

T.C.  
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI  
DOKTORA TEZİ

**ULUSLARARASI  
TİCARİ SATIM SÖZLEŞMELERİNDE  
MÜCBİR SEBEP**

**Fatma İtir BİNGÖL**

Danışman  
**Prof. Dr. Selma ÇETİNER**

2008

## Yemin Metni

Doktora Tezi olarak sunduğum “*Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep*” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

07/08/2008

Fatma İtır BİNGÖL

## DOKTORA TEZ SINAV TUTANAĞI

### Öğrencinin

**Adı ve Soyadı** : Fatma İtir BİNGÖL  
**Anabilim Dalı** : Özel Hukuk  
**Programı** : Doktora  
**Tez Konusu** : Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep  
**Sınav Tarihi ve Saati** :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün ..... tarih ve ..... Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 30.maddesi gereğince doktora tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini .... dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA  O OY BİRLİĞİ  O  
DÜZELTİLMESİNE  O\* OY ÇOKLUĞU  O  
REDDİNE  O\*\*

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır.  O\*\*\*  
Öğrenci sınava gelmemiştir.  O\*\*

- \* Bu halde adaya 6 ay süre verilir.  
\*\* Bu halde adayın kaydı silinir.  
\*\*\* Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez, burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir.  Evet  
Tez, mevcut hali ile basılabilir.  O  
Tez, gözden geçirildikten sonra basılabilir.  O  
Tezin, basımı gerekliliği yoktur.  O

### JÜRİ ÜYELERİ

.....  Başarılı  Düzeltme  Red  İMZA  
.....  Başarılı  Düzeltme  Red .....  
.....  Başarılı  Düzeltme  Red .....  
.....  Başarılı  Düzeltme  Red .....  
.....  Başarılı  Düzeltme  Red .....

## ÖZET

Doktora Tezi

Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep

Fatma İtir Bingöl

Dokuz Eylül Üniversitesi  
Sosyal Bilimler Enstitüsü  
Özel Hukuk Anabilim Dalı  
Doktora Programı

Klasik anlamıyla mücbir sebep (*force majeure*) borcun ifasını imkânsız hâle getiren durumlar olarak bilinir. Benzer kavram olan beklenmeyen durum ise, borcun ifasını imkânsız hale getirmeyip de güçleştiren ve sözleşmenin uyarlanması imkânını veren durumlar olarak nitelendirilir.

Uluslararası ticaret hayatındaki çağdaş düzenlemelerden olan UNIDROIT tarafından kaleme alınan Uluslararası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde mücbir sebebin bu klasik anlamının terk edildiği görülmektedir. Bu İlkeler mücbir sebep durumlarında sözleşmeyi sona erdirmek zorunda kalmadan uyarlanması imkânını vermektedir.

Bu yeni yaklaşımın Uluslararası Satım İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 79 uncu maddesindeki mücbir sebep şartında da benimsendiğini görmekteyiz. Borçlu, mücbir sebep nedeniyle borcunu yerine getiremediğinde alıcının, bazı talep hakları olmaktadır. Bunlardan birisi de bedelden indirimdir ki bu, aslında sözleşmenin uyarlanmasının bir yoludur. UNIDROIT tarafından ilk bölümü 1994 yılında yayımlanan Uluslararası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkelerinin mücbir sebeple ilgili 7.1.7 inci maddesinde alıcıya sözleşmeyi askıya alma hakkı tanınmaktadır. Avrupa Sözleşme Hukuku tarafından ilk bölümü 1995 yılında yayımlanan Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin mücbir sebeple ilgili 8:108 inci maddesindeki düzenlemede de geçici engelle karşılaşılması durumunda, borçlunun bu süre zarfında borçtan muaf olup, süre sonunda tekrar sorumlu olacağına kararlaştırılmış olması, bize mücbir sebep durumunda sözleşmenin mutlaka sona erdirilmesi düzenlemesinden uzaklaşmış olduğunu gösterir.

Türk Hukukunda da mücbir sebep, sözleşmenin daima sona ermesini gerektirmez. Mücbir sebep bazen sözleşmenin ifasının ertelenmesine sebep olur. Bazen mücbir sebep nedeniyle ayıplı mal teslimi söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda mücbir sebebin tek etkisi, borçlunun tazminat ödemek zorunda kalmamasıdır.

**Uluslararası ticarî satım sözleşmelerinde tarafların özel olarak düzenledikleri mücbir sebep şartlarına yer verdikleri de görülmektedir. Bu gibi durumlarda, sözleşmeye konulan bu şartların geçerliliği konusu gündeme gelir. Sözleşmeye uygulanacak hukukların bazıları bu tür şartların konulmasını uygun bulmazken bazıları tarafları, bu yönde teşvik eder. Türk hukukunda sözleşmeye bu yönde bir şart koyulmuş olması emredici kurallara ve kamu düzenine aykırı olmadıkları sürece geçerli kabul edilmektedir.**

**Anahtar Kelimeler:** Mücbir Sebep, Beklenmeyen Durum, Uluslar Arası Ticari Satım Sözleşmeleri, Viyana Satım Sözleşmesi, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri .

## **ABSTRACT**

**Doctoral Thesis**

**Force Majeure in International Commercial Sales Contracts**

**Fatma Itr Bingöl**

**Dokuz Eylül University  
Institute of Social Sciences  
Department of Private Law  
Doctorate Program**

In its classical meaning *force majeure* is generally an event which makes the performance of an obligation impossible. A similar concept is hardship which makes the obligation not impossible, but onerous. In case of hardship the obligation is terminated, but in hardship it is possible to adapt the contract to the new circumstances and to perform the obligation.

In the new legislations like the Principles of International Commercial Contracts which is drafted by UNIDROIT and European Principles of Contract Law in international commercial law, this classical meaning of *force majeure* has been changed. It's possible in case of *force majeure* not to terminate the contract, but to adapt it to the new circumstances.

We can see this new approach in the *force majeure* clauses of the modern legislations: Article 79 of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, gives the obligee, the right to defend price reduction which means an adaptation of the contract. In article 7.1.7 of International Commercial Contracts which are established by the UNIDROIT (International Institute for the Unification of Private Law) in 1994, the obligee has a right even to withhold the contract. In article 8:108 of the European Principles of Contract Law which is established by the Commission on European Contract Law, first in 1995, it is possible to be exempted during the time of a temporary impediment. This means that when a force majeure effects the performance, it's not always terminated at once. The parties may wait for some time.

The situation is similar in Turkish law. Force majeure doesn't bring the contract to an end immediately. Due to a force majeure the performance of the contract may not be always impossible. Force majeure may some times delay the performance. Sometimes due to force majeure the creditor may receive

defective goods. In all these possibilities the obligor is exempted from paying damages.

In international commercial sales contracts the parties sometimes draft their own force majeure clauses in their contracts. In those conditions, there may be a problem of the validity of these clauses according to the law which will be applied to the contract. Some national laws are very supportive in doing this and in contrast some laws were very strict about it. Turkish law exempts the validity of these clauses if not they are against the mandatory rules and ordre public.

**Key Words:** Force Majeure, Hardship, International Commercial Sales Contract, CISG, PECL.

# İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ.....	ii
DOKTORA TEZ SINAV TUTANAĞI .....	iii
ÖZET .....	iv
ABSTRACT .....	vi
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMALAR .....	xiv
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### ULUSLARARASI TİCARÎ SATIM SÖZLEŞMELERİNİN HAZIRLANIŞINA İLİŞKİN BAZI KAVRAM VE MESELELER

§ 1. ULUSLARARASI LİTERATÜRDE VE TÜRK HUKUKUNDA ULUSLARARASI TİCARÎ SATIM SÖZLEŞMESİ KAVRAMI.....	4
I. Ticarî Sözleşme .....	4
II. Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmesi .....	8
§ 2. ULUSLARARASI TİCARÎ SÖZLEŞMELERİN HAZIRLANMA BİÇİMLERİ .....	11
I. Genel Olarak.....	11
II. Standart Sözleşmelerin Önemi .....	12
III. Anglo-Amerikan Hukukunun Etkisi.....	14
§ 3. DEĞİŞEN KOŞULLAR KARŞISINDA SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN DURUMU .....	17
I. Pacta Sund Servanda .....	17
II. Clausula Rebus Sic Stantibus .....	20
III. İşlem Temelinin Çökmesi .....	23
§ 4. TARAFLARIN HAZIRLADIKLARI SÖZLEŞMELERDE YER ALAN DEĞİŞEN DURUMLARA İLİŞKİN ŞARTLAR.....	27
I. Fiyat Ayarlama Şartları.....	27
II. Beklenmeyen Durum Şartları .....	29
III. Mücbir Sebep Şartları.....	31
1. Genel Olarak .....	31
2. Farklı Hukuk Düzenlerinde Mücbir Sebep Sonuçlarının Aynı Olmaması .....	32
3. Uluslararası Ticarete Mücbir Sebep Kavramının Zaman İçerisinde Farklı Sonuçlara Bağlanması .....	34
4. Tarafların Mücbir Sebep Şartını Özel Olarak Düzenlemeleri ve Bunun Türk Hukukundaki Sonuçları .....	37
5. Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebebi Tanımlama Yöntemleri.....	42



A) Genel Tanım Yöntemi .....	42
B) Mücbir Sebep Teşkil Eden Olayları Sözleşmede Sayma Yöntemi.....	43
C) Yeterli Özen Yöntemi .....	45
§ 5. ULUSLARARASI TİCARÎ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ULUSAL HUKUKLARIN VE ULUSLARARASI TİCARET HUKUKUNUN ROLÜ.....	47
I. Genel Olarak Uluslararası Ticarî Uyuşmazlıkların Çözüm Yerleri.....	47
II. Uluslararası Ticarî Tahkimde Uyuşmazlığa Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi.....	50
1. Tarafların Uygulanacak Hukuku Belirlemeleri.....	50
A) Ulusal Hukuk .....	50
B) Uluslararası Ticaret Hukuku .....	50
2. Hakemlerin Uygulanacak Hukuku Belirlemeleri.....	55
A) Kanunlar İhtilafı Metoduna Dayanarak .....	55
B) Maddî Devletler Özel Hukuku Metoduna Dayanarak .....	55
3. Uluslararası Ticaret Hukuku .....	56
A) Genel Olarak .....	56
B) Uluslararası Ticaret Hukukunun Tanımı.....	58
C) Tarihsel Gelişimi .....	59
D) İçeriği .....	62
a) Uluslararası Ticarî Örf ve Adet Kuralları.....	62
b) Uluslararası Antlaşmalar ve Model Kanunlar (Viyana Satım Antlaşması, UNIDROIT ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri).....	63
c) Uluslararası Ticaret Hukukunun Kapsamına Girmesi Tartışmalı Olan Düzenlemeler.....	64
III. Ulusal Mahkemelerde Ve Özellikle Türk Yargı Mercileri Önünde Uluslararası Ticaret Hukukunun Uygulanırılığı .....	65

## İKİNCİ BÖLÜM

### TÜRK HUKUKUNDA MÜCBİR SEBEP

§ 6. MÜCBİR SEBEBİN TANIMI .....	70
§ 7. MÜCBİR SEBEBİN UNSURLARI.....	73
I. Olay.....	73
II. Öngörülemezlik.....	75
1. Mutlak ve Nisbî Öngörülemezlik.....	76
2. Öngörülemezliğin Bir İspat Vesilesi Olarak ‘Olağanüstülük’ .....	79
3. Tacirin Öngörülü Olma Zorunluluğu .....	80
III. Karşıkonulamazlık .....	83
1. Genel Olarak .....	83
2. Mutlak ve Nisbî Karşı Konulamazlık .....	84
IV. Dışsallık.....	86
§ 8. SATIM SÖZLEŞMESİNDE MÜCBİR SEBEBİN SONUÇLARI .....	89
I. Borcun İfasının İmkânsız Hâle Gelmesi .....	89
1. Genel Olarak .....	89
2. Kısmî İmkânsızlık .....	93

3. Geçici İmkânsızlık .....	93
4. Satım Sözleşmesinde İmkânsızlığın Borca Etkisinin Tespiti Açısından 'Hasar' Kavramının Önemi Ve Hasarın Geçişine İlişkin 'Akit Prensibi' .....	94
A) Akit Prensibi .....	94
B) Hasar .....	96
C) Geniş Anlamda Hasar .....	96
C) Hasarın Geçışı .....	98
D) Edim Hasarı-Bedel Hasarı .....	98
5. Satım Konusu Malın Türüne Göre Hasarın Geçışı .....	99
A) Cins Borcunda Hasarın Geçmesi .....	99
B) Sınırlı Cins Borcunda Hasarın Geçmesi .....	100
C) Parça Borcunda Hasarın Geçmesi .....	103
6. Satım Sözleşmesinin Türüne Göre Hasarın Geçiş Anı .....	104
A) Numune Üzerine Satım .....	104
B) Tecrübe veya Muayene Şartıyla Satım .....	104
C) Taksitle Satım .....	106
D) Ardarda Teslimli Satım .....	109
E) İnternet Üzerinden Yapılan Satım Sözleşmesi .....	112
7. Akit Prensibinin İstisnaları .....	113
A) Halin İcabı .....	113
B) INCOTERMS'e Yer Verilen Sözleşmeler .....	115
8. İade Yükümlülüğü .....	119
A) İadenin Hukuki Dayanağı .....	119
B) Mücbir Sebebin Gerçekleşmesi Sebebiyle Taraflar Arasındaki Malvarlığı Değişiminin Sebebinin Ortadan Kalkması .....	121
C) Mücbir Sebep Nedeniyle Borcunu Yerine Getiremeyen Borçlunun İade Yükümlülüğünün Hukukî Niteliği .....	123
D) İadenin Konusu .....	123
E) İadenin Kapsamı .....	124
a) İade Konusu Şeyin Azalması .....	124
b) Zenginleşmeye Güvenden Doğan Zarar .....	125
c) İade Konusunun Para Olması .....	126
d) İade Etmesi Gereken Şeye Yapılmış Olan Giderlerin Düşülmesi .....	128
e) İade Konusu Şeyde Artış Olması .....	130
f) İade Konusu Şeyden Zarar Görülmesi .....	131
g) Kaim Değerin İadesi .....	131
h) İade Edilecek Miktarın Tespitinde Hâkimin Takdir Yetkisi .....	133
F) İadenin Talep Edilebileceği Süre .....	135
II. Borcun İfasının Güçleşmesi .....	137
III. Borcun Ayıplı İfa Edilmesi .....	144
1. Genel Olarak .....	144
2. Alıcının Sahip Olduğu Talep Hakları .....	147
A) Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı .....	147
B) Bedelden İndirim Hakkı .....	150
C) Ayıplı Malın Ayıpsızıyla Değiştirilmesi .....	151
D) Alıcının Sahip Olduğu Seçim Hakkının Sınırları .....	151
IV. Borcun İfasının Gecikmesi .....	152

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**  
**ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA MÜCBİR SEBEBİ KARŞILAYAN**  
**MÜESSESELER**

§ 9. İNGİLİZ HUKUKUNDA İFANIN ENGELLENMESİ DOKTRİNİ .....	155
I. <i>İngiliz Hukuku'na Genel Bir Bakış</i> .....	155
1. İngiltere'de Common Law Sistemi .....	155
2. Common Law Sisteminde Sözleşmenin İhlalinin Sonuçları.....	156
A) Sözleşme Hukukuna Hâkim Olan Mutlak Sorumluluk İlkesi.....	156
B) Mutlak Sorumluluk İlkesinin İçtihat Hukukundaki Görünümü: Parade	
v. Jane Kararı .....	158
II. <i>İfanın Engellenmesi Doktrininin Ortaya Konulması</i> .....	159
1. İfanın Engellenmesi Doktrininin İçtihat Hukukundaki İlk Görünümü:	
Taylor v. Caldwell Kararı .....	159
2. İfanın Engellenmesi Doktrininin Unsurları.....	161
A) Öngörülemezlik.....	161
B) Tarafların Kontrolü Dışında Gerçekleşen Bir Olay .....	162
C) Borcun Niteliğinin Değişmesi.....	163
3. İfanın Engellenmesi Doktrininin Dayandığı Teori .....	163
A) Zımnî Şart Teorisi .....	164
B) Makul Çözüm Teorisi .....	164
C) Rıza Yokluğu Teorisi .....	165
4. İfanın Engellenmesi Hâlinin Uygulamadaki Görünümleri .....	166
A) İmkânsızlık.....	166
B) İfanın Bir Kıymetinin Kalmaması (Amacın Engellenmesi).....	170
C) Sonradan Ortaya Çıkan Kanunsuzluk .....	171
5. Common Law'da İfanın Engellenmesi Doktrininin Sonuçları .....	174
A) Sözleşmenin Geleceğe Etkili Olarak Kendiliğinden Sona Ermesi ....	174
B) Sözleşme Sona Ermeden Önce Muaccel Olan Borçların Ödenmesi... 174	
C) Sözleşme Sona Erdiğinde Henüz Muaccel Hâle Gelmemiş Olan	
Borçların Ödenmemesi.....	175
III. <i>İfanın Engellenmesi Doktrininin Dengesiz Risk Dağılımını Ortadan</i>	
<i>Kaldıran Gelişmeler</i> .....	175
1. Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd.	
Kararı.....	176
2. İfanın Engellenmesi ile İlgili Hukukî Reform Kanunu (The Law Reform	
'Frustrated Contracts' Act) .....	177
A) Parasal Menfaatlerin İadesiyle İlgili Düzenlemeler.....	178
a) Yapılan Ödemelerin İadesi.....	178
b) Yapılan Harcamaların Durumu.....	179
B) Para Dışında Elde Edilen Diğer Menfaatler.....	180
C) 1943 Tarihli Reform Kanununun Uygulama Alanı Dışında Kalan Parça	
Borcu .....	183
IV. <i>Tarafların Yapmış Oldukları Sözleşmede İfanın Engellenmesi İle İlgili</i>	
<i>Olarak Özel Bir Şarta Yer Vermeleri</i> .....	185

