaktadır³¹⁵. Bu bağlamda, m. 57(1)(a) gereği satıcının iş yeri merkezi veya malların gönderileceği yer esas alınabilecektir³¹⁶. Unutulmamalıdır ki, tarafların aksini kararlaştırması her zaman mümkündür.

Sekreteryaya Şerhi'nde, m. 74 uyarınca zararın hesaplanması ve tazminatın ifa edilmesi için esas alınacak yer malların gönderileceği yer olarak belirtilmiştir³¹⁷. Paralel sonuca ulaşmak, Türk hukukunda da mümkündür. Zira, bir para borcu olarak tazminat borcu (nakdi tazminata hükmedildiği ihtimalde), TBK m. 89 uyarınca götürülecek borçtur³¹⁸. Dolayısıyla, ifa yeri, alacaklısının yerleşim yeri olacaktır.

D. Zararın Hesaplanmasında Esas Alınacak Para Birimi

CISG'da tazminatın para olarak ödenmesi esası benimsenmiştir. Ancak, tazminat tutarının hangi para biriminden ödeneceği düzenlenmemiştir. Genellikle kabul gören görüş, meydana gelen zararın tam olarak tazmin edilmesi gereği, zararın oluştuğu para biriminin esas alınarak tazminatın hesaplanması yönündedir. Ancak tazminatın ifasının başka bir para birimi ile gerçekleştirilmesi de mümkündür. Örneğin, taraflar aralarındaki sözleşmeye, sözleşmesel yükümlülüğün ifasına ve/veya tazminatın ödeneceği para birimine ilişkin hüküm sevk etmiş olabilirler. Bu ihtimalde, mahkeme veya tahkim heyeti sözleşmesel düzenlemeyi esas olarak

³¹⁵ Gotanda, Art 74 para 30; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 N.61; Huber/Mullis, s.281.

³¹⁶ Galvan, s. 34.

³¹⁷ Sekreteryaya Şerhinde şu ifadeye yer verilmiştir: “Article 70 [draft counterpart of CISG article 74] gives no indication of the time and place at which " the loss" to the injured party should be measured. Presumably it should be at the place the seller delivered the goods and at an appropriate point of time, such as the moment the goods were delivered, the moment the buyer learned of the non-conformity of the goods or the moment that it became clear that the non-conformity would not be remedied by the seller under article 35, 42, 43 or 44 [draft counterpart of CISG article 37, 46, 47 or 48], as the case may be”.

³¹⁸ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 332.

ve zararın meydana geldiği para birimi üzerinden uygun tazminat tutarını tespit ederek hüküm tesis edecektir³¹⁹.

Öte yandan, sözleşmede kararlaştırılan ulusal para birimi farklı olsa dahi, tazminatın zararın meydana geldiği veya kaçırılan kârın para biriminde tespit edilmesi gerektiği savunulmaktadır³²⁰. Bu görüş uyarınca, somut olayın koşullarının gerektirdiği ihtimalde, dürüstlük kuralı uyarınca, ve başka para birimine çevrilmesi zorluk teşkil etmedikçe, tazminatın ödeme yerinin para biriminde ifa edilmesi önerilmektedir.³²¹

Diğer taraftan, tazminatta esas alınacak para biriminin, her zaman sözleşmede öngörülen para birimi olarak tespit edilmesi doğru değildir³²². Nitekim, somut olayın koşulları dahilinde, tam tazmin ilkesine paralel olarak, zarara uğrayan tarafın uğradığı zararın vuku bulduğu ülke parasının esas alınması da gerekebilmektedir³²³. Örneğin, UPICC burada açık hüküm sevk ederek, ihlal edilen sözleşmesel yükümlülüğün karşılığı olan birim veya zararın vuku bulduğu birimden hangisi daha uygun ise onun esas alınması gereğini benimsemektedir³²⁴.

E. Denkleştirme

Sözleşmesel yükümlülüğün ihlali, zarara uğrayan tarafın, sözleşmenin ifasının sebep olacağı bazı zarar kalemlerinden ve/veya gerektireceği masraflardan kurtulması sonucunu doğurabilmektedir. Bu durumda, yukarıda incelenen fiili zarar prensibi paralelinde, kaçınılan zarar ve/veya kurtulunan masrafların

³¹⁹ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art 74 N. 31; OLG Düsseldorf, 02.07.1993, CISG-Online N.74; Eiselen, s.41.

³²⁰ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 N. 30.

³²¹ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 N. 30 .

³²² Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 N. 30; LG Berlin, 30.09.1992, CISG-Online N.70.

³²³ Schwenger/*Schwenzer*, Art. 74 N. 8.

³²⁴ Saidov, *Law of Damages*, s.252.

tazminattan mahsup edilmesi gerekmektedir³²⁵. Nitekim, CISG'ın tazminat mekanizmasının amacı zarara uğrayan tarafa, ekonomik durumunun sözleşme ihlal edilmeseydi olacağı değerin sağlanmasıdır. Zira, zarara uğrayan, sözleşme ihlal edilmeseydi içinde bulunacağı ekonomik konumdan daha iyi bir konuma getirilmemelidir. Paralel olarak sözleşmeyi ihlal edenin de bu son davranışından menfaat sağlamaması gerektiği savunulmaktadır³²⁶. Bu mahsup işlemi, denkleştirme olarak nitelendirilmektedir.

CISG'da sözleşmenin ihlali dolayısıyla uğranılan zararın elde edilen menfaatlerle denkleştirilmesi hususunda açık hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Atamer haklı olarak, m. 84(2)'deki hükmün m. 7(2) anlamında genel ilke olarak mütalaa edilerek, tazminat hesaplamasında devreye girmesi gerektiğini belirtmektedir³²⁷. Nitekim, tam tazmin ilkesinden bu sonuç çıkarılmaktadır. Ek olarak, CISG'ın yorumlanmasında başvurulabilecek bir başka uluslararası enstrüman olan, PECL'in resmi şerhinde (Art. 9.502) açık olarak bu son uygulama düzenlenmektedir³²⁸.

Ancak, zarara uğrayanın elde ettiği ve fakat sözleşmenin ihlalinin doğal sonucu olarak nitelendirilemeyecek kazançlar denkleştirme kapsamında ele alınmayacaktır³²⁹. Örneğin, sözleşme ihlali ile nedensellik içinde olmayan, çeşitli surrogatlar bu bağlamda değerlendirilebilecektir. Stoll/Gruber, bu sonuncuya örnek olarak, sözleşme ihlalinin sonucu olmaksızın, sigorta dolayısıyla elde edilecek menfaati işaret etmektedir³³⁰.

³²⁵ Gotanda, Art 74 N. 32; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art 74 N.32; CISG-AC Opinion N.6, Calculation Damages under CISG Article 74, Rapporteur Gotanda.

³²⁶ Chengwei Liu, *Effects Of Avoidance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and Case Law*, CISG-Online.

³²⁷ Atamer, *CISG*, s. 438.

³²⁸ Friedrich Blasé/ Phillip Höttler, Remarks on the Damages Provisions in the CISG, Principles of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC), An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law (ed. John Felemegas), 2004, N. 3.a.

³²⁹ Schlechtriem/ Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 74 N. 32.

³³⁰ Schlechtriem/ Schwenger/Stoll/Gruber, Art 74 N.32.

Denkleştirmeye ek olarak, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, ihlal paralelinde elde ettiği kazancı, karşı tarafın zararı olmasa dahi devretmesi gerektiği de ileri sürülmektedir (“*disgorgement of profits*”). Bu bağlamda, denkleştirme kapsamında değerlendirilen husus, m. 81(1) hükmündeki “*tazminat yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla*” ifadesi ile ifa yükümlülüğünün sona ermesi dolayısıyla, ilgili tarafın tasarruf ettiği oranda gündeme gelen zarardır³³¹.

Bu görüş, tazminatın denkleştiri fonksiyonunun bir sonucu niteliğindedir³³². Hesaplama metodu olarak da gündeme gelmektedir³³³. Örneğin; ikame işlemin, esas sözleşmeden başka bir yerde ve farklı koşullarda yapıldığı ihtimalde, tazminat bu iki sözleşme arasındaki farklılıklar dikkate alınarak hesaplanmalıdır. Bu bağlamda, katlanılmak zorunda kalınan ek masraflar eklenmeli, elde edilen menfaatler düşülmelidir³³⁴. CISG, zarara uğrayan tarafın sözleşme ihlali sayesinde elde ettiği menfaatin tazminattan indirilmesi hususunda açık hüküm içermemektedir. Ancak, genel olarak tazminat mekanizmasına hakim olan tam tazmin ilkesi ışığında bu sonuca varılması mümkündür.

Türk hukukunda da paralel olarak, belirlenen zarar miktarında, zarara uğrayan tarafın sağladığı yararların düşülmesi suretiyle net zararın bulunması işlemine, yararın zarara mahsubu veya denkleştirilmesi ifadesi ile yer verilmektedir³³⁵. Bu bağlamda, sözleşmeye aykırılık ile arasında uygun nedensellik bağı bulunan³³⁶, yararlar, toplam zaradan indirilerek net zarar tespit edilecektir.

³³¹ Liu, *Effects Of Avoidance*, s. 3.

³³² Felemegas (Ed.), s. 470.

³³³ Schwenzer/Hachem/Kee, N. 44.21.

³³⁴ Victor Knapp, Article 74, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Milan, 1987, N. 3.15, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 74 N. 32.

³³⁵ Oğuzman/Öz, Cilt II, s.87.

³³⁶ Oğuzman/Öz, Cilt II, s.88: Yazar bu hususta şu örneği vermektedir; “*Şayet mal sigortalarında olduğu üzere sigortacı mağdura ödediği sigorta bedeli için ona halef oluyorsa ve mağdur haksız haksız fiil sorumlusundan sadece sigorta bedelinin zararı karşılamayan kısmı için tazminat istiyorsa esasen ortada mahsup edilecek bir yarar yoktur.*”

F. Sözleşmenin Sona Erdirilmediği İhtimalde Zararın Hesaplanması

1. Genel Olarak

Tazminat mekanizmasında genel hüküm niteliğindeki m. 74, ilk planda sözleşmenin sona erdirilmediği ihtimalde, yukarıda değerlendirilen tüm zarar kalemleri bakımından geçerli olarak, tazminatın kapsamını çizmektedir. Dolayısıyla, sözleşmenin sona erdirilmediği ihtimalde, kabul edilmiş ve fakat sözleşmeye uygun olmayan malların saptandığı, veya malların sözleşmede öngörülen kriterlere uygun şekilde teslim edilmediği, teminatın ihlal edildiği, ifanın vadede gerçekleştirilmediği vb. ihtimallerde uygulama bulan, tazminatı düzenleyen genel hüküm niteliğindedir. Öte yandan, m. 74 hükmü sözleşmenin sona erdirildiği ihtimalde de uygulama bulacağıının altı çizilmelidir³³⁷.

2. Tazminatın Hesaplanması

CISG m.74 hükmü ile, ihlal dolayısıyla zarara uğrayan tarafa, sözleşme tam ve doğru ifa edilseydi içinde bulunacağı ekonomik pozisyonu sağlamak amaçlanmaktadır ki bu *pacta sunt servanda* kuralının bir sonucudur. Başka bir deyişle, ("*benefit of the bargain*")³³⁸ sözleşme ile taahhüt edilen menfaatin ilgili tarafa sağlanması esas alınmaktadır³³⁹. Bu bağlamda, beklenen menfaat ve sözleşmeye güven sonucu yapılan masrafların karşılanması güvence altına alınmaktadır³⁴⁰.

³³⁷ Schwenger/Schwenger, Art 74 N. 12.

³³⁸ Farnsworth, 27 Am. J. Comp. L., s. 247; belirtildiği üzere; "benefit of the bargain"; tazminatın, zarara uğrayan tarafın beklentisi odaklı hesaplandığı sistemdir.

³³⁹ Farnsworth, 27 Am. J. Comp. L., s. 247.

³⁴⁰ Sutton, s. 740.

Yukarıda değinildiği üzere, CISG, olumlu ve olumsuz zarar ayrımı öngörmemektedir. Ancak, genel hüküm niteliğindeki 74. maddenin metninden, ifa menfaatinin korunduğu bu bağlamda müspet zararın tazmininin hedeflendiği anlaşılmaktadır³⁴¹. Nitekim, zarara uğrayan taraf; zararının m. 74'e göre tam tazminini isteyebilir veya sözleşmeyi sona erdirerek soyut veya somut metotla hesaplanacak zararın tazminini talep edebilir³⁴². İlk durumda, m. 74'e dayanarak ifanın yanında bir tazminat istenmektedir. Paralel olarak, Schlechtriem, ifa menfaatinin telafi edilmesinin ancak sözleşmenin sona erdirilmesi ile mümkün olacağını vurgulamaktadır. Bu durumda, örneğin, alıcı, m. 74 hükmü dahilinde, farkın ikame işleminde somutlaşmasından bağımsız olarak, malların sözleşmede öngörülen nitelikleri ile ifa edilen ayıplı malların nitelikleri arasındaki değer farkının tazminini talep edebilecektir³⁴³.

Buna rağmen, sözleşme sona erdirilmeksizin ifa etmemeden doğan zararın talep edilip edilemeyeceği tartışma konusu olmuştur³⁴⁴. Kural, sözleşmenin tasfiyesinin ve ifaya olan menfaatin telafi edilmesinin ancak sözleşmenin sona erdirilmesini takiben gündeme gelmesidir. Dolayısıyla, sözleşmenin sona erdirilmediği ihtimalde m. 74 paralelinde, tazminat; gecikme nedeniyle vuku bulan zarar ile diğer devam eden zarardan ibarettir³⁴⁵. Ancak, istinai olarak, kesin vade öngören sözleşmede, edimin bu son tarihte ifa edilmemesi üzerine imkansızlığın gündeme geldiği ihtimalde, bu kez sözleşmeyi sona erdirmeye beyanında bulunulmasına gerek olmaksızın ifa menfaati talep edilmesi olanak dahilindedir³⁴⁶.

Ek olarak, tazminatın kapsamına veya hesaplanmasına ilişkin olarak, çeşitli ihlal halleri bakımından farklı hükümler tesis edilmemiştir³⁴⁷. Nitekim, yukarıda değinildiği üzere, sözleşmesel yükümlülük ihlalinin esas alındığı tazminat

³⁴¹ Erhan Kanişlı, *CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları*, İstanbul, 2013, s. 90.

³⁴² Schlechtriem/ Butler, s. 216.

³⁴³ Schwenger/Schwenger, Art 74 N. 23.

³⁴⁴ Schlechtriem/ Butler, s. 216.

³⁴⁵ Schlechtriem/Butler, s. 216.

³⁴⁶ Schlechtriem/Butler, s. 216.

³⁴⁷ Örneğin, CISG uygulamasında aliud, başka şeyin ifası olarak değil sözleşmeye uygun olmayan nitelikte ifa kavramına dahil edilmemiş olduğudur. Dolayısıyla, ayıp hükümleri uygulama bulacak ve tazminat bu bağlamda hesaplanacaktır.

mekanizması benimsenmiştir³⁴⁸. Buna göre, sözleşme her ne suretle ihlal edilmiş olursa olsun, aynı tazminat mekanizması işletilecektir³⁴⁹. Bunun yanında, ihlalin geçici olması veya örneğin, ek süre tanınması halinde, bu sonuncunun sözleşme ihlalinin ortadan kaldırmadığının altı çizilerek, sözleşmesel yükümlülük ihlalinin sonucu meydana gelen zararın m. 74 uyarınca tazmin edileceği belirtilmelidir. Dolayısıyla, gecikme nedeniyle uğranılan zarar (örneğin faiz ve/veya gecikme dolayısıyla katlanılan masraflar³⁵⁰ vb.) tazminat konusu olacaktır³⁵¹.

Bunun dışında, örneğin, m. 81(2)'nin öngördüğü, sözleşmenin sona erdirilmesi ihtimalinde, sözleşmenin tasfiyesi dahilinde gündeme gelen iade borcunun yerine getirilmemesi de yine m. 74'ü devreye sokmaktadır³⁵². Paralel olarak, muaccel olmamış edimin ifa edilmeyeceği hususunda açık beyan veya davranış (m. 72) ya da teminat verilmemesi gibi hallerde de m. 74 uygulama bulacaktır³⁵³.

Diğer taraftan, dava edilemez yükümlülükler tazminata konu olmayacaktır³⁵⁴. Zararı azaltma ve alıcının muayene ve ihbar külfetine aykırı davranış bu sonuncunun örneğidir³⁵⁵.

Buna karşılık, dava edilemez bir yükümlülük olmasına rağmen, zararı azaltma külfeti dahilinde yapılan ekstra masraflar veya bu sebeple uğranılan zararlar da, m. 74 hükmü dahilinde sözleşmenin ihlali dolayısıyla meydana gelen zararlar dahilinde tazminat talebine konu olacaktır³⁵⁶. Hatta, zararı azaltmak niyetiyle alınan ve fakat beklenen faydayı sağlamayan önlemler için yapılan masraflar da yine tazminat hesaplanmasında dikkate alınacaktır³⁵⁷.

³⁴⁸ Leonardo Graffi, *Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention*, International Business Law Journal, 2003, S.3, s. 338.

³⁴⁹ Schwenger/Atamer/Butler, s. 23.

³⁵⁰ Zeytin, s. 212.

³⁵¹ Zeytin, s. 171.

³⁵² Schwenger/Schwenger, N. 13.

³⁵³ Schwenger/Schwenger, N. 13.

³⁵⁴ Schwenger/Schwenger, N. 13.

³⁵⁵ Schwenger/Schwenger, N. 13.

³⁵⁶ Riznik, s. 15.

³⁵⁷ Riznik, s. 15.

Öte yandan, tarafların sözleşmelerinde aksine düzenleme sevk etmelerinin her zaman mümkün olduğunu belirtmekte yarar bulunmaktadır. Buna karşılık, satıcının m. 32(1) anlamında ihbar ve 32(3) uyarınca bilgi verme yükümlülükleri ile teminat yükümlülüğünün dava edilebilir yükümlülükler olduğunu ve bu bağlamda tazminat hesaplanmasında dikkate alınacağı vurgulamak gerekmektedir³⁵⁸.

Son planda, CISG m. 74 hükmünün, aşağıda incelenmekte olan özel hükümlerden farklı olarak, zararın hesaplanmasına yönelik bir düzenleme sevk etmediğini belirtmek gerekir. Örneğin, yukarıda değinilen, teminat yükümlülüğünün ihlali halinde tazminatın nasıl hesaplanacağı madde metninden anlaşılmamaktadır³⁵⁹. Dolayısıyla, her bir zarar kalemi bakımından yukarıda açıklanan hesaplama yöntemlerine başvurulacaktır.

G. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi İhtimalinde Zararın Hesaplanması

Sözleşmenin sona erdirilmesi halinde zararın hesaplanması, özel olarak madde 75 ve madde 76 hükümlerinde düzenlenmiştir. CISG m. 75 ve 76 hükümleri, m. 74'e nazaran özel hüküm niteliğindedir ve sözleşmenin sona erdirilip, ifanın değil sadece tazminatın talep edildiği hallerde uygulama bulmaktadır³⁶⁰.

CISG m. 75 ve 76'da öngörülen, aşağıda detaylı olarak incelenmekte olan, sözleşmenin sona erdirilmesi şartının amacı³⁶¹, sözleşme sona erdirilmeksizin, başka bir ifade ile tarafın hala ifaya menfaati varken, ikame işlem akdetmesinin veya soyut metotla paralel sonuca ulaşılmasının, zarar hesaplanmasının taraflar arasındaki menfaat dengesine aykırı olacaktır.

³⁵⁸ Schwenzler/Schwenzler, Art 74 N. 13.

³⁵⁹ Gotanda, 36 *Geo. J. Int'l L.*, s. 79.

³⁶⁰ Offermanns, 10 *Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 1.

³⁶¹ Advisory Council Opinion No.8, November 2008, N. 2.3.3; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 75 N. 2 s. 1012; Schwenzler/Hachem/Kee, s. 628 para 44.239; Stoll/Gruber, Art. 75 N. 5 s. 775; OLG Bamberg, 13.01.1999, CISG-Online N.516; Karşı görüş için bkz. OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N.261.

1. Zararın Somut Metotla Hesaplanması

a. Genel Olarak

Madde 74 hükmüne paralel olarak, m. 75'teki düzenlemede de zarara uğrayan tarafa, sözleşme tam ve doğru ifa edilseydi içinde bulunacağı ekonomik pozisyonu sağlamak amaçlanmakta, sözleşme ile taahhüt edilen menfaatin ilgili tarafa sağlanması esas alınmaktadır³⁶². Madde 75 hükmü, sözleşmenin ihlali sebebiyle zarara uğrayan tarafa, sözleşmeyi sona erdirmesini takiben gerçekleştirdiği ikame işlemi esas alarak tazminat talebinde bulunma hakkı tanımaktadır. Bu bağlamda, örneğin, satıcının sözleşme ihlali sonucu zarara uğrayan alıcıya, akdettiği ikame alıma dayanarak aradaki farkı tazminat olarak talep hakkı tanınmaktadır. Veya, aynı şekilde, sözleşmenin ihlali dolayısıyla zarara uğrayan satıcı, bu sefer ikame satım yaparak, sözleşmede kararlaştırılan semen ile ikame satımdaki semen farkına dayanan zararını talep edebilecektir³⁶³. Zararın somut metotla hesaplanmasının düzenlendiği bu son tazminat mekanizması pek çok ülkenin ulusal hukukunda mevcut uygulamaya paralel olarak tesis edilmiştir³⁶⁴.

Madde 75 hükmünün, m. 74'ün yerine geçmediğinin ve bu sonuncunun uygulama bulmasını engellemediğinin altı çizilmedilir. Nitekim, m. 75 uyarınca hesaplanacak tazminatın kapsamına girmeyen harici zararların ayrıca tazmini, genel hüküm niteliğindeki m. 74 kapsamında, koşulları dahilinde her zaman mümkündür.

³⁶² Farnsworth, *27 Am. J. Comp. L.*, s. 247; belirtildiği üzere; "benefit of the bargain"; tazminatın, zarara uğrayan tarafın beklentisi odaklı hesaplandığı sistemdir.

³⁶³ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 75 N. 2, CISG-AC Opinion N.6, Art. 75 N. 1-2-3; Schlechtriem/Schwenzer/ *Stoll/Gruber*, Art. 75 N. 1; Schwenger/*Schwenger*, Art. 75 N.1; Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 75 N. 1.2.

³⁶⁴ Beale/Fauvarque-Cosson/Rutgers/Tallon/Vogenauer, s.1013.

CISG m. 75 hükmü uyarınca tazminat talep edilmesi emredici nitelikte değildir. Zarara uğrayan tarafın seçimine bağlıdır. Özel hüküm niteliğindeki m.75'in, pratik bir tazminat hesaplama metodu düzenlemesi ve belirli bir kesinlik derecesinde zararın ispatı gereğini aramaması tercih sebebidir. Nitekim, zarara uğrayan taraf bu hükmün uygulamasına başvurarak, örneğin ticari defterlerini ve işletme kayıtlarını mahkeme ve /veya hakem heyetine sunma yükümlülüğü altında olmayacaktır³⁶⁵. Taraf, ticari defterleri, şirket içi hesapları, ticari bağlantıları, müşterileri vs gibi özel bilgileri sunmak istemezse özellikle bu yolu tercih edecektir³⁶⁶. Ancak, ikame işlemin akdedildiğine ve unsurlarına ilişkin ispat faaliyeti yürütüleceği unutulmamalıdır.

CISG m. 74 ve 75 hükümleri esasen farklı bir tazminat sistemi öngörmemektedir. Temel fark, m. 74 uyarınca tazminat istenmesinin ön koşulunun sözleşmeyi sona erdirmek olmamasıdır.

Paralel olarak, Türk hukukunda da, satıcının semen ile sözleşmeye konu malı dürüstlükle sattığı daha düşük bedel arasındaki farkı zarar olarak alıcıdan isteyebilmektedir³⁶⁷. Nitekim, TBK m. 213/II uyarınca, zarara uğrayan alıcı satım sözleşmesinde kararlaştırılan semen ile teslim edilemeyen malı iktisap etmek için gerçekleştirdiği ikame alım arasındaki fark tazminat konusudur. CISG'in öngördüğü makullük kriterine benzer uygulamayla, somut hesaplama metodundan yararlanılabilirliği, ikame işlemin, dürüstlük kuralına uygun olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır. Dürüstlükle yapılmayan ikame işlemlerde, bu son ilkeye uygun yapılması beklenen satım bedeli esas alınarak tazminattan indirim yapılmaktadır³⁶⁸. CISG uygulamasında olduğu gibi, TBK hükümlerine göre de, satıcı kural olarak ikame işlem akdetmek zorunda değil ve fakat satıcı için olanaklı, amaca uygun ve beklenebilir ise, ikame işlemin akdedilmesi bir külfet oluşturmaktadır. Satıcının bu külfeti yerine getirmemesi tazminatın soyut metolla

³⁶⁵ Huber/Mullis, s.283

³⁶⁶ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 75 N. 3.

³⁶⁷ Gümüş, Cilt I, s. 56.

³⁶⁸ Gümüş, Cilt I, s. 57.

(TBK m. 213/III) veya genel hükümler (TBK m. 51) çerçevesinde hesaplanması sonucunu doğrumaktadır.

b. Şartları

aa. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi ve İkame İşlem Yapılması

CISG m. 75 hükmü uyarınca tazminat hesaplaması ve talebi için ilk şart, yukarıda değinildiği üzere, sözleşmenin sona erdirilmesidir. Nitekim, Huber'in ifadesi ile, CISG'in öngördüğü tazminat mekanizmasında, tarafın tüm ifa menfaatinin sözleşmeyi sona erdirmeden tazmin edilmesi olanak dahilinde değildir³⁶⁹. CISG Danışma Konseyi³⁷⁰ de kuralın emredici olduğunu, zira tarafların sözleşmeyi sona erdirmeden ifa menfaatini başka sözleşme ilişkilerinde aramalarının mümkün olmadığını belirtmiştir. Unutulmamalıdır ki, sözleşmenin sona erdirilmemiş olması, kural olarak tarafın ifadan vazgeçmediği anlamına gelmektedir.

Bu bağlamda, diğer tarafın edimini ifa etmesi ile ikame işlemin bedelinin kendisinden tazminat kalemi olarak talep edilmesine engel olacaktır³⁷¹. Nitekim, Atamer'in de vurguladığı gibi ifadan vazgeçilmesi ve sözleşmenin sona erdirilmesi koşullarının varlığı halinde ikame işleminden ve bu bağlamda doğacak zararın tazmininden bahsedilecektir³⁷².

³⁶⁹ Huber, *71 RabelsZ*, s. 28.

³⁷⁰ CISG Advisory Council Opinion No. 8, Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76. Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA. Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan, on 15 November 2008.

³⁷¹ Offermanns, *10 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 2; ICC N. 8574, 01.09.1996, CISG-Online N.1293: İlgili kararda mahkeme, sözleşmenin sona erdirilmediği olgusundan yola çıkarak, m. 75 hükmünün uygulama bulmayacağını ve fakat genel hüküm niteliğindeki m. 74 uyarınca hesaplanacak tazminatta alıcının yaptığı ikame alımın da değerlendirilmeye alınacağına hükmetmiştir.

³⁷² Atamer, *CISG*, s. 433.

Sözleşmenin sona erdirilmesi şartının istisnası, dürüstlük kuralı gereği, satıcının sözleşme konusu edimi ifa etmeyeceğini açıkça beyan etmiş olduğu hallerdir. Nitekim, edimin ısrarla ifa edilmemesi bu anlamda korunmaya değer haklı bir menfaatin bulunmadığı şeklinde yorumlanacaktır³⁷³. Paralel olarak, Alman Mahkemesinin 28 Şubat 1997 tarihli kararında³⁷⁴, CISG’ın bu kurala bir istisna tanımadığının altını çizmiş, ancak buna ek olarak dürüstlük kuralı gereği açık olarak sona erdirme beyanı yapılmamış olsa da ifanın ciddi ve nihai olarak reddedilmesinin de aynı sonucu doğuracağını kabul etmiştir³⁷⁵. Mahkeme, sözleşmenin sona erdirilmesi şartına bir istisna getirmemekte ve fakat sona erdirme beyanının zımnen de yapılabileceğini tespit etmektedir. Nitekim, karara konu olayda, sözleşmenin vadede ifa edilmemesi üzerine, alıcı ikame alım yaptığını satıcıya bildirmekle esasen sözleşmeyi sona erdirdiğinin de beyanında bulunmaktadır.

Yine, satıcının gecikmede olduğu, alıcının ise sözleşmeyi sona erdirmeksizin ikame alım yaptığı ihtimalde, satıcının yükümlülüğünün sona ermediği ve ifayı gerçekleştirme hakkının devam ettiği açıktır. Ancak bu ihtimalde, alıcının ifaya eklenen bir tazminat talebi gündeme gelebilecektir, tazminatın hesaplanmasında ikame işlem yine esas alınacaktır. Diğer taraftan, bu ihtimalde, aşağıda ayrıca ele alınmakta olan, m. 77’nin öngördüğü zararı azaltma külfeti özellikle ikame alımın makul olup olmadığı hususunda belirleyici olacaktır.

Buna karşılık, Schlechtriem, sözleşmenin sona erdirilmediği olasılıkta da zararın hesaplanmasında m. 75 hükmünün öngördüğü somut metoda başvurulabilmesi

³⁷³ Atamer, *CISG*, s. 433.

³⁷⁴ OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N.261, mahkeme sözleşmenin sona erdirilmesi beyanının zımnen de yapılabileceğine ilişkin şu ifadeye ver vermiştir “... *an explicit declaration of avoidance was not necessary because, before Buyer made the cover purchase, the Seller had seriously and finally refused to perform under the sales contract. Although, the CISG does not make an exception from the requirement of a declaration of avoidance, the rule of the “observance of good faith in international trade” (Art. 7(1) CISG) leads to the result that a declaration of avoidance is not necessary, if it is certain that the other party will not perform its obligations in a case...*”.

³⁷⁵ Aynı yönde yargı kararı için bkz. OLG München, 15.09.2004, CISG-Online N.1013.

gerektiğini savunmaktadır³⁷⁶. Nitekim, sözleşme ihlalini takiben, zararı azda tutma külfetine uygun olarak, gerçekleştirilen ikame işlemin kendisi bir nevi sona erdirmeye beyanı olarak niteliğendirilebilecektir³⁷⁷. Ancak, bu durum sözleşmenin kendiliğinden (“*ipso facto*”) sona erme hali olarak mütalaa edilmemelidir. Zira, CISG sistematüğinde bu tür bir düzenleme mevcut değildir³⁷⁸. Bu sonuca ancak, ikame işlem akdedilmesinin, *lex mercatoria* olarak kabul görmüş dürüstlük kuralı³⁷⁹ gereği, ifadan vazgeçilmesi olarak yorumlanması ile varılabilecektir.

Yukarıda değinildiği üzere, sözleşmenin sona erdirilmesinin esaslı ihlalin varlığına bağlandığı CISG sistematüğinde, iki farklı yaklaşımın incelenmesi bakımından; örneğin, gönderilen malların sözleşmede öngörülen koşullarda olmadığı ve fakat esaslı ihlal teşkil etmeyecek halde makul kullanım özelliklerinde olduğu ihtimalde sözleşme sona erdirilemeyecektir. Bu bağlamda, ilk görüşe göre, tazminat talep hakkının hukuki gerekçesi m. 74 hükmü olacaktır. Bu durumda, alıcının kendi üretim planına uygun özellik taşıyan ek mallar alması ikame işlem teşkil etmeyecek ve fakat m.74’ün de benimsediği somut hesap ilkesi paralelinde nazara alınacaktır. İkinci görüşe uyarınca ise, ifa kabul edilmeyerek ikame işlem akdedilmesi sözleşmenin sona erdirilmesi olarak nitelendirilecek ve bu sefer m.75 hükmü uygulama bulacaktır.

Diğer taraftan, m. 47 hükmü uyarınca, ifanın vadede gerçekleşmediği ihtimalde, alıcı tarafından ihtiyari olarak, satıcıya ek süre tanındığı ihtimalde (“*Nachfrist*”) bu süre zarfına ilişkin olarak m. 75 dahilinde bir talepte bulunulamayacağına altı çizilmiştir. Nitekim, alıcı tarafından öngörülmesi zorunlu olmayan, bu süre zarfında sözleşmenin sona erdirilmesi ve bu bağlamda hakların kullanılması

³⁷⁶ Peter Schlechtriem, *Damages, avoidance of the contract and performance interest under the CISG*, CISG-Online; ICC N.8574, 01.09.1996, CISG-Online N.1293.

³⁷⁷ OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N.261, Mahkemenin, “...does not exactly prove when the Buyer informed the Seller of the cover purchase and thereby impliedly declared the contract avoided.” ifadesinden, ikame işlemin sözleşmeyi ihlal eden tarafa, bildirilmesinin zımnen sözleşmenin sona erdirilmesi beyanı olarak yorumlanacağı sonucu çıkarılmaktadır.

³⁷⁸ Schlechtriem/ Schwenger/Stoll/Gruber, Art 75 N. 6.

³⁷⁹ Ayoğlu, *Lex Mercatoria*, s. 128.

mümkün değildir³⁸⁰. Dolayısıyla, sözleşmeyi ihlal eden tarafa mehil verildiği halde, bu sonuncunun edimini ifa hakkı devam etmektedir ve ikame işlem gerçekleştirilmesi olanak dahilinde değildir.

Son olarak, ikame işlem m. 88’de düzenlenen işlemle (“*self-help*”) karıştırılmamalıdır³⁸¹. Nitekim, ikame işlem alıcının kendi nam ve hesabına, kendi çıkarına akdettiği bir işlem olup masraflarını zarar kalemi olarak talep edebilmektedir. Madde 88 hükmünde düzenlenen işlemde ise, tüm olası kazançlar diğer tarafa aktarılmak üzere işleme girilmektedir. Ek olarak, m. 75’in anılan işlemin uygulama bulması kural olarak sözleşmenin sona erdirilmesine bağlıdır³⁸².

bb. İkame İşlemin Makul Şekilde Yapılması

Diğer taraftan, m. 75 hükmü kapsamında tazminat talebinin gündeme gelmesi ikame işlemin varlığına bağlıdır. Örneğin, Gotanda, alıcının, sözleşmeye konu malları başka bir satıcıdan tedarik etmek yerine kendisinin ürettiği ihtimalde de, tazminat talebinin dayanağının m. 75 olmayacağını savunmaktadır. Aksi görüş, bu sonuncu gibi istisnai durumlarda, m. 75’teki tazminat mekanizmasının çalıştırılmasının mümkün olduğunu savunmaktadır³⁸³. Bu görüşe göre, üretim maliyeti emsal ikame işlem değeri olarak kabul edilmeli ve bu bağlamda m.75’ye göre tazminat talebine konu olmalıdır.

Diğer taraftan, ikame işlemin kurulmasına ilişkin ihbarda bulunulması aranmamaktadır. Ancak, taraflar arasındaki yerleşmiş uygulama ve alışkanlıklar, m. 9 hükmü uyarınca aksini gerektirebilmektedir³⁸⁴.

³⁸⁰ Maryellen DiPalma, *Nachfrist under National Law, the CISG, and the UNIDROIT and European Principles: A Comparison, International Contract Adviser (Kluwer)*, Vol. 5, No.1 (Winter 1999), s. 29.

³⁸¹ Schlechtriem/ Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 75 N. 6; Schlechtriem/Butler, s. 237.

³⁸² Schlechtriem/ Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 75 N. 6; Schlechtriem/Butler, s. 237.

³⁸³ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, N. 11.

³⁸⁴ Schlechtriem/ Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 75 N. 7.

Ardından, CISG m. 75 hükmü; sözleşmenin sona erdirilmesini takiben, makul sürede ve makul usulde, yapılan ikame işlemin esas alınarak tazminat hesaplanmasını öngörmektedir. İkame işlemin makul sürede ve makul usulde yapılması gereği, tazminatı sınırlandıran bir mekanizma olarak da yorumlanmaktadır³⁸⁵. Gabriel, tarafların önceden makul koşulları sözleşmelerinde düzenlemelerini önermektedir. Paralel olarak, zararı azaltma külfetinden ne anlaşılması gerektiği ve CISG’da tazminat kapsamına dahil edilmeyen zarar kalemlerinin sözleşmede kurgulanacak bir götürü tazminat dahilinde talep edilebilmesi gibi hususların önem arz ettiğini vurgulamaktadır³⁸⁶. Bu husus aşağıda detaylı olarak ele alınmaktadır³⁸⁷.

Diğer taraftan, sözleşmenin sona erdirilmesini takiben ikame işlem yapılması şartının yerine getirilmesi, bizzat zararı tazmin edilmesi engel olabilmektedir. Örneğin, fiyatların dalgalı olduğu piyasalarda, sözleşmenin sona erdirilmesinden önceki bir zaman diliminde, ikame işlemi yaparak zararın azaltılması külfetini yerine getirmek, sözleşmeyi sona erdirme şartının önüne geçebilmektedir³⁸⁸. Zira, ikame işlemin makul sürede yapılması gereği zararı azaltma külfeti ile beraber bu olasılıkta belirleyici olacaktır. Nitekim, Offermans, ikame işlemin yapılmasının ilk mümkün olduğu anın referans alınarak, zararın m. 77 hükmü dahilinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.

CISG m. 75 hükmü uyarınca, ikame işlemin makul şekilde yapılması makul fiyattan yapılması anlamına gelmektedir³⁸⁹. Nitekim, Sekretarya Şerhi’nde; *“ikame işlemin makul şekilde yapılması ... ikame işlem sözleşme konusunun satımı ise ilgili piyasa koşullarında mümkün en yüksek fiyat üzerinden, alım ise mümkün en düşük fiyat üzerinden olması gerekmektedir. Bu sebeple, ikame işlemin sona*

³⁸⁵ Harry M. Flechtner/ Ronald A. Brand/ Mark S. Walter(Eds.), *Drafting Contracts Under the CISG*, Oxford, 2008, s. 541.

³⁸⁶ Flechtner/ Brand/ Walter (Eds.), s. 542.

³⁸⁷ Offermanns, *10 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 2; *“not only the potentially more favorable the cover contract, but also – even more so – the cover transaction actually concluded under more favorable conditions must be decisive.”*

³⁸⁸ Offermanns, *10 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 2.

³⁸⁹ Schwenger/Schwenger, Art. 75 N. 6.

erdirilen sözleşme ile aynı miktar, kredi ve vade şartlarını taşıması gerekmemektedir.” ifadesine yer verilmiştir³⁹⁰.

Ek olarak, Schlechtriem, ikame işleme yönelik sözleşmenin, ihlal edilen sözleşmeyle az çok uyum içinde olması, bu bağlamda vade tarihleri ve fiyatın benzer olması gerektiğini savunmaktadır³⁹¹. Bu bakış açısına göre, ifanın gelecekteki bir tarihte yapılacağı sözleşmenin sona erdirilip anında ifa öngören bir ikame sözleşme yapılması makul sayılmayacaktır³⁹². Ancak, yazar, kesin bir örtüşmeden bahsetmemekte, kuralın esnekliğini vurgulamaktadır. Örneğin, sonraki tarihli sözleşmenin, teslim tarihinin aynı olması makul olmayan ekstra masrafa sebep olabilecektir³⁹³.

1 Ocak 1995 tarihli ICC Tahkim kararında³⁹⁴, sona erdirilen sözleşme ile ikame işlemdeki bedelin aynı olmasının zorunlu olmadığı, nitekim zarara uğrayan tarafın kısıtlı bir zamanda ikame işlemi yapmak zorunda olabileceği belirtilmiş ve zararın m. 75 hükmü kapsamında tazmin edilmesi için özenli ve dikkatli iş adamı gibi hareket edilmesinin yeterli olduğunu vurgulanmıştır. Bir diğer örnek, Alman Mahkemesinin 14 Ocak 1994 tarihli kararında³⁹⁵; edimin konusunun sezonluk ayakkabı olduğu sözleşmenin sona erdirilmesini takiben yapılan ikame satımda ayakkabılar sezonun geçmesi nedeniyle sözleşme bedelinin altında satılmıştır, ancak aradaki fark yukarıdaki karara paralel olarak m. 75 kapsamında tazmin edilmiştir. Son olarak, makul zamanın tespiti somut olaya göre değişecektir.

Yukarıdaki açıklamalar paralelinde, somut metotla tazminat hesaplaması için doğal olarak bir sözleşme bedelinin bulunması gerekmektedir. Sözleşme bedeli; açık veya örtülü olarak sona erdirilen sözleşmede belirtilmiş olabileceği gibi m. 55 uyarınca tespit edilebilir. Yedek kural niteliğindeki m. 55 hükmü, sözleşme

³⁹⁰ *Sekretarya Şerhi*, Art. 71 N. 4.

³⁹¹ Schlechtriem, *Calculation of damages*, N. III.1.

³⁹² Schlechtriem, *Calculation of damages*, N. III.1.

³⁹³ Schlechtriem, *Calculation of damages*, N. III.1.

³⁹⁴ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, N. 16; ayrıca ilgili karar metni için bkz. ICC N.8128, 01.01.1995, CISG-Online No.526.

³⁹⁵ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, N. 17; ayrıca ilgili karar metni için bkz. OLG Düsseldorf, 14.01.1994, CISG-Online No.119.

bedelinin belirlenmediği ihtimalde, sözleşmenin kurulma tarihini esas alarak “*ilgili ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyata*” işaret etmektedir³⁹⁶.

cc. İkame İşlemin Makul Sürede Yapılması

Ardından, m. 75 hükmündeki, “*Sözleşmenin sona erdirilmesinden sonra makul sürede*” ifadesi, somut olayın koşulları bakımından ele alınmalıdır. Nitekim, bazı hallerde ikame işlemin birkaç ay sonra dahi yapılması makul olabilmektedir³⁹⁷.

İkame işlemin dava sırasında yapılması makul zamanın kaçırıldığı anlamına gelmemektedir. Örneğin, dalgalı piyasalarda makul süre kısa, sezonluk ve eş olmayan malların piyasalarında makul süre uzun olacaktır³⁹⁸. Yine, emtia piyasalarında veya ilgili tarihte cari fiyatın mevcut olduğu hallerde bu süre kısa olacaktır. Yukarıda da değinildiği üzere, ikame işlemin makul olup olmadığı değerlendirilirken, sona erdirilen sözleşmenin amaç ve konusunun iyi incelenmesi gerekmektedir³⁹⁹. İkame işlem, sözleşmenin surrogatı olarak, bu sonuncu ile beklenen ifa menfaatini temin edecek şekilde, denk nitelikte olmalıdır⁴⁰⁰. Başka bir deyişle, esaslı unsurların makul ölçüde birbiri ile örtüşmesi gerekmektedir. Örneğin, Schwenger, aynı tip ve kaliteden mallar üzerinden ikame işlem kurulması gerektiğinin altını çizmektedir⁴⁰¹.

³⁹⁶ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, N. 24.

³⁹⁷ Schlechtriem, *Calculation of damages*, N. II.2.

³⁹⁸ Schlechtriem/Schwenger/*Stoll/Gruber*, Art. 77 N. 12, Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, N. 20.

³⁹⁹ John Felemegas (Ed.), *An International Approach to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge, 2007, s. 479.

⁴⁰⁰ Schlechtriem/ Schwenger/*Stoll/Gruber*, Art 75 N. 4.

⁴⁰¹ Schwenger/*Schwenger*, Art.75 N. 6.

İkame işlemin makul olup olmadığı araştırılırken değerlendirilen bir diğer kriter zarara uğrayan tarafın, ilgili ticari pratiği takip eden, özenli ve dikkatli bir iş adamı gibi davranıp davranmadığı hususudur⁴⁰².

İkame işlem için uygulama bulan, makul zaman ve koşul olarak referans alınacak esaslar, taraflarca sözleşmede belirlenebilir. Böylece, ileride yapılacak ikame işlemin hangi fiyat üzerinden hangi anda yapılacağı önceden tespit edilebilmektedir. Paralel olarak, zararı azaltma külfeti dahilinde hangi davranışların beklendiği yine taraflarca düzenlenebilmektedir. Bu şekilde, tazminatın sınırlandırılması mümkündür.

Diğer taraftan, alıcıdan zararı azaltma külfeti dahilinde makul süre ve koşullarda ikame alım yapması beklense de, ayıplı mallar ikame işleme konu edilemeyecek nitelikte ise kendisinden bu davranış beklenemeyecektir.

Son olarak, m. 75 hükmü uygulamasında öngörülebilirlik şartı aranmamaktadır. Öngörülebilirlik testi, m. 74 uyarınca talep edilecek ek masrafların tazmininde gündeme gelmektedir. Örneğin, dalgalı piyasalardaki beklenmedik hareketler sözleşmeyi ihlal eden tarafa yükletilecektir⁴⁰³. Nitekim, sözleşmenin ihlali ve bunu takiben sona erdirilmesi halinde ikame işlem yapılmasının kendisi bizzat öngörülebilir konumdadır.

c. Tazminatın Hesaplanması

CISG m. 75 uygulamasında, zarar, yukarıda belirtilen esaslar dahilinde, sözleşmede öngörülen semen ile ikame işlemde düzenlenen semen arasındaki fark esas alınarak somut metotla hesaplanmaktadır. Dolayısıyla, bu hesap metodunda ayrıca yoksun kalınan kârın tazmini mevcut değildir. Zira, ikame işlem yapılması ve somut metotla zararın hesaplanması yoksun kalınan kârın meydana

⁴⁰² Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 75 N. 16.