§ 10. AMERİKAN HUKUKUNDA ELVERİŞSİZLİK DOKTRİNİ .....	188
I. <i>Common Law</i> 'daki Katı Sorumluluk İlkesinden Daha Liberal Bir Anlayışın Kabulü Süreci.....	188
II. <i>Elverişsizlik Doktrininin Dayandığı Güven Teorisi</i> .....	190
III. <i>Elverişsizlik Doktrininin Unsurları</i> .....	191
1. Beklenmedik Bir Olay.....	192
2. Tarafların Sözleşmeyi Yaparken Böyle Bir Beklenmeyen Durumla Karşılaşmayacaklarına Güvenmeleri .....	192
3. Beklenmeyen Olayın Borcun İfasını Elverişsiz Hâle Getirmesi.....	193
4. Satıcı Tarafından Tam Vaktinde Bildirimde Bulunulması .....	193
IV. <i>Elverişsizlik Doktrininin İçtihat Hukukundaki İlk Etkili Uygulaması Olan Alcoa v. Essex Group Kararı</i> .....	194

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### ULUSLARARASI TİCARİ SATIMA UYGULANABİLECEK ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK DÜZENLEMELERİNDE MÜCBİR SEBEP ŞARTLARI VE BEKLENMEYEN DURUMLA KARŞILAŞTIRILMASI

§ 11. VİYANA SATIM ANTLAŞMASI, UNIDROIT İLKELERİ VE AVRUPA SÖZLEŞME HUKUKU İLKELERİ'NİN HAZIRLANMA SÜREÇLERİ VE HUKUKÎ NİTELİKLERİ.....	198
I. <i>Viyana Satım Antlaşması</i> .....	198
II. <i>Uluslararası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Unidroit İlkeleri)</i> .....	201
III. <i>Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri</i> .....	206
§ 12. UNIDROIT VE AVRUPA İLKELERİ İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK VİYANA SATIM ANTLAŞMASI'NDA MÜCBİR SEBEP.....	208
I. <i>Viyana Satım Antlaşması'nın Mücbir Sebep İlgili Maddesinin Temel Özellikleri</i> .....	208
1. Başlangıçtaki İmkansızlık .....	211
2. Ayıplı İfa .....	212
3. Beklenmeyen Durum .....	214
II. <i>Viyana Satım Antlaşmasındaki Mücbir Sebep Hükümünün Uyuşmazlığa Uygulanmasının Ön Şartları</i> .....	215
III. <i>Mücbir Sebep Unsurları</i> .....	216
1. Engel .....	216
2. Engelin Borçlunun Denetimi Dışında Gerçekleşmesi.....	219
3. Engelin Öngörülememesi.....	221
4. Karşı konulamaz Nitelikte Olması .....	224
IV. <i>Mücbir Sebep İlgili Özel Durumlar</i> .....	225
1. Üçüncü Kişi Tarafından İfa Edilmeme .....	225
A) Genel Olarak .....	225
B) Çifte Mücbir Sebep Şartı.....	226
C) Üçüncü Kişi.....	228
D) Üçüncü Kişiyile Yapılan Sözleşmenin Hukukî Niteliği .....	229
2. Engelin Geçici Süreli Olması.....	233

3. Engelin Borcun Bir Kısımına İlişkin Olması .....	236
V. <i>Mücbir Sebep İlgili Muafiyetten Yararlanmak İçin Gereken Şekli Unsurlar</i> ....	238
1. Bildirim Yükümlülüğü .....	238
2. İspat Yükü .....	242
VI. <i>Mücbir Sebebin Sonuçları</i> .....	243
1. Tazminat Talep Hakkının Sona Ermesi .....	245
2. Alacaklının Sahip Olduğu Talep Hakları .....	247
A) Aynen İfa .....	247
B) Sözleşmeden Dönme .....	250
a) İade Talebi .....	251
b) Maldan Elde Edilen Yararın İadesi .....	255
c) İade Edilecek Semen İçin Faiz Ödenmesi .....	257
d) Kendisine İade Talebi Yöneltilen Tarafın İflasının İstenmiş Olması .....	259
C) Faiz .....	261
D) Bedelden İndirim .....	263
§ 13. VİYANA SATIM ANTLAŞMASI'NDA BEKLENMEYEN DURUMUN YERİ .....	269
§ 14. UNIDROIT İLKELERİNDE VE AVRUPA SÖZLEŞME HUKUKU İLKELERİNDE BEKLENMEYEN DURUM .....	275
I. <i>Genel Olarak</i> .....	275
II. <i>Beklenmeyen Durumun Unsurları</i> .....	277
1. Sözleşmenin Dengesinde Değişiklik Olması .....	277
2. Öngörülemezlik .....	279
III. <i>BEKLENMEYEN DURUMUN SONUÇLARI</i> .....	281
1. Müzakere Talebi.....	283
A) Müzakere Talebinin Gecikmeden Yapılması.....	284
B) Taraflar Arasındaki Sözleşmede Yer Alan Fiyat Ayarlama Şartının Müzakerede Bulunma Hakkına Etkisi .....	284
C) Müzakere Talebinin Dürüstlük Kuralına Uygun Olması .....	285
2. DAVA AÇMA HAKKI .....	286
A) Mahkemenin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi .....	288
B) Mahkemenin Sözleşmeyi Uyarlaması .....	288
<b>SONUÇ</b> .....	<b>290</b>
<b>BİBLİYOGRAFYA</b> .....	<b>296</b>
<b>EKLER</b> .....	<b>326</b>

## KISALTMALAR

<b>ABD</b>	Ankara Barosu Dergisi
<b>Am. J. Comp: L</b>	American Journal of Comparative Law
<b>Art.</b>	Artikel (madde)
<b>AÜHFD</b>	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>Batider</b>	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
<b>BK.</b>	Borçlar Kanunu
<b>bkz.</b>	Bakınız
<b>c.</b>	Cümle
<b>C.</b>	Cilt
<b>CIF</b>	Cost Insurance Freight (SİF)
<b>çev.</b>	Çeviren
<b>DEÜHFD</b>	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>E.</b>	Esas
<b>Ed.</b>	Edition (bası)
<b>f.</b>	Fıkra
<b>FOSFA</b>	Federation of Oils, Seeds and Fats (Hayvansal ve Bitkisel Yağ ve Tohum Federasyonu)
<b>GAFTA</b>	Grain and Feed Trade Association (Tohum ve Yem Ticareti Birliği)
<b>HD</b>	Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	Hukuk Genel Kurulu
<b>HUMK</b>	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>İÜHFM</b>	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
<b>IBLJ</b>	International Business Law Journal
<b>K.</b>	Karar
<b>m.</b>	Madde
<b>MHAD</b>	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
<b>MHB</b>	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

<b>MÖHUK</b>	Milletlerarası Özel Hukuk ve usul Hukuku Hakkında Kanun
<b>MTO</b>	Milletlerarası Ticaret Odası
<b>N.</b>	Number
<b>Rev.</b>	Review (Dergi)
<b>s.</b>	Sayfa
<b>S.</b>	Sayı
<b>TD.</b>	Yargıtay Ticaret Dairesi
<b>TİK.</b>	Türk İçtihatlar Külliyyatı
<b>TTK</b>	Türk Ticaret Kanunu
<b>V.</b>	Volume (Cilt)
<b>vd.</b>	ve devamı
<b>VUWLR</b>	Victoria University of Wellington
<b>YKD</b>	Yargı Kararları Dergisi

## GİRİŞ

İlk uygarlıklardan bu yana, istisnasız, tüm toplumların yaşantısında büyük rol oynayan ticaret, gelişen sosyal, kültürel ve ekonomik koşullar karşısında, önemini daha da arttırmış; bu arada uluslararası ticaretin de, her ülkenin ticari yaşamındaki payı iyice yükselmiştir. Uluslararası ticaretin pürüzsüz şekilde yürütülmesinde tacirler kadar ülkenin de ciddi menfaatleri vardır. Bu yüzden her Devlet, uluslararası ticarete ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmek için gerekli mevzuatı oluşturmakla yetinmemiş, aynı zamanda uluslararası düzeyde yeknesak hukuk kurallarının oluşumu için de çaba göstermiştir.

Gerek ulusal gerekse uluslararası düzeydeki hukuk metinleri ile çözüm aranan uluslararası ticari uyuşmazlıkların belki de en başında mücbir sebebe ilişkin uyuşmazlıklar gelmektedir. Uluslararası ticaret pek çok sözleşme tipine açıktır. Ancak bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği, çoğu zaman, olayın hangi sözleşme tipi çerçevesinde geliştiği parametresine bağlı olarak değişir. Bu yüzden mücbir sebebi tüm uluslararası ticari sözleşme tipleri bakımından irdelemek yerine, belli bir sözleşme tipiyle sınırlı olarak irdelemeyi tercih ettik. Bu durumda, seçtiğimiz sözleşme tipi de ticaret fikrinin kaynağı denilebilecek satım sözleşmeleri oldu. Ancak çalışmamızın sınırlarını belli bir çerçevede tutabilmek amacıyla, taşınmaz satımına ilişkin sorunlar, bu çalışmada değerlendirilmedi. Dolayısıyla bu çalışmada “taşınırlara ilişkin uluslararası ticari satım sözleşmelerinde mücbir sebep” kavramının incelendiği söylenmelidir.

Taşınırlara ilişkin uluslararası ticari satım sözleşmelerinde mücbir sebep kavramını incelerken, konuya Türk Ticaret Hukuku ile Anglo-Amerikan Hukukunun yaklaşımını ortaya koymakla yetinilemez. Bu yüzden bazı uluslararası metinlerin de incelenmesi bir zorunluluktur. Çalışmamız çerçevesinde değerlendirilen uluslararası metinler ise, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Antlaşması) ile buna bağlı olarak UNIDROIT tarafından hazırlanan Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler ve bir de Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleridir.



Dört bölümden oluşan çalışmamızın Birinci Bölümünde, mücbir sebebin gündeme gelebileceği problemleri öncelikle tanımak gerektiği düşüncesiyle “Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinin Hazırlanışına İlişkin Bazı Kavram ve Meseleler” üzerinde duruldu. Daha sonra, İkinci Bölümde, “Türk Hukukunda Mücbir Sebep” başlığı altında, mücbir sebep kavramını, unsurları ve sonuçlarıyla birlikte ortaya koymaya çalıştık. Anglo-Amerikan Hukukunda doğrudan doğruya mücbir sebep kavramı yer almasa da aynı ihtiyacı karşılayan başka hukuki kurumların varlığı, Üçüncü Bölümümüzün başlığını “Anglo-Amerikan Hukukunda Mücbir Sebebi Karşılıyan Müesseseler” olarak belirlememizi gerektirdi. Son olarak Dördüncü Bölümde ise, yukarıda sözünü ettiğimiz uluslararası özel hukuk düzenlemelerinde mücbir sebebi, yine aynı düzenlemelerdeki beklenmeyen duruma ilişkin çözümlerle karşılaştırmalı olarak ele aldık.

Biz bu çalışmamızın başlığını, ‘Menkul Malların Uluslararası Ticarî Satımında Mücbir Sebep’ olarak belirledik. Mücbir sebeple ilgili uyumsuzluklar, uluslararası ticarî uyumsuzluklar içerisinde en büyük paya sahip oldukları için inceleme gereği duyduk. Uluslararası ticarî uyumsuzluklar, farklı sözleşme türlerinden kaynaklanabilirler. Çalışmamız içerisinde de açıklandığı üzere, bir olayın mücbir sebep olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, söz konusu sözleşmenin türüne göre de değişmektedir. Bu durumu göz önünde bulundurarak, mücbir sebep kavramını, satım sözleşmeleri ile sınırlandırarak, incelemeyi tercih ettik. Satım sözleşmelerini de menkul mal satımı ile sınırlandırdık.

Menkul mal kavramı, Türk Hukuku’na göre, taşınmaz mülkiyetine konu olan mallar dışındaki mal ve hakların tamamını içine alacak kadar geniş bir kavramdır. Çalışmamızda mücbir sebeple ilgili düzenlemesini incelediğimiz Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Antlaşması)’nın uygulama alanı içine giren menkul mallarla Türk Hukuku’nun menkul mal olarak kabul ettiği mallar, birebir örtüşmemektedir. Örneğin Viyana Satım Antlaşması’nın 2 nci maddesinin (f) fıkrasına göre elektrik satışı, Antlaşma’nın uygulama alanı dışında bırakılmıştır, oysa elektrik satımı, Türk Hukukuna göre menkul mal olarak

kabul edilir ve menkul mallara ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirir. Türkiye, henüz Viyana Satım Antlaşması'nı kabul etmiş değildir.

Çalışmamızda UNIDROIT'in hazırlamış olduğu Uluslararası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler (UNIDROIT İlkeleri) ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (Avrupa İlkeleri)'ndeki mücbir sebeple ilgili düzenlemelere de yer verdik. Bu ilkeler, uluslar arası ticarî sözleşmelere uygulanacak yeknesak bir hukuk yapma girişimlerinin son yıllardaki en başarılı örnekleridir. Uluslararası ticarî uyuşmazlıkların büyük bir çoğunluğunun çözüme kavuşturulduğu uluslar arası ticarî tahkimde hakemler, bazen bu ilkelere dayanarak karar vermektedirler. Hakemler, bazen bu ilkeleri uluslar arası ticaret hukukunun bir parçası oldukları için doğrudan doğruya uygularken bazen de Viyana Satım Antlaşması'ndaki boşlukları doldurmak için uygulamaktadırlar. Viyana Satım Antlaşması'nın menkul mal kavramının çok geniş olmaması nedeniyle bazen taraflar yaptıkları sözleşmeye Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanamayacağını bildikleri için bu ilkelerin uygulanmasını kararlaştırabilmektedirler. Bütün bu gerekçelerle çalışmamızda bu iki ilkeye de yer verdik.

Doktrinde, tarafların hazırladıkları ticarî sözleşmelerde mücbir sebep şartına yer vermeleri tavsiye edilmektedir. Bunun nedenlerinden birisi de farklı hukuk düzenlerinde mücbir sebep kavramının aynı sonuçları doğurmamasıdır. Bu farklılığı gösterebilmek için çalışmamızda Anglo-Amerikan Hukuku'ndaki mücbir sebep benzeri bir kavram olan ifanın engellenmesi doktrinine yer verdik. İfanın engellenmesinin unsurları, Türk Hukuku'ndaki mücbir sebebin bazı unsurlarına benzemekle birlikte sonuçları bakımından farklılık göstermektedir.

Viyana Satım Antlaşması ve ona paralel düzenlemeler getiren UNIDROIT ve Avrupa İlkeleri'nin mücbir sebeple ilgili şartı kaleme alınırken Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinin yanı sıra başka hukuk sistemlerinden de yararlanılmış olunmasına rağmen doktrinde bazı yazarlar bu şartın tamamen Anglo-Amerikan Hukuku'nun etkisi altında kalınarak kaleme alındığını iddia etmişlerdir. Bu iddianın ne derece doğru olduğunu ortaya koyabilmek amacıyla da Anglo-Amerikan Hukuku'ndaki düzenlemeyi inceleme gereği duyduk.

## BİRİNCİ BÖLÜM

# ULUSLARARASI TİCARİ SATIM SÖZLEŞMELERİNİN HAZIRLANIŞINA İLİŞKİN BAZI KAVRAM ve MESELELER

### § 1. ULUSLARARASI LİTERATÜRDE ve TÜRK HUKUKUNDA ULUSLARARASI TİCARİ SATIM SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

#### I. Ticarî Sözleşme

Çeşitli hukuk sistemlerinde ticarî sözleşme kavramı, değişik esaslara göre tespit edilmektedir. Bu kavrama bağlı olarak ‘ticarî uyumsuzluk’ kavramı da hukuk sistemlerine göre farklı anlamlara gelmektedir. Türk hukuku, bir sözleşmenin ticarî nitelikte olup olmadığına karar verirken kural olarak ticarî işletme kriterini esas almakla beraber, ticari işletmeyle ilgili olmasa da Ticaret Kanunu’nda yer alan sözleşmeleri de ticarî nitelikli saydığı için karma bir sistem kabul etmiştir<sup>1</sup>. Ancak her hukuk düzeni, bu tespiti yaparken ticarî işletme kriterini baz almayabilmektedir<sup>2</sup>.

Uluslararası ticarî sözleşmelerden doğan uyumsuzlukların çözüme kavuşturulabilmesi için öncelikle uyumsuzluğun kaynağının tespit edilmesi gerekir. Bu tespiti yaparken sözleşmenin taraflarının tacir olup olmamaları dikkate alınabilir, ancak bu, her zaman dayanılabilir bir kriter değildir. Çünkü bir görüşe göre; bazı ticarî ilişkilerde taraflardan birisi bir devlet ya da bakanlık olabilir ve bunların tacir sıfatları yoktur<sup>3</sup>. Ancak modern hukuklar, eğer ortada bir devlet kuruluşunun

<sup>1</sup> **BAKTIR**, Selma, Ticari İşletme Hukuku, VI. Bası, İzmir, 2004; **KARAHAN**, Sami, Ticarî İşletme Hukuku, Konya, 2006, s. 1

<sup>2</sup> Örneğin Alman Ticaret Kanunu, bu tespiti yaparken ‘tacir’i baz almakta, **POROY**, Reha/**YASAMAN**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, XI. Bası İstanbul, 2006, s. 65; Fransız Ticaret Kanunu, ticarî işlemi, İtalyan hukuku ise, ticarî işletmeyi baz almaktadırlar, **KARAHAN**, s. 1

<sup>3</sup> **YELPAALA**, Kojo, Choice of Law and Forum Clauses in International Transactions in Common Law Jurisdictions’ed. **YELPAALA**, Kojo/ **RUBINA-SAMMARTANO**, Mauro/ **CAMPBELL**, Denis, Drafting and Enforcing Contracts in Civil and Common Law Jurisdictions, Deventer, 1986, s. 229; **QC**, Julian, D. M./ **MISTELIS**, Loukas, A./ **KRÖLL**, Stefan, M., Comperative International Commercial Arbitration, The Hague, 2003, s. 51; Devletin taraf olduğu sözleşmelerin bir kısmı özel sektörden iki işletmenin yaptıkları klasik anlamdaki ticarî sözleşmelerdir. Bunun yanı sıra devletin kamu gücü olarak yer aldığı sözleşmeler de vardır ki; bu sözleşmelerin bazı özellikleri vardır. Örneğin bu sözleşmelerde devletin bir tahkim sözleşmesine taraf olup olamayacağı, devletin yapmış olduğu tahkim sözleşmelerinin geçerliliği tartışmaları yapılır. Bunun yanı sıra bu tür sözleşmelerde başka uyumsuzluklar da ortaya çıkmaktadır: Örneğin, sözleşme yapılırken özel sektöre ait olan bir

tarafı olduğu bir sözleşme varsa o zaman bu devlet kuruluşunun tacir sıfatıyla hareket ettiğini ve yapılan sözleşmenin de bir ticarî sözleşme olduğunu kabul ederler<sup>4</sup>.

Bir görüşe göreyse; adî ve ticarî sözleşme ayrımı yapmak artık modası geçmiş bir akımdır. Bu ayrımı yapan ülkeler arasında Almanya, Fransa, Avusturya ve kanunlarını bu ülkelerin kanunlarından alan ülkeler bulunmaktadır. İsviçre, İtalya ve Hollanda Hukuku'nda artık bu ayrım yapılmamaktadır. A.B.D.'de daha da ileri gidilerek bazı istisnalar dışında tüketici satışlarından doğan uyuşmazlıklar bile Amerikan Birleşik Ticaret Kanunu'na göre çözüme kavuşturulmaktadır<sup>5</sup>.

Çalışmamız içerisinde uluslararası ticaret hukukunun bir parçası olarak yer verdiğimiz Viyana Satım Antlaşması, UNIDROIT İlkeleri ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin bu konudaki yaklaşımları şöyledir:

Viyana Satım Antlaşması'nın 1 (3) üncü maddesinde de 'Bu Antlaşmanın uygulanmasında ne tarafların vatandaşlığı, ne tacir olup olmadıkları, ne de sözleşmenin adî veya ticarî nitelikte olması dikkate alınır' hükmüne yer verilerek, Antlaşmanın uygulama alanını bu açıdan genişletmiştir. Viyana Satım Antlaşması'nda önem verilen husus, sözleşmenin uluslararası nitelik taşımasıdır.

UNIDROIT İlkeleri'nin başlangıç kısmında bu ilkelerin uluslararası ticarî sözleşmeler için hazırlandığı belirtilmiştir<sup>6</sup>. Literatürde ise bu ilkelerin uygulanacağı sözleşmelerin, tüketici sözleşmeleri dışında kalan sözleşmeler olduğu

---

işletme daha sonra kamulaştırılırsa tarafların daha önce yapmış oldukları tahkim sözleşmesinin altında devleti temsilen bir imza olmadığı için bazı tereddütler yaşanabilmektedir. Devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların nitelikleriyle ilgili daha geniş bilgi için bkz. **LEBOULANGER**, Philippe, 'Some Issues in ICC Awards Relating to State Contracts' ICC International Court of Arbitration Bulletin V. 15/No.2-Fall, 2004, s. 93 vd.; Devletin taraf olduğu sözleşmelerde, eğer tarafların bir hukuk seçimi yoksa o zaman sözleşmenin karşı tarafı olan özel sektör kuruluşu genellikle hakemlerden uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria* nın ya da UNIDROIT İlkelerinin uygulanmasını talep ederler, daha geniş bilgi için bkz. **ROMERO**, Eduardo Silva, 'The Dialectic of International Arbitration Involving State Parties Observations on the Applicable Law in State Contract Arbitration' ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 15/No.2-Fall 2004, s. 88

<sup>4</sup> **LOOKOFSKY**, Joseph/**HERTZ**, Ketilbjørn, Transnational Litigation and Commercial Arbitration, New York, 2004, s. 2

<sup>5</sup> **BONELL**, Michael, Joachim, 'Do We Need a Global Commercial Code?', Erişim, 18.08.2005, s. 2 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell1.html>, 2

<sup>6</sup> **DAYINLARLI**, Kemal, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler, Ankara, 2005, s. 1

kabul edilmektedir. Yani; yürüttükleri ticarî faaliyetle ya da işle ilgili olarak değil de kendi kişisel ihtiyaçları için sözleşme yapan kişilerin sözleşmelerine UNIDROIT İlkeleri uygulanmayacaktır. Bunun dışında kalan sözleşmeler adî iş ya da ticarî iş diye bir ayrıma tâbi tutulmadan ticarî iş ve ticarî sözleşme olarak kabul edilmektedir<sup>7</sup>.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 1:101 (1) inci fıkrasından çıkan anlam da İlkelerin sadece ticarî sözleşmelere değil, bütün sözleşmelere uygulanacak olmasıdır. Bu İlkeler, tüketici satımlarına da uygulanırlar<sup>8</sup>.

Türk Hukukunda bugün için adî sözleşme ve ticarî sözleşme ayrımı yapılmaktadır. Ancak bizim asıl inceleme konumuz olan 'mücbir sebep' açısından sözleşmenin adî ya da ticarî nitelikte olması bir fark yaratmamaktadır. Mücbir sebebin sonuçları, Borçlar Kanunu içerisinde düzenlenmiş olup hem adî sözleşmelerde hem de ticarî sözleşmelerde uygulama alanı bulmaktadır. Türk Hukuku'nda tüketici sözleşmeleri de ayrı bir kanuna tâbidir.

Türk Hukukunda bir sözleşmenin 'ticarî sözleşme' olarak nitelendirilebilmesi için iki ihtimal vardır: Türk Ticaret Kanunu'nun 3 üncü maddesine göre ya yapılan sözleşmenin Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen sözleşmelerden birisi olması ya da yapılan sözleşmenin bir ticarî işletme ile ilgili olması gerekir. Örneğin taşıma sözleşmesi, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği için taşıma sözleşmesinin bir ticarî işletmeyle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın bu sözleşme, ticarî sözleşme olarak nitelendirilir. Örneğin at arabasıyla bir memurun ev eşyalarının taşınması için yapılan sözleşme ticarî sözleşmedir<sup>9</sup>. Tezimizin konusu olan satım sözleşmesi ise, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen bir sözleşme değildir.

---

<sup>7</sup> **BONELL**, M.J., 'Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts', 40 American Journal of Comparative Law, 1992, s. 621; **HARTKAMP**, Arthur, Principles of Contract Law, in Towards a European Civil Code, ed. **HARTKAMP**, Arthur/ **HESELINK**, Martijn/ **HONDIUS**, Ewoud/ Joustra, Carla/ **PERRON**, Adgar du, The Hague, 1998, s.112

<sup>8</sup> **DALHUISEN**, Jan, Dalhuisen on International Commercial Financial and Trade Law, Oregon, 2004, s. 323

<sup>9</sup> **ARKAN**, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2001, s. 59

Türk Ticaret Kanunu'nun 3 üncü maddesine göre; Ticaret Kanunu'nda düzenlenmemiş bir sözleşmenin 'ticarî sözleşme' olarak nitelendirilebilmesi için bir ticarî işletmeyle ilgisi bulunması gerekir<sup>10</sup>. Örneğin, bir tacir beyaz eşya satışı yaptığı bir ticarî işletme işletiyorsa, bu tacirin işletmesindeki beyaz eşyaların satımı için yaptığı sözleşmeler ticari sözleşmedir.

Bu kuralın en önemli istisnası tüketici sözleşmeleridir. Eğer bu beyaz eşya dükkânından mal satın alan kişi, bu malı, kendi evinde kullanmak için satın alıyorsa, 4077 sayılı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesine göre bu, bir tüketici sözleşmesi olur. Bu durumda da bu sözleşmeye genel hükümler değil, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un hükümleri uygulanır<sup>11</sup>.

Bir ticarî işletmeyi ilgilendiren bütün sözleşmelerin ticarî sözleşme olacağına ilişkin genel kuralın ilk istisnasını tüketici satımları oluşturmaktadır. Diğer bir istisnası da Türk Ticaret Kanunu'nun 21 inci maddesinin ilk fıkrasında açıklanmıştır: 'Bir tacirin borçlarının ticarî olması asıldır. Şu kadar ki; hakiki şahıs olan bir tacir, muameleyi yaptığı anda bunun ticarî işletmesiyle ilgisi olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya muamele, fiil veya işin ticarî sayılmasına halin icabı müsait bulunmadığı takdirde borç adî sayılır'<sup>12</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 21 inci maddesinin ilk fıkrasına göre; yapılan bir sözleşmenin ticarî değil de adî iş sayılması imkânı veren bu istisnalar sadece gerçek kişi tacirlerin yaptıkları sözleşmeler için geçerlidir. Bu maddeye göre; tüzel kişi tacirlerin yaptıkları işlerin adî iş olması mümkün değildir. Ama 4077 Sayılı

---

<sup>10</sup> Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 3 üncü maddesinde de bir ticarî işletmeyi ilgilendiren sözleşmeler ticarî sözleşme sayılırlar, 1/487 Esas Numaralı Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, 09.11.2005'te Meclis Genel Kuruluna sevk edilmiştir, halen gündemdedir, Erişim: 15.06.2008 [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun\\_tasarisi\\_sd.sorgu](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.sorgu)

<sup>11</sup> 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun; 8.9.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir, ancak bu tarihten önce de tüketici satımları, ticarî satım olarak değerlendirilmiyorlardı. Örneğin, manifatura ticareti yapan bir tacirin evi için buzdolabı satın alması, ticarî iş olarak değerlendirilmemiştir<sup>11</sup>. Bu satım sözleşmesinin, ticarî sözleşme olarak nitelendirilmemesinin iki sebebi olabilir. Ya manifaturacı, bu satım sözleşmesini yaparken satıcıya, bu sözleşmenin kendi ticarî işletmesi ile ilgili olmadığını bildirir ya da hâlin icabı bunu gerektirir. Örneğin manifaturacının buzdolabı satın almaya eşyle birlikte gelmesi ve aralarındaki konuşmadan satıcının bu buzdolabının evde kullanılacağını anlamış olması halinde, artık bir ticarî satımdan söz edilemez.

<sup>12</sup> Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 19/(1) inci fıkrasında da aynı hükme yer verilmiştir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girdikten sonra tüzel kişi tacirlerin yaptığı bazı sözleşmelerde tüketici sıfatına sahip olmaları ve bu yüzden yapılan sözleşmenin de tüketici sözleşmesi sayılması doktrinde ileri sürülmüştür<sup>13</sup>. Yargıtay'ın da bu görüşü destekleyen kararları bulunduğu gibi ticaret şirketlerinin yaptığı bütün sözleşmelerin ticarî sözleşme olacağını kabul eden kararları da vardır.

## II. Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmesi

Bir ticarî sözleşmenin ne zaman uluslararası nitelikli sayılacağı konusunda ne Türk ne de uluslararası doktrinde birlik yoktur. Yargı içtihatları da bu belirsizlikten etkilenmektedir<sup>14</sup>. Doktrinde bazen yabancılik unsuru taşıyan sözleşme ve uluslararası sözleşme kavramları eş anlamlı olarak kullanılmaktadır, ama bazen aralarında bir fark olduğu da kabul edilmektedir<sup>15</sup>. Yabancılik unsuru taşıyan sözleşme, sözleşmenin taraflarından birinin yabancı olduğu, taraflardan birinin ikâmetgah ya da mutad meskeninin yabancı bir ülkede bulunduğu, ifa yerinin ya da sözleşmenin yapıldığı yerin yabancı bir ülke olduğu sözleşmelerdir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre; yabancılik unsuru taşıyan sözleşme kavramı bir üst kavramdır<sup>16</sup>. Her yabancılik unsuru taşıyan sözleşmeyi uluslararası sözleşme olarak nitelendiremeyiz.

Uluslararası sözleşme kavramını açıklayabilmemiz için bu kavramın ulusal sözleşme ve yabancı sözleşme kavramlarından da farkını ortaya koyabilmemiz gerekir. Ulusal sözleşme sözleşmenin yapıldığı yere bakılmaksızın hükümleri bakımından Türk Hukuku'na tâbi olan sözleşmedir. Örneğin iki Türk vatandaşının, Konya'daki buğdayın Ankara'daki tacire satımı konusunda, Almanya'da sözleşme yapmaları durumunda, ortada ulusal nitelikte bir sözleşme vardır. Türkiye'de bir ticarî işletme işleten Alman vatandaşı bir kişinin bir Türk vatandaşı ile yaptığı

<sup>13</sup> **ZEVKLİLER**, Aydın/ **AYDOĞDU**, Murat, Tüketicinin Korunması Hukuku, III. Bası, Ankara, 2004, s. 82-3, 1084

<sup>14</sup> **SEVİĞ**, Vedat, R., 'Akitlere Uygulanacak Olan Kanun Sorunu', Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul, 1999, s. 326-327; **ŞANLI**, Cemal, Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 5

<sup>15</sup> **ŞANLI**, Cemal/ **EKŞİ**, Nuray, Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul, 2000, s. 5

<sup>16</sup> **ULUOCAK**, Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul, 1989, s.3-4

menkul mal satımı da sözleşmenin taraflarından biri Alman olmasına rağmen Türk hukukuna tâbi olan bir sözleşme olduğu için ulusal nitelikli bir sözleşmedir.

Yabancı nitelikli sözleşme ise; hükümleri, belli bir yabancı ülkenin hukukuna tâbi olan sözleşmedir<sup>17</sup>. Örneğin iki Türk vatandaşı, Türkiye’de bir sözleşme yaparak Almanya’da Köln’deki bir ticari işletmeden alınacak malın Frankfurt’taki bir tacire satılmasını taahhüt ettiklerinde, bu sözleşme Almanya’nın iç ticaretini ilgilendirdiğinden yabancı nitelikli bir sözleşme olur<sup>18</sup>.

Doktrinde, uluslararası nitelikli sözleşmelerin, ifa işlemleri, tek bir ülkede gerçekleşmeyen sözleşmeler olduğu kabul edilir. bir başka ifadeyle, eğer sözleşmeden doğan edimlerin ifası için sözleşme konusu mal ya da hizmetlerin bir ülkeden başka bir ülkeye nakli gerekiyorsa ortada uluslararası nitelikli bir sözleşme vardır<sup>19</sup>.