⁴⁰³ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, N. 3.

gelmediğinin kanıtı niteliğindedir⁴⁰⁴. Nitekim, ikame işlem yapılmasıyla ilgili taraf sona erdirilen sözleşmeden olan beklentisini bu kez bu son işlemle elde edecektir. Keza, Gotanda, yoksun kalınan kârın tazmininin ayrıca gündeme gelmesinin mükerrer tazminat niteliğinde olacağını belirtmektedir⁴⁰⁵. Alman Mahkemesinin 6 Nisan 2000 tarihli kararı, bu prensibi vurgulamaktadır⁴⁰⁶. Örneğin, satıcının ikame işlem ile malları bir üçüncü kişiye sattığı ihtimalde, zamansal fark nedeniyle daha düşük fiyattan işlem kurduğu olasılıkta da aradaki fark yoksun kalınan kâr teşkil etmektedir ve tazminat kapsamındadır⁴⁰⁷. İkame işleme rağmen kâr edemeyen alıcı ise bu son riski taşıyacaktır⁴⁰⁸.

Ancak, ikame işlemin başarısız olması paralelinde zarara uğrayan taraf yoksun kaldığı kârı m. 74 uyarınca tazminat dahilinde talep edebilecektir⁴⁰⁹. Nitekim, m. 75 hükmü m. 74'ü sınırlamak için düzenlenmemiştir. Örneğin, sözleşme ihlalinin aynı zamanda zarara uğrayanın üretim seviyesini düşürdüğü ihtimalde bu sonuncuya hükmedilmesi mümkün olabilecektir⁴¹⁰. Zira bu ihtimalde, mükerrer tazmin gündeme gelmeyecektir.

İşlem hacmi kaybı ise bu son durumdan farklı değerlendirilecektir. Nitekim, yukarıda değinildiği üzere, işlem hacmi kaybında ikame işlem mevcut değildir⁴¹¹. Bu bağlamda, m. 75 işlem hacmi kaybı halinde talep edilen tazminatın hesaplanmasında uygulama bulmayacaktır.

Hesaplama yapılırken, hangi işlemlerin ikame olarak nitelendirileceği hususunda görüş birliği yoktur. Örneğin, Schwenzer üretimin ikame işlem gibi mütalaa edilerek tazminat hesaplanmasını desteklemektedir⁴¹². Diğer taraftan, kiralamanın ikame işlem niteliğinde olmadığı, işlemin satım konulu olması gereği

⁴⁰⁴ Schwenzer/Schwenzer, N. 12.

⁴⁰⁵ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 75 N. 24.

⁴⁰⁶ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 75 N. 34; ilgili karar metni için bkz. OLG Hamm, 22.09.1992, CISG-Online No.57

⁴⁰⁷ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 75 N. 33.

⁴⁰⁸ Schwenzer/Schwenzer, Art. 75 N. 12.

⁴⁰⁹ Schlechtriem/ Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 75 N. 11.

⁴¹⁰ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 75 N. 35.

⁴¹¹ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 75 N. 35.

⁴¹² Schwenzer/Schwenzer, Art. 75 N. 2.

vurgulanmalıdır⁴¹³. Nitekim, genel kabul gören görüş, ikame işlemi, sona erdirilen sözleşme benzerinin akdedilmesi olarak tanımlamaktadır.

Diğer taraftan, işlemin ikame olarak kabul edilebileceği değerlendirildikten sonra, somut olay bakımından işlemin ikame niteliğinde olup olmadığı tespit edilmelidir. 27 Nisan 2000 tarihli, CIETAC Tahkim Kararında⁴¹⁴, hakem heyeti, şirket cari kayıtlarının çelişkili ve yetersiz olması nedeniyle, m. 75 hükmü anlamında tazminata hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. İkame işlemi yapan tarafın özellikle sözleşmeyi sona erdirirken, bu son işleme taraf oluyorsa, bunu sona erdirme beyanıyla beraber bildirmesi gerektiği,⁴¹⁵ bu şekilde ispat kolaylığı sağlayacağı belirtilmiştir⁴¹⁶. Nitekim, ikame işlem yapan bunun sona erdirilen sözleşmenin ikamesi olduğunu ispat yükü altındadır. Unutulmamalıdır ki, ispatın mümkün olmadığı ve/veya kabul görmeyeceği muğlak ihtimalde her zaman m. 74 ve 76 hükümleri dahilinde tazminat talebinde bulunmak mümkündür. Zira, ikame işlemin yapılıp yapılmadığının tespit edilemediği veya yapılan işlemin ikame niteliğinde olup olmadığının açık olmadığı durumlarda m. 76 hükmü uygulamaya girerek zararın soyut metotla hesaplanması kabul edilmektedir⁴¹⁷. Tam tersi bir bakış açısından, zarara uğrayan taraf, m. 76 uyarınca tazminat talep ederek dava sürecini başlattığı ve makul sürenin henüz dolmadığı bir aşamada ikame işlem akdederse tazminatın m. 75 uyarınca hesaplanmasında hiçbir sakınca olmayacaktır⁴¹⁸.

Aşağıda incelenmekte olan, m. 76 uyarınca, dikkate alınacak cari fiyat, ikame işlemde öngörülen semenden fazla ise, somut olayın koşulları, tazminat alacaklısının zararı azaltma külfeti paralelinde yorumlanacaktır (bu son argüman, ilgili taraf her hâlükârda başka sözleşme yapacak değildiyse dikkate alınacaktır). Genel kabul gören görüş, teknik olarak ikame işlemin çoğunlukla, soyut metotla

⁴¹³ Schwenger/Schwenger, Art. 75 N. 2.

⁴¹⁴ CIETAC, 27.04.2000, CISG-Online N. 2000/05.

⁴¹⁵ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 75 N. 12.

⁴¹⁶ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 75 N. 12.

⁴¹⁷ Victor Knapp, Article 76, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Milan, 1987, 2.4.

⁴¹⁸ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 75 para 20.

hesabından, borçlusunu yararına, daha makul olacağı bu nedenle ikame işlemin varlığının m. 76 uygulamasının önüne geçmesi yönündedir⁴¹⁹.

Özellikle, alıcının ilgili piyasada düzenli olarak işlem yaptığı ihtimalde, sözleşmenin sona erdirilmesini takiben yapılan ilk işlemin ikame niteliğinde olacağı savunulmaktadır⁴²⁰. Bu bağlamda, alıcıya, ilk işlemin ikame niteliğinde olmadığını kanıtlama olanağı verilmesi gerektiği vurgulanmalıdır⁴²¹.

İkame işlem, sona erdirilen sözleşmeden farklı yer ve koşullarda gerçekleştirildiyse, sağlanan kazançlar veya yapılan ekstra masraflar somut metotla hesaplanacak tazminat tutarına yansıtılacaktır. Diğer taraftan, sözleşmenin sona erdirilmesi ve bunu takiben ikame işlem yapılması sonucu gündeme gelen ilave masraflar ve zararlar, m. 75'in uygulama alanında olmasa da her zaman şartları dahilinde m. 74 uyarınca talep edilebilmektedir⁴²². Bunlar; Gotanda'nın da belirttiği gibi, özellikle, ikame işleme ilişkin masraflar⁴²³ (örneğin, ikame işlem nedeniyle ortaya çıkan komisyoncu masrafları⁴²⁴), ikame işlemin başarısız olması sonucu vuku bulan zarar⁴²⁵, sona erdirilen sözleşmenin vadesi ile ikame işlem arasındaki zaman farkının sebep olduğu zarar⁴²⁶; sona erdirilen sözleşmenin vadesi ile ikame işlem arasında faiz oranlarının değişmesi ve/veya kur farklarının⁴²⁷ oluşması dolayısıyla meydana gelen zarar; geri gönderim masrafları, sözleşme konusu malların saklanması dolayısıyla oluşan muhafaza masrafları⁴²⁸ ve sözleşmenin ifa edilmemesi dolayısıyla uğranılan diğer tüm zararlardır⁴²⁹.

Örneğin, Avusturya Mahkemesi'nin 26 Eylül 1997 tarihli hükmü, alıcının ikame işlem masrafından sözleşmeye uygun olmayan malların fiyatının düşülmesi

⁴¹⁹ Bkz. aşağıda III/G/2.

⁴²⁰ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 75 N. 13.

⁴²¹ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 75 N. 13.

⁴²² Peter Schlechtriem, *Calculation of damages in the event of anticipatory breach under the CISG*, CISG-Online. Offermanns, 10 *Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 1.

⁴²³ Supreme Court of Queensland Australia, 17 November 2000, CISG-Online N. 587.

⁴²⁴ Atamer, *CISG*, s. 435.

⁴²⁵ ICC N.8128, 01.01.1995, CISG-Online N. 526.

⁴²⁶ U.S. Court of Appeals 2nd Cir., 06.12.1995, CISG-Online N. 140.

⁴²⁷ LG Krefeld, 28.04.1993, CISG-Online N. 101.

⁴²⁸ Atamer, *CISG*, s. 435; HG des Kantons Aargau, 26.09.1997, CISG-Online N. 329.

⁴²⁹ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 75 N. 24.

sonucu elde edilecek tutarın m. 74 kapsamında talep edilebilmesi yönündedir. Nitekim, m. 74 sözleşme sona erdirilmeden işletilebilmektedir. Böylece, alıcının malları geri vermediği ihtimalde hakkaniyete uygun bir çözüme varılmıştır⁴³⁰.

Madde 75 uyarınca tazminat talebi, kaçınılabılır zararları kapsamamaktadır. Bu tür zararlar m. 77 anlamında indirim kalemi teşkil etmektedir. Sözleşmeyi ihlal eden taraf, zarara uğrayan tarafa, sözleşmenin sona erdirilmesi anında piyasadaki en düşük fiyatı esas alarak tazminat ödemeyi teklif edecektir. Bu bağlamda, ikame işlem yapıldığı ve sözleşmenin açık bedel şartı içerdiği ihtimalde, artan zararlar tazminat kapsamı dışında mütalaa edilecek, zarara uğrayan taraf riski taşıyacaktır⁴³¹.

Sözleşmenin ihlal edileceği ve bu bağlamda zarar doğacağı öngörüldüğü andan itibaren zararı azaltma külfeti de başlamaktadır. Örneğin, ihlal gerçekleştiği ve fakat sözleşmenin henüz sona erdirilmediği tarihte, piyasa fiyatının altında bir ikame işlem mümkün ise sona erdirmeden önce böyle bir işlemin yapılması gerekecek ve zarar m. 75 kapsamında tazmin edilecektir⁴³². Dolayısıyla, sadece ikame işlemin makul olması yeterli olmayıp, aynı zamanda en makul koşullarda gerçekleştirilmesi aranmaktadır.

Nitekim, alıcının ifadan vazgeçtiği ihtimalde, satıcının sözleşme konusu malları başka bir alıcıya satması zararı azaltma külfetinin doğal sonucudur⁴³³. Böylece bu iki farklı semen arasındaki farkı ile ilk sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan, mükerrer tazmin teşkil etmemek kaydıyla, diğer kazanç kaybı, kaçırılan fırsatlar vb. zararının tazminini talep edebilecektir⁴³⁴.

Öte yandan, malların sözleşmede öngörülen nitelikte olmadığı ihtimalde, alıcının sözleşme bedelinden az ve fakat piyasa fiyatından yüksek bir bedel teklif ettiğinde

⁴³⁰ Huber, *71 RabelsZ*, s. 32, bkz. ilgili makale; dn. 68.

⁴³¹ Offermanns, *10 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 4.

⁴³² Offermanns, *10 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 4.

⁴³³ Riznik, *Article 77 CISG: Reasonableness of the Measures Undertaken to Mitigate the Loss*, 2009, s. 8.

⁴³⁴ Riznik, s. 8; OLG Celle, 02.09.1998, CISG-Online N. 506.

(veya ikame sözleşmede belirlenebilecek fiyatın üzerinde), zararı azaltma külfeti bu kez bu öneriyi kabul etme zorunluluğu olarak karşımıza çıkacaktır⁴³⁵.

Zararı azaltma külfetinin bir başka sonucu, çok dalgalı piyasalarda, zarara uğrayan tarafın, *spot*⁴³⁶ piyasada fiyatlar tavan yaptığıında ikame işlem yapmaması gereğidir. Ancak, bu tespit, ilgili piyasada fiyatların tekrar düşeceği ihtimali ağırlıklı ise geçerli olacaktır.

Peki alıcı sözleşme sona erdirilmeden zararı azaltma külfeti doğrultusunda, önlem olarak ikame alım yapmış ise, sözleşme sona erdirildiğinde zararın hesaplanmasında m. 75 hükmüne dayanabilecek midir? Şimdilik, bu sorunun dürüstlük kuralı ve zararı azaltma külfeti ile beraber değerlendirilerek, olumlu cevaplanması gerektiği⁴³⁷ belirtilmekle yetinilecektir. Zira, sorunsal, aşağıda detaylı olarak ele alınmaktadır.

Diğer taraftan, tazminatın ortalama piyasa maliyeti yeniden finanse edilerek soyut metotla hesaplanmasının mümkün olması gerektiği savunulmaktadır, nitekim zarara uğrayan tarafın örneğin banka kredisi kullanmıyor olması, sözleşmeyi ihlal eden tarafın menfaatine sonuç doğurmamalıdır. Zira, zarara uğrayan taraf banka kredisi kullanıyor olsaydı, soyut metotla zarar hesabı yapılıyor olacaktı, ilgili tarafın bu nevi bir araçtan faydalanmıyor olması farklı hukuki sonuçlar meydana getirmemelidir⁴³⁸.

Tam tersi bir bakış açısından, zarara uğrayan taraf, m. 76 uyarınca tazminat talep ederek dava sürecini başlattığı ve makul sürenin henüz dolmadığı bir aşamada, ikame işlem akdederek, zararının m. 75 uyarınca hesaplanmasını talep etmesinde hiçbir sakınca olmayacaktır.

⁴³⁵ Riznik, s. 8; OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N. 261.

⁴³⁶ *Spot piyasalar*, varlıkların teslim ve ödemesinin hemen yapıldığı piyasalardır; hemen teslim ve ödeme, işlemin yapıldığı gün olabileceği gibi bir hafta sonrası anlamına da gelebilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kayacan, Murad / Çayıroğlu, Ahmet: *Vadeli Piyasalarda Teori ve Uygulama Işığında '50 Altın Kural'*, İstanbul, 2011.

⁴³⁷ OLG Bamberg, 13.01.1999, CISG-Online N. 516; OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N. 261.

⁴³⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 76 N. 2; Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 97.; Bianca/Bonell/Knapp, Art. 76 N. 1.2.

Son olarak değinilmesi gereken bir husus ta, sözleşme bedelinin belirlenmemekte ve fakat gelecek bir tarihte belirlenebilir olarak belirtilmekte olduğu sözleşmelerde (“*Open Price Terms*”)⁴³⁹, m. 75’in uygulama bulup bulmayacağı hususu özellik arz ettiğiidir. Bu hallerde, sorun, özellikle, borca aykırılığın vadeden önce gündeme geldiğinde ortaya çıkmaktadır.⁴⁴⁰ Zira, vadeden önce sözleşmesel anlamda referans bir fiyattan bahsetmek mümkün değildir ancak vade geldiğinde semen de paralel olarak belirli hale gelecektir. Schlechtriem, m. 75 ve m. 76 uyarınca tazminat hesaplaması için aranan koşulların belirsiz olduğu ihtimallerde dahi bu son hükümlerin uygulama bulmasına izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁴¹. Yazarın görüşü, referans noktaların belirsizliğinin, tarafları zarara uğratmamaları gereğine dayanmaktadır⁴⁴². Bu son husus, aşağıda öncelenmiş sözleşme ihlaline⁴⁴³ ilişkin yapılan açıklamalarla aydınlık kazacaktır.

2. Zararın Soyut Metotla Hesaplanması

a. Genel Olarak

CISG’in tazminat mekanizmasında prensip, zararın somut olarak hesaplanması ve bu bağlamda tazminidir⁴⁴⁴. Bu kuralın istisnası m. 76 hükmünün öngördüğü soyut hesaplama metodudur⁴⁴⁵. Madde 76’da hüküm bulan, soyut metot ile, diğer

⁴³⁹ Semen ileri bir tarihte sözleşmede öngörülen bir formül veya esas alınacak değre endeksine gore belirleneceğinin Kabul edildiği sözleşmelerdir, law.cornell.edu/UCC/2/2-305.

⁴⁴⁰ Schlechtriem, *Calculation of damages*, s. 8.

⁴⁴¹ Schlechtriem, *Calculation of damages*, N. II.3; Örneğin, Yazar, belirli oranlar uygulanarak, tespiti ilerideki vade tarihinde bırakılmış semenin güncel anlamda belirlenmesi çözümünü önermektedir.

⁴⁴² Schlechtriem, *Calculation of damages*, N. II.2.

⁴⁴³ Bkz. Aşağıda III/G/3.

⁴⁴⁴ Schwenger/Schwenger, Art. 76 N. 2.

⁴⁴⁵ Schwenger/Schwenger, Art. 76 N. 2: Ancak, her malın piyasası bulunduğundan günümüzde soyut metodun istisna niteliğinde olmadığı vurgulanmaktadır, nitekim, emtia piyasalarında, m.76 hükmünün öngördüğü soyut hesaplama metodu daha basit ve işlevsel görülmektedir, Schlechtriem/ Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 76 N. 2; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art. 76 N. 4: “Art. 76 is usually viewed as a secondary remedy, with preference given to concrete determination under Art. 75.”

tazminata ilişkin hükümlere paralel olarak, zarara uğrayan tarafa, sözleşme tam ve doğru ifa edilseydi içinde bulunacağı ekonomik pozisyonu sağlamak amaçlanmakta, sözleşme ile taahhüt edilen menfaatin ilgili tarafa temin edilmesi esas alınmaktadır⁴⁴⁶.

Madde 76 hükmü, zarara uğrayan tarafa, sözleşmenin sona erdirilmesini takiben, sözleşmeye konu malların sözleşmenin sona erdirilmesi tarihindeki cari fiyatı esas alınarak zararın hesaplanması ve tazminat talep edilmesi hakkı sunmaktadır. Bu bağlamda, hükmün öngördüğü hesaplama metodu, zarara uğrayan tarafa zararını somut olarak ispat etme şartı yüklememektedir⁴⁴⁷. Dolayısıyla, m. 76, zarara uğrayan tarafa, ispat bakımından ticari defterlerini ve işletme kayıtlarını mahkeme ve /veya hakem heyetine sunma yükümlülüğü atfetmemektedir.

Dolayısıyla, madde hükmünün uygulama alanına giren hallerde, zararın somut olarak doğmuş olması da aranmamaktadır. Bu bağlamda, alıcı ikame işlem akdedilmemiş olsa dahi bu anlamda halihazırda var olan, soyut zararının tazminini talep edebilecektir⁴⁴⁸. Madde hükmü gereği, sözleşmede öngörülen semen ile sözleşme ihlali anındaki cari fiyat farkı talep edilebilir bir zarar oluşturmaktadır. Nitekim, cari fiyatı bulunan mallarda böyle bir zararın doğacağı öngörülebilir niteliktedir ve ikame işlem yapılması ve bu işlemin gerektireceği masraflardan kaçınılması da makul bir gerekçedir.

Somut metodla zarar hesaplanmasında olduğu gibi, m. 76 hükmü de, m. 74'ün yerine geçmemekte ve bu sonuncunun uygulama bulmasını engellememektedir⁴⁴⁹. Nitekim, yine, m. 76 uyarınca hesaplanacak tazminatın kapsamına girmeyen harici zararların ayrıca tazmini m. 74 hükmü altında koşulları dahilinde her zaman

⁴⁴⁶ Farnsworth, *27 Am. J. Comp. L.*, s. 247; belirtildiği üzere; “*benefit of the bargain*”; tazminatın, zarara uğrayan tarafın beklentisi odaklı hesaplandığı sistemdir.

⁴⁴⁷ Gotanda s.1012 Art 76 N: 2-3-4; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art 75 N. 1; Schwenzer s.1027 Art75 par.1; Bianca/Bonell/Knapp Art. 75 N. 1.2; OLG Hamm, 22.09.1992, CISG-Online N. 57; OGH, 28.04.2000, CISG-Online N. 581.

⁴⁴⁸ Atamer, *CISG*, s. 436, ayrıca, Yazar *GSÜHFD*, 2013/1, makalesinde von Caemmerer'in ifadesine şu şekilde yer vermektedir, “*soyut hesaplama metodunu sübjektif menfaatleri hesaba katmayan objektif bir metot olarak tanımlamaktadır.*”.

⁴⁴⁹ Schlechtriem, *Calculation of Damages*, N. III.1.

mümkündür⁴⁵⁰. Paralel olarak, m.77'de düzenlenen, zararı azaltma külfeti, soyut metotla zarar hesaplanan halde de uygulama bulmaya devam etmektedir⁴⁵¹.

b. Şartları

aa. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi ve İkame İşlem Yapılmaması

Madde 75 ve 76 hükümleri, sözleşmenin sona erdirilmesi şartı bakımından farklı bir düzenleme öngörmemektedir. Bu sebeple, yukarıda yapılan, sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin açıklamalar zararın soyut metotla hesaplanmasında da geçerli olup ayrıca bu bölümde incelenmeyecektir. Ek olarak, soyut metotun uygulama bulması şüphesiz ikame niteliğinde bir işlemin yapılmamış olması şartını beraberinde getirdiği unutulmamalıdır.

bb. Sözleşme Konusu Malların Cari Fiyatının Bulunması

Yukarıda değinildiği üzere, CISG m.76 hükmü soyut metot ile tazminat hesaplamasını düzenlerken, m.75'e paralel anlamda, ön şart olarak sözleşmenin sona erdirilmesini aramaktadır. Ardından, bir olumsuz şart olarak, zarara uğrayan tarafın ikame işlem akdetmemiş olması gerekmektedir⁴⁵². Nitekim, soyut metot uyarınca hesaplanacak zararda, sözleşmeye konu malların cari fiyatı esas alınacaktır. Bu bağlamda, madde hükmünün uygulama bulması için, aynı zamanda, malların belirli bir yerde, belirli bir zamanda ve belirli işlemler

⁴⁵⁰ Huber/Mullis, s.283.

⁴⁵¹ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 76 N. 4.

⁴⁵² Schlechtriem, Uniform Sales Law, s. 96; Staudinger/Magnus, Art 76 N. 11; OLG Graz, 29.07.2004, CISG-Online N.1627; OLG Hamm 22.09.1992, CISG-Online N.57; Ek olarak, ilgili tarafın, sözleşmenin sona erdirilmesini takiben, pek çok işlem gerçekleştirdiği ancak bunlardan birinin teknik anlamda ikame işlem olarak nitelendirilemediği ihtimalde de m. 76 uyarınca zarar hesaplaması yapılacaktır. Bu yönde bkz. Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 76 N. 2.4.; OGH, 28.04.2000, CISG- Online N.581.

bakımından geçerli bir cari fiyatının bulunması gerekmektedir⁴⁵³. Öte yandan, bu fiyatın öngörülebilir olması şartı aranmamaktadır.