Klasik tanıma göre; uluslar arası satım, tarafların iş merkezleri farklı ülkelerdeyse ve bunlar bir malın sınır ötesine satımı konusunda anlaşmışlarsa ortada bir uluslararası satım sözleşmesi vardır. Her ne kadar bunun, çok genel bir tanım olduğu aşikârsa da hâlen geçerli olan bir tanımdır<sup>20</sup>. Ticari satımdan söz ettiğimiz için alıcının bu malı, kişisel ihtiyacı için de almaması gerekir. Aksi takdirde sözleşme, tüketicileri koruyucu özel düzenlemelerin kapsamına girer. Örneğin internetteki bir kitap satış firmasından kitap satın aldığınızda bu sözleşme tüketici satımı olduğundan ticari hükümlere tâbi olmaz. Eğer satışı yapan kitap şirketinin internetteki merkezi Türkiye dışındaysa o zaman, bu yabancılik unsuru taşıyan bir sözleşme sayılır, ama tabî ki uluslararası nitelikli sözleşme sayılmayacaktır.

Tezimizin son bölümünde inceleme konusu yaptığımız Viyana Satım Antlaşmasında ise, Antlaşmanın uygulama alanı belirlenirken, uluslararası sözleşmenin varlığından söz edebilmek için tarafların iş merkezlerinin farklı

---

<sup>17</sup> SEVİĞ, s..98

<sup>18</sup> SEVİĞ, ‘Akitlere Uygulanacak Kanun’, s. 324

<sup>19</sup> Mal ve hizmetlerin bir ülkeden başka bir ülkeye nakli söz konusu olduğunda, bundan sadece tek bir ülke ekonomisi değil, birden fazla ülke ekonomisi fayda sağlamaktadır. Ulusal ve yabancı nitelikli sözleşmelerde ise sadece bir ülke ekonomisi fayda sağlar, SEVİĞ, s. 99

<sup>20</sup> ODEKE, Ademuni, Law of International Trade, London, 1999, s.. 13; GILLETTE, P. Clayton/WALT, Steven, D., Sales Law, Domestic & International, New York, 2002, s. 377



ülkelerde olması yeterli görülmüştür. Malın sınır ötesine gönderilmesi şart koşulmamıştır<sup>21</sup>. Çünkü bazen satıcının malı 'Ex Ship', 'Ex Warf'ya da 'Fob' şartıyla teslim ettiği durumlarda, malın hangi ülkede teslim edileceğini bilemeyebileceği dikkate alınmıştır. Sözleşme yapılırken satıcının kesin olarak bilebileceği şey ise, alıcının iş merkezinin başka bir ülkede bulunmasıdır<sup>22</sup>.

Görülüyor ki; bu konudaki yenilikçi görüşler, uluslararası sözleşme kavramını, uluslararası ticareti ilgilendiren, ama şahsî ve coğrafî bakımdan yabancılık unsuru taşımayan sözleşmeleri de kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanmaktadır<sup>23</sup>. UNIDROIT İlkelerinde de uluslararası sözleşme kavramı bu anlamıyla kullanılmıştır<sup>24</sup>

Bu durumda; bir Türk bankasının bir Türk şirketine yurtdışındaki yatırımları için kredi vermesi de uluslararası ticareti ilgilendirdiğinden uluslararası nitelikli sayılması gerekir. Nitekim, 3880 no.lu MTO hakem kararında, iki Belçikalı arasında ayakkabı satımına ilişkin bir sözleşme, ayakkabıların Romen bir firma tarafından tedarik edilmeleri nedeniyle uluslararası nitelikli bir sözleşme olarak nitelendirilmiştir<sup>25</sup>.

Uluslararası ticarete tarafların hâla bir araya gelerek sözleşmeleri müzakere etmek yoluyla borç altına girdikleri iddia edilmektedir. Ancak aşağıda §2 altında daha ayrıntılı olarak incelendiği üzere maalesef uluslararası ticarete ekonomik olarak güçlü olan tarafın sözleşmelerin kaleme alınışı sırasında da daha etkin rol oynadığı görülmektedir.

---

<sup>21</sup> **ATAMER**, Yeşim, 'Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı' İstanbul Barosu Dergisi, C. 69, 1995, s. 557; Viyana Satım Antlaşmasının uygulama alanı ile ilgili olarak bkz. **TOKER**, Gümrah, 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara, 2005

<sup>22</sup> **HONNOLD**, John, 'The Sales Convention: Background, Status, Application'Erişim: 17.07.2008, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold-background.html>, s. 3

<sup>23</sup> **ŞANLI**, Cemal, Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, s. 31; **TİRYAKIOĞLU**, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankrara, 1996, s. 212

<sup>24</sup> **BONELL**, Unification of Law, s. 621

<sup>25</sup> **AKINCI**, Ziya, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996, s. 9

## § 2. ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERİN HAZIRLANMA BİÇİMLERİ

### I. Genel Olarak

Ticarî sözleşme yapmak isteyen taraflar, karşılıklı görüşmeleri sırasında anlaştıkları hususları kaleme alarak sözleşmelerini hazırlayabilirler<sup>26</sup>. Ancak tarafların aralarında ayrıntılı bir şekilde müzakere ederek sözleşmelerini hazırlamaları pek sık karşılaşılan bir durum değildir. Ayrıntılı bir şekilde müzakere edilerek hazırlanan sözleşmeler, genellikle pahalı ve özelliği olan malların satışında söz konusu olur<sup>27</sup>. Örneğin bir uçak satışında, uçak motoru satışında ya da bu tip yüksek bedelli malların satışında, sözleşmeler, ayrıntılı şekilde müzakere edildikten sonra yapılmaktadır. Bu şekilde hazırlanan sözleşmeler, tarafların borçları, uyuşmazlığın çözüleceği mahkeme, uygulanacak hukuk, gecikme halinde uygulanacak cezai şart, sözleşmenin uyarlanması şartları vb gibi hükümlere yer veren çok uzun bir metin olur. Ancak bu sözleşmelerde bile müzakere edilmeden bırakılan bilinçli ya da bilinçsiz boşluklar olabilir<sup>28</sup>. Yapılan araştırmalar, tacirlerin sözleşme yaparlarken bu iş ilişkisinde herhangi bir sorunla karşılaşmayacaklarına inanmak istediklerini bu yüzden de ortaya çıkabilecek risklerle ilgili bir düzenlemeye yer vermeye gerek görmediklerini ortaya koymaktadırlar<sup>29</sup>.

Küçük işletmelerde tarafların sadece telefonda anlaşarak ya da birbirlerine gönderdikleri teyit mektuplarıyla kurdukları sözleşmeler de yapılmaktadır<sup>30</sup>. Bu şekilde yapılan sözleşmelerde taraflar, sadece esas borçların neler olduğunu belirtip borçların ifa edilmemesi ya da sözleşmenin uyarlanması gibi hususlarda herhangi bir

<sup>26</sup> RAMBERG, Jan, International Commercial Transactions, Paris, 1997, s. 47

<sup>27</sup> BEALE, Hugh/ DUGDALE, T., 'Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies', British Journal of Law & Society, 1975, V.II, s. 48; HEARN, Patrick, Successful Negotiation of Commercial Contracts, London, 1979, s.3; D'ARCY, Leo/ MURRAY, Carol/ CLEAVE, Barbara, Schmitthoff's Export Trade, London, 2000, s. 60

<sup>28</sup> BEALE/DUGDALE, s. 48; HEARN, s. 3

<sup>29</sup> TRAKMAN, Leon, E., 'Declaring Force Majeure: Veracity or Sham?' Erişim: 20.02.2008, [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=leon\\_trakman](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=leon_trakman); s.28; KONARSKI, Hubert, 'Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice' International Business Law Journal, N.4, 2003, s. 410

<sup>30</sup> BEALE/DUGDALE, s. 48; HEARN, s. 3

düzenlemeye yer vermeyip bu konulardaki boşlukların doldurulmasını ticarî örflere<sup>31</sup> ya da karşı tarafla aralarındaki 'centilmenlik anlaşması'na bırakırlar<sup>32</sup>.

Belirli süreli ve uzun dönemli uluslararası ticarî sözleşmeler ilgili ülkelerdeki politik ve ekonomik durumdan etkilenmeye açık olan sözleşmelerdir. Bu nedenle de bu sözleşmelerde mücbir sebep ve beklenmeyen durum şartlarına yer verilmesi, bazı risk ve belirsizliklere karşı tarafların kendilerini garantiye almaları açısından önemlidir<sup>33</sup>.

## II. Standart Sözleşmelerin Önemi

Bir uluslararası ticarî satım sözleşmesinin tarafları, eğer daha önce birlikte iş yapmamışlarsa, birbirlerinin ticarî yeterlilikleri ve mâli güçleri hakkında yeterli bilgiye sahip olmayabilirler. Bu durumda taraflar, yapılan sözleşmeyle kendilerini tam olarak güvenceye alabilmek için bir standart sözleşmeden yararlanmayı tercih edeceklerdir<sup>34</sup>. Bu standart sözleşmeler, sözleşmeyi hazırlayan avukatın daha önce hazırlamış olduğu bir sözleşmeyi aynen alıp bu yeni ticari ilişkiye uyarlaması şeklinde yapılabilir<sup>35</sup>. Bunun dışında çeşitli birliklerin hazırlamış olduğu standart sözleşmeler de vardır. Örneğin bugün dünya hububat ticareti beş büyük şirket tarafından yürütülmektedir<sup>36</sup> ve bu şirketler yaptıkları sözleşmelerini GAFTA( Grain and Feed Trade Association) ve FOSFA (Federation Of Oils, Seeds and Fats) 'nın standart sözleşmelerini kullanarak yaparlar<sup>37</sup>.

Günümüzde ticaret hayatında standart sözleşmelerin oranı giderek artmaktadır. Örneğin ticarî satım sözleşmeleri, teklifler ya da onaylama

---

<sup>31</sup> BEALE/DUGDALE, s. 48; D'ARCY/MURRAY/CLEAVE, s. 59

<sup>32</sup> BEALE/DUGDALE, s. 48-49

<sup>33</sup> RIMKE, Joern, 'Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts' Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1999-2000, Erişim: 06.06.2005 <http://wwwcisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>, s. 242

<sup>34</sup> RAMBERG, s. 47

<sup>35</sup> ATIYAH, P.S., An Introduction to the Law of Contract, Oxford, 1995, s. 18; RAMBERG, s. 18-19; COLLINS, Hugh, Regulating Contracts, New York, 1999, s. 149-150

<sup>36</sup> BRIDGE, Michael, 'Good Faith in Commercial Contracts' Good Faith in Contract Concept and Context, ed. BROWNSWORD, Roger/HIRD, Norma/HOWELS, Geraint, Ashgate, 1999 s. 151

<sup>37</sup> BRIDGE, Good Faith, s. 151

listelerinden oluşmaktadır<sup>38</sup>. Standart sözleşmelerin sağladığı bazı avantajlar olduğu için ticaret hayatında sıkça tercih edilmektedirler. Örneğin standart sözleşmelerden yararlanan taraflar, sözleşmelerin hazırlanması için uzun süre müzakerede bulunmazlar, bu durum, taraflara zaman kazandırır<sup>39</sup>. Buna bağlı olarak, taraflar uzun süreli müzakereler için para da harcamamış olurlar<sup>40</sup>. Ama eğer taraflar GAFTA, FOSFA gibi birliklerin standart sözleşmelerinden yararlanmayı tercih ederlerse kendilerini daha da güvenceye almış olurlar<sup>41</sup>.

Standart sözleşmelerin bir başka avantajı da bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar yargıya intikâl ettiğinde verilecek kararın çok büyük ihtimalle başka bir standart sözleşmeden doğan benzer uyuşmazlıkta da takip edilecek olmasıdır. Böylece taraflar daha sözleşme yapılırken karşılaşılabilecekleri uyuşmazlıkların sonuçlarıyla ilgili fikir sahibi olabilirler<sup>42</sup>. Ancak uluslararası ticarî sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların büyük bir çoğunluğu tahkimde çözüme kavuşturulduklarından<sup>43</sup> standart sözleşmelerin uluslararası tahkimde bu avantajının var olup olmadığı tartışmalıdır<sup>44</sup>.

Standart sözleşmelerin dezavantajları da olabilir. Örneğin, GAFTA ve FOSFA gibi birliklerin standart sözleşmeleri, borcun ifasının ve ödemenin ne

---

<sup>38</sup> ADAMS, John, N. / BROWNSWORD, Roger, Key Issues in Contract, London, 1995, s. 60; **ATIYAH**, s. 17

<sup>39</sup> ATIYAH, s.18; COLLINS, s. 150; **HAVUTÇU**, Ayşe, Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003, s. 2

<sup>40</sup> **ATIYAH**, s. 18; **COLLINS**, s. 150

<sup>41</sup> **BURROWS**, Andrew/ **PEEL**, Edwin, Commercial Remedies Current Issues and Problems, Oxford, 2003, s. 463

<sup>42</sup> **ATIYAH**, s. 18

<sup>43</sup> **HEARN**, s. 9; **YELPAALA**, s.223; **BAKTIR**, s. 8; son yıllarda tahkimin yanı sıra Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yollarına (Alternative Dispute Resolutions- ADR ) da başvurma oranı artmaktadır. Bunun sebeplerinin başında bu yöntemin tahkime göre daha hızlı ve ucuz bir çözüm yolu olması gelir, **ŞANLI**, Cemal, 'Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlemesi ve MTO'nun ADR Kuralları', MHB, Yıl, 22; S.1, 2002, s. 58-59; **SEALY**, L.S./ **HOOLEY**, R.J.A., Commercial Law, Text, Cases and Materials, Edinburgh, 2003, s. 5; alternatif uyuşmazlık çözüm yolları hakkında daha geniş bilgi için bkz. **PEKCANITEZ**, Hakan/ **ATALAY**, Oğuz/ **ÖZEKES**, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2007, s. 717 vd.

<sup>44</sup> Eğer uluslararası ticarî uyuşmazlıkların çözümü için yaratılmak istenen uluslararası bir yasal düzen oluşturulabilirse ( ki; bir görüşe gören uluslararası tahkimde hakemlerin uluslararası ticaret hukukuna dayanarak verdikleri kararların sayısının giderek artması bu durumun bir habercisidir) ve uluslararası tahkimde hakemlerin verdikleri kararların birbirine uygun olması gerektiğine dair uluslararası bir Antlaşma kabul edilebilirse<sup>44</sup> o zaman standart sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkimde de içtihatları takip edecek olması, bu sözleşmeler için önemli bir avantaj olmayı sürdürebilir, bu konuda bkz. **QC/MISTELIS/KRÖLL**, s.68

şekilde yapılacağı, konularında ayrıntılı düzenlemelere yer vermelerine karşılık, garantiler ve sözleşmenin ihlâli halinde sözleşmenin ne şekilde sona erdirileceğine dair herhangi bir düzenlemeye yer vermemektedir<sup>45</sup>.

### III. Anglo-Amerikan Hukukunun Etkisi

Uluslararası ticaret hayatında tarafların müzakereler sırasında İngilizceden yararlanmaları son dönemde artık neredeyse bir adet hâline gelmiştir<sup>46</sup>. Taraflar, sözleşme yapmaya karar verdiklerinde bu görüşmelerde üzerinde durdukları hususları en iyi şekilde yine İngilizce olarak yazılı metne dökebilecekleri inancını taşımaktadırlar. Tarafların, sözleşmelerini İngilizce olarak kaleme almaları, onların bu dile ait olan Anglo-Amerikan hukuk sisteminin de sözleşmeye uygulanmasını gerekli kılmamasına rağmen uluslararası ticarî uygulamada sözleşmelere Anglo-Amerikan hukukunun uygulanmasının bir gereklilik haline geldiği söylenebilir<sup>47</sup>.

Bu sonucun temelleri elli- altmış yıllık yakın tarihimiz içinde atılmıştır. Bu süre zarfında ortaya çıkan bazı yeni sözleşme tiplerini yapmak isteyen uluslararası ticaretle uğraşan kişiler, bunların İngilizce olarak nasıl kaleme alındıklarını görmek için örnek sözleşme tiplerini gösteren İngilizce eserlerden faydalanmışlardır. Bu sözleşmeleri kendi hukuklarıyla uyumlu hale getirmek yerine aynen almayı tercih etmeleri, bu sözleşmelerin dünya çapında yaygın bir şekilde kullanılmasının sebeplerinden birisidir<sup>48</sup>. Bir diğer sebep de, büyük Amerikan ve İngiliz şirketlerinin avukatlarının yaptıkları uluslararası ticarî sözleşmelerde kendi hukuk düzenlerinin uygulanmasını istemeleri, sözleşmedeki güçlü taraf olmaları nedeniyle de bunu, büyük ölçüde başarmış olmalarıdır. Böylece bugün artık uluslararası ticarî sözleşmeler, çok az bir istisna dışında Anglo-Amerikan hukukunun sözleşme tiplerine göre yapılmaktadır<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> BRIDGE, Good Faith, s. 157

<sup>46</sup> DE LY, Filip, 'Law and Practice of Drafting International Contracts' International Business Law Journal, N. 34, 2002, s. 471

<sup>47</sup> MOSS, Giuditta, Cordero, 'Harmonised Contract Clauses in Different Business Cultures', Conference on Private Law and the Many Cultures of Europe', University of Helsinki, 27-29.08.2006, Erişim: 19.11.2007, [http://www.jus.uio.no/ifp/anglo-project/moss\\_helsinki\\_keynote.pdf](http://www.jus.uio.no/ifp/anglo-project/moss_helsinki_keynote.pdf), s. 1

<sup>48</sup> MOSS, s. 2

<sup>49</sup> DE LY, s. 469; MOSS, s. 2

Bu durum bazı sorunlar yaratmaktadır. Şöyle ki; taraflar sözleşmeyi hazırlarken Anglo-Amerikan hukukuna özgü bir sözleşmeden yararlanmakta ve sonra da sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak kendi hukuklarını seçebilmektedirler. Tarafların seçtikleri hukuk, Kara Avrupası Hukuku gibi Anglo-Amerikan hukuk sistemi dışında kalan bir hukuk olduğunda, bazı yorum sorunları yaşanmaktadır. Örneğin taraflar sözleşmeyi kaleme alırken ‘estoppel’den yararlanabileceğini kararlaştırmış olabilirler. ‘Estoppel’ Anglo-Amerikan hukukuna özgü bir kavram olup, Kara Avrupası hukukunda karşılığı olmadığından bu kuralın uygulanması konusunda bazı sorunlar yaşanabilmektedir<sup>50</sup>. Örneğin böyle bir durumda tarafların estoppelle ilgili hakkın kullanılması konusunda zımni bir hukuk seçimi yaparak common law’un uygulanmasını, sözleşmenin kalanı için de sözleşmede açıkça seçtikleri Kara Avrupası Hukukunun uygulanmasını isteyip istemedikleri sorusu gündeme gelebilir<sup>51</sup>.

Anglo-Amerikan hukukunda sözleşmelerin sonlarına doğru ‘Boiler-plate clauses’ adıyla anılan bazı hükümler konulur. Bu şartlara şu örnekler verilebilir: Hukuk seçimi, uyuşmazlığın görüleceği mahkemenin seçimi, ihbar şekil ve süreleri, hasarın sözleşmenin karşı tarafına geçiş anı, sözleşmenin gizliliği, sözleşmede yazılı olmayan değişiklik yapılamayacağı, mücbir sebep, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların ulusal mahkemelerde ya da tahkimde çözüme kavuşturulmasından sonra kazanan tarafa yargılama masraflarının ödenmesini düzenleyen hükümler...<sup>52</sup> Sözleşmeye Kara Avrupası hukukunun uygulanması kararlaştırılmışsa, ama sözleşme Anglo-Amerikan hukukunun etkisinde kalınarak hazırlanmış olduğu için bu standart şartlara yer verilmişse bu şartların geçerliliğinin tespiti de bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde sırf bu şartlara sık sık sözleşmelerde yer veriliyor olmasının, tek başına bu şartların bir ticarî adet niteliğini kazanmasını sağlamayacağı

---

<sup>50</sup> MOSS, s. 2; estoppel doktrininin Türk Hukukunda ‘durdurma öğretisi’olarak adlandırılması gerektiği ve dürüstlük kuralı, hâkimin takdir yetkisi gibi bir çok kavramı içine alan bir üst kavram olduğu yönünde bkz. KUBİLAY, Huriye, ‘Sigorta Hukukunda ‘Durdurma Öğretisi’(‘Estoppel Doctrine’), Çetingil ve Kender’e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul, 2007, s. 852

<sup>51</sup> MOSS, s. 5

<sup>52</sup> HATHAWAY, George, H., Plain English in Contract Recitals and Boilerplate, s. 1-2; Erişim: 28.06.2008, <http://www.michbar.org/generalinfo/plainenglish/columns/147.html>,

kabul edilmektedir<sup>53</sup>. Ama yine bu şartlar arasında yer alan ‘zaman önemlidir’(time is esence) şartı, özellikle deniz ticaretinde geminin varma limanına ulaşma tarihinin tespiti açısından bir uluslararası ticari adet niteliğini kazanmıştır. Sözleşmede bu şarta yer verildiğinde sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak da Kara Avrupası hukukuna dahil bir ülkenin hukuku seçilmiş olduğunda bu şartın uygulanabilmesi, bu ülkenin kanunlarının ticarî örf ve adetlerin uygulamasına ilişkin kuralı vasıtasıyla uygulanmasının mümkün olabileceği kabul edilmektedir<sup>54</sup>. Uluslar arası ticarî sözleşmelerin, ulusal yasal sistemlerin dışında kendilerine ait özerk bir yasal sistemleri bulunduğu dair görüş doktrinde kabul görmemektedir<sup>55</sup>.

Türk Hukukunda tarafların, yazılı sözleşme metnine koymuş oldukları ancak ulusal hukukumuzda uygulanması bulunmayan bu tür şartlar, eğer taraflar bu seçimi bilinçli olarak yapmışlarsa yani bu şarttan doğan hak ve borçlarının neler olduğunu biliyorlarsa, sözleşme hükmü hâline gelmiş sayılır. Hatta tarafların sözleşmelerinde yer vermiş oldukları şartlar, belirli bir hukuka özgü müesseseler ise tarafların sözleşmelerinde açıkça bir hukuk seçimi yapmamış oldukları durumlarda, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak zımnen<sup>56</sup> bu hukuku seçtikleri anlamına da gelir. Yalnız bu konuda tarafların bilinçli bir tercihte bulunarak sözleşmelerine bu hukukun örneğin Anglo-Amerikan hukukunun hükümlerini koyduklarından emin olmak gerekir. Tarafların sadece bir sözleşmeyi İngilizce kaleme almak için sözleşmelerinde bu müesseselere yer vermiş olmaları durumunda sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak İngiliz ya da Amerikan hukukunun seçildiği söylenemez<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> MOSS, s. 8; tarafların internette ya da örnek sözleşme şekillerini içeren kitaplardan faydalanarak ‘boiler plate’ şartlarını kendi sözleşmelerine almalarının sözleşmelerin hazırlanışının standart sözleşmeler vasıtasıyla olmasını ve bu durumda da sözleşmelerin kaleme alınışı ile ilgili bir *lex mercatoria* oluşturulmasının yolunu açtığı iddia edilmiştir, bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **DE LY**, s. 469

<sup>54</sup> MOSS, s. 8

<sup>55</sup> ASANTE, s. 406

<sup>56</sup> Türk Hukukunda zımni hukuk seçimi yapılabileceğine ilişkin görüş için bkz. **TİRYAKİOĞLU**, s. 212

<sup>57</sup> **TEKİNALP**, Gülören, ‘Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk (MÖHUK m. 24) ve Zımni Hukuk Seçimi’, MHB, Y.5, S. 1, 1985, s. 29; **TİRYAKİOĞLU**, s. 29

Uluslar arası ticaret hayatının baş aktörleri olan büyük şirketler, yaptıkları sözleşmelerde, akde sadık kalınmasını (*pacta sunt servanda* ilkesi), adeta sözleşmenin bir ön şartı saymaktadırlar<sup>58</sup>.

### **§ 3. DEĞİŞEN KOŞULLAR KARŞISINDA SÖZLEŞME HÜKÜMLERİNİN DURUMU**

#### **I. Pacta Sunt Servanda**

Taraflar, sözleşme yapmakla, bu sözleşmeden doğan hak ve borçlarını yazılı olarak tespit etmek ve bu sözleşmeye bağlı kalmak niyetindedirler. Tarafların sözleşme devam ettiği süre boyunca, imkânsızlık durumu hariç<sup>59</sup>, sözleşmeyle bağlı olmaları, bu sözleşmenin hükümlerine sadık kalmaları, hukukî bir gereklilik olarak değerlendirilmiştir<sup>60</sup>. Bu gereklilik Roma hukukunda *Pacta sunt servanda* ilkesi olarak adlandırılmaktadır<sup>61</sup>. *Sapphire v. National Iranian Oil Company* kararı<sup>62</sup> dahil olmak üzere birçok uluslararası yargı kararlarında da *pacta sunt servanda* nın hukukun genel ilkelerinden biri olduğu vurgulanmıştır<sup>63</sup>. Bu ilke, hem Anglo-

<sup>58</sup> ASANTE, s. 408

<sup>59</sup> HAY, Peter, 'Frustration and its Solution in German Law', American Journal of Comparative Law, V.10, 1961, s. 345

<sup>60</sup> GÜRSOY, Kemal Tahir, Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi), Ankara, 1950, s. 7; TEKİNAY, Selâhattin, Sulhi, Borçların İfasi, İhlâli, Sona Ermesi ve Özel Nevileri, İstanbul, 1967, s.210; İMRE, Zahit, 'Türk Medenî Hukukuna Göre Hâkimin İktisadî Meseleler Karşısında Durumu (Türk Medenî Kanununun Değiştirilmesinde Zorunluluk Var mı?)' Prof. Dr. K. Fikret Arık'a Armağan, Ankara, 1973, s. 187; ASANTE, Samuel, K., 'Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process', International and Comparative Law Quarterly, V. 28, 1979, s. 405; KAPLAN, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, II. Bası, Ankara, 2007, s.118; EDİS, Seyfullah, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, III. Bası, Ankara, 1987, s. 312; TEKİNAY Selâhattin Sulhi /AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 1005;

<sup>61</sup> ARAT, s. 51

<sup>62</sup> *Sapphire .International .Petroleums .Ltd. v. National .Iranian Oil Company*, Erişim, 13.04.2007, [http://tldb.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=261600&pubwithmeta=ja&pubwithtac=ja&page=pub\\_show\\_document.php](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=261600&pubwithmeta=ja&pubwithtac=ja&page=pub_show_document.php), s.181; bu karar, uluslararası tahkimde önemli olduğu kabul edilen bir karardır, AKINCI, Ziya, Milletlerarası Ticarî Tahkim Kararları ve Tenfizi, Ankara, 1994, s. 58

<sup>63</sup> van HOUTTE, Hans, 'Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda'in Gaillard ed. Transnational Rules in International Commercial Arbitration' ICC Publ. Nr. 480,4) Paris, 1993, Erişim: 28.09.2007, [http://tldb.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=117300&pubwithme...](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=117300&pubwithme...), s.108



merikan Hukukunda hem de Kara Avrupası hukuk sisteminde<sup>64</sup> kabul edilmenin yanı sıra şer'î hukuk düzeni gibi başka hukuk düzenlerinde de kabul edilmektedir<sup>65</sup>.

Bu prensibe göre; taraflar eğer bir sözleşme yapmışlarsa, o zaman bu sözleşmeden doğan borçlarını şartlar ne kadar değişirse değişsin yerine getirmek zorundadırlar<sup>66</sup>. Şartlarda meydana gelen değişiklik nedeniyle sözleşmenin tarafı olan kişinin borcunu yerine getirmesi ekonomik hayatının bitmesine yol açacak olsa bile bu borcunu yerine getirmesi gerekir<sup>67</sup>.

Ortaçağ'da kişilerin her tür sözleşmeyi yapmaları mümkün değildi. Hukuk düzeninin de yapılan her tür sözleşmeyi kabul etmesi mümkün değildi. Bu durum yaşanan siyasî ve ekonomik gelişmelerin ardından ancak 17. ve 18 inci yy.da değişmeye başladı. Bu değişimin hızı artarak devam etmiş ve 19 uncu yy. 'sözleşmeler yüzyılı'olarak adlandırılmıştır. 19 uncu yy.da başlayan çağdaş kanunlaştırma çalışmalarında kişilere diledikleri şekilde sözleşme yapabilme imkânı tanınmıştır. 'Sözleşme serbestisi' ilkesi bu çağda doğmuştur<sup>68</sup>.

19 uncu yy. in başında üç büyük kodifikasyon yapılmıştır. Bunlar; Prusya Medenî Kanunu, Fransız Medenî Kanunu ve Avusturya Medenî Kanunudur. 19 uncu yy. daki hukukçular 'sözleşmeyle kararlaştırılan her zaman adildir' görüşünü kabul ettikleri için Fransız Medenî Kanunu'nda da sözleşme serbestisi ilkesine yer vermişlerdir. *Pacta sunt servanda* ilkesi ise sözleşme serbestisi ilkesini

---

<sup>64</sup> van **HOUTTE**, *Pacta sunt servanda*, s. 108; **PERILLO**, Joseph, M., 'Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts', *Tulane Journal of International Law & Comparative Law*, V.5, 1997, s. 7; **KONARSKI**, s. 406

<sup>65</sup> van **HOUTTE**, *Pacta sunt servanda*, s. 108;

<sup>66</sup> **GÜRSOY**, s. 7; **TEKİNAY**, *Sona Erme*, s. 210; **DOĞANAY**, 'Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler Akdin Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?' *Yargıtay Dergisi*, Ekim 1975, C.1, S.4, s. 30; **EREN**, *Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, İstanbul, 2003, s. 436- 437; **ZEVKLİLER**, *Aydın, Medenî Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, Ankara, 1989, s. 145; **KILIÇOĞLU**, *Genel Hükümler*, s. 179; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 368, 1005

<sup>67</sup> **GÜRSOY**, s. 7; **TEKİNAY**, *Sona Erme*, s. 210; **DOĞANAY**, *Devalüasyon*, s. 30; **PERILLO**, *Force Majeure*, s.7; **ZEVKLİLER**, *Medenî Hukuk*, s. 145; **KILIÇOĞLU**, *Genel Hükümler*, s. 179; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 368, 1005

<sup>68</sup> **KÜÇÜKYALÇIN**, *Arzu, Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması*, *AÜHFD*, C.53, S.4, Y.2004, s.105

destekleyici bir role sahiptir<sup>69</sup>. Fransız Medenî Kanunu'nun 1134 üncü maddesinde yer alan 'hukuka uygun olarak yapılan sözleşmelerin, onları yapanların kanunu sayılacağı'<sup>70</sup> hükmü ile bu ilke kanunî destek de bulmuştur<sup>71</sup>. Fransa'da *pacta sunt servanda* ilkesi çok katı bir şekilde uygulanmaktaydı. Çünkü sözleşme yapıldıktan sonra şartlarda olağanüstü değişiklikler olsa bile, hâkim sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını, ancak kanunda bu tür bir uyarlamaya izin veren hüküm varsa yapabildi<sup>72</sup>. Bu yüzden Fransa'da bu konuyla ilgili özel kanunlar çıkarılmıştır. Örneğin, 1918 yılında I. Dünya Savaşından önce yapılmış olan ticarî sözleşmelerin feshedilmesine izin veren Faillot kanunu bunlardan en bilinenidir<sup>73</sup>.

*Pacta sunt servanda* ilkesi dürüstlük kuralının<sup>74</sup> ve hukukî güvenlik ilkesinin bir gereği olarak ortaya çıkmıştır.<sup>75</sup>

Bu ilkenin dayandığı esaslar şöyle açıklanabilir: Taraflar sözleşmelerini yaparlarken sözleşmenin sonuçlarının ileride doğacağını hükme bağlamışlarsa, o zaman ileride ortaya çıkabilecek riskleri de hesaba katarak hareket ettikleri farz edilir. Bu yüzden de tedbirli davranıp, ileride ortaya çıkabilecek riskler için önlemlerini alıp, bunlara sözleşmelerinde yer vermeleri beklenir. Eğer böyle tedbirli davranmamışlarsa, artık bunun sonuçlarına katlanmaları gerekir. Çünkü

---

<sup>69</sup> KÜÇÜKYALÇIN, s.106

<sup>70</sup> HAVUTÇU, Genel İşlem Şartları, s. 27

<sup>71</sup> GÜRSOY, s. 7; FEYZİOĞLU, Necmeddin, Feyzi, Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, C.II., İstanbul, 1969, s. 385; KÜÇÜKYALÇIN, s. 106; PUELINCKX, A.H., 'Frustration, Hardship, Mücbir sebep, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances, A comparative Study in English, French, German and Japanese Law', Journal of International Arbitration, 1986 (3), s. 55

<sup>72</sup> GÖNENSAY, Samim, 'Mukavelenin Hâkim Tarafından Tadil veya Feshi', Cemil Birsel'e Armağan, İstanbul, 1939; PUELINCKX, s. 55

<sup>73</sup> GÖNENSAY, s. 164; OFTINGER, Karl, 'Carî Akitlerin Temellerinde Buhran İcabi Tahavvül (*clausula rebus sic stantibus*) Hakkında'(Çev. Davran,B.), İÜHF, 1942 C.VIII, S.3-4, s. 604; DAVID, René 'Frustration of Contract in French Law'Journal of Comparative Legislation & International Law, V. 28, 1946, s. 14; DOUDKO, 'Hardship in Contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia'ULR 2000-3, s. 492; LORENZ, Werner, 'Contract Modification as a Result of Change of Circumstances', Good Faith and Fault in Contract Law, ed. BEATSON, Jack/FRIEDMANN, Daniel, Oxford, 2002, s. 359

<sup>74</sup> EDİS, s. 313; KAPLAN, s. 118

<sup>75</sup> FEYZİOĞLU, C.II, s. 384-385; İMRE, Hâkimin İktisadî Meseleler Karşısında Durumu, s. 187; KAPLAN, s. 118; İNAL, Tamer, Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul, 2004, s. 297

sözleşmelerin sık sık değiştirilmesi iktisadî hayatın istikrarını ve güvenini olumsuz etkiler<sup>76</sup>.