Cari fiyat kavramının, sözleşmeye konu mallar için söz konusu olan ve fazla fiyat esnekliği göstermeyen piyasa değerini veya bu son mallar için tespit edilecek ortalama fiyatı işaret ettiği savunulmaktadır⁴⁵⁴. Cari fiyatın tespiti bakımından, sona erdirilen sözleşmeye konu malların sözleşmede belirlenen teslim yeri esas alınacaktır⁴⁵⁵. Diğer taraftan, tarafların, sözleşmeye konu malların taşınması hususunda anlaştıkları ihtimalde, malların taşıyıcıya teslim edileceği yerin değil, ve fakat malların varma yerinin esas alınması gerektiği savunulmaktadır⁴⁵⁶.

Zaman bakımından ise, m. 76 hükmü, cari fiyatın tespiti için sözleşmenin sona erdirildiği tarihi referans olarak almaktadır. Ancak m. 77 gereğince, bu tarih, sözleşmenin sona erdirilmesinin mümkün olduğu ilk ana çekilebilecektir. Diğer taraftan, iç hukuk sistemlerinde referans tarih olarak ifa tarihi (*Erfüllungszeitpunkt*) yani vade esas alınmaktadır⁴⁵⁷. Piyasa fiyatı kuralı bu bağlamda uygulama bulmakta ve tazminat sözleşme bedeli ile bu son tarihteki piyasa fiyatı arasındaki farka göre hesaplanmaktadır. Örneğin, Türk hukukunda, TBK m. 213(3) hükmü soyut metotla zarar hesaplanması düzenlemekte ve piyasa fiyatı için referans alınacak anı ifa anı, vade, olarak öngörmektedir⁴⁵⁸.

Son olarak, cari fiyatın tespitinde, sözleşmeye konu mallar ile denk nitelikte mallar esas alınacaktır⁴⁵⁹. Yukarıda, ikame işlemin konusuna ilişkin açıklamalar, bu sefer zararın soyut olarak hesaplandığı bu ihtimalde de referans olacaktır⁴⁶⁰.

⁴⁵³ Dayıoğlu, s.111; ICC N.8740, 01.10.2006, CISG-Online N.1294, ilgili tahkim kararında hakem heyeti, sözleşmeye konu malın cari fiyatının bulunmaması nedeniyle m. 76 hükmünün uygulama bulmayacağına hükmetmiştir.

⁴⁵⁴ Cansu Kaya, *CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelinin Ödeme Borcu*, İstanbul, 2012, s. 95.

⁴⁵⁵ Atamer, *CISG*, s.439; Malların teslim edileceği yer CISG m. 31 dahilinde (“*Malların cari fiyatının tespit edileceği yer malların teslim edileceği yerdir.*”) tespit edilecektir.

⁴⁵⁶ Dayıoğlu, s. 112, ayrıca bkz ilgili dn. 232.

⁴⁵⁷ Schlechtriem, *Calculation of damages*, N. III.1.

⁴⁵⁸ Gümüş, Cilt I, s. 58.

⁴⁵⁹ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 76 N. 9; Piyasa fiyatı esas alınacak malların, sözleşmede kararlaştırılanlar ile benzer nitelikte olması hususunda ayrıntılı değerlendirme için bkz. ICC N.8740, 01.10.2006, CISG-Online N.1294.

Zararın soyut metotla hesaplanmasına ilişkin açıklamaların daha iyi anlaşılması için Sekreteryaya Şerhi'nde verilen örneğin aktarılmasında fayda bulunmaktadır. İlgili örneğe konu olayda, taraflar arasında 50.000 ABD Doları tutarında semenin satıcıya ödenmesinin kararlaştırıldığı, CIF satımlı bir sözleşme akdedilmiştir. Satıcı sözleşme konusu malı teslim etmediğinden alıcı sözleşmeyi sona erdirmiştir. Sözleşmenin sona erdirilmesini takiben, alıcı tarafından, ikame alım yapılmamıştır. Malın, sözleşmenin sona erdirilmesi anındaki, cari fiyatı 53.000 ABD Doları'dır. Bu bağlamda, alıcının 3.000 ABD Doları soyut zararı gündemdedir ve m. 76 dahilinde tazminata konu olacaktır. Örnekten anlaşılacağı üzere, alıcının ikame alım yapmadığı ihtimalde, semen ile malın cari fiyatı arasındaki fark, alıcı tarafından uğranılan zararın asgari limitini teşkil etmektedir⁴⁶¹.

c. Zararın Hesaplanması

aa. Genel Olarak

Yukarıda değinildiği gibi, CISG m.76 hükmü, sözleşmenin sona erdirilmesini takiben, ikame işlem yapılmaksızın piyasa fiyatı üzerinden soyut metot ile zarar hesaplanmasını düzenlemektedir.

CISG m. 76 ve 75 arasındaki en temel fark; m. 76 uyarınca, sona erdirilen sözleşmenin bedelinin açıkça belirtilmiş olması gereğidir. Madde 75'in, sözleşme bedelinin açıkça kararlaştırılmadığı ihtimalde, piyasa fiyatının esas alınacağını öngören, m. 55 hükmüne atıf yapan sistematigi, soyut metotla tazminat hesaplamasında mevcut değildir. Nitekim, soyut metot ile zararın hesaplanması için ilk planda, taraflar arasındaki sözleşmede belirtilmiş bir semenin ("*price fixed*

⁴⁶⁰ Sözleşmeye konu malın nitelik ve kalitesinden üstün bir malın piyasa fiyatının referans alındığı ihtimalde, hesaplamada bu farklılık gözetilerek ilgili malın fiyatının belirli bir oranda indirileceği hususunda bkz. CIETAC, 01.02.2000.

⁴⁶¹ OGH, 28.04.2000, CISG-Online N.581.

by contract”) var olması gereği, referans alınacak piyasa fiyatı ile semen arasındaki farkın hesaplamada esas alınacak olmasının doğal sonucudur⁴⁶². Dolayısıyla, semenin belirlenmediği ihtimalde, zarara uğrayan tarafın m. 74’teki tazminat mekanizmasını işletmesi gerekmektedir. Zira, m. 74 değerlendirmesi, Atamer’in ifade ile, m. 76’dan farklı olarak *ex post* bir değerlendirmedir⁴⁶³.

CISG m.76 hükmü uyarınca yapılacak soyut hesap metodunda dikkate alınacak piyasa fiyatı, ilgili malın toptan satım birim fiyatı olacaktır⁴⁶⁴. Mahkemeler, piyasa fiyatını belirlemek için cari piyasa fiyat ve koşullarını dikkate almaktadır. Dolayısıyla, tazminat hesaplamasında cari piyasa fiyatını doğru tespit etmek gerekmektedir⁴⁶⁵. Diğer taraftan, piyasa kavramından anlaşılması gereken, müstakbel alıcıların satıcılarla temas kurabildikleri, ve belirli bir seviye (hacim) ve düzenlilikte işlem görülen, sistemin anlaşılması gerektiği vurgulanmalıdır. Böylece, piyasa fiyatın belirlenmesinde objektif bir temel esas alınmaktadır⁴⁶⁶.

Tazminat hesaplamasında dikkate alınacak cari fiyat, yukarıda değinildiği üzere, sözleşmenin sona erdirilme anına ilişkindir. Gotanda, m.77’de öngörülen zararı azaltma külfeti dahilinde, bu anın sözleşmenin sona erdirilme imkanının oluştuğu ana çekilebileceğini vurgulamaktadır⁴⁶⁷. Hükmün amacı, zarara uğrayan tarafın kendi yararına fazladan menfaat elde etmesini önlemektedir. Nitekim, örneğin, alıcının bu ihtimalde hem malları elinde tutma hem de piyasadaki dalgalanmaları izleyerek sona erdirme beyanını geciktirme olasılığı mevcuttur⁴⁶⁸. Diğer taraftan maddenin açık hükmü gereği, malların, sözleşmenin sona erdirilmesinden önce teslim alınmış olduğu ihtimalde, bu son an cari fiyatın tespitine esas alınacaktır.

Öte yandan, m. 75 ve 76’daki hesaplama metotlarında referans alınmak üzere, tarafların sözleşmelerinde açıkça, cari piyasa fiyatının tespitinde esas alınacak anı

⁴⁶² Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art 76, N. 17, Nitekim, m. 55’in soyut metotla yapılacak hesaplamada uygulama bulması her iki referans noktasının aynı esasla tespit edilmesi sonucunu doğuracaktır.

⁴⁶³ Atamer, *GSÜHFD 2013/1*, s.

⁴⁶⁴ Saidov, *13 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 210.

⁴⁶⁵ Saidov, *13 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 210.

⁴⁶⁶ Saidov, *13 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 210.

⁴⁶⁷ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 76 N. 19.

⁴⁶⁸ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 76 N. 21.

belirlemelerinin her zaman olanak dahilinde olduğunu belirtmekte yarar bulunmaktadır.

Cari fiyatın tespit edilmesine ilişkin bir diğer referans, malların teslim yeridir⁴⁶⁹. Teslim yerinde, cari fiyat tespit edilemiyorsa, m.76(2) uygulama bulacak ve makul bir ikame işlem için esas alınabilecek yerdeki cari fiyat üzerinden hesaplama yapılacaktır. Bu doğrultuda, sözleşmenin sona erdirilmesinin manipülasyon aracı olarak kullanılması engellenmektedir⁴⁷⁰. Makul teslim yeri tespit edilirken ulaşım masraflarına özellikle dikkate alınacaktır⁴⁷¹. Ulaşım masraflarının hangi tarafa ait olduğundan bağımsız olarak, her iki tarafın da menfaati göz önünde bulundurularak zarar hesaplaması yapılması gerekmektedir⁴⁷².

Bu son değerlendirme her olay bakımından somut olayın koşulları bağlamında ele alınmalıdır. Örneğin, FOB, CIF gibi şartların⁴⁷³ olduğu sözleşmelerde, alıcının ilgili piyasadan uzak ve piyasa koşullarına ulaşmakta avantajsız durumda olduğu göz ardı edilmemelidir⁴⁷⁴. Bu gibi durumlarda m.75 hükmünden faydalanmak ve ispat külfetinin alıcıda olduğu ikame işlem uyarınca tazminat talep etmek veya sözleşmede cari piyasa fiyatının saptanmasına ilişkin açık düzenleme tesis etmek zarara uğrayan tarafı daha elverişli bir pozisyona sokabilecektir⁴⁷⁵. Diğer taraftan, DPP⁴⁷⁶ şartının benimsendiği bir sözleşme ilişkisinde, aynı elverişsiz durum, bu sefer satıcı bakımından gündeme gelecektir.

⁴⁶⁹ Malların teslim edilmesi gereken yer, m. 31 hükmü dahilinde tespit edilecektir. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. OLG Hamm, 22.09.1992, CISG-Online N. 75.

⁴⁷⁰ Harry M. Flechtner, *Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C.*, Journal of Law and Commerce, 1988, S. 8, s. 1.

⁴⁷¹ Schwenzer/Schwenzer, Art. 76 N. 9.

⁴⁷² Schwenzer/Schwenzer, Art. 75 N. 9.

⁴⁷³ FOB ve CIF şartları, malların gemi bordasına yüklenmesi ile hasar riski ve masrafların alıcıya geçtiğinin kabul edildiği düzenlemelerdir.

⁴⁷⁴ Nitekim, yükleme limanının bulunduğu yer genellikle alıcının ticari faaliyetlerini sürdürdüğü ve ilgili piyasa koşullarının bilincinde olduğu yerden farklı olacaktır. Saidov, *13 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb s. 208*.

⁴⁷⁵ Saidov, *13 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 209.

⁴⁷⁶ DPP şartı, satıcının, malları belirlenen varma yerinde, ithalat için gümrük işlemleri tamamlanmış olarak, taşıma aracı içerisinde boşaltmaya hazır şekilde alıcının tasarrufuna bırakmakla teslim borcunu gerçekleştireceği düzenlemedir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, zarara uğrayan tarafın m. 75 ve m. 76'daki metotlar arasında yapacağı seçim kendisine bırakılmıştır. Dikkat edilmesi gereken husus, bu seçimi yaparken ilgili taraf bakımından, m. 75'te olduğu gibi, zararı azaltma külfeti soyut metotla hesaplama için de esas olduğu ve hatta bu ilkenin uygulamasının madde hükmü bakımından önem arz ettiği⁴⁷⁷. Özellikle, piyasadaki dalgalı hareketler tarafın soyut metotla zarar hesaplaması ve tazmin talebinde bulunması yerine ikame işlem yapmasının makul olacağı üzerinde durulmalıdır. Örneğin, sözleşmeyi sona erdirmenin mümkün olduğu an ile sona erdirmenin gerçekleştiği an arasındaki piyasa değişiklikleri sözü geçen yükümlülük dahilinde değerlendirilecektir⁴⁷⁸. CISG m.75 ve 76'daki şartlara nazaran, zararı azaltma külfeti emredici niteliktedir⁴⁷⁹. Nitekim, zararın azaltılması adına alınabilecek önlemler somut olayın koşulları dahilinde makul ve açıkça mümkün ise, bu bağlamda değerlendirilecek ve tazminat hesabına etki edecektir.

bb. Madde 76'nın m. 74 ile İlişkisi

Belirtildiği üzere, özel hüküm niteliğindeki m. 76'nın uygulaması, tazminat sistematığının genel kuralını oluşturan, m. 74'ü devre dışı bırakmamaktadır. Nitekim, soyut metot ile telafisi gerçekleştirilmemiş olan tüm zarar kalemleri, gene hüküm kapsamında talep edilecektir. Burada incelenecek husus ise, anılan hükümlerin birbiri ile bağdaşmadığı haller ve özellikle yoksun kalınan kârın hesaplanmasındaki uygulamalarına yöneliktir⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Offermanns, *10 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 2.

⁴⁷⁸ Offermanns, *10 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 3.

⁴⁷⁹ Offermanns, *10 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 2.

⁴⁸⁰ Nitekim CISG'nin 1978 Tasarısına ilişkin Sekreteryaya Şerhinde 76. Maddenin öncülü olan 72. Maddeye ilişkin olarak, yoksun kalınan kârın soyut yöntem ile tazmin edilemeyeceği ifade edilmiştir ki bu ifade ile anılan zarar kaleminin, açık hükme bağlayan 74. madde dahilinde talep edileceği sonucuna varılmaktadır. Yine bu yönde bkz. CISG-AC Opinion No.8, N. 6.4.; Karşı görüş için bkz. Atamer, GSÜHFD 2013/1.

Yukarıda değinildiği gibi, gerek genel nitelikteki m. 74 hükmü, gerekse özel hüküm niteliği arz eden m. 75 ve m. 76'nın, zarara uğrayan tarafın malvarlığının, sözleşme gereği gibi ifa edilseydi alacağı değeri temin etme amacından yola çıkılarak düzenlenmiştir. Paralel olarak, zararın somut veya soyut metotla hesaplanarak tazmin edilmesinin temelinde, zarara uğrayanın ifadan beklediği menfaate kavuşturulması hedefi yatmaktadır. Bu bağlamda, genellikle, telafi edilmemiş bir yoksun kalınan kâr gündeme gelmeyecektir. Dolayısıyla, kurumların aynı anda, mükerrer tazminata yol açabilecek şekilde uygulama bulması isabetli olmayacaktır.

Öte yandan, soyut metotla tazminat hesaplamasının, her olasılıkta tam tazmin ilkesi ile bağdaşmayabileceği tartışma konusu olmuştur. Bu noktada, Atamer'in atf yaptığı Amerika Birleşik Devletleri 5. Bölge Temyiz Mahkemesi kararından⁴⁸¹, bahsetmekte fayda bulunmaktadır. İlgili karara konu olayda, alıcı, düşen piyasa fiyatı sebebiyle, ifa tarihinde satıcıya, sözleşmeye konu malları teslim almayacağını bildirir. Zira, piyasadaki değişiklik sonucu sözleşmede kararlaştırılan semen, kendisi için elverişsiz hale gelmiştir. Bunun üzerine, satıcı, kendi tedarikçisi ile arasındaki sözleşmeyi, tazminat ödemek durumunda kalmadan, sona erdirir. Sonuç olarak, mahkeme bu durumda, satıcının sadece akdettiği iki ayrı sözleşme arasındaki farkı talep edebileceğine hükmetmiştir. Buradaki hukuki gerekçe, satıcının, malları kendi tedarikçisinden temin etmekte ve esasen bu iki işlem arasındaki kârı hedeflemekte olduğudur. Dolayısıyla, sözleşme ifa edilseydi malvarlığına girecek değer, bu farktır. Vurgulanan husus, soyut metot ile yapılacak hesaplamanın alıcıyı, sözleşmenin ifasından daha elverişli bir duruma getirmesinden kaçınılması gereğidir⁴⁸². Bu karara ilişkin tartışmanın temelindeki esaslar, aşağıdaki incelemeler sonucunda netlik kazanacaktır.

⁴⁸¹ Bkz. Atamer, *GSÜHFD 2013/1.*, ve orada dn. 16, *Nobs Chemical, U.S.A. Inc. v Koppers Co., Inc.* 616F2d 212 (5TH Cir. 1980).

⁴⁸² Atamer, *GSÜHFD 2013/1.*

cc. Vadeli İşlemler

Zararın soyut metotla hesaplanması, özellikle vadeli işlemler⁴⁸³ bakımından özellik arz etmektedir⁴⁸⁴. Nitekim, vadeli işlemlerde, sözleşmenin kurulması ile öngörülen vade arasındaki zaman diliminde sözleşmeye konu mallar piyasa koşullarından etkilenmektedir⁴⁸⁵. Dolayısıyla, cari fiyatın, sözleşme kurulduğu ana nazaran artmış olması alıcının veya düşmüş olması satıcının ticari çıkarına hizmet edecektir. Öte yandan, piyasa hareketlerinin öngörülebilir olması ve/veya ilgili malların spot piyasasının bulunması olguları konu bakımından önem arz etmemektedir⁴⁸⁶. Örneğin, satıcı bir vadeli işlemi (“*forward contract*”)⁴⁸⁷ ihlal ederse ve edime konu malların, ilgili vadeli işlem piyasası (“*forward market*”) yoksa tazminat hangi piyasa fiyatı esas alınarak hesaplanacağı tartışma konusudur. Bu sorunun cevabının, zarara uğrayan tarafın durumunu ağırlaştırmayacak ölçüde olmak kaydıyla spot piyasa fiyatı olması gerektiği savunulmaktadır⁴⁸⁸.

Öte yandan, taraflar, vadeli işleme girerek, piyasa koşullarına ilişkin öngörülerini ve beklentilerini paralelinde kendilerine güvence sağlamayı hedeflemektedir. Bu güvence aynı zamanda, Atamer’in deyimiyle *ex ante* bir risk paylaşımı niteliğindedir. Zira, tarafları, vadeli işlem kurmaya iten beklentileri aynı zamanda kendi taşıdıkları riski içermektedir. İlgili piyasanın çok dalgalı, hareketlerinin öngürülmesi zor olduğu veya tarafların riske karşı güvence aradıkları ihtimalde, bu sonuncunun sınırlandırılmasına yönelik olarak, götürü tazminat, uyarılma

⁴⁸³ Vadeli işlem, alım veya satım işlemi yapılması hususundaki sözleşmeden doğan yükümlülüklerin, taraflarca kararlaştırılan ileri bir tarihte yerine getirilmesi üzerine yapılan sözleşmelerdir. Buna göre, vadeli işlem sözleşmesi tarafları, sözleşme tarihinde belirledikleri fiyat, miktar ve nitelikte finansal aracı veya malı gelecekte bir tarihte alma veya satma yükümlülüğünü üstlenmektedir. Vadeli işlemler, düzenli piyasalarda borsa aracılığı ile işlem görebilecekleri gibi, tezgah üstü piyasalarda da işlem görmektedir. Diğer taraftan, opsiyonlu sözleşmeler de vadeli işleme yaklaşmaktadır.

⁴⁸⁴ Atamer, *GSÜHFD 2013/1*.

⁴⁸⁵ Atamer, *GSÜHFD 2013/1*.

⁴⁸⁶ Atamer, *GSÜHFD 2013/1*.

⁴⁸⁷ Belirli bir ekonomik değeri veya göstergesi, belirli bir tarihte, belirli bir fiyattan alma ya da satma yükümlülüğü getiren bu tür sözleşmeler vadeli işlemlerin en basit türü olarak nitelendirilmektedir.

⁴⁸⁸ Saidov, *13 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*, s. 209.

şartı, sözleşmenin sona erdirilmesi opsiyonu gibi önlemler alınabilmektedir⁴⁸⁹. Dolayısıyla, tarafların sözleşmelerinde semenin uyarlanması hususunda hüküm sevk etmedikleri olasılıkta bu bağlamda meydana gelecek tüm piyasa hareketlerinin riskini kabul ettikleri varsayılacaktır⁴⁹⁰.

Bu noktada, Atamer'in tespiti işaret edilmelidir. Yazar, semenin belirlenmesini takiben sözleşmeye konu malların cari fiyatının düşmesi üzerine alıcı sözleşmeyi sona erdirmeyi tercih edebileceğini ve *pacta sunt servanda* ilkesine aykırı bu son davranışın soyut metodun uygulama bulmasıyla lehine sonuçlanarak adeta ödüllendirileceğinin altını çizerek sorgulamakta⁴⁹¹ ve bu bağlamda, yukarıdaki mahkeme kararını eleştirmektedir.

Devamında, Yazar, bahsi kaybedenin ya piyasa koşullarına rağmen ifade bulunacağını ya da bu sonuncudan kaçınarak soyut metotla hesaplanacak farkı ödeyeceğini vurgulamaktadır⁴⁹². Ve bu sonuncunun, hak edilmeyen bir kâr ("*windfall profit*") sağlanması olarak değerlendirilmeyeceğinin, nitekim zarara uğrayan tarafın, vadeli işleme girerek tam olarak hedeflediği kâra kavuşacağını altını çizmektedir⁴⁹³.

dd. Madde 76 Kapsamında Zararı Azaltma Külfeti

Sözleşmenin esaslı ihlalinde, aşağıda ayrıca değinilmekte olan, m. 72 hükmü vadeden önce sona erdirme imkanı tanımaktadır. Bu ihtimalde, özellikle dalgalı piyasalarda, m.76'nın uygulanması zarara uğrayan tarafın menfaatine aykırı sonuçlar doğurabilecektir⁴⁹⁴. Bu noktada, akla gelen ilk çözüm, ilgili tarafın, ikame işlem akdederek, zararın somut metotla hesaplanması tercih etmesi ve bu bağlamda kendisini güvenceye almasıdır.

⁴⁸⁹ Atamer, *GSÜHFD* 2013/1.