Sözleşmeler yüzyılı denilen 19 uncu yy.da *pacta sunt servanda* prensibinin baskın bir teori olmasının ardında yatan bir sebep de bu çağda sözleşmeleri etkileyecek olağanüstü olayların nadiren görülmesi, ticarî sözleşmelere devlet müdahalelerinin olmamasıdır<sup>77</sup>.

İktisadî hayatta güvenin sağlanması için gerekli olan *pacta sunt servanda* ilkesinin istisnasız her zaman uygulanması hakkaniyete aykırı olur<sup>78</sup>. Bu liberal görüşün artık eskidiği de kabul edilmektedir<sup>79</sup>. Çağdaş hukuk sistemlerinde sözleşme serbestisi ilkesine çeşitli kısıtlamalar getirilmektedir.

## II. Clausula Rebus Sic Stantibus

Tarafların, sözleşmeyi yapmalarından sonra şartlarda meydana gelen değişiklikler nedeniyle üstlenmiş oldukları edimleri yerine getirmeleri son derece güçleşebilir. Sözleşme kurulduktan sonra hâl ve şartlarda meydana gelen değişiklikler nedeniyle taraflardan biri için sözleşmeden doğan borcun ifası çok zorlaştığında, sözleşmenin ifa edilip edilmemesi konusunda hukuk ilkelerinin çatıştığı görülür. Bir taraftan *pacta sunt servanda* ilkesi, sözleşmelerin aynen yerine getirilmesini gerekli kılar. Diğer taraftan sözleşme adaleti ilkesi, sözleşmelerin tarafların sözleşmeyi yaparken istemiş oldukları şartlarda sözleşmenin yerine getirilmesini gerektirir. Yani; sözleşme kurulurken tarafların edimleri arasında sağlanan dengenin sözleşmenin devam ettiği süre boyunca korunmasını

---

<sup>76</sup> FEYZİOĞLU, C.II, s. 385; KAPLAN, s. 113-4

<sup>77</sup> SORNARAJAH, M.; 'Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts' Journal of International Arbitration, 1988, s.109

<sup>78</sup> DOĞANAY, Devâlüasyon, s. 27; MASKOW, Dietrich, 'Hardship and Mücbir sebep' American Journal of Comparative Law, 1992, V. 40, N.3, s. 658; DOUDKO, 483; KAPLAN, s. 118; FLEURIS, Béatrice, 'Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts', Erişim: 20.06.2008, [www.iquesta.com/Memories-Theses/Droit/Telecharger-Memoire-force-majeure-and-hardship-clauses-im-international-commercial-contracts-84.html](http://www.iquesta.com/Memories-Theses/Droit/Telecharger-Memoire-force-majeure-and-hardship-clauses-im-international-commercial-contracts-84.html), s.1

<sup>79</sup> TEKİNAY, Sona Erme, s. 210; DOĞANAY, Devalüasyon, s. 30

gerektirir<sup>80</sup>. İşte bu çatışma bir başka özel hukuk prensibi olan *clausula rebus sic stantibus* doktrini ile çözümlür<sup>81</sup>.

*Clausula rebus sic stantibus* ilkesine göre; borçlu, ancak sözleşmenin şartları değişmediği takdirde borcunu ifa ile yükümlüdür<sup>82</sup>. Eğer şartlar, sözleşme yapıldıktan sonra önemli şekilde değişmişse, artık taraflar bu sözleşmeyle bağlı tutulamazlar<sup>83</sup>. Bu ilke, Roma hukukundan gelen bir ilke olmamasına rağmen, bu hukuka çok da yabancı olmayan bir düşünce olduğu kabul edilir. Post glossator Bartol tarafından ortaya konulmuştur<sup>84</sup>.

Fransa'da 18 nci yy. a kadar bu ilke reddedilmiştir. İtalyan ve Alman hukuk doktrininde ise, aksine, 18 nci yy.a kadar uygulama alanı bulmuştur<sup>85</sup>. 18 inci yy. da Almanların Bavyera Kanununda da bu kurala yer verilmiş olmasına rağmen Alman Medenî Kanunu (BGB)nda bu ilkeye yer verilmemiştir. Alman İmparatorluk Mahkemesinin (Reichsgericht) 1902 yılında verdiği kararda 'BGB, sözleşmelerin *rebus sic stantibus* şartıyla meydana getirildiği prensibini kabul etmemektedir'denilmiştir<sup>86</sup>.

*Clausula rebus sic stantibus* ilkesinin dayanağı şudur: Yapılan her sözleşmede zımnî bir bozucu şarta yer verilmiştir<sup>87</sup>. Bu bozucu şart; akdin yapıldığı zamandaki hâl ve şartların esaslı bir şekilde değişmemesidir. Taraflar arasındaki sözleşme yapıldıktan sonra hâl ve şartlarda meydana gelen değişiklikler nedeniyle borçlunun borcunu yerine getirmesi onu çok güç bir duruma sokabilir. Ya da

---

<sup>80</sup> **KAPLAN**, s. 118-9; **TUNÇOMAĞ**, Kenan, Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler, İÜHFİM, C. XXXII, S. 1, İstanbul, 1966, s. 885

<sup>81</sup> **ERMAN**, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul, 1979, s. 33; **KAPLAN**, s. 119

<sup>82</sup> **GÖNENSAY**, s. 165; **ERZURUMLUOĞLU**, s. 54; **OĞUZMAN**, Kemal, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul, 1985, s. 181; **EREN**, s. 437, **SORNARAJAH**, s. 113

<sup>83</sup> **OFTINGER**, *clausula rebus sic stantibus*, s. 616; **İMRE**, Hâkimin İktisadî Meseleler Karşısında Durumu, s. 187-188; **DOĞANAY**, Devalüasyon, s. 30; **SUNGURBEY**, İsmet, Medenî Hukuk Sorunları, C. V., İstanbul, 1984, s. 102

<sup>84</sup> **ERZURUMLUOĞLU**, s. 55

<sup>85</sup> **ERMAN**, s. 33

<sup>86</sup> **ERMAN**, s. 34

<sup>87</sup> **FEYZİOĞLU**, C.II, s. 386; **ERZURUMLUOĞLU**, s. 54; **DOĞANAY**, Devalüasyon, s. 32; **DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, 1976, s. 29; **REİSOĞLU**, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s. 360

sözleşme kurulurken edim ve karşı edim ilişkisi arasında oluşturulan denge değişen şartlar nedeniyle ciddî anlamda bozulmuş olabilir. İşte bu tür durumlar gerçekleştiğinde sözleşmedeki bozucu şart da gerçekleşmiş olur ve hâkimin sözleşmeye müdahalesi gerekir<sup>88</sup>.

Fransa'da I inci Dünya Savaşından önce, özel hukuk alanında sözleşmelerin değişen durumlar nedeniyle uyarlanabilmeleri için tarafların bu konuda sözleşmelerinde yer verdikleri özel bir şartla *clausula rebus sic stantibus* ilkesini kabul etmeleri gerekirdi<sup>89</sup>. Birinci Dünya Savaşının ardından yaşanan ekonomik sarsıntılar, sözleşmelerin menfaat dengelerini altüst etmiştir. Yasa koyucu bu genel durum karşısında; Savaştan önce kurulmuş olan ticarî sözleşmelerin yeni koşullara uyarlanması<sup>90</sup> ve sona erdirilmesi imkânı tanıyan 21 Ocak 1918 tarihli *Loi Failliot* adlı kanunu çıkarmıştır<sup>91</sup>. II nci Dünya Savaşının ardından da yine aynı gerekçeyle 22 Nisan 1949 Kanunu çıkarılmış ve 2 Eylül 1939'dan önce yapılmış olan sözleşmelerin 1 Temmuz 1949'dan önce dava açılması durumunda sona erdirilebileceğini düzenlemiştir<sup>92</sup>.

Fransa'da idare hukuku alanında ise, kamu hizmetinin kesintiye uğramaması düşüncesiyle herhangi bir kanunî hüküm olmamasına rağmen '*Imprévision*' teorisine dayanarak sözleşmenin değişen şartlara uyarlanarak ayakta tutulmaları imkânı vardı. BU teori ilk defa Devlet Sûrası tarafından ortaya konmuştur<sup>93</sup>. Fransız Danıştay'ı 1916 yılında verdiği kararda bunu kabul etmiştir<sup>94</sup>. Türk hukuk doktrininde de sözleşmenin ifasının imkânsızlaşmayıp da güçleştiği ve bu nedenle de uyarlanma yoluna gidilebilmesi durumunu anlatmak için 'emprevizyon' ifadesinden yararlanılmıştır<sup>95</sup>.

---

<sup>88</sup> FEYZİOĞLU, C.II, s. 386; GÜRPINAR, Damla, Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, İzmir, 2006, s. 91

<sup>89</sup> ERMAN, s. 36

<sup>90</sup> GÜRSOY, s. 40

<sup>91</sup> ERMAN, s. 34; HAY, s. 352

<sup>92</sup> GÜRSOY, s. 40; HAY, s. 352

<sup>93</sup> OFTINGER, *clausula rebus sic stantibus*, s. 613

<sup>94</sup> HAY, s. 352

<sup>95</sup> BERKİ, Şakir, Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, Ankara, 1961, s. 385; BAŞTUĞ, İrfan, Borçlar Hukuku 'Genel Hükümler', İzmir, 1977, s. 356; KARAYALÇIN, Yaşar, İstisna Akdi-Enflasyon Riski-Fiyat farkı-Kararname-Sözleşme İle Farklı Çözüm-Aşırı Enflasyon Riski'Özel HUKUKDA Meseleler ve Görüşler 'hukukî Mütalâalar'(1988-1991), IV, Ankara, 1992, s. 9

Fransız ve Anglo-Amerikan hukukları, beklenmeyen durumda, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması yoluna gidilmesini kolay kolay kabul etmezler<sup>96</sup>. Alman ve İtalyan hukukları ise, uyarlanma yoluna gidilmesini daha kolay kabul etmektedirler<sup>97</sup>.

*Clausula rebus sic stantibus* ilkesi ulusal hukuklarda kabul edildiği gibi Uluslararası Ticaret Hukuku'nda da kabul edilmektedir<sup>98</sup>. Ancak uluslararası ticaret hayatının gerekleri *clausula rebus sic stantibus* doktrininin her değişen durumda uygulanmasına, uygun değildir<sup>99</sup>. Meydana gelen değişikliğin sözleşmenin dengesini bozacak kadar ciddî nitelikli olması<sup>100</sup> nın yanı sıra sözleşmenin türüne ve somut olayın gerektirdiği hakkaniyetin dikkate alınması gerekir<sup>101</sup>. Tabii ki; bu, uluslararası ticarete, sözleşmeyle üstlenilen borçların, mutlak borç niteliğinde olduğu anlamına da gelmez<sup>102</sup>.

### III. İşlem Temelinin Çökmesi

İşlem temelinin çökmesi teorisi, Alman Hukukunda ortaya çıkmıştır. Alman Hukukunda *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin genel olarak bütün sözleşmelerde uygulanması imkânını veren bir genel hüküm bulunmamaktadır<sup>103</sup>. Buna rağmen Birinci Dünya Savaşının olumsuz hayat şartlarının etkisiyle mahkemelere *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin kanunen uygulanması yönünde yapılan başvurularda bir

<sup>96</sup> DAVID, s. 13; RAUH, Theo, 'Legal Consequences of Force Majeure Under German, Swiss, English and United States' Law' Denver Journal of International Law & Policy, V.25:1, 1996-1997, s. 160; BEALE, Hugh/HARTKAMP, Arthur/KÖTZ, Hein/TALLON, Denis, Cases Materials and Text on Contract Law, Oxford, 2002, s. 527

<sup>97</sup> HORN, Norbert, 'Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law' in Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, ed. HORN, Antwerp, 1985, Erişim: 28.9.2007, [http://tldb.uni-koeln.de / php/ pub\\_ show \\_document .php ? pubdocid=113700&pubwithme...s.6](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=113700&pubwithme...s.6)

<sup>98</sup> van HOUTTE, Pacta Sunt Servanda, s. 112; FUCCI, Frederick, R., 'Hardship and Changed-Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance', April 2006, Erişim: 25.06.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>, s. 15

<sup>99</sup> SORNARAJAH, s. 113; RAMBERG, s. 49; LEBOULANGER, s. 98; LINDSTÖRM, Niklas, 'Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law, 2006, N.1, s. 2

<sup>100</sup> ZEVLİLER, Medenî Hukuk, s. 147; FUCCI, s. 15

<sup>101</sup> FUCCI, s. 15

<sup>102</sup> RAMBERG, s. 49

<sup>103</sup> Eski Alman Medeni Kanununda sadece özel olarak düzenleme konusu yapılmış olan bazı hükümlerle trampa, karz, hizmet sözleşmelerinde sonradan meydana gelen değişiklikler durumunda ifadan kaçınabilme hakkı tanınmış olup, GÜRSOY, s. 48

patlama olmuştur<sup>104</sup>. Mahkemeler de bu talepler karşısında sözleşmeden doğan borcun, sözleşmenin yapılmasından önce tahmin edemeyecekleri kadar değişerek adeta başka bir borç hâlini alması durumunda artık dürüstlük kuralı gereği bu borcun yerine getirilmesinin beklenilemeyeceğini kabul etmiştir<sup>105</sup>. Ancak doktrinde her sözleşmenin, *clausula rebus sic stantibus* ilkesi gereği değişen durumlar karşısında sözleşmenin sona erdirilmesi yolunu açan, örtülü bir şarta yer verdiği varsayımı da pek doğru bulunmamaktadır<sup>106</sup>. Çünkü bunun kabul edilmesi durumunda ekonomik hayatın temelini teşkil eden hukukî güvenlik tehlikeye girer. Ayrıca kanunda yer almayan yeni bir borcun sona erme sebebi ortaya çıkar<sup>107</sup>.

Bu durumda sözleşme yapıldıktan sonra ortaya çıkan değişiklikler, sözleşme şartlarını etkileyip bu şartların aynen yerine getirilmesini, katlanılması son derece güç bir hâle getirdiğinde; borçlunun bu durumdan hangi hukukî müesseseye dayanarak kurtulabileceği sorusu akla gelmektedir. Alman hukukunda borçluya bu imkânı, ‘işlem temelinin çökmesi’ teorisi, vermektedir.

Alman Hukukunda Windsheid’in ortaya koyduğu *tasavvur* teorisine göre; taraflar, sözleşmelerini yaparken bazı durumların varlığına kesin olarak inanırlar ve bu durumların değişmeyeceği düşüncesiyle kararlarını verirler. Sözleşme yapıldıktan sonra tarafların dışında gelişen olaylar, onların sözleşme yaparken önem verdikleri bu durumları değiştirirse, artık sözleşmenin sona erdirilmesi<sup>108</sup> ya da uyarlanması gerekir<sup>109</sup>.

Tasavvur teorisinde eleştirilen husus; tarafların sözleşme şartlarının değişmeyeceği tasavvuruyla hareket etmiş olmalarının tespitinin ve ispatının zor olmasıdır<sup>110</sup>.

---

<sup>104</sup> GÜRSOY, s. 52-55

<sup>105</sup> GÜRSOY, s. 55

<sup>106</sup> GÜRSOY, s. 12; OĞUZMAN, s. 182; KAPLAN, s. 126; GÜRPINAR, s. 121

<sup>107</sup> ERZURUMLUOĞLU, Erzan, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara, 1970, s. 55-6

<sup>108</sup> OFTINGER, *clausula rebus sic stantibus*, s. 615

<sup>109</sup> OFTINGER, *clausula rebus sic stantibus*, s. 601; ERZURUMLUOĞLU, s. 56-7

<sup>110</sup> GÜRSOY, s. 21

Windsheid'in görüşündeki tarafları sözleşme yapmaya iten tasavvurları, Oertman, bu tasavvurların sözleşmenin karşı tarafınca da bilindiği ya da bilinmesi gerektiği durumları '*hukukî işlemin temeli*' olarak nitelendirmiştir<sup>111</sup>. Tarafların tasavvurları, mevcut duruma ilişkin olabileceği gibi ileride ortaya çıkabilecek olaylara ilişkin de olabilir. Taraflar, ileride yaşanacak olumsuz bir gelişmenin, sözleşmelerindeki edimler arası dengeyi bozmayacağı tasavvuruyla da hareket etmiş olabilirler<sup>112</sup>. Bu teoriye zaman içinde doktrindeki yazarlarda katkıda bulunarak geliştirmişleridir<sup>113</sup>. Bunlardan Larenz'in görüşüne göre; işlem temeli kavramı, sübjektif ve objektif işlem temeli olmak üzere ikiye ayrılır<sup>114</sup>.

Sübjektif işlem temeli teorisine göre; tarafların sözleşme yaparken sahip oldukları tasavvurlar o kadar önemlidir ki; eğer mevcut durumda tasavvurlarının gerçekleşme ihtimâlinin olmayacağını bilseydi, sözleşmeyi yapmayacaklardır<sup>115</sup>.

Objektif işlem temeli ise, tarafların tasavvurlarından soyutlanmıştır. Burada aranan husus, yapılan her sözleşmenin devam edebilmesi için varlığı ve devamı objektif olarak gerekli olan durumlardır. Bu durumlar, sözleşmenin anlamını oluşturur ve tarafların bu şartların bulunmadığını bilselerdi; sözleşmeyi yapmayacakları kabul olunur<sup>116</sup>.

Larenz'e göre; objektif işlem temelinin çökmesi için edimler arasındaki dengenin bozulması ya da sözleşmeden elde edilecek amacın engellenmiş olması gerekir<sup>117</sup>. Edimler arasındaki dengenin bozulmasından söz edilebilmesi için ciddi bir değişiklik olması gerekmektedir. Amacın engellenmesinde ise, o sözleşmeyle elde edilmek istenen menfaatin, elde edilme imkânının kalmama durumu söz konusu olur<sup>118</sup>.

---

<sup>111</sup> ARAT, s. 60

<sup>112</sup> ERZURUMLUOĞLU, s. 56

<sup>113</sup> ARAT, s. 60

<sup>114</sup> DURAL, s. 34; ARAT, s. 63

<sup>115</sup> ARAT, s. 63

<sup>116</sup> DURAL, s.36

<sup>117</sup> DURAL, s. 37; ARAT, s. 64

<sup>118</sup> ARAT, s. 64



Larenz'in bu iki duruma bağladığı sonuçlar farklıdır. Edimler arasındaki dengenin bozulması durumunda öncelikle sözleşmenin uyarlanması yoluna başvurulacak, bunda başarılı olunamazsa sona erdirilecektir. Amacın engellenmesi durumunda ise, sözleşmenin sona erdirilmesi daha uygun bir çözüm olacaktır<sup>119</sup>.

Türk hukuk doktrininde de sözleşme kurulurken öngörülemeyen ve sözleşmenin dengesini taraflardan birisi için katlanılamayacak kadar bozan olaylarla karşılaşıldığında, durumun önemini anlatmak için bu ifade kullanılmaktadır<sup>120</sup>. Yargı kararlarında da aynı şekilde bu kavrama yer verilmektedir<sup>121</sup>.

Aslında Alman hukukuna ait olan bir kavram olmasına rağmen işlem temelinin çökmesi kavramının Türk Hukukunda da kullanılmasında, bir sakınca görülmemektedir. Çünkü bu teorinin uygulanmasını gerektiren durumlar, Türk hukukunda da karşımıza çıkmakta ve çözüm arayışı doğmaktadır. Örneğin sonradan meydana gelen ve her iki tarafında sorumlu olmadığı bir olayın, sözleşmedeki dengenin bozulmasına sebep olduğu durumlarda hangi yasal düzenlemeye ya da teoriye dayanılarak çözüm bulunması gerektiği üzerinde tartışmalar yaşanmaktadır<sup>122</sup>. Bu tartışmalar içinde baskın görüş; sonradan meydana gelen değişikliklerin hâkimin sözleşmeye müdahalesini gerektiren bir durum olduğu ve hâkimin de sözleşmeyi uyarlamak eğer bu, mümkün olmazsa taraflara sözleşmeden dönme hakkının tanınması olduğu yönündedir<sup>123</sup>.

---

<sup>119</sup> **ARAT**, s. 64

<sup>120</sup> **ARSLANLI**, Halil, 'Ticarî Bey'de Hasar'ÜHFM, C. XIII, 1947, s. 1459; **SEROZAN**, Rona, 'Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarlama Yoluyla Düzeltilmesi-Kronolojik açıdan ayrımlı olguları ortak bir rejime bağlama denemesi' Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000 **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 451; **ASLAN**, Yılmaz İ, **ŞENYÜZ**, Doğan, **ERGÜN**, Mevci, İşletme Hukuku, Bursa, 2005, s. 344, **REİSOĞLU**, s. 361

<sup>121</sup> **KAPLAN**, s. 165 vd.daki kararlar

<sup>122</sup> Değişen durumlar karşısında sözleşmenin akıbetinin ne olacağı konusundaki başlıca görüşler; Windsheid'in kurucu şart teorisi, işlem temeli teorisi, hata teorisi, imkânsızlık teorisi, ahlâkla aykırılık teorisi, gabin teorisi, Medenî Kanununun 365 inci maddesinin II nci fıkrasındaki hükmün genelleştirilmesi teorisi, sebepsiz zenginleşme teorisi, bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **ERMAN**, s. 44-56; **ARAT**, s.56-83; **KAPLAN**, S. 139-144

<sup>123</sup> **OFTINGER**, clausula rebus sic stantibus, s. 616 vd., **ERMAN**, s. 54, vd., **BUZ**, Dönme, s. 69; **ARAT**, s. 80vd.; **KAPLAN**, s. 144, vd.; sözleşmenin değişen şartlar karşısında uyarlanması için Borçlar Kanununun 365 inci maddesinin II nci fıkrasındaki hükmün kıyas yoluyla uygulanması gerektiği yönünde bkz. **SEROZAN**, Edimler Arası Dengesizlik, s. 1025

İşlem temeli teorisinin düzenlediği hususlardan birisi de tarafların sözleşmeyi yaparken sahip oldukları tasavvurların hatalı olması durumudur. Örneğin alıcı ile satıcının bir taşınmaz satımı için anlaştıkları, ancak alıcının bu taşınmazı ticarî işletme olarak kullanma niyetiyle aldıktan sonra, söz konusu taşınmaza işletme ruhsatı verilemeyeceğini öğrenmesi durumunda alıcının bu taşınmaza yüksek bir bedel ödeyerek almış olmakta bir menfaatinin olmadığı açıktır. Böyle bir durumda alıcı, Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinin I inci fıkrasının 4 üncü bendindeki esaslı hata hükmüne dayanarak sözleşmeyle bağlı kalmaktan kurtulabilir. Aynı şekilde üçüncü bölümde İngiliz Hukukunu anlatırken ayrıntısıyla değineceğimiz Taç Giyme davalarındaki gibi bir olayda da işlem temelinin çökmesi teorisi uygulama alanı bulur. Taç giyme davalarında, taraflar, Taç giyme töreninin izlenebileceği bir otel odasını kiralamak konusunda sözleşme yapmışlardır, ama tören, Kral hastalandığı için ertelendiğinde, sözleşmeyle elde edilmek istenen amaç engellendiği için işlem temelinin çöktüğü kabul edilmektedir. Böyle bir durumda Türk Hukukunda Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinin I inci fıkrasının 4 üncü bendindeki hükümden yararlanarak borçlunun borcundan kurtulma imkânı vardır<sup>124</sup>.

#### **§ 4. TARAFLARIN HAZIRLADIKLARI SÖZLEŞMELERDE YER ALAN DEĞİŞEN DURUMLARA İLİŞKİN ŞARTLAR**

##### **I. Fiyat Ayarlama Şartları**

Uluslararası ticarî satım sözleşmelerinde yer verilen fiyat ayarlama şartlarının sözleşmeye konulmalarının amacı, sözleşmede taraf menfaatleri arasında kurulan dengenin sözleşme sonuna kadar devam etmesini sağlamaktır<sup>125</sup>.

Tarafların uzun dönemli sözleşmelerde satım konusu malın bedelini doğru tespit edebilmek için ileride karşılaşabilecekleri ve fiyatları etkileyebilme ihtimali

<sup>124</sup> REİSOĞLU, s.101

<sup>125</sup> COOP, Gragam/ GOUİFFÈS, Laurent, 'Arbitration and Pricing Mechanisms in International Gas Sale Contracts', Erişim: 20.06.2008, [http://www.gasandoil.com/OGEL/samples/freearticles/article\\_64htm](http://www.gasandoil.com/OGEL/samples/freearticles/article_64htm), s. 1; uluslar arası bir ticarî sözleşmede yer alan fiyat ayarlama şartının uygulanmasıyla ilgili yaşanan bir uyuşmazlık örneği için bkz. KARAYALÇIN, Yaşar, Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler 'Hukukî Mütalâalar'(1975-1983) II, Ankara, 1983, s. 1-9

olan bütün olayları göz önüne alarak sözleşme görüşmelerini yapmaları beklenir. İleride karşılaşılabilecekleri olumsuzluklara karşı sözleşmede farklı fiyat ayarlama şartlarına yer verebilirler. Örneğin satım konusu malın bedeline ödenecek birim fiyatın enflasyon oranına göre değişeceğini kararlaştırabilirler<sup>126</sup>. Ya da satıcı, sözleşme yapıldıktan sonra satım konusu malın değerini kendi para birimine göre belirleyip bu oranın değişmemesini sağlamak isteyebilir. Bu durumda eğer sözleşmede kararlaştırılan ödemenin yapılacağı para biriminin değeri, alıcının kendi ülkesinin para birimi karşısında artarsa, alıcı açısından ihraç edilen ürünün satın alma değeri de artar. Döviz kuru farkından kaynaklanabilecek bu tür dengesizlikleri önleyebilmek için taraflar ödemenin yapılacağı para biriminin değerinde meydana gelebilecek artışlar ve düşüşler için bir alt ve üst sınır belirleyebilirler. Örneğin taraflar sözleşmelerinde, fiyatı, 13 Nisan 2000 tarihi itibariyle Dolar- Euro paritesine göre tespit etmişlerdir. Bu paritenin % 2.5 üzerinde ya da altında kalan değişikliklerin otomatik olarak uyarlanacağını kararlaştırabilirler. Buna benzer şekilde paritenin tek bir para birimine değil de birkaç para biriminin oluşturduğu havuza bağlanması da söz konusu olabilmektedir<sup>127</sup>. Bu havuz, satım konusu malın piyasadaki alternatiflerinin fiyatından oluşan bir havuz da olabilir<sup>128</sup>. Taraflar sözleşmelerinde sözleşmenin yapıldığı tarihle ifa tarihi arasındaki para değişiminden kaynaklanan zararın yarı yarıya alıcı ve satıcıya paylaşılacağını da kararlaştırılabilmektedirler<sup>129</sup>. Uluslararası ticarî sözleşmelerde fiyat ayarlama şartıyla bağlantılı ikinci bir şarta daha yer verilebilmektedir, ona da düzeltme (corrective clause) şartı denmektedir. Bu şart, fiyat ayarlama şartının yetersiz kaldığı durumlarda taraflara sözleşmeyi yeniden müzakere edebilmelerinin<sup>130</sup> yolunu açan bir şarttır<sup>131</sup>.

Sözleşmede böyle bir düzeltme şartı olmadığı durumlarda; meydana gelen değişikliğin sözleşmedeki fiyat ayarlama şartından daha farklı bir uyarlama

---

<sup>126</sup> RAMBERG, s. 54; COOP/ GOUIFFÈS, s. 2; sözleşmede yer alan enflasyon riskine karşı koruma getiren fiyat ayarlama şartının yetersiz kaldığı bir durumda sözleşmenin uyarlanma imkânının olup olmadığına dair bkz. KARAYALÇIN, Enflasyon Farkı, s. 13

<sup>127</sup> Techniques for Covering the Risk of Exchange, Erişim: 04.03.2007 <http://www.eur-export.com/anglais/apptheo/finance/rischange/clauseindexa.htm>, s.1

<sup>128</sup> COOP/ GOUIFFÈS, s. 2

<sup>129</sup> Techniques for Covering the Risk of Exchange, s.1

<sup>130</sup> Techniques for Covering the Risk of Exchange, s. 1

<sup>131</sup> COOP/ GOUIFFÈS, s. 3

gerektirdiği iddiasıyla mahkemeye ya da tahkime başvurulup başvurulamayacağı hususları tartışmalıdır<sup>132</sup>. Sözleşmeye konulan fiyat ayarlama şartlarının geçerliliği sorunu da farklı hukuk düzenlerinde değişik şekilde çözüme kavuşturulur<sup>133</sup>. Türk Hukuku'nda koşullar, sözleşmedeki fiyat ayarlama şartını yetersiz bırakacak kadar değiştiğinde, hâkim bu şartı uyarlayabilir. Üçüncü bölümde Amerikan Hukukuyla ilgili açıklamalarımız sırasında yer verdiğimiz *Alcoa v. Essex* davası da bu konuyla ilgilidir.

Alcoa davasında mahkemenin sözleşmede yer alan fiyat ayarlama şartının değişen durumlar karşısında yetersiz bularak bu şartı uyarlama yoluna gitmesi, doktrinde eleştirilmiştir<sup>134</sup>. Alcoa kararını eleştirenler, eğer taraflar sözleşmeden doğan risklerin taraflardan birinin üstünde kalmasını istemiyorlarsa, sözleşmelerine bir mücbir sebep ya da beklenmeyen durum şartı koymalarının gerekli olduğunu belirtmişlerdir<sup>135</sup>. İngiltere'de de uzun dönemli sözleşmelerde fiyat ayarlama şartının öngörülebilir ekonomik değişiklikler için beklenmeyen durum şartının da öngörülemeyen değişiklikler için sözleşmede bulunmasının uygun olacağı kabul edilmektedir<sup>136</sup>.

## II. Beklenmeyen Durum Şartları

Uluslararası ticarî sözleşmelerde yer verilen beklenmeyen durum şartları genellikle, sözleşmenin dengesini bozan<sup>137</sup> ve sözleşme yapılırken öngörülemeyen olaylara karşı tarafların kendilerini korumak için kaleme aldıkları şartlardır. Bu şartlar, sözleşmenin ifasının imkânsız hâle geldiği durumlar için değil de güçleştiği durumlar için hazırlanırlar<sup>138</sup>.

---

<sup>132</sup> van HAUTTE, Pacta sunt servanda, s. 109; BEALE/HARTKAMP/KÖTZ/TALLON, s. 640

<sup>133</sup> BEALE/HARTKAMP/KÖTZ/TALLON, s. 640

<sup>134</sup> ZUNDEL, Michael, 'Equitable Reformation of Long-Term Contracts- The 'New Spirit' of ALCOA', Utah Law Review, N.4, 1982 s. 1002

<sup>135</sup> ZUNDEL, s. 1006

<sup>136</sup> KEMP, Karen, 'Applying the Hardship Clause', Journal of Energy Natural Resources Law, 1983, s. 119

<sup>137</sup> ERIKSEN, Eivind, 'Terrorism and Force Majeure in International Contracts', Bond Law Review, V.16, Issue 2, 2004, s. 180

<sup>138</sup> FRICK, Joachim; G.; Arbitration and Complex International Contracts, The Hague, 2001, Erişim: 23.06.2008, Erişim: boks.google.com.tr/boks?isbn=9041116621..., s. 178

Uluslararası ticarî sözleşmelerde yer verilen beklenmeyen durum şartları, Fransız hukukundaki emprevizyon, İsviçre hukukundaki *clausula rebus sic stantibus* ve Alman hukukundaki işlem temelinin çökmesi teorilerinin tarafların sözleşmelerine aktarılmasının bir yoludur<sup>139</sup>.

Taraflar, sözleşmelerinde yer verdikleri beklenmeyen durum şartından yararlanarak sözleşmenin yeni durumlara uyarlanmasını sağlayabilirler<sup>140</sup>. Anglo-Amerikan Hukuku gibi bazı hukuk sistemlerinde sözleşmenin değişen şartlar sebebiyle uyarlanması pek mümkün olmadığı için uluslararası ticarî sözleşmelerde tarafların sözleşmede kendi hazırladıkları beklenmeyen durum şartlarına yer vermeleri, bu şekilde kendilerini garantiye almaları tavsiye edilir<sup>141</sup>.

Beklenmeyen durum şartları, değişen durumlardan sonra daima sözleşmenin müzakere edilmesinin yolunu açar. Bazen taraflar arasındaki bu müzakerelere üçüncü bir kişinin de katılmasını gerektirir. Hangi olayların sözleşmenin yeniden müzakeresini gerektireceğini önceden kesin olarak tespit etmek çoğu kez mümkün olmayabilir. Yine de doğal afetler, savaş ve ihtilâl gibi politik olaylar ve devalüasyon gibi ekonomik olayların<sup>142</sup> beklenmeyen durum oluşturabileceği söylenebilir. Beklenmeyen durum şartları, müzakerede bulunan taraflara mutlaka bir anlaşmaya varma borcunu yükleyemez, ama anlaşmaya varamamaları durumunda sözleşmenin akıbetinin tespitini sağlayacak usulleri gösterir. Bunlar, uyuşmazlığın tahkime götürülmesi ya da sözleşmenin sona erdirilmesidir.