⁴⁹⁰ Atamer, *GSÜHFD* 2013/1.

⁴⁹¹ Atamer, *GSÜHFD* 2013/1.

⁴⁹² Atamer, *GSÜHFD* 2013/1.

⁴⁹³ Atamer, *GSÜHFD* 2013/1.

⁴⁹⁴ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 76 N. 28.

Diğer taraftan, zarara uğrayan taraf, zararı azaltma külfetinin gerektirmesi saklı kalmak kaydıyla, somut metodu tercih etmek zorunda değildir. Zira, m. 75 hükmü emredici nitelik arz etmemektedir. Zararın soyut metotla hesaplanmasına başvurulduğu bu son ihtimladede, genellikle, cari fiyata referans olarak gelecekteki vade tarihinin dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır⁴⁹⁵. Nitekim, vadeli işlem piyasası mevcut ise bu son görüşün benimsenmesi kolay olacaktır. Aksi ihtimalde ise, bu görüş uyarınca spot piyasa fiyatı esas alınacaktır. Bu noktada vurgulanması gereken, zararı azaltma külfetinin uygulama bulmaya devam ettiğidir. Schlechtriem'a göre, spot piyasa fiyatlarının tavan değerinde olduğu anda, 76 hükmü esas alınarak tazminat hesaplanamayacak ve fakat makul bir süre beklenenecek ve m.75'e göre ikame sözleşme akdedilecek,⁴⁹⁶ veya makul bir zamandaki piyasa fiyatı referans alınarak soyut metotla zarar hesaplanacaktır. Bu ihtimalin istisnası, piyasada fiyatların çok düşeceğinin öngörülebildiği hallerdir. Bu durumda, zarara uğrayan tarafın zararının daha da artmasını göze alması kendisinden beklenemeyecek, soyut metotla tazminat hesaplanması ve talebi mümkün hale gelecektir⁴⁹⁷. Buna karşılık, piyasa fiyatlarının sona erdirmeye beyanına kadar aşırı derecede yükselmesi sonucunda alıcı artık m. 74 uyarınca zararının tazminini talep edecektir⁴⁹⁸.

Dolayısıyla, zararı azaltma külfetinin esas vurgulanması gereken hal soyut metotla zarar hesaplandığı olasılık değil ve fakat m.74 uyarınca hesaplama yapıldığı ihtimaldir⁴⁹⁹. Zira, soyut metotla zarar tazmininde esas alınan piyasa fiyatına ilişkin spesifik bir an öngörülmüştür ve o an için daha uygun bir ikame işlem

⁴⁹⁵ Schlechtriem, *Calculation of damages*, N. III.1.

⁴⁹⁶ Schlechtriem, *Calculation of damages*, N. III.1.

⁴⁹⁷ Schlechtriem, *Calculation of damages*, N. III.1.; Ayrıca tüm bu ihtimallerde ispat yükünün, sözleşmeyi ihlal eden tarafta olduğu unutulmamalıdır.

⁴⁹⁸ Schwenger/Schwenger, Art. 76 N.14.

⁴⁹⁹ Atamer, *GSÜHFD 2013/1*: Yazar şu ifadeye yer vermiştir; “Soyut zarar hesaplama yöntemi sabit bir andaki (sözleşmenin sona erdirilmesi anındaki) piyasa fiyatını dikkate aldığı için aslında o anda gerçekleştirilebilecek daha uygun fiyatlı bir ikame işlem mümkün değildir...Bu külfetin asıl önem kazandığı durum, tazminatın m. 74 çerçevesinde hesaplandığı hallerdir, yoksa m. 76 değil.”

olmayacaktır. Öte yandan, mahrum kalınan kârın m. 74 uyarınca tazmin edilmesi talep edildiğinde bu sefer en uygun an bakımından m. 77 devreye girecektir⁵⁰⁰.

3. Öncelenmiş Sözleşme İhlali

CISG m. 72 hükmü uyarınca, esaslı ihlalin vadeden önce meydana geldiği hallerde, sözleşmenin sona erdirilmesi ve bu bağlamda tazminat talep edilmesi mümkündür⁵⁰¹. Madde hükmü, borçlunun edimi ifa etmeyeceğini beyan ettiği veya vade gününde ifa edemeyeceğinin açıkça anlaşıldığı hallerde uygulama bulmaktadır⁵⁰².

Hükmün uygulama bulma şartları; vadeden önce m. 25 anlamında esaslı bir ihlalin meydana geleceğinin açıkça anlaşılır olması ve bu durumun tespitini takiben, makul bir süre içerisinde, sözleşmenin sona erdirilmesi beyanında bulunulmasıdır⁵⁰³.

İlgili hüküm, özellikle, art arda teslimli sözleşmeler bakımından önem arz etmektedir⁵⁰⁴. Aşağıda değinildiği üzere⁵⁰⁵, art arda teslimli sözleşme, teslim

⁵⁰⁰ Atamer, *GSÜHFD 2013/1*.

⁵⁰¹ Schlechtriem, *Calculation of damages*, N. I.2; Schlechtriem/Butler, s. 189; Bennett in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Guiffre: Milan (1987), s. 525. Reproduced with permission of Dott. A Guiffre Editore, S.p.A.; Türk hukukunda, TBK m. 473/I uyarınca, eser sözleşmelerine ilişkin olarak düzenlenen, öncelenmiş sözleşme ihlalinin, genel hükümlerde yer alan borçlu temerrüdüne de kıyasla uygulanması hususunda bkz. Alper Gümüş, cilt II, s. 25.

⁵⁰² Schlechtriem, *Calculation of damages*, N. I.2; Schlechtriem/Butler, s. 189; 2012 UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, “*Allegations, if proved, that the seller stated it would “no longer feel obligated” to perform and would “sell the material elsewhere” would entitle the buyer to avoid the contract. Conditioning delivery on new demands beyond those agreed upon is an anticipatory repudiation of the contract.*”; Ayrıca sözleşmenin ifa edilemeyeceğinin açıkça anlaşılması kriteri ile ne ifade edildiği hususunda bkz. Chengwei Liu, *Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach: Perspectives from Arts. 71/72, the UNIDROIT Principles, PECL and Case Law*, 2005, s. 172.

⁵⁰³ Magellan International Corporation v. Salzgitter Handel GmbH, U.S. District Court, N.D. of Illinois, 07.12.1999, CISG-Online N.439; Ayrıca sözleşmenin sona erdirilmesi beyanında bulunulması gereğine ilişkin bkz. ICC N.8786, 01.01.1987, CISG-Online N. 749; Öncelenmiş ihlal nedeniyle, sözleşmenin sona erdirilmesi şartlarına ilişkin, ayrıntılı bilgi için bkz. Mercedeh Azeredo da Silveira, *Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*.

⁵⁰⁴ Schwenger/Schwenger, Art. 72 N. 3.

ilişkin borçların hepsinin aynı sözleşmeden doğmasını kurgulamaktadır. Bu bağlamda, edimlerin tür, miktar ve vadelerinin aynı veya benzer olması gerekmemektedir. Belirleyici unsur, zamana yayılmış ifanın, aralıklı edimlerin kararlaştırılmış olmasıdır⁵⁰⁶.

Dolayısıyla, bu son sözleşme tipinde, muaccel edimin teslimindeki gecikme, diğer edimlerin de zamanında ifa edilmeyeceğini işaret ediyor veya gelecekte ifa edilecek edimlere dair esaslı ihlal oluşturuyorsa, sözleşmeyi sona erdirmek mümkün olacaktır⁵⁰⁷.

Öncelenmiş ihlalde de, sözleşmenin sona erdirilmesi ihtimalinde gündeme gelen, hesaplama metodları, aynı şekilde, uygulama bulacaktır⁵⁰⁸. Örneğin, zarara uğrayan taraf, yine, sözleşmeyi sona erdirerek, şartları dahilinde, ikame işlem gerçekleştirecek veya piyasa fiyatı esas alınarak, zararının tazminini talep edecektir. Ve yine, m. 77 uyarınca zararı azaltma külfeti, özellikle ikame işlem gerçekleştirilmesi bakımından, geçerli ve tazminatın kapsamı bakımından belirleyici olacaktır⁵⁰⁹.

Burada, özellik arz eden ve işaret edilmesi gereken husus, soyut zarar hesaplamasında referans alınacak zamanın sözleşmede öngörülen vade mi olacağı sorunsalıdır. Örneğin, fiyatların düştüğü bir piyasada, vade tarihinin değil ve fakat sözleşmenin sona erdirilmesi anının esas alınması, ilgili tarafa daha iyi bir ekonomik konum sağlayacaktır. Paralel olarak, ilerideki vade tarihinin esas alınması da farklı koşullarda tam tersi sonuç doğurabilecektir⁵¹⁰. Diğer taraftan, zararı azaltma külfeti altındayken vade tarihinin esas alınarak tazminat hesaplanması mümkün olmayabilecektir.

⁵⁰⁵ Bkz. aşağıda III/G/4.

⁵⁰⁶ Atamer, *CISG*, s. 412.

⁵⁰⁷ Schlechtriem, *Calculation of damages*, N. III.1.; Schlechtriem/Butler, s. 189; Robert Koch, *The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, s. 309.

⁵⁰⁸ Saidov, *Law of Damages*, s. 232.

⁵⁰⁹ Ayrıntılı değerlendirme için bkz. CIETAC Arbitration Proceeding 29.09.2000.

⁵¹⁰ Saidov, *Law of Damages*, s. 230.

Dolayısıyla, zararın hesap ve ispatını zorlaştıran unsurlardan ilki, semenin, güncel anlamda, belirsizliğidir. Nitekim, özellikle sözleşmeye konu malların vadeli işlem piyasası (“*futures market*”) olmadığı ihtimalde, bu sorun gündeme gelecektir. Öncelenmiş ihlal paralelinde sona erdirme hallerinde ilgili mallar için esas alınabilecek bir vadeli işlem piyasası mevcut ise bu sonuncu üzerinden hesaplama yapılacaktır⁵¹¹. Zira, elde edilemeyen ifa menfaati, esasen, ilerideki vade tarihine ilişkindir. Ek olarak, malların adet veya miktarın belirsizliği ve sözleşmeyi değiştirme ve/veya sona erdirme opsiyonları yine zararın ispatını neredeyse imkansız hale getirebilmektedir⁵¹².

Başka bir ifade ile, edim konularının belirsizliği, bu sonuncuların tazminat hesaplamasının temel öğelerini teşkil ettiğinden özellik arz etmektedir⁵¹³. Nitekim, gelecekteki varsayımsal bir menfaat konu olduğu için, ispatı uğranılan zararın tepitinden daha zordur. Örneğin, spesifik sipariş henüz verilmediğinden, özellikle, yoksun kalınan kârın hesaplanması ve ispatı çok daha zor olmaktadır. Diğer taraftan, konusu para olmayan edimin miktarı da önceden sabitlenmiş olmayabileceğinden ve semenin tespitinde bu son olgu belirleyici olacağından, tazminat hesaplamasında esas alınacak semenin belirlenmesi de varsayımsal olacaktır⁵¹⁴. Örneğin, alıcının ileride teslim edilecek malların tekrar satımı suretiyle elde edeceği kârı, bu anlamda bir talebin varlığı olgusuyla kanıtlaması beklenecektir. Söz konusu malların tekrar satımına ilişkin güncel bir siparişin gündemde olmadığı ihtimalde, elde edilemeyen bir kârın tazminata konu edilmesi mümkün görülmeyecektir.

Özetle, öncelenmiş sözleşme ihlalinde zararın hesaplanmasındaki temel problem, esas alınacak piyasa fiyatının net olarak saptanamadığı ihtimalde, her halukârda taraflardan birinin menfaatini zedeleyebilecek sonuçların meydana gelebilecek olmasıdır. Bu hususta, Atamer’in ifadesi ile, tarafların sözleşmesine uyarlamaya

⁵¹¹ Schwenger/Schwenger, Art. 76 N. 12.

⁵¹² Saidov, *Law of Damages*, s. 235; Schlechtriem, *Calculation of damages* N. III.1.

⁵¹³ Saidov, *Law of Damages*, s. 235; Schlechtriem, *Calculation of damages* N. III.1.

⁵¹⁴ Saidov, *Law of Damages*, s. 236.

ilişkin düzenleme sevketmedikleri halde, her iki tarafın da kendi öngörülerine bağlı riskleri üstlendikleri kabul edilmelidir⁵¹⁵.

4. Art Arda Teslimli Sözleşmeler

CISG m. 73(1) hükmünde düzenleme bulan, art arda teslimli sözleşmeler, genellikle ifanın zamana yayıldığı ve her bir konusu para olmayan edimin ifasına karşılık semenin cari fiyata oranla tespit edilerek ifa edileceğinin kararlaştırıldığı sözleşme türüdür⁵¹⁶. Art arda teslimli sözleşmeler, Türk hukukunda, aralıklı veya dönemli edimli sözleşmeler olarak ta anılmaktadır⁵¹⁷.

Dikkat edilmesi gereken husus, art arda teslimli sözleşmelerin ihlalinde her zaman bir öncelenmiş sözleşme ihlalinin gündemde olmadığıdır⁵¹⁸. Nitekim, gelecekteki edimlerin ifasının hiç veya gereği gibi gerçekleşmeyeceği sonucuna varmak her zaman mümkün olmayacaktır. Bu bağlamda, öncelenmiş sözleşme ihlalden bağımsız olarak burada münferit teslimat bakımından ihlal ele alınmaktadır. Zira, kararlaştırılan her bir vadeye ilişkin teslim ayrı bir edim niteliğindedir⁵¹⁹.

Edimlerin birbirinde bağımsız olduğu ve münferiden bir edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinin, geçmişte ifa edilmiş veya gelecekte ifa edilecek edimlerden beklenen menfaate sirayet etmediği ihtimalde, sözleşme ihlali ve bu bağlamda talep edilecek tazminat yalnızca borca aykırı ifa edilmiş edimi konu alacaktır. Öte yandan, Schlechtriem'in örneğinde olduğu gibi, tam tersi ihtimalde her zaman mümkündür. Örnekte, Alman satıcı, Avusturya'lı alıcıya fabrika

⁵¹⁵ Atamer, *GSÜHFD 2013/1*.

⁵¹⁶ Saidov, *Law of Damages*, s. 239.

⁵¹⁷ Oğuzman/Öz, Cilt I s. 13: "bu tarz ifa, bir borcun kısım kısım muaccel olması halinde söz konusu olabileceği gibi, aynı borç ilişkisinde borçların zaman aralıkları ile doğması halinde de söz konusu olur. Tamamı borçlanılan bir borcun çeşitli vadelerde kısım kısım ifa edileceği haller birinciye, bir kira ilişkisinde her ay doğan kira bedeli borcu ikinciye örnek teşkil eder. Aralıklı edimlerin düzenli olması halinde dönemli edimler söz konusu olur."

⁵¹⁸ Schlechtriem/Butler, s. 193; Bu konuda detaylı inceleme için bkz. Schiedgericht der Börse für Landwirtschaftliche Produkte in Wien, 10.12.1997, CISG-Online N. 351.

⁵¹⁹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 288.

satmaktadır. Fabrikanın teslimi birbirini izleyen teslimlerle ifa edilecektir. Münferit her bir teslim genel anlamda sözleşmenin ifası için önem arz etmektedir. Bu bağlamda, her bir teslimatın borca uygun ifa edilmediği veya satıcı tarafın uygun hale getirilmediği (onarım gibi) ihtimalde, alıcının satım sözleşmesini tüm teslimlere sirayet edecek şekilde sonlandırması mümkün olacaktır⁵²⁰.

Yukarıdaki açıklama ışığında, art arda teslimli bir sözleşmenin mevcut olduğunun tespitinin ardından, sözleşme ihlalini takiben zarara uğrayan tarafın spesifik teslim bakımından mı tazminat talep edildiği yoksa öncelenmiş ihlal nedeniyle sözleşmenin bir bütün olarak ileriye dönük mü sona erdirildiği incelenmelidir⁵²¹. Nitekim bu incelemenin sonuncuna paralel olarak tazminat hesaplanacaktır⁵²².

H. Götürü Tazminat ve Cezai Şart

CISG metodolojisinde, götürü tazminat, cayma akçesi ve cezai şart gibi önceden sabitlenmiş tutarlara ilişkin düzenleme bulunmamaktadır⁵²³. Güncel yaklaşım, sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca, bu tür sözleşme şartlarının tüm diğer şartlar gibi sözleşmenin içerisinde özgürce düzenlenmesi ve ayrı bir sınırlamaya tabi tutulmaması yönündedir⁵²⁴. Nitekim, CISG Danışma Konseyi yorumunda da, taraflarca, tazminata ilişkin olarak önceden belirlenmiş meblağların düzenlenebileceği belirtilmektedir⁵²⁵.

Götürü meblağ uygulamasında, genellikle iki tür sözleşmesel düzenleme öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki, sözleşmenin ihlali halinde uğranılan zarara ilişkin

⁵²⁰ Schlechtriem/Butler, s. 197.

⁵²¹ Atamer, *CISG*, s. 412.

⁵²² Detaylı bilgi için bkz. Liu, *Avoidance in Installment Contracts*

⁵²³ Pascal Hachem, *Fixed Sums in CISG Contracts*, 13 *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (1/2009), s. 218.

⁵²⁴ Honnold, s. 408; Hachem, *13 Vin J. Int'l & Com. L. & Arb.*

⁵²⁵ CISG Opinion N.10, Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation in CISG Contracts, Rapporteur: Dr. Pascal Hachem, Bar & Karrer AG, Zurich, Switzerland. Adopted by the CISG-AC following its 16th meeting in Wellington, New Zealand on 3 August 2012, C.1: “*The Convention governs the incorporation in the contract and interpretation of clauses providing for the payment of agreed sums for failure to perform the contract.*”

makul ve gerçekçi tahminlere dayanılarak belirlenen götürü tazminattır (“*liquidated damages*”)⁵²⁶. Diğeri ise, daha çok borçluyu sözleşmeye uygun ifade bulunmaya sevk eden ve alacaklının uğradığı zarara bağlı olmaksızın kararlaştırılan cezai şart veya sözleşme cezasıdır (“*contractual penalty / penalty clause / clause pénal*”)⁵²⁷.

Götürü tazminat ve cezai şartın uygulama bulması sözleşmenin sona erdirilmemesi şartından bağımsızdır. Yukarıda değinildiği üzere, sözleşmenin sona erdirilmesi ile sözleşmesel düzenlemelerin uygulaması son bulmakta, bu bağlamda, tarafların ifa etme ve ifayı talep etme hakları ortadan kalkmakta, sözleşme özgürlükleri geri kazanılmaktadır⁵²⁸. Ancak, amacı gereği sözleşmenin sona ermesi sonrası da devam edecek yükümlülükler uygulama bulmaya devam etmektedir⁵²⁹. Özellikle, götürü tazminat ve cezai şart sözleşmenin sona erdirilmesi halinde gündeme geldiğinden sona ermeden bağımsız olarak ayakta kalacaktır. Öte yandan, bu nevi hükümlerin kararlaştırılmasının aynen ifa talebini her zaman ortadan kaldırmayacağı⁵³⁰, tarafların bu son sözleşme şartlarını ifaya eklenecek şekilde kurgulamış olabileceklerinin altı çizilmelidir⁵³¹. Dolayısıyla, konu, yukarıda yapılan sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin ayırmadan bağımsız olarak incelenecektir.

Götürü tazminat ve cezai şart, genellikle semenin veya malların vadesinde ifa edilmesinde özel yarar olan hallerde ve/veya gizlilik, rekabet etmeme gibi yükümlülüklerin varlığında düzenlenmektedir⁵³². Nitekim, ilgili düzenlemeler, tazminata dahil edilmeyen türden zararların talep edilebilmesinde, ispat zorluklarının bertaraf edilmesinde ve sözleşmenin ifasının garanti altına

⁵²⁶ Dayıoğlu, s. 136

⁵²⁷ Dayıoğlu, s. 136

⁵²⁸ Liu, s. 1

⁵²⁹ Vedat Buz, *Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Doç. Dr. Baki İlkay Engin (Ed.), İstanbul, 2010

⁵³⁰ Hachem, s. 176

⁵³¹ Galvan, s. 36; Mohs/Zeller, s. 2; ICC N.7585, 01.01.1992, CISG-Online N.105, ilgili kararda hakem heyeti, sözleşmesel düzenlemenin CISG m.74 uyarınca talep edilecek zararın tazminine ek olarak bir tazminat ödemesi sevk ettiğini tespit etmiş ve bu bağlamda hüküm tesis etmiştir.

⁵³² Schwenzler/Hachem/Kee, s. 633

alınmasında rol oynamaktadır⁵³³. Uluslararası platformda, çoğunlukla geçerli kabul edilen bu son sözleşme şartları, çeşitli denetim mekanizmalarına tabi tutulmaktadır⁵³⁴.

Türk hukukunda “cezai şart” olarak nitelendirilen ve TBK 179-182 hükümleri arasında düzenlenen, bu kurum ile alacaklı, zararın meydana gelmesinden bağımsız ve ispat edilmesine gerek olmaksızın sözleşmenin ihlali halinde borçludan belirli bir miktar para talep edilebilmektedir⁵³⁵. Cezai şart kurumu, kusur prensibi ile sınırlandırılmaktadır⁵³⁶. Bu bağlamda, sözleşmenin ihlalinde kusuru bulunmadığını ispat eden borçludan cezai şart talep edilemeyecektir. Bir diğer denetim mekanizması olarak kanun, hakime aşırı gördüğü cezai şartı indirim yetkisi tanımaktadır⁵³⁷. **Ancak, bu hüküm ticari satımlarda uygulama bulmadığından, konumuz dahilinde ele alınmayacaktır.**

Taraf iradelerinin öncelikli ele alındığı CISG sistematğinde de, taraflar, sözleşmede götürü tazminat belirleyebilir, sorumluluğu sınırlayabilir ve/veya CISG’nin öngördüğü külfetlere dair hükümler sevk edebilirler⁵³⁸. Nitekim, m. 6 hükmü bu nevi bir yaklaşımı öngörmektedir⁵³⁹. Ancak, CISG’da sözleşme şartlarının geçerliliklerine dair düzenleme bulunmaması dolayısıyla, taraflarca sözleşmede düzenlenecek götürü tazminat ve cezai şartın uygulanacak ulusal hukukun sınırlamalarına tabi olacağı unutulmamalıdır⁵⁴⁰. Zira, özellikle caydırıcı ve cezalandırıcı işlevleri nedeniyle, pek çok ulusal hukuk sisteminde önceden

⁵³³ Schwenger/Hachem/Kee, s. 635

⁵³⁴ Schwenger/Hachem/Kee, s. 634

⁵³⁵ Türk hukukunda cezai şart kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. Mehmet Erdem, La Clause Pénal; Cevdet İlhan Günay, Cezai Şart, Ankara 2002

⁵³⁶ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 532.

⁵³⁷ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 535; TBK m. 182(1) hükmünde, “*Hakim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir.*” ifadesi ile düzenlenen bu denetim mekanizması, adi satımlar ile tacir olmayan kişilerin ticari nitelikte işlemleri için öngörülmüştür. Tacir sıfatını haiz tarafların, sözleşmelerinde öngördükleri ceza koşulu TTK m. 22 gereği indirime tabi tutulmayacaktır.

⁵³⁸ Schlechtriem/ Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 74 N. 31-32

⁵³⁹ Hachem, s. 170; Yazar, tarafların sözleşmelerinde cezai şart düzenlemelerinin CISG’da öngörülen tazminat mekanizmasını ihlal edici nitelikte veya CISG sistematğine aykırı olmadığını *party autonomy* ve *pacta sunt servanda* ilkeleriyle açıklamaktadır.

⁵⁴⁰ Hachem, s. 172, Honnold, s. 408; Pascal Hachem, Agreed Sums Payable Upon Breach Of An Obligation – Rethinking Penalty and Liquidated Damages Clauses, Eleven International Publishing, 2011, s. 169

düzenlenmiş meblağlar çeşitli denetim mekanizmalarına tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda, götürü tazminat ve cezai şarta ilişkin düzenlemeler, geçersiz sayılmakta veya indirim tabi tutulmaktadır. Diğer taraftan, bu tip sözleşme şartlarının, indirim konu olsa da tazminat tutarı bakımından referans oluşturma özelliğine sahip olduğu vurgulanmalıdır⁵⁴¹.

Hachem, özellikle belirtilen sözleşme şartları bakımından, geçerliliğin tespitinde, yalnızca, ulusal hukuk normlarının değil ve fakat uluslararası ticari teamül ve kurallarının da dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Nitekim, Danışma Konseyi yorumunda da, uygulanacak ulusal hukuk uyarınca denetimin uluslararası kabul görmüş standartlara referansla gerçekleştirilmesi gereği vurgulanmaktadır⁵⁴².

Zeller, m. 74 hükmünün zarara uğrayan tarafın tazminat ile, sözleşme ihlal edilmeseydi içinde bulunacağı finansal durumdan daha iyi bir duruma getirilmemesini öngörmekte olduğunu vurgulamakta ve bu bağlamda, doğası gereği somut olarak meydana gelen zarardan daha fazla olarak karşılaştırılan cezai şartın CISG sistemine aykırı olduğunu savunmaktadır⁵⁴³. Ardından yazar, ikinci cümledeki öngörülebilirlik prensibinin zarar kalemlerini genişletici değil ve fakat sınırlayıcı özellik taşıdığına altını çizmektedir⁵⁴⁴. Bu görüş, CISG’da öngörülen tazminat mekanizmasının amacının sözleşmeyi ihlal eden tarafa baskı

⁵⁴¹ Jack Graves, Penalty Clauses and the CISG, Scholarly Work, 2012, s. 15

⁵⁴² CISG Opinion N.10, Agreed Sums Payable upon Breach of an Obligation in CISG Contracts, Rapporteur: Dr. Pascal Hachem, Bar & Karrer AG, Zurich, Switzerland. Adopted by the CISG-AC following its 16th meeting in Wellington, New Zealand on 3 August 2012, C.1

⁵⁴³ Graves, s. 7; Graves ise götürü tazminat ve cezai şart hükümlerinin dürüstlük kuralı denetimine tabi olması gerektiğini savunmaktadır. Uluslararası sözleşmeler hukukunun üç temel prensibinden biri olarak kabul edilen dürüstlük kuralı, uluslararası ticari sözleşmelerin taraflarının, müzakere sürecinde, sözleşmenin kuruluşu, ifası ve yorumunda iyi niyet ve dürüstlük kuralına uygun hareket etmeleri borcu olarak nitelendirilmektedir. Öte yandan, dürüstlük kuralı denetiminin ceza şartı bakımından işletilebilirliği tartışmalıdır. Nitekim, CISG’ın yalnızca kendisinin bir bütün olarak yorumlanmasında mı yoksa taraf ilişkileri bakımından da mı dürüstlük kuralından bahsettiği açık değildir. Ağır hak kazanan görüş, CISG’da dürüstlük kuralının, m. 7 hükmü altında “milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği” ifadesi ile düzenlendiğini savunmaktadır. Diğer görüş ise, hükmün hedeflediği dürüstlük kuralının CISG’ın yorumlanmasında başvurulacak bir uluslararası kabul görmüş ilke olduğunun ve fakat taraflar arası ilişkiye uygulanmayacağını ileri sürmektedir. Kanımızca, CISG’ın kendi denetim mekanizmalarının yanında, bu kuralın uygulamasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

⁵⁴⁴ Graves, s. 7.

uygulanması değil ve fakat zarara uğrayan tarafın tatmin edilmesi olduğu esasına dayanmaktadır⁵⁴⁵. Nitekim, genellikle diğer tüm tazminat taleplerini bloke edici nitelikteki götürü meblağlar, sözleşme ihlali halinde doğması beklenen zararı kapsamı adına, yüksek tutarda kararlaştırılmaktadır⁵⁴⁶.

Benzer bir görüş ile, Bridge, m. 74 hükmünün “*tazminat...zararın toplamına eşittir*” ifadesinden yola çıkarak, cezalandırıcı nitelikteki meblağların CISG sistematığıne aykırı olduğunu savunmaktadır⁵⁴⁷. Buna karşılık, götürü tazminatının denetime konu olmaması gerektiğini savunan görüş ise, ticari faaliyette bulunan tarafların eşit pazarlık gücünde olduğundan birbirinden korunmaları gerekmediği esasına dayanmaktadır⁵⁴⁸.

Paralel olarak, Hachem, günümüzde tazminat hukukunun sadece taraflar arası menfaat dengesini korumayı değil, bir o kadar tarafların ifaya olan menfaatini korumayı amaçladığını vurgulamaktadır⁵⁴⁹. Başka bir deyişle, artış gösteren eğilim, tazminat hukukunun, sadece taraflar arası menfaat dengesinin tesisi ve korunmasını değil, ifaya olan menfaat ve sözleşmesel yükümlülüklerin de korunması gerektiği yönündedir. Diğer taraftan, Yazar, anılan sözleşme şartlarına ilişkin hiçbir denetim mekanizmasının bulunmamasını da savunmamaktadır. Nitekim, aşağıda incelenmekte olan⁵⁵⁰ CISG m.79 uyarınca sorumluluktan kurtulma⁵⁵¹ ile m. 80’de düzenlenen birlikte kusur⁵⁵² kurumlarının, götürü tazminat veya cezai şartın varlığında da uygulama bulması gerektiğinin altını çizmektedir. Böylece, sorunsal, ulusal hukuk sistemlerindeki denetim

⁵⁴⁵ Galvan, s. 24.

⁵⁴⁶ Katz, *25 Int'l Rev. L. & Econ.* s. 378.

⁵⁴⁷ Bridge, s. 611; Schwenger/Schwenger, Art. 74 N. 59.

⁵⁴⁸ Hachem, s. 171.

⁵⁴⁹ Hachem, s. 171.

⁵⁵⁰ Bkz. aşağıda V/A

⁵⁵¹ Hachem, s. 173, Yazar ilk planda şu ifadeye yer vermektedir, “*In the light of the fact that legal systems generally require the debtor to be liable for the non-performance, Article 79 CISG should be read in the same way and the debtor thus be relieved from the agreed sum where it would be exonerated from the obligation to pay damages.*”

⁵⁵² Hachem, s. 174, Yazar görüşünü şu ifade ile pekiştirmektedir, “*It follows that the result that is achieved by the reduction of the sum at the domestic level is also achieved by Article 80 CISG s the creditor can only rely on the payment of the agreed sum to the extent the debtor is solely responsible for the breach.*”

mekanizmalarına başvurulmaksızın, CISG'ın kendi kurumları aracılığıyla değerlendirilmektedir.

Bir diğer husus, tazminatın taraflarca götürü olarak belirlendiği bu son ihtimalde, m. 77'nin öngördüğü zararı azaltma külfeti sadece götürü tazminat ile tatmin edilmemiş harici zararlar bakımından yürürlükte olacağıdır⁵⁵³. Nitekim, m. 77 hükmü tazminatın hesaplanmasına ilişkin bir düzenleme sevk etmektedir. Tazminatın önceden belirlendiği ihtimalde madde hükmü uygulama bulmayacaktır, zira hesaplama yapılmasına yer yoktur. Dolayısıyla, götürü tazminatı aşan zarar m. 74'ün öngördüğü şartlar dahilinde tazminata konu olacak ve zararı azaltma külfeti ancak bu hesaplama etki edecektir⁵⁵⁴. Öte yandan, zararı azaltma külfetinin kendisinin de önceden taraflarca kurgulanabileceği unutulmamalıdır.

IV Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması

A. Genel Olarak

Günümüzde pek çok ulusal hukuk sisteminde ve paralel olarak uluslararası enstrümanlarda, sözleşme taraflarının sorumluluklarının sınırlandırılması esası benimsenmiştir. Nitekim, sınırsız sorumluluk rejiminin kabulü sözleşme ilişkilerinin kurulmasına ve bu bağlamda ticari hayatın teşviki ve gelişimine engel olacaktır. Diğer taraftan, bugün taraflar arası menfaat dengesinin korunması prensibi önemini yitirmekte olsa da, sınırsız sorumluluk esasın sözleşme tarafları arasında menfaat dengesini tamamen sarsabilecektir. Nitekim, sorumluluğun sınırlandırılmadığı bir sistemde, sözleşmeyi ihlal eden tarafın ağır bir ekonomik yük altına girmesi ve zarara uğrayan tarafın ihlalden, sözleşmeden elde edeceği

⁵⁵³ Hachem, s. 173.

⁵⁵⁴ Hachem, s. 177.

menfaatin ötesinde bir çıkar elde etmesi sonucu gündeme gelecektir⁵⁵⁵. Dolayısıyla, aşağıda incelenmekte olan hukuki prensip ve mekanizmalarla sorumluluk rejimi CISG uyarınca sınırlandırılmaktadır.

B. Öngörülebilirlik İlkesi

Madde 74(2)'deki öngörülebilir zararlarla sınırlı sorumluluk esası (“*contemplation-rule*”) kusursuz sorumluluk ilkesinin tamamlayıcısı niteliğindedir⁵⁵⁶. Nitekim, Atamer’in de belirttiği gibi, kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsendiği bir sistemde sorumluluğun sınırlandırılması önem arz etmektedir⁵⁵⁷. Zira, zarara uğrayan tarafın, kendi ticari işlem hacmi ve verilerine çok daha hakim⁵⁵⁸ olduğunun altı çizilerek, bu sonuncunun talep edeceği tazminatın öngörülebilirlik kuralı bağlamında, tazminat borçlusu lehine, sınırlandırılması gereği vurgulanmalıdır⁵⁵⁹.

Öngörülebilirlik ilkesi esas olarak, tazminatı sınırlandıran bir kural niteliğinde karşımıza çıkmakta ve tazminatın hesaplanmasında önemli rol oynamaktadır. Zira, örneğin yukarıda incelenen soyut metotla zarar hesaplamasında, piyasadaki koşulların öngörülebilirlik dahilinde ele alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, öngörülebilirliğin araştırılması, sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu ihlalden sorumlu tutulduğu tespit edildikten sonra, tazminatın kapsamına etki edecek şekilde gündeme gelecektir⁵⁶⁰. Başka bir deyişle, öngörülebilirlik ilkesi, sözleşmenin ihlalinin ne şekilde meydana geldiği ve ihlal eden tarafın kusurlu olmasından

⁵⁵⁵ Saidov, *Pace Int’ L. Rev.*, s. 332.

⁵⁵⁶ Atamer, *CISG*, s. 440; Saidov, *Law of Damages*, s. 103; Bianca/Bonell/*Knapp*, Art 74 N. 2.9

⁵⁵⁷ Atamer, *CISG*, s. 440.

⁵⁵⁸ Bu görüşe paralel olarak, zarara uğrayan tarafın kendisinin öngöremeyeceği bir zarar, genellikle sözleşmeyi ihlal eden tarafça da öngörülemez nitelikte olacaktır. Bu yönde yargı kararı için bkz, RF CCI, 16.03.1995, CISG-Online N.205; U.S. District Court N.D. of New York, 07.09.1994, CISG-Online N.113.

⁵⁵⁹ Saidov, *Law of Damages*, s. 102.

⁵⁶⁰ Atamer, *CISG*, s. 440, “Öngörülebilirlik araştırması, satıcının sözleşme ihlalden sorumlu tutulduğu tespit edildikten sonra yapılır. Yani söz konusu olan sorumluluğun kurulması aşamasına ilişkin değil; sorumluluğun sınırlandırılması aşamasına ilişkin bir kriterdir.”

bağımsız olarak tazminat kapsamının tespitinde devreye girmektedir. Nitekim, aşağıda detaylı olarak incelenen öngörülebilirlik testi sözleşmenin kurulduğu ana, kusurun varlığının sonuçları ise sözleşmesel yükümlülüğün ihlal edildiği ana ilişkindir⁵⁶¹.

Hükmün amacı, sözleşme ihlali sonucunda ortaya çıkan tüm zararların, sözleşmenin kurulma anında öngörülebilirlik şartıyla, tazminat kapsamında mütalaa edilmesidir. Nitekim, tam tazmin ilkesi uyarınca, zarar eden tarafın malvarlığının, sözleşme ihlal edilmeseydi alacağı değerinin sağlanması amaçlanmaktadır⁵⁶². Diğer taraftan, öngörülebilirlik prensibi, ekonomik anlamda, sözleşme görüşmeleri sırasında bilgi değişimini sağlamaktadır. Bu şekilde, CISG, tarafları finansal riskleri değerlendirmeye ve muhtemel sorumluluğa karşı kendilerini korumaya yönlendirmekte, böylece tarafları beklenmedik risklere karşı açık sözleşme hükümleri düzenlemeye kanalize etmektedir⁵⁶³.

1. Öngörülebilirlik Neye ve Hangi Ana İlişkin Olmalıdır?

Öngörülebilirlik testi, tazminatın hesaplanmasında dikkate alınan objektif bir unsurdur⁵⁶⁴. Nitekim, m. 74'te düzenlenen öngörülebilirlik şartı, ihlalin kendisine değil, bu bağlamda meydana gelen zarara ilişkindir⁵⁶⁵. Dolayısıyla, öngörülebilirlik ilkesinin kapsadığı olgular, sözleşmenin ihlali ile vuku bulması olası zararı ve bu zararın kapsamıdır. Diğer taraftan, meydana gelen zararın bütün ayrıntısı ile ve miktarının kesin olarak öngörülmesi beklenmemektedir⁵⁶⁶.

⁵⁶¹ Atamer, *CISG*, s. 441.

⁵⁶² Offermanns, s. 1.

⁵⁶³ Saidov, *Law of Damages*, s. 104.

⁵⁶⁴ Damon Schwartz, *The Recovery of the Lost Profits Under Article 74 of the U.N. Convention on the International Sale of Goods – An analysis of court and arbitral decisions to determine possible causes of non-conformity and to identify solutions that would increase the consistency of awards*, Nordic Journal of Commercial Law, 2006, S.1,

⁵⁶⁵ Vékás, *43 Acta Juridica Hungarica*, s. 158; Schlechtriem/ Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 74 N. 38.

⁵⁶⁶ Atamer, *CISG*, s. 446.

Böylece, araştırılacak husus, sözleşmesel yükümlülük ihlalinin, uğranılan zararı meydana getirmeye elverişli olup olmadığıdır⁵⁶⁷.

CISG m. 74 hükmü öngörülebilirlik şartının analizinde objektif ve subjektif olmak üzere iki test düzenlemektedir. Buna göre, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngördüğü (subjektif) veya öngörmesi gerektiği (objektif) tüm zararların tazminat kapsamına dahil edilmesi gerekmektedir.

Zararın öngörülebilir olup olmadığının tespitinde, tarafların sözleşme öncesi ticari ilişkileri, sözleşme görüşmeleri sırasında ve sonrasında gerçekleşen bilgi aktarımı, ticari adetler ve sözleşme hükümlerinin kurgulanış şekli dikkate alınacaktır⁵⁶⁸. Örneğin, üretici alıcının malları işleyecek olduğu olasılıkta, malların zamanında ve/veya öngörülen nitelikte teslim edilmemesinin, üretim zincirinin işleyişine engel olacağı öngörülebilirdir.

Öngörülebilirliğin tespitinde, somut olayın koşulları ve sözleşmeyi ihlal eden tarafın vakıf olduğu veya olması gerektiği bilgiler önem taşımaktadır. Öngörülebilirlik sözleşmenin kurulduğu esnada var olması gereken bir şart olup⁵⁶⁹, sözleşme ihlali paralelinde sağlanması yeterli değildir. Ayrıca riskin bilerek gizlenmesi öngörülebilirliği ortadan kaldırmamaktadır.

Diğer taraftan, sözleşme hükümlerinin kurgulanış biçiminin hem öngörülebilirlik limitini artırıcı hem de çok teknik düzenlenmiş olması nedeniyle etkisiz bırakabileceğine işaret etmekte fayda vardır⁵⁷⁰.

Son olarak, doktrinde baskın görüş, öngörülebilirliğin tespitinde, zamansal olarak sözleşmenin kuruluş anının esas alınması gerektiğini savunmaktadır⁵⁷¹. Nitekim, ilgili taraf sözleşmenin kurulması öncesi öngördüğü riskleri değerlendirip,

⁵⁶⁷ Atamer, *CISG*, s. 446.

⁵⁶⁸ Saidov, *Law of Damages*, s. 113.

⁵⁶⁹ CIETAC Arbitration Proceeding 1 February 2000.

⁵⁷⁰ Saidov, *Law of Damages*, s. 113.

⁵⁷¹ Atamer, *CISG*, s.448; Schlechtriem/ Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 74 para 39; Saidov, *Law of Damages*, s. 113; karşı görüş için bkz. Franco Ferrari, Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention – 25 Years of Article 25 CISG, *Journal of Law and Commerce*, Spring 2006, S.25, s. 499 Ferrari, m. 25'in farklı ihlal halleri bakımından ayırım yapmamakta, öngörülebilirliğin de hangi anda itibaren aranacağını düzenlemediğini savunmaktadır.

sözleşmenin içeriğini bu bağlamda kurgulayabilecektir. Başka bir ifadeyle, sözleşmenin kurulmasından sonra öngörülebilir hale gelecek hususlar, anılan ilke bağlamında sorumluluk doğurmayacaktır⁵⁷².

2. Öngörülebilirlik Hangi Taraf Bakımından Araştırılmalıdır?

Zarar, sözleşmeyi ihlal eden tarafın; somut olayın koşulları ve bildiği veya bilmesi gerektiği hususlar ışığında sözleşmenin kurulduğu sırada, öngördüğü veya kendisinden öngörmesi beklendiği ölçüde m. 74 anlamında öngörülebilirdir⁵⁷³. Dolayısıyla, öngörülebilirlik testi sözleşmenin akdedilmesi sırasında mevcut koşulların bilincinde olan, makul bir kişinin, olası sözleşme ihlalinde meydana gelebilecek zararları öngörebilmesi esasına dayanmaktadır. Bu şekilde, sözleşmeyi ihlal eden taraf korunmakta, kendisine öngörülemez nitelikte makul olmayan zararların yükletilmesi engellenmektedir. Böylece, tazminatın hesaplanabilirliği sağlanmakta ve sözleşmesel sorumluluğunun sınırları belirlenmektedir.

3. Öngörülebilirliğe Esas Alınacak Kriter Nedir?

UPICC ve PECL'dan (makul şartlarda öngörebilme "*reasonably could foresee*") farklı olarak, CISG (öngörmesi gereken "*ought to have foreseen*") ifadesiyle, sözleşmeyi ihlal eden tarafa daha yüksek seviyede bir yükümlülük atfetmektedir⁵⁷⁴. Uluslararası enstrümanlar ile arasındaki bir diğer fark, CISG'in

⁵⁷² Bianca/Bonell/*Knapp*, Art 74 N.2.13

⁵⁷³ Bianca/Bonell/ *Knapp*, Art 74 N.2.14; Franco Ferrari, Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law, Louisiana Law Review, March 1993, S.53, s. ; M. 74, Anglosakson hukukunun referans kararı olan Hadley v. Baxendale ile kabul edilen Hadley kuralı esas alınarak kurgulanmamıştır. Öngörülebilirlik kuralı (ve aynı zamanda limiti) Kıta Avrupası Hukuk sisteminde Code Napoleon'dan beri benimsenmiştir.

⁵⁷⁴ Saidov, *Law of Damages*, s. 104

makul kişiden değil sözleşmeyi ihlal eden taraftan bahsetmesidir⁵⁷⁵. Ancak, öğretide haklı olarak, objektif bir ölçüt sevkedene madde hükmünden, öngörülebilirlik için makul bir kişinin kriter alınması gereği savunulmaktadır⁵⁷⁶.

C. Zararı Azaltma Külfeti

Sözleşmesel yükümlülük ihlalinden zarar gören taraf, zararın artmaması için dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenebilecek olan makul ve gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür⁵⁷⁷. Zarar gören taraftan beklenen bu davranış zararı azaltma (“*duty to mitigate*”) veya zararı artırmama külfeti olarak tanımlanmaktadır.

Zararı azaltma külfeti, dürüstlük kuralının bir görünümü olarak değerlendirilmekte⁵⁷⁸ ve *lex mercatoria*'nın temel bir prensibi niteliğindedir. Nitekim, sözleşme hukukunda tazminata dair genel prensiplerin başında; sözleşmeyi ihlal eden tarafın kendi aykırı davranışından menfaat sağlayamaması, zararın tazmininde tarafların sözleşmede hesaplama metodu ve/veya götürü meblağ öngörebilmeleri, zarara uğrayan tarafın dürüstlük kuralına uygun davranarak zararı azaltmaya veya hiç değilse artırmamaya çalışması esasları gelmektedir. Bu düzlemde, zarara uğrayan tarafın, sözleşmenin ihlalinden sonra, pasif olarak beklemesi ve zararın artmasına sebep olması dürüstlük kuralına aykırıdır ve dolayısıyla bu gibi önlenilecek zararların tazmininin sözleşmeyi ihlal eden tarafa yüklenmesi hakkaniyete aykırı olacaktır⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ Saidov, *Law of Damages*, s. 104

⁵⁷⁶ Atamer, CISG, s. 447

⁵⁷⁷ Başak Baysal, *Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur)*, İstanbul, 2012, s. 301

⁵⁷⁸ Ayoğlu, s. 151; Saidov, *Law of Damages*, s. 127; Riznik, s. 5 “*The duty to mitigate is a fundamental principle of the lex mercatoria and is also one of the most applied principles in international arbitration...The promisee’s duty to mitigate damages is an expression of the general principle of good faith in international commerce*”.