---

<sup>139</sup> **FRICK**, s. 178

<sup>140</sup> **FRICK**, s. 178

<sup>141</sup> **ERIKSEN**, s. 180; **KOLO**, Abba 'Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Projects: Applicable Legal Principles & Industry Practices', Erişim: 20.06.2008, [http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article\\_49.htm#\\_ftn150](http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_49.htm#_ftn150), s. 24

<sup>142</sup> 1997'de Asya'da yaşanan ekonomik krizden etkilenen Endonezya'da iş yapmakta olan, iş merkezi Keyman Adaları'nda bulunan bir şirketin yürüttüğü projenin 1998 yılında Endonezya hükümetinin aldığı bir kararla durdurulması nedeniyle bu şirket, sözleşmenin karşı tarafı olan Endonezyalı şirketten tazminat talep etmiştir. Endonezyalı şirket projenin durdurulmasının mücbir sebepten kaynaklandığı, o yüzden de tazminat borcunun doğmayacağını iddia etmiştir. Uyuşmazlık İsviçre'de tahkime taşınmıştır ve hakemler, mali krizin mali krizin bir mücbir sebep oluşturmayacağına bu nedenle de Endonezyalı şirketin 260 milyon \$ tazminat ödemesine karar vermişlerdir. Tenfiz aşamasında Amerikan Mahkemesi önüne gelen bu kararda mahkeme yaptığı inceleme sırasında Endonezya'da yaşanan ekonomik krizin bir mücbir sebep değil beklenmeyen durum oluşturduğu değerlendirmesinde bulunmuştur, *Karaha Bodas Company, L.I.c., Plaintiff-appellee, v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, United States Court of Appeals, Fifth Circuit.-335 F. 3d 357, Erişim: 20.06.2008, <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F3/335/357/515753>

Tarafların sözleşmeden doğan müzakere borcunu yerine getirmeyi doğrudan reddetmeleri durumunda ya da müzakereler sırasında kötü niyetli davranışlarla engellemelerde bulunmaları durumunda bir tazminat borcunun doğup doğmayacağı konusunda bir belirsizlik vardır. Çünkü bu durumların ispatı çok zordur. Ancak tarafların bu iddiaları ispatlayabildikleri durumlarda tazminat talep edilebilir<sup>143</sup>.

Taraflar, sözleşmelerinde bazı olayların beklenmeyen durum olarak değerlendirilemeyeceğini de kararlaştırabilirler. Örneğin taraflar, hammadde fiyatlarındaki artışın ya da ihracat ya da ithalat yasaklarının malın bedelini değiştirmeyeceğine ilişkin düzenlemeler yapabilirler<sup>144</sup>. Taraflar bazen sözleşmelerinde sözleşmenin ‘her koşulda ifa edilmesi gerektiği’, ‘sonradan şartlarda meydana gelen değişiklikler dikkate alınmaksızın’ sözleşmenin ifa edilmesi gerektiği yönünde genel bir hükme de yer verebilirler, ancak bu tür genel hükümler *pacta sunt servanda* ilkesinin, sözleşme metninde özel olarak düzenlenmesi niteliğinde olduğundan pek fayda sağlamaz<sup>145</sup>.

Uluslar arası ticarete tarafların sözleşmelerine koydukları bu tür olumsuz beklenmeyen durum şartlarına şu örnekler verilebilir: Vergi oranlarının, sözleşmenin yapıldığı sıradaki orana göre artış göstermesi, sözleşmenin yapıldığı sırada, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak kararlaştırılan hukuktaki sözleşmeyle ilgili kanunların değişmesi durumlarının sözleşmeyi etkilemeyeceği kararlaştırılabilir<sup>146</sup>.

### III. Mücbir Sebep Şartları

#### 1. Genel Olarak

Mücbir sebep, uluslararası ticarete, önüne geçilmesi ya da karşı konulması mümkün olmayan olaylar olarak nitelendirilmektedir. Çoğu kez sözleşmelerde yer verilen beklenmeyen durum şartları ile mücbir sebep şartlarında örnek olarak sayılan olaylar birbirinin aynıdır<sup>147</sup>. Herhangi bir olayın, mücbir sebep mi yoksa

---

<sup>143</sup> FRICK, s. 180

<sup>144</sup> KAPLAN, s. 124-125

<sup>145</sup> KAPLAN, s. 127

<sup>146</sup> ASANTE, s. 409

<sup>147</sup> ERIKSEN, s. 187

beklenmeyen durum mu olduğunu ise, somut olayın meydana geliş şiddetini inceleyerek karar verebiliriz. Bunun da sebebi, mücbir sebep oluşturan olayların beklenmeyen durum sayılan olaylarla aynı olmalarına rağmen aralarındaki fark, mücbir sebebin meydana geliş şiddeti itibariyle daha yoğun olmasıdır. Örneğin henüz olgunlaşmamış yaş sebze ihracatı için yapılan sözleşmede (alivre satış) sözleşmeye konulan bir beklenmeyen durum şartıyla taraflar, o yılki yağış miktarının metrekarede 50 kg. dan fazla olması durumunda ürünün kalitesinde bozulma olma ihtimali doğacağından sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini kararlaştırılabilir. Böyle bir şartla alıcı, düşük kaliteli ürünü almaktan ya da başlangıçta kararlaştırılan fiyattan satın alma yükümlülüğünden kurtulmuş olmaktadır. Bu sözleşmede taraflar, sel, deprem, kuraklık gibi daha ciddi olaylar nedeniyle borçlunun sözleşmeden doğan borcunu ifa edememesi durumunda tarafların sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyecekleri yönünde bir mücbir sebep şartı da koyabilirlerdi. Aslında klasik anlamda mücbir sebep şartları, borcun ifasını, imkânsızlık nedeniyle sona erdirecek olayların sayıldığı şartlardır<sup>148</sup> ve taraflara sözleşmeyi yeniden müzakere etme imkânı vermez<sup>149</sup>. Ancak aşağıda daha ayrıntılı olarak görüleceği üzere, uluslararası ticarete sözleşmeleri ayakta tutmanın artık bir uluslararası teamül olarak kabul edildiği görülmektedir. Böyle olunca da mücbir sebep şartları da tıpkı beklenmeyen durum şartları gibi sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması imkânını da veren şartlar olarak kaleme alınmaktadırlar.

## **2. Farklı Hukuk Düzenlerinde Mücbir Sebebin Sonuçlarının Aynı Olmaması**

Birçok hukuk düzeninde, eğer sözleşmeden doğan borcun ifasını ciddi şekilde engelleyen ya da edimin ifasından karşı tarafın elde edeceği menfaati azaltan ve sözleşme yapılırken öngörülemeyen bir durum ortaya çıkarsa, borçluya sözleşmeden doğan borcun ifasından kurtulma imkânı veren düzenlemeler vardır. Bu imkânlardan yararlanabilmek için borcun ifasında sözleşme yapılırken ‘öngörülemeyen’ ve edimin ifasını ‘ciddî şekilde etkileyen’ gelişmeler ortaya çıkmalıdır. İşte farklı hukuk düzenleri, ‘öngörülmezlik’ ve edimin ifasında ‘ciddî

<sup>148</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Hardship\\_clause](http://en.wikipedia.org/wiki/Hardship_clause)

<sup>149</sup> DRAETTA, Ugo; ‘Harship and Force Majeure Clauses in International Contracts’, IBLJ, N. 34, 2002, S. 350

güçlük'unsurlarını farklı şekilde anlayıp, farklı yasal doktrinlerle bağlantı kurup, farklı sonuçlara bağlayabilmektedirler<sup>150</sup>. Örneğin, Fransız hukuku'nda '*force majeure*', '*Imprévision*', Alman hukukunda '*Höhere Gewalt*', İngiliz Hukuku'nda '*doctrine of frustration of contract*'(ifanın engellenmesi ilkesi), Amerikan Hukuku'nda '*doctrine of impracticability*'(elverişsizlik ilkesi) olarak nitelendirilebilmektedirler<sup>151</sup>.

Suveyş Kanalı davalarının farklı ülke mahkemelerinde görüşülmüş olması ihtimali üzerine verilen bir örnek bu farklılığı daha iyi şekilde ortaya koyar. Suveyş Kanalı'nın kapatılması üzerine gemiler yüklerini Ümit Burnu'nu dolaşarak taşımak zorunda kalmışlardır. İngiliz Mahkemelerinde, bu durumun 'ifanın engellenmesi'nedeniyle sözleşmeyi sona erdirmesi gerektiği gerekçesiyle açılan davalardan sadece birisinde mahkeme bu talebi kabul etmiştir. (Bu davada da sözleşmede malın Suveyş Kanalı'ndan taşınacağına dair açık bir madde vardır). Bu davalar eğer bir Fransız yargıç önüne gelseydi; Fransız yargıç muhtemelen Suveyş Kanalı'nın kapatılmasının bir mücbir sebep oluşturmadığına fakat ortada bir beklenmeyen durum olduğuna karar verecekti. Eğer davaya bir Alman yargıç bakacak olsaydı, o zaman da sözleşmenin ekonomik dengesindeki değişikliklerden dolayı sözleşmenin uyarlanması gerektiğine karar verilir<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> **BERMAN**, Harold, J., 'Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade', 63 Columbia Law Review, 1963, s. 1414; **STROHBACH**, s. 40; **PUELINCKX**, s. 47 vd., **RAMBERG**, s. 49; **BEALE/HARTKAMP/KÖTZ/TALLON**, s. 638; **OĞUZ**, Arzu, Lex Mercatoria, Ankara, 2004, s. 150

<sup>151</sup> **RAMBERG**, s. 49; **KONARSKI**, s. 407; özellikle I. Dünya Savaşından sonra bazı ülkelerin hukuk düzenlerinde savaşın yarattığı olumsuzluklar mücbir sebebin unsurlarının da daha esnek bir şekilde yorumlanmasına sebep olmuştur. Öngörülebilir ama gerçekleşmesi umulmayan olaylar da bile 'öngörülemezlik'unsurunun var olduğu kabul edilmektedir. Bunun yanı sıra 'sonradan meydana gelen imkânsızlık' kavramı da 'ekonomik imkânsızlık'ı da içine alacak şekilde geniş yorumlanmaya başlanmıştır. Olağan dışı ekonomik ve politik karışıklıklar da *mücbir sebep* olarak nitelendirilmeye başlanmıştır, **BERMAN**, s. 1414; İslam Hukukunda mücbir sebep benzeri bir kavram olan 'Quwat al-Quanun'hususunda bkz. **El-Hassan**, Abd El-Wahab Ahmed, 'Freedom of Contract, the Doctrine of Frustration, and Sanctity of Contracts in Sudan Law and Islamic Law' Arab Law Quarterly, 1985, N.1, s.51 vd; **RAYNER**, Sue, 'A Note on *Force Majeure* in Islamic Law' Arab Law Quarterly, 1991, N.6, s. 86 vd., Çin hukukunda mücbir sebep ve benzeri kavramlar için bkz. **ROSS**, Lester, 'Force Majeure and Related Doctrines of Excuse in Contract Law of the People's Republic of China', Journal of Chinese Law, 1991, N.5, s.58 vd.

<sup>152</sup> **PUELINCKX**, s. 51



Bugün pek çok ulusal hukukta mücbir sebep kavramını ifade etmek için Fransız Hukuku'nda kullanılan '*force majeure*' terimi kullanılmaktadır<sup>153</sup>. Bu ifade uluslararası literatürde de geniş kabul görmektedir. Fransız hukukunda bir olayın mücbir sebep oluşturduğunu söyleyebilmek için bu olayın öngörülemez ve karşı konulamaz nitelikte olması ve olayın borçlunun dışında gerçekleşmesi ve sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirmesi gerekir<sup>154</sup>. Mücbir sebebin bu tanımı, Türk-İsviçre hukukundakine benzer.

Alman Hukukunda mücbir sebep kavramına karşılık olarak kullanılan 'Höhere Gewalt' ifadesi, bu tanımdan daha geniş ve daha esnek bir kavramdır. 'Höhere Gewalt' kavramının içine ekonomik imkânsızlık da girdiği için *mücbir sebepten* daha geniş bir kavram olduğu kabul edilir. Ayrıca BGB § 275'te öngörülemezlik unsuru da aranmamaktadır<sup>155</sup>. İngiliz hukukunda mücbir sebebi birebir karşılayan bir kavram yoktur<sup>156</sup>. İngiliz hukukunda mücbir sebebe en yakın kavram olan 'frustration' kavramı<sup>157</sup> unsurları ve sonuçları bakımından *mücbir sebepten* farklıdır. Bu farklılık ikinci bölümde ayrıntılı olarak incelenmektedir.

### 3. Uluslararası Ticarete Mücbir Sebep Kavramının Zaman İçerisinde Farklı Sonuçlara Bağlanması

Özellikle uzun dönemli uluslararası ticarî sözleşmelerde sözleşmenin devam ettiği süre içerisinde politik ve ekonomik değişimler yaşanabilir. Genel kabul gören görüşe göre; eğer meydana gelen bu değişiklikler, sözleşmeden doğan borcun ifasını, imkânsız hale getirirse ortada bir mücbir sebep vardır ve sözleşme kendiliğinden sona erer<sup>158</sup>. Eğer meydana gelen değişiklikler sözleşmeden doğan borcun ifasını

<sup>153</sup> PUELINCKX, s. 55; KONARSKI, s. 408;

<sup>154</sup> PUELINCKX, s. 55; BEALE/HARTKAMP/KÖTZ/TALLON, s. 600

<sup>155</sup> BEALE/HARTKAMP/KÖTZ/TALLON, s. 603

<sup>156</sup> DIAMOND, L., Aubrey, 'Force Majeure and Frustration Under International Sales Contracts', Mücbir sebep and Frustration of Contract, ed. McKENDRICK, Ewan, Ewan, 'The Consequences of Frustration- The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943', Force Majeure & Frustration of Contract, ed. McKENDRICK, Ewan, London, 1991, s. 171; HUDSON, A.H., 'Exemptions and Impossibility Under the Vienna Convention', Force Majeure and Frustration of Contract, ed. McKENDRICK, s. 178; LANDO, Ole, 'Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?' American Journal of Comparative Law, V. 40, 1992, s. 582

<sup>157</sup> LANDO, Principles of European Contract Law, s. 582; COLLINS, s.163

<sup>158</sup> RAJA, Patrizia, 'Unexpected Events Affecting the Performance of the Contract', Erişim: 24.07.2000, <http://themis.wustl.edu/ibll/Contract/W23Raja.htm>. 1; KONARSKI, s. 407; OĞUZ, s. 103; Avrupa Adalet Divanı, Mücbir sebebi, borçlunun kontrolü dışında gerçekleşen anormal değişikliklerin meydana gelmesinden borçlunun gerekli bütün özeni ('all due care') göstermesine

imkânsız hâle getirmeyip de aşırı derecede güçleştirirse o zaman ortada bir beklenmeyen durum<sup>159</sup> vardır ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması söz konusu olur. Ticaret hayatında yaşanan gelişmeler karşısında; mücbir sebebin dışsallık unsurunu içermeyebileceği<sup>160</sup> ya da beklenmeyen durumu da içine alacak şekilde geniş yorumlanabildiği de görülmektedir<sup>161</sup>. Uluslararası ticarî uygulamada, tarafların, hem beklenmeyen durum, hem de mücbir sebep halleri ortaya çıktığında, bu duruma bir çözüm bulmak amacıyla müzakereler yaptıkları görülmektedir<sup>162</sup>. Tarafların bu konuları müzakere etmeleri, uluslararası ticaretin taraflara yüklediği bir borç olarak kabul edilmektedir<sup>163</sup>.

Nitekim Türk Hukuku'nda da mücbir sebep konusunda yazılan ilk biyografik eserlerde, mücbir sebebin daima imkânsızlığa yol açacağı ve beklenmeyen durumun da ifayı zorlaştırıcı etkisi bulunduğu kabul edilmiştir<sup>164</sup>. Yargıtay da 1980 tarihli içtihadında bile doktrindeki bu görüşü benimser şekilde bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için borcun ifasının imkânsızlaşması gerektiğini belirtmiştir<sup>165</sup>. Biz tezimizde bu görüşten ayrılmaktayız. Bunun gerekçelerini Türk Hukukunu incelediğimiz bölümde anlatmaktayız. O bölümde vardığımız sonuç gereğince de mücbir sebebin daima borcun ifasını imkânsız kılmayıp, bazı durumlarda ifayı güçleştirebileceğini ve o zaman da sözleşmenin kendiliğinden sona ermeyip uyarlama yoluyla ayakta tutulabileceğini tespit etmiş bulunmaktayız. Vardığımız bu sonuç, uluslararası ticaret hayatında mücbir sebeple ilgili son görüşlerle de aynı doğrultudadır.

---

rağmen kaçınmaması nedeniyle borcunu ifa edememesi durumu olarak açıklamıştır, **THOMPSON**, James, E., 'Force Majeure: The Contextual Approach of the Court of Justice', *Common Market Law Review*, V.24, 1987, s. 261

<sup>159</sup> **TALLON**, Denis, 'Hardship', *Towards a European Civil Code*, The Hague, 1998, s. 328; **DOUDKO**, s. 483; **KONARSKI**, s. 407; **OĞUZ**, s. 4

<sup>160</sup> **ROSS**, s. 61

<sup>161</sup> **ROSS**, s. 61; **