⁵⁷⁹ Riznik, s. 5

TBK 52(2)'de zararı azaltma külfeti, yukarıdaki açıklamaya paralel olarak düzenlenmiş, zarara uğrayan tarafın bu külfete aykırı hareket etmesi halinde tazminatın indirilmesi veya tamamen ortadan kaldırılması sonucu bağlanmıştır.

Aynı şekilde, CISG m. 77 uyarınca da, zarara uğrayan taraf, ihlalden doğan zararını azaltmak adına ve somut olayın koşulları dahilinde makul olan tüm önlemleri almakla yükümlüdür⁵⁸⁰. Madde hükmünün düzenlediği, zararı azaltma külfeti emredici niteliktedir⁵⁸¹ ve tazminat talebinin içeriğini ilgilendirmektedir. Nitekim, gerekli önlemlerin alınmaması sonucu meydana gelen zarar tazminat kapsamı dışında bırakılacaktır. Bu zararlar bakımından ise bir ayırım yapılmamıştır. Örneğin, fiili zarar gibi, yoksun kalınan kâr da m. 77 dahilinde değerlendirilecektir.

Zararı azaltma külfetinin içeriğini ve sınırını⁵⁸², yukarıda da değinildiği üzere, dürüstlük kuralı gereğince, somut olayın şartları altında alınması beklenen önlemler oluşturmaktadır⁵⁸³. Schwenger'in deyimiyle, beklenen önlemler bakımından, referans noktası aynı koşullar ve olgular altında makul kişinin davranış şekli olacaktır⁵⁸⁴.

Zararı azaltma külfeti, Schlechtriem'in da vurguladığı gibi, koşulların elverdiği ilk anda başlamaktadır⁵⁸⁵. Bu bağlamda, hükmün uygulaması, öncelenmiş ihlalde ifanın hiç veya gereği gibi yapılmayacağı öğrenildiği andan, ihlalin gerçekleşmesi halinde ise bu davranışın vuku bulması anından itibaren gündeme gelecektir⁵⁸⁶. Dolayısıyla, dikkat edilmesi gereken husus, zararı azaltma külfetinin

⁵⁸⁰ Schlechtriem/ Schwenger/Stoll/Gruber, Art 77 para 7; OLG Braunschweig, 28.10.1999, CISG-Online N. 510; Nova Tool & Mold Inc. V London Industries Inc., Ontario Court of Appeal, 26.01.2000, CISG-Online N. 582.

⁵⁸¹ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Gotanda, Art 75 para 12; Ayrıca, zararı azaltma külfetinin aykırılığın, tazminat alacağı sınırlandırıldığı hallerden biri olduğu hususunda bkz. Baysal, s. 340.

⁵⁸² Bkz. RF CCI, 24.01.2000, CISG-Online N.1042.

⁵⁸³ Schlechtriem/ Schwenger/Schwenger, Art 77 N. 8, Saidov, *Law of Damages*, s. 125.

⁵⁸⁴ Schlechtriem/ Schwenger/Stoll/Gruber, Art 77 N. 8.

⁵⁸⁵ Riznik, s. 13.

⁵⁸⁶ Ingeborg Schwenger/ Simon Manner, *The Pot Calling the Kettle Black: The Impact of the Non-Breaching Party's (Non-) Behaviour on its CISG- Remedies*, Andersen, Camilla B./ Schroeter, Ulrich G. (Eds.), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift*

değerlendirilmesinin zararın meydana gelmesinden bağımsız değerlendirilmesi gereğidir.

Diğer taraftan, m. 77 ile m. 80 hükmü birbirine karıştırılmamalıdır⁵⁸⁷. Nitekim, birbirinden farklı uygulama alanları söz konusudur. Madde 80, sözleşme taraflarının birlikte kusurunu düzenlemektedir. Bu hüküm kapsamında, Baysal'ın ifadesi ile, “zarar görenin eylemi veya eylemsizliği dikkate alınarak ortaya çıkan ifa engeli değerlendirilmektedir”⁵⁸⁸. Dolayısıyla zarara uğrayan tarafın, ifa engeline sebep olduğu ölçüde, ihlal eden taraf bakımından, bir sorumluluktan kurtulma gündeme gelecektir⁵⁸⁹. Başka bir ifade ile, tarafın sözleşmenin ihlalinde kusurunun bulunması, zararı azaltma külfeti uyarınca bir indirim değil, bu anlamda uğradığı zararın tümüyle tazmin edilmemesi sonucu doğurabilecektir⁵⁹⁰. Ve yine, m. 80'in uygulanması halinde sadece tazminat talebi değil tüm sözleşmesel haklar etkilenecektir⁵⁹¹.

Zararı azaltma külfetinin en sık gündeme gelen örneği, piyasa fiyatlarında büyük bir artış beklendiği ihtimalde, tarafın, sözleşmeyi sona erdirmeye beyanında bulunmamış olsa dahi, makul koşullarda bir ikame işlem akdetmesi gereğidir⁵⁹². Bir başka örnek, sözleşmede öngörülen nitelikte olmayan malların teslimi üzerine, alıcının, yine zararı azaltma külfeti altında, malların onarımı için gereken önlemleri alması veya daha kötü hale gelmelerini engellemeye çalışmasıdır⁵⁹³.

for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, s. 470

⁵⁸⁷ Hugh Beale/Bénédicte Fauvarque-Cosson/Jacobien Rutgers/Dennis Tallon/Stefan Vogenauer, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregon, 2010, s. 1021; Koziol, 25 *J.L. & Com.* 385.

⁵⁸⁸ Baysal, s. 370.

⁵⁸⁹ Baysal, s. 370; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Atamer, Art. 80, N. 2.

⁵⁹⁰ Koziol, 25 *J.L. & Com.* 385; Ayrıca, zarara uğrayan tarafın kusurunun nedensellik bağıni kesebileceği hususunda bkz. Baysal, s. 292.

⁵⁹¹ Schwenzer/ Manner, s. 471

⁵⁹² Schwenzer/ Manner, s. 481; Baysal, s. 370, “Buna rağmen yine de ikame sözleşme yapmanın bir zorunluluk olduğundan bahsedilemez. Ancak dürüstlük kuralı uyarınca, zararı artırmama külfeti olan alacaklıdan ikame sözleşme yapması makul olarak beklenebiliyorsa, bu durum, alacaklının sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarına etki edecektir.”

⁵⁹³ Riznik, s. 3; DiPalma, s. 29, Schwenzer/Schwenzer, Art. 74 para 12

Öte yandan, zararı azaltma külfeti işlem hacmi kaybına uğrayan satıcı bakımından uygulama bulmayacaktır⁵⁹⁴.

Başka bir ihtimal de, spesifik ölçü ve nitelikte üretimin konu olduğu bir sözleşmede, alıcının sözleşmeyi ihlal ederek sona erdirmesine rağmen satıcının üretime devam etmesi ve malları göndermesi zararı arttırıcı niteliktedir. Nitekim ağırlıklı görüş uyarınca da, zararı azaltma külfeti bağlamında, satıcının üretimi durdurması ve alıcıdan o ana kadar uğradığı zararı talep etmesi dürüstlük kuralı gereğidir⁵⁹⁵.

Zararı azaltma külfeti kapsamında bir değerlendirme örneği, 24 Ocak 2000 tarihli Rus Tahkim kararıdır⁵⁹⁶. Karara konu olayda, malların yükleme limanında kontrolünün teknik ve ekonomik anlamda makul olmamasından dolayı varış limanında yapılmasının m. 77'ye aykırılık teşkil etmediğine hükmedilmiştir⁵⁹⁷. Ek olarak, 1 Ocak 1992 tarihli ICC Tahkim kararında⁵⁹⁸ sözleşmenin sona erdirilmemesi ve banka teminat mektubunun paraya çevrilmemesi ile zararın artmasına sebep olunması tazminatın indirilmesi sonucunu doğurmuştur⁵⁹⁹.

D. Alıcının Bilgilendirme Külfeti

CISG m. 38 hükmü uyarınca, alıcı, satıcıdan teslim aldığı malları koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek külfeti altındadır. Muayenenin ne şekilde yapılacağına ilişkin olarak ise düzenleme sevk edilmemiştir. Dolayısıyla, taraflar arasındaki sözleşme ve CISG m. 9 anlamında alışkanlık ve teamüller bu hususta belirleyici olacaktır⁶⁰⁰. Bu ek olarak, doktrinde

⁵⁹⁴ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 77 para 5.

⁵⁹⁵ Riznik, s. 3.

⁵⁹⁶ RF CCI, 24.01.2000, CISG-Online N.1042.

⁵⁹⁷ Koziol, s. 386.

⁵⁹⁸ ICC N.7585, 01.01.1992, CISG-Online N.105.

⁵⁹⁹ Riznik, s. 4.

⁶⁰⁰ Dayıoğlu, s. 27.

muayenenin makul şekilde yapılması gereği de savunulmaktadır⁶⁰¹. Makulluk kriterinden anlaşılması gereken, somut olayın özellikleri dahilinde değişebilmekle beraber, koşulların izin verdiği en kısa sürenin esas alınmasıdır⁶⁰².

Muayenenin ardından, malların sözleşmeye aykırı teslim edildiğinin saptanması üzere, bu sefer alıcının satıcıyı bu aykırılığa ilişkin bilgilendirmesi yani CISG m. 39(1) uyarınca, ihbar külfeti devreye girmektedir. İhbarın da yine makul sürede gerçekleştirilmesi aranmaktadır. Makul süre, sözleşmeye aykırılığın muayene ile tespit edildiği an veya muayenenin yapılması gereken makul sürenin sona erdiği andan itibaren başlamaktadır⁶⁰³ ve her halükârda iki yıllık hak düşürücü süreye tabidir. Bununla beraber, makul sürenin ne kadar olacağı somut olayın koşulları dahilinde değerlendirilecektir⁶⁰⁴. Diğer taraftan, Dayıoğlu, tarafların bu sürelerle ilişkin sözleşmesel düzenlemede bulunabileceklerini ve başkaca garanti süreleri öngörebileceklerini vurgulamaktadır.

Alıcının bilgilendirme külfetini yerine getirmesi tazminat talep hakkı ve tazminatın kapsamına doğrudan etki etmektedir. Nitekim, m. 44 uyarınca, bildirimde bulunmamada makul bir özü olmayan alıcı, tazminat talep hakkını kaybedecek, makul özü bulunması halinde ise bu sefer, yoksun kalınan karı talep edemeyecektir⁶⁰⁵. Dolayısıyla, alıcının ilgili hüküm dahilinde makul olarak nitelendirilecek bir gerekçesi olsa dahi, ancak sınırlı bir tazminat talep edebilmesi mümkün olacaktır⁶⁰⁶.

⁶⁰¹ Huber/Mullis, s. 151, Atamer, *CISG*, s. 224.

⁶⁰² Schlechtriem/Schwenger/Schwenger, Art. 38 N. 15; muayenenin yapılması gereken sürenin tespit edilmesinde başvuru kriterlere malın türü, alıcının durumu ve işletmenin hacmi örnek olarak verilebilir; OGH, 27.08.1999, CISG-Online N.485.

⁶⁰³ Atamer, *CISG*, s. 230, Dayıoğlu, s. 27.

⁶⁰⁴ Makul sürenin ne kadar olacağı hususu doktrinde tartışma konusudur. Sürenin bir ay olarak kabul edilmesi yönünde, Schlechtriem/Schwenger/Schwenger, Art. 38 N. 14, BGH, 08.03.1995, CISG-Online N.144, OG Luzern, 08.01.1997, CISG-Online N. 227; 14; somut olayın koşullarına göre değişeceği yönünde, Atamer, *CISG*, s. 233; detaylı bilgi için bkz. Daniel Girsberger, The Time Limits of Article 39 CISG, *Journal of Law and Commerce*, S. 25, (2005-2006), s. 241-251.

⁶⁰⁵ Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 38 N. 22; ICC N.9187, 1 June 1999, CISG-Online N.705.

⁶⁰⁶ Schlechtriem/ Butler, s. 129; Schwenger/Schwenger, Art 74 N. 34.

Benzer uygulamayla, Türk hukukunda da, muayene ve ihbar külfetini yerine getirmeyen alıcı, tartışmalı olmakla birlikte, seçimlik haklarını kaybedebilecek⁶⁰⁷ ancak genel hükümler dahilinde tazminat talep hakkı devam edecektir.

E. Sorumluluğun Taraflarca Sınırlandırılması

CISG sistematüğinde öngörülen düzenlemelere ek olarak, sorumluluk ayrıca taraflarca sınırlandırılmış olabilmektedir. Yukarıda değinildiğı gibi, tazminatın götürü olarak önceden taraflarca belirlenmesi, öngörülebilirlik ve zararı azaltma külfetinin sınırlarının taraflarca kurgulanması mümkündür. Böylece, taraflar sorumluluğunun çerçevesini açıkça veya örtülü olarak çizebilmektedir.

Hakkında görüş birliğı olmayan husus ise, sorumluluğun tamamıyla kaldırılıp kaldırılamayacağı sorunsalıdır. Nitekim, bu nevi bir sözleşme şartı geçerlilik bakımından uygulanacak hukuka tabi olacaktır⁶⁰⁸. Örneğın, Türk hukukunda, TBK m. 115 hükmü altında düzenlenen, sorumsuzluk anlaşması ancak hafif kusurun varlığı halinde geçerli olarak sonuç doğurmaktadır⁶⁰⁹. Bugün ağırlık kazanan görüş, ölçsüz (orantısız) sorumsuzluk şartlarına müdahale edilebilmesi ve fakat taraflar arası menfaat dengesini zedelemeyen şartların ayakta tutulması yönündedir⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ Satıcı ağır kusurlu olmadıkça TBK m. 225(2) uarınca sorumluluktan kurtulacaktır. Aksi görüş için bkz., Yeşim M. Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, İstanbul 2012, s. 204.

⁶⁰⁸ Ziegel, s. 38.

⁶⁰⁹ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 420. Sorumsuzluk anlaşmasının her türlü kusuru kapsayacak şekilde yapılması, ancak borca aykırı davranışla sorumluluk doğduktan sonar mümkün olmaktadır. Nitekim, bu haliyle, anlaşma, artık teknik olarak sorumsuzluk anlaşmasından değil ve fakat sulh veya ibra teşkil etmektedir.

⁶¹⁰ Ziegel, s. 38.

V Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma

A. Genel Olarak

CISG m. 79 hükmü ile, satıcının garanti sorumluluğunun sınırı ve bu sorumluluktan muaf tutulduğu (“*exemption*”) haller düzenlenmiştir⁶¹¹. İlgili madde hükmü uyarınca, sözleşmenin kurulması anında satıcı tarafından, öngörülmesi (“*unforseeability*”) ve sonuçlarından kaçınılması (“*unavoidability*”) mümkün olmayan bir nedenden dolayı, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilememesi halinde satıcı meydana gelen zararı tazmin etme yükümlülüğünden kurtulmaktadır⁶¹². Başka bir ifade ile, tarafın kontrolü dışında gelişen bir olayın varlığı ve yine taraftan bu olayı öngörmesi ve/veya buna karşı önlem almasının makul şartlarda beklenemez nitelikte olması ile tazminat sorumluluğu ortadan kalkmaktadır⁶¹³.

Kusur sorumluluğu ilkesinin benimsendiği Türk hukukunda, benzer uygulama, mücbir sebep kurumu ile kurgulanmıştır. Bu bağlamda, sözleşmeyi ihlal eden taraf, ihlalin, kendi kusuru olmaksızın, fevkalade hal veya mücbir sebepten kaynaklandığını ispat ederek, kusursuzluğunu da ispat etmekte ve tazminat sorumluluğundan kurtulmaktadır⁶¹⁴.

Diğer taraftan, m. 79 hükmünün uygulama bulması, sözleşmesel bir düzenleme ile engellenebilmektedir. Bu bağlamda, taraflar sözleşmelerinde mücbir sebep şartı

⁶¹¹ Atamer, *CISG*, s. 453; Huber/Mullis, s. 268.

⁶¹² Atamer, Yeşim M.: Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?, Prof.Dr.Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Cilt 8, Özel Sayı – 2013, s. 488, Yazar şu ifadeye yer vermiştir: “*Bu hallerde alacaklı ifayı engelleyen atipik rizikonun sonuçlarına katlanmak durumundadır.*”; Dayıoğlu, s. 140.

⁶¹³ Galvan, s. 26.

⁶¹⁴ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 418, Yazar mücbir sebebi şu ifade ile tanımlamaktadır; “*Mücbir sebep, borçlunun borcu ihlal etmesine mutlak olarak kaçınılmaz şekilde sebep olan dışsal (harici) bir olaydır.*”

(“*force majeure*”) düzenleyerek, sorumluluğu farklı bir şekilde kurgulayabileceklerdir⁶¹⁵. Nitekim, m. 79 hükmü CISG sistematüğinde mücbir sebebin bir görünümüdür⁶¹⁶ ve sözleşme serbestisi ilkesi dahilinde taraflarca düzenlenmesi mümkündür.

B. Şartları

1. Satıcının Kontrolü Dışında Bir Engelin Olması

Madde 79 hükmünün uygulama bulabilmesi için, ilk olarak, satıcının kontrolü dışında gelişen bir engelin var olması gerekmektedir. Engel kavramı ile ifadesi amaçlanan, objektif olarak ifayı imkansız kılan ve bu sebeple satıcının sorumlu tutulamayacağı hallerdir⁶¹⁷. Bu bağlamda, doğal afetler, örneğin, deprem, sel, yangın, fırtına veya uluslararası hukukta genel kabul görmüş mücbir sebep halleri olan, savaş, isyan, sosyal ve politik olaylar, ithalat/ihracat sınırlamaları ve yasakları, ambargo gibi devlet yasakları engel olarak nitelendirilecektir⁶¹⁸. Sayılan engel hallerinin geçici nitelik arz etmesi de mümkündür. Bu ihtimalde, engelin ortadan kalktığı ana kadar vuku bulmuş zarar, m. 79 kapsamında değerlendirmeye alınacaktır. Bunun yanında, engelin, sözleşmenin esaslı ihlalini oluşturduğu ve alıcının bu bağlamda sözleşmeyi sona erdirdiği olasılıkta, engelin sonradan ortadan kalkması fark yaratmayacaktır⁶¹⁹.

⁶¹⁵ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Atamer, Art. 79 N.46; Huber/Mullis, s. 259.

⁶¹⁶ Ulrich Magnus, *Force Majeure and the CISG in The International Sale of Goods Revisited* Edited by Petar Sarcevic and Paul Volken, s. 8, “*The CISG force majeure provision is contained in Article 79 in the Chapter entitled ‘Exemptions’*. It attempts to balance the effect of the *pacta sunt servanda* rule and justified exceptions.”.

⁶¹⁷ Dionysios P. Flambouras, The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis, 13 Pace International Law Review (Fall 2001), s. 265; OLG München, 05.03.2008, CISG-Online N.1686.

⁶¹⁸ Dayıoğlu, s. 141.

⁶¹⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 79 N. 34; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Atamer, Art. 79 N.50.

Diğer taraftan, satıcının kendi risk alanındaki olgular m. 79 kapsamında engel olarak mütalaa edilmeyecektir⁶²⁰. Satıcının risk alanı, Dayıoğlu'nun ifadesi ile, “ *taraflar arasındaki sözleşmede rizikoların ne şekilde üstlenildiğine bakılarak*” tespit edilecektir⁶²¹. Ek olarak, CISG m.9 hükmü uyarınca, taraflar arasındaki teamüller ile alışkanlıklar da bu bağlamda dikkate alınacaktır.

2. Engelin Öngörülemez Olması

Satıcının tazminat sorumluluğundan, m. 79 uyarınca, kurtulabilmesi için aranan ikinci şart, sözleşmenin ifa edilmemesine sebep olan ve satıcının kontrolü dışında gelişen engelin aynı zamanda sözleşmenin kurulması anında öngörülemez olması gereğidir. Burada aranan öngörülebilirliğin tespitinde, sözleşmenin kurulduğu anda doğmuş veya doğacak olan engelin makul bir üçüncü kişi tarafından öngörülebilir olup olmadığı kriteri esas alınmaktadır⁶²².

Paralel olarak, tarafların sözleşmenin kurulması sırasında öngördükleri ve fakat çekince koymadıkları engeller bakımından tazminat sorumluluğunun devam edeceğini belirtmekte yarar bulunmaktadır⁶²³.

⁶²⁰ Ulrich Magnus, *Force Majeure and the CISG in The International Sale of Goods Revisited* Edited by Petar Sarcevic and Paul Volken, s. 15; Örneğin, satıcının kendi iş organizasyonunu gerekli şekilde kuramaması sonucu meydana gelen aksaklıklar, satıcının ifa yardımcıları veya çalışanlarının sebebiyet verdiği ihlaller ile satıcının tedarik etmek ve alıcıya temin etmekle yükümlü olduğu malların piyasa fiyatlarının kendisi lehine değişmesi halleri m. 79'un uygulaması dışındadır.

⁶²¹ Dayıoğlu, s. 141.

⁶²² Dayıoğlu, s. 143; Bianca/Bonell/Tallon, Art 79 N.2.4.3; Schwenzen, *39 Vict U Well L Rev.* (April 2009), s. 719.

⁶²³ *39 Vict U Well L Rev* (April 2009), s. 719; Schlechtriem/Schwenzen/Stoll/Gruber, Art. 79 N. 13.

3. Engelin Kaçınılmaz Olması

CISG m. 79(1) uyarınca, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sorumlu tutulabilmesi için makul şartlar altında, ihlalden kaçınabilecek durumda olması gerekmektedir⁶²⁴. Bu bağlamda benimsenen kaçınılmazlık ilkesidir. Kaçınılmazlık ilkesi gereği, ilgili taraf, engel ve sonuçlarından makul ve mümkün olduğu ölçüde kaçınmakla yükümlüdür. Dolayısıyla, örneğin, kaçınmanın olağandışı masraf ve çaba gerektirdiği hallerde, ihlalin sonucunun tarafa yükletilmemesi gerektiği kabul edilmektedir⁶²⁵.

4. Engelin Bir Yükümlülük İhlaline Sebep Olması

Öngörülemez ve kaçınılamaz bir engelin, m. 79 hükmü uyarınca tazminat sorumluluğundan kurtulma olanağı sağlaması ancak engelin bir yükümlülük ihlaline sebep olduğu halde gündeme gelmektedir⁶²⁶. Nitekim, sorumluluktan kurtulma mekanizmasının işletilmesi, ilk planda tazminat talep hakkının doğmasıyla mümkün olacaktır. Bu bağlamda, tazminat talep hakkı bakımından, yükümlülük ihlalleri arasında ise bir ayırım yapılmamış olmasına paralel olarak, m.79'un uygulama bulması için aranan ihlal halleri bakımından da bir ayırım yapılmamıştır. Başka bir ifade ile, tazminat sorumluluğunu doğuracak tüm ihlaller bakımından m. 79 uygulaması devreye girecektir. Burada, dikkat edilmesi gereken husus teknik anlamda bir engelin var olmasıdır. Zira, CISG'ın tazminat sistematüğinde, kusura dayanmayan, objektif garanti sorumluluğu gündemdedir.

⁶²⁴ Saidov, *Law of Damages*, s. 262; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Atamer*, Art. 79 N.54.

⁶²⁵ Saidov, *Law of Damages*, s. 262; OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N.261; American Arbitration Association, 23.10.2007, CISG-Online N.1645.

⁶²⁶ Bianca/Bonell/*Tallon*, Art 79 N.2.4.3; Dayıoğlu, s. 144

Diğer taraftan, engelin bir yükümlülük ihlaline sebep olması şartı içinde iki unsur arasında nedensellik bağının bulunması şartını da içermektedir⁶²⁷. Nedenselliğin tespiti ise yukarıda ele alınan kuram dahilinde değerlendirilecektir.

5. Alıcıya İhbarda Bulunulması

Madde 79 hükmünün uygulama bulması bakımından aranan son şart, satıcının söz konusu engel ve bunun sözleşmenin ifası üzerindeki etkisine ilişkin olarak alıcıya ihbarda bulunması gereğidir. İhbarda, alıcı engelin içeriği, ağırlığı ve süresi hususunda bilgilendirilmeli ve bu ihbar makul sürede yapılmalıdır⁶²⁸. Kural olarak, makul sürede yapılmayan ihbar da satıcının tazminat sorumluluğunun ortadan kalkması için yeterlidir. Ancak, bu son ihtimalde, satıcı, ihbarın makul sürede yapılmamasının neden olduğu zararların tazmininden sorumlu olacaktır.

VI Zararın İspatı

Son olarak, CISG’da ispat yüküne ilişkin açık hüküm tesis edilmemiştir. Ancak, CISG sistematüğinden, tazminatın ön koşulları ve bu bağlamda zararın varlığı ve kapsamının ispatının zarara uğrayan tarafta olduğu anlaşılmaktadır⁶²⁹. Nitekim, bu hususta açık hüküm sevkedilmemiş olmasına rağmen ispat, tazminatın esasına yönelik bir kavramdır. Dolayısıyla, zarara uğrayan taraf; tazminat talebinin şartlarını, bu bağlamda zararını, zararın sözleşmenin ihlali ile arasındaki nedenselliğini ve öngörülebilirliğini ispat yükü altındadır. Paralel olarak, Türk

⁶²⁷ Magnus, s. 18: “*It is common ground that a causal connection must exist between the external event and non-performance.*”; Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/Atamer, Art. 79 N.58.

⁶²⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 79 N. 14; Dayıoğlu, s. 146.

⁶²⁹ Atamer, CISG, s. 433; Schlechtriem/ Schwenger/Stroll/Gruber, Art. 74 N. 65; “*a party who asserts a claim has to prove all circumstances or facts advantageous to him*”; OLG Zweibrücken, 31.03.1998, CISG-Online N.481; Tribunale di Vigevano, 12.02.2000, CISG-Online N.493;

hukukunda da, TBK m. 50(1) uyarınca, zararın meydana geldiğinin ve miktarının ispatı, tazminat talep eden taraftadır⁶³⁰.

Ek olarak, ispatın standardı da, CISG'in yeknesak uygulanma hedefi ve tam tazmin ilkesi paralelinde *lex fori* değil, CISG sistemiğih dahilinde değeriendirilecektir⁶³¹. Bu noktada devreye girmesi savunulan makul olma ("*reasonableness*") kriteridir⁶³².

Diğeri taraftan, CISG ispatın kesinlik derecesine yönelik de, herhangi bir düzenleme içeriemediğinden, m. 7(2)'deki makul olma kriterine ve m. 74'ün yorumlanmasına başvurulmalıdır. Zira, ulusal hukuk sistemlerinde, zarar miktarının mutlak anlamda kesin ispatı aranmasına rağmen, pek çok zararın doğası gereğii mutlak olarak ispatı mümkün değildir⁶³³. Bu sebeple, zarara uğrayan taraftan, doğan zararın doğası gereğii kendisinden makul olarak beklenebilecek oranda ve somut olayın koşullarına uygun olarak ispat etmesi aranmalıdır. Sözü geçen makul olarak beklenebilme ölçütü dayanağını, CISG sistemiğihinde genel bir prensip olarak düzenlenen makullük kavramında bulmaktadır. Bu bağlamda, zarara uğrayan tarafın uğradığı zararı makul olarak beklenebilecek kesinlik derecesinde ispat etmesi aranacak ve böylece uluslararası uygulamada yeknesaklık tesis edilecektir. Nitekim, CISG Danışma Konseyi yorumunda da, ispatın makul derece kesinlik ile yapılması gereğii vurgulanmıştır⁶³⁴.

Benimsenen uygulamaya paralel olarak, Saidov, CISG m. 7(2) hükmüne atıf yaparak, CISG'in açıkça düzenlemediğii hususların genel kabul görmüş prensipler ve bunların mevcut olmadığı ihtimalde uluslararası hukukun öngördüğü kurallar ışığında analiz edilmesi gerektiğiiğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda, Yazar, UNIDROIT prensiplerinin m. 74'ün yorumlanmasında rol oynayacağını ve bu

⁶³⁰ Oğuzman/Öz, Cilt II, s. 84.

⁶³¹ Atamer, *Milletlerarası Satım Hukuku*, s. 294.

⁶³² Schlechtriem/Schwenzer/Stroll/Gruber, Art. 74 N. 66; Gotanda, Awarding Damages under the United Nations Convention the International Sale of Goods: A Matter of Interpretation, 37 Georgetown Journal International Law (2005), s. 95; Arbitral Award, CIETAC CISG/1990/01.

⁶³³ Saidov, 22 *J.C.L.*, s. 17.

⁶³⁴ CISG-AC Opinion N. 6.

bağlamda yine aynı sonuca ulaşılacağını belirtmektedir⁶³⁵. Nitekim, UNIDROIT prensiplerinin esaslı amaçlarından biri de uluslararası enstrümanların yorumlanmasında ve tamamlanmasında referans alınmasıdır. Yazar burada, uluslararası platformda ilk 10'u oluşturan ithalat ve ihracatçıların, dünya ticaretinin %50'lik dilimini oluşturduğunu, hepsinin CISG'a taraf ve ikisi hariç yine tamamında UNIDROIT Prensiplerini uygulama bulduğuna dikkat çekmektedir. Bu düzlemde, CISG'ın yorumlanmasında UNIDROIT Prensiplerine başvurulmasının, öngörülemez, beklenmedik veya makul olmayan bir sonuç doğurmayacağını belirterek görüşünü desteklemektedir⁶³⁶.

Sözü geçen ispat şartı, hem zararın doğumunu hem de miktarını hedef almaktadır. Örneğin, itibar kaybının ispatında, talep eden taraf iddiaya konu itibarın söz konusu zaman diliminde varlığını ve sözleşmenin ihlali ile zarara uğradığını ispat etmelidir. Bu son zarar kaleminin ispatında, tanık beyanları, uzman raporları, ticari iş çevresi analizi, sözleşmenin ihlali öncesi ve sonrasını konu alan ticari faaliyet raporları gibi unsurlar değerlendirmeye alınacaktır. Diğer taraftan, yoksun kalınan kâr etme şansının ispatı daha zordur; nitekim, varsayımsal geçmiş ve/veya geleceğe dair fiyat, piyasa koşulları, üçüncü kişi davranışları hesaba katılmaktadır⁶³⁷. Dolayısıyla, kazancın düşük bir şansa bağlı olduğu hallerde, tazminat kapsamında, zarar kalemi teşkil etmesi mümkün olmayacaktır⁶³⁸. Bunun yanında, kazanç kaybının; hüküm tarihinde hesaplanabilir (veya temel prensip gereği sözleşmenin kurulması sırasında öngörülebilir olmak kaydıyla hüküm tarihinden sonra hesaplanabilir) olması gerekmektedir⁶³⁹.

Sonuç olarak, CISG m. 74 uyarınca, sözleşme ihlalinin gerçekleştiğinin ve bu bağlamda doğan zararın somut olarak hesabı ve ispatı zarar gören taraftadır. Bunun dışında kalan her tür usul hukuku uygulaması CISG uygulaması dışında

⁶³⁵ Saidov, 22 *J.C.L.*, s. 17.

⁶³⁶ Saidov, 22 *J.C.L.*, s. 17; Bianca/Bonell, Commentary 1987, Art. 7 N. 2.3.2.2.

⁶³⁷ Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas/*Gotanda*, Art. 74 N. 28.

⁶³⁸ Saidov, *Law of Damages*, s. 169.

⁶³⁹ Schwenger/*Schwenger*, Art. 74 N. 64.

olup ulusal hukuka bırakılmıştır⁶⁴⁰. Ancak, bu noktada belirtilmesi gereken, yeknesak düzenin bozulması değil sadece mahkemenin yukarıda sayılan olguların ispatında kendi hukukuna başvurabilmesi imkanındır. Örneğin, geçerli deliller “*lex fori*” uyarınca tespit edilecektir⁶⁴¹.

VII Tazminat Talebinin Diğer Haklarla Arasındaki İlişki

A. Genel Olarak

CISG m. 45, sözleşme ihlali paralelinde zarara uğrayan tarafın tazminat talep etme hakkını, sahip olduğu diğer hukuki imkanlardan bağımsız olarak düzenlemektedir. Bu bağlamda, ilgili taraf seçimlik haklarının yanı sıra koşulları dahilinde tazminat talep etme hakkına sahiptir. Ancak, belirtilmesi gereken, başvuru her bir hukuki imkan bakımından tazminat kapsamının değişiklik göstereceğidir⁶⁴².

Türk hukukunda da, yeni borçlar kanununun uygulamaya girmesiyle, benzer düzenleme sevk edilmiştir. TBK m. 227(2) uyarınca, alıcının diğer haklarının yanında, ek olarak, genel hükümlere göre tazminat talep hakkı bağımsız⁶⁴³ olarak saklı tutulmuştur⁶⁴⁴. Bu düzlemde, TBK m. 112'nin koşulları dahilinde tazminat talep hakkı ayrıca değerlendirilecektir.

⁶⁴⁰ Sieg Eiselen, Proving the Quantum of Damages, Journal of Law and Commerce, 2005-2006, S.25, s. 377.

⁶⁴¹ Schlechtriem/ Schwenger/Stroll/Gruber, Art. 74 N. 51; Schwenger/Schwenger, Art. 74 N. 65.

⁶⁴² Bianca/Bonell/Knapp, Art 74 N. 3.8; Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, Art 74 N.10; Flechtner, 25 J. L&C. (2005-2006), s. 341; Atamer, CISG, s. 450.

⁶⁴³ Hakların özellikli yarışması görüşünün yeni uygulamayla terk edildiği, zira alıcının muayene ve ihbar külfetini yerine getirmese dahi kusurlu satıcıdan tazminat talep edebileceği yönünde bkz Gümüş, Cilt I, s. 113.

⁶⁴⁴ Gümüş, Cilt I, s. 113.

B. Aynen İfa Ve Tazminat Talebi

Madde 46(1) uyarınca aynen ifa, m. 46(2) uyarınca edim konusu malların yenisiyle değiştirilmesi ve m. 46(3) uyarınca onarım talepleri ile tazminatın beraber talep edilmesinde sakınca bulunmamaktadır. Madde 74 hükmü uygulama bulacaktır ve sırasıyla; ilk ihtimalde gecikmenin neden olduğu fiili zarar ve yoksun kalınan kar⁶⁴⁵; ikinci ihtimalde bu son taleplerin yanı sıra muhafaza ve malların geri gönderilme masrafları tazminata konu olacaktır⁶⁴⁶; son ihtimalde, onarılmış malların bu andan itibaren sözleşmede öngörülen nitelikteki mallardan farklı bir ekonomik değer arz etmeyeceğinden, bu zarar kalemi tazminat kapsamı dışında bırakılmak kaydıyla diğer zararların tazmini sağlanacaktır⁶⁴⁷.

C. Semen İndirilmesi ve Tazminat Talebi

Semenin indirilmesi kurumu ile hedeflenen, satıcının haksız biçimde zenginleşmesinin engellenmesidir⁶⁴⁸. Bu bağlamda, sözleşmede öngörülen nitelikteki mallar ile ifa edilenlerin arasındaki değer farkı indirilerek, alıcının ediminin konusu belirlenmektedir. Dolayısıyla, indirim miktarı hariç tutulmak kaydıyla, meydana gelen diğer tüm zararların tazmini m. 74 hükmü şartları dahilinde mümkün olacaktır⁶⁴⁹.

⁶⁴⁵ Atamer, *CISG*, s. 450; Huber/Mullis, s. 256, Dayıoğlu, s. 152.

⁶⁴⁶ Atamer, *CISG*, s. 450; Huber/Mullis, s. 256.

⁶⁴⁷ Atamer, *CISG*, s. 450; Huber/Mullis, s. 256.

⁶⁴⁸ Bianca/Bonell/*Will*, Art 50 N.2.2.

⁶⁴⁹ Atamer, *CISG*, s. 450; Dayıoğlu, s. 153; Nitekim burada ifa etmeme zararı meydana gelmemektedir Nitekim, sözleşme konusu malların fiyatı, sözleşme tarihi ile teslim tarihi arasındaki değişiklikler dikkate alınarak, teslim edilen malların niteliği göz önünde bulundurularak indirime tabi tutulmaktadır. Ancak, bunun yanında meydana gelen ifa etmemeye refakat eden zararlar ile devam eden zararlar bu indirimde dikkate alınmadığından, genel hüküm m. 74 dahilinde tazminat talebine konu edilebilecektir.

D. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi ve Tazminat Talebi

Sözleşmenin sona erdirilmesi tazminat talebine etki etmemektedir⁶⁵⁰. Nitekim, bu kural, CISG m. 81(1) hükmünde açıkça düzenleme bulmuştur. Dolayısıyla, sözleşmenin sona erdirildiği ihtimalde, ilk planda, yukarıda açıklanan, m. 75 veya m. 76 hükmü uyarınca, tazminat talebi gündeme gelecektir⁶⁵¹. Ek olarak, bu bağlamda tazmini sağlanamayan diğer tüm zararlar koşulları dahilinde, yine genel hüküm, m. 74 uyarınca telafi edilecektir.

VIII Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk

CISG üçüncü kişilerin maruz kaldığı zararın tazminine ilişkin hüküm sevk etmemiştir. Keza, CISG sistematüğinde, üçüncü kişiye etkili veya üçüncü kişi yararına sözleşme kavramları da mevcut değildir⁶⁵². Dolayısıyla, üçüncü kişilerin, taraflar arasındaki, satım sözleşmesine dayandırdıkları taleplerini, CISG sistematüğinde ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Ancak, zararın tesadüfi olarak üçünü kişi bünyesinde meydana geldiği ve fakat esasen sözleşme tarafının maruz kaldığı hallerde bu sonuncunun tazminat kapsamına alınması gerekmektedir⁶⁵³. Örneğin, sözleşmeye taraf olmayan yavru ortaklığın bilançosunda beliren ancak

⁶⁵⁰ Yukarıda değinildiği üzere, CISG sistematüğinde, Türk hukukunda olduğu gibi olumlu/olumsuz zarar ayrımı bulunmamaktadır ve bu bağlamda tazminat talep hakkı (olumlu zararın tazmini bakımından) sözleşmenin ayakta tutulması şartına bağlanmamıştır. Dolayısıyla, sözleşmenin sona erdirilmesini takiben, zarara uğrayan olumlu veya olumsuz zararının tazminini talep edebilecektir.

⁶⁵¹ Atamer, *CISG*, s. 450.

⁶⁵² Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 N. 16; Schwenzer/Schwenzer, Art. 74 N. 15.

⁶⁵³ Schwenzer/Schwenzer, Art. 74 N. 15., Dayıoğlu, s. 79: Yazar, örnek olarak, çok uluslu şirketlerin yaptığı işlemlerde genellikle bağlı şirketin satım sözleşmesini imzalaması ve ancak zararın fiili olarak hakim şirket nezdinde doğduğu halleri belirtmektedir.

fiili olarak ana ortaklık bünyesinde meydana gelen zararlar bu bağlamda değerlendirilmelidir⁶⁵⁴.

Sözleşmenin ihlalinden doğan, üçüncü kişilerin talepleri ancak sözleşmeye uygulanacak ulusal hukuktaki hükümlere göre çözümlenecektir. Diğer taraftan, CISG'in yedek hukuk kuralları sevk etmesi karşısında, tarafların sözleşmeye üçüncü kişilerin taleplerine ilişkin hükümler tesis etmeleri her zaman mümkündür.

Üçüncü kişilere karşı sorumluluk, üçüncü kişilerin fiillerinden sorumluluk ile karıştırılmamalıdır. Nitekim, satıcı tarafından üçüncü kişiler sözleşmenin ifasına dahil olduysa, satıcı bu sonuncuların davranışlarından sorumlu olacaktır⁶⁵⁵. M. 79(1) hükmü uyarınca, satıcı kendi organizasyon alanından (kendi üretici ve sağlayıcısı vb.) sorumludur⁶⁵⁶.

Yine sözleşme ihlali, aynı zamanda zarara uğrayan tarafın bir üçüncü kişiyle olan sözleşmesel yükümlülüğünü ifa etmesine engel oluyorsa bundan doğan zarar da tazminat kapsamındadır. Nitekim, bu ihtimalde, tazminat talebi, zarara maruz kalan üçüncü kişiye değil, sözleşmenin tarafına aittir⁶⁵⁷.

IX Sonuç

83 ülkenin taraf olduğu CISG, milletlerarası mal satımlarında günümüzün en temel hukuk kaynaklarından birini oluşturmaktadır. Uluslararası menkul mal satımlarında uygulanacak maddi hukuk kurallarını içeren CISG, bu bağlamda uluslararası alanda yeknesak bir satım hukuku oluşmasını sağlamaktadır.

Uluslararası alanda CISG uygulamasının bu yeknesaklığı sağlaması, *common law* ile *civil law* sistemlerinin özelliklerini karma bir yapıda içermesi, uygulanabilirlik

⁶⁵⁴ Schwenger/Schwenger, Art. 74 N. 15.

⁶⁵⁵ Saidov, *Law of Damages*, s. 263.

⁶⁵⁶ Saidov, *Law of Damages*, s. 263

⁶⁵⁷ Vékás, *43 Acta Juridica Hungarica*, s.166

ve ulaşılabilirlik açılarından farklı sistemleri benimsemiş devletleri tek bir çatı altında toplamış, adeta devletler üstü bir oluşum ile gerek antlaşma metni, gerek oluşan içtihatlar, gerekse doktrin etkisiyle taraf devletler için milletlerarası mal satım meselelerinde temel hukuki düzen halini almasını sağlamıştır.

Uluslararası mal satımına dair bir antlaşma olması, CISG'ı, tarafların uğradıkları zararın tazmini hususunda hassas ve ayrıcalıklı bir noktaya taşımaktadır.

CISG sistematiiğinde ifa engellerinin türlerine ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Sözleşmenin ihali halinde, zarara uğrayan tarafın haklarına ilişkin olarak ise ul bir ayırım benimsenmiştir. Bu bağlamda, ifayı talep etme, semenin indirilmesini talep etme ve sözleşmenin sona erdirilmesi haklarına ve bu sayılan hakalardan bağımsız olarak tazminat talep hakkına yer verilmiştir.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan, tazminat talep etme hakkı bakımından, CISG tazminat mekanizmasında, sözleşmenin ihlal edilmiş olması, bunun sonucu bir zararın meydana gelmiş ve/veya gelecek olması ile bu olgular arasında nedensellik bulunması gerekli ve yeterli görülmüş ve kusurdan bağımsız bir garanti sorumluluğu benimsenmiştir. Bu kurguya ek olarak, tazminatın kapsamına ilişkin olarak, tam tazmin ilkesi esas alınarak, fiili zarar ile yoksun kalınan kr aynı çerçevede değerlendirilmiş ve zararın olumlu veya olumsuz olarak nitelendirilmesinden bağımsız objektif bir düzenleme öngörülmüştür.

CISG m. 74 kapsamında, alıcının uğradığı zararlar kural olarak somut metotla hesaplanmaktadır. Alıcının sözleşmeden dönmesi üzerine ikame mal alımı yapmış olması durumunda uğranılan zararın hesaplanma metodu ise CISG m. 75'te düzenlenmiştir. Bununla birlikte CISG m. 76, somut metot ile zararın hesaplanması kuralına ilişkin istisnayı içermekte ve ikame mal alımı yapılmamış olması halinde dahi zararın soyut metot ile talep edilmesi imkanı sağlamaktadır. CISG sistematiiğinde tarafların uğradığı zararlar, tazmin edilmek üzere, temel olarak genel hüküm niteliğindeki m. 74'e göre hesaplanmakta; özel hallerde CISG m. 75 ve m. 76 hükümleri uygulama bulmaktadır.

Kaynağını *common law* sisteminden alan “foreseeability” (öngörülebilirlik) ilkesi, CISG sistematüğinde tazminat talep etme hakkının sınırını oluşturmaktadır. Bu ilkeye göre alıcının tazminat talep etme hakkının sınırını, sözleşme kurulduğu anda satıcının öngördüğü veya öngörmesi gereken zararlar oluşturmaktadır.

Buna ek olarak, uluslararası hukukta kabul görmüş, zararı azaltma külfeti ve makullük kriteri ile sorumluluğun sınırlandırılması hakkaniyete uygun olarak pekiştirilmiş ve bunun yanında sözleşme serbestisi ilkesi ile taraflara bu son uygulamaları düzenleme özgürlüğü sağlanmıştır.

Satıcının tazminat sorumluluğunun tamamen ortadan kalkması ise CISG m. 79 ile düzenlenmiş bulunmaktadır ve kontrol dışı gelişen, sözleşme kurulması sırasında hesaba katılması mümkün olmayan ve sonuçları ile birlikte kaçınılmaz bir engelden kaynaklanan sözleşme ihlallerine dayanmaktadır. Böylece satıcının tazminat sorumluluğunun bir istisnası oluşturulmuştur.

Türk hukukundan önemli noktalarda ayrılan, CISG, 7 Nisan 2010 tarih ve 27545 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1 Ağustos 2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile Antlaşmaya katılma belgesinin tevdi edilmesine karar verilmesi ve 1 Ağustos 2010 tarihinde katılma belgesinin tevdi edilmesini takiben, 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla, bugün, CISG, Türk hukuku bakımından iç hukuk statüsündedir.

Türkiye’nin, uluslararası platformda, menkul satımlarına ilişkin ticari ilişkilere uygulanacak normların uyumlaştırılma akımının bir parçası haline gelmesi, şüphesiz ticari ilişkilerin hukuk güvenliği ile gelişmesi sonucunu doğuracak ve belki de dolaylı olarak, ulusal hukuk kurumlarının uygulanmasında da vizyon kazanmasını destekleyecektir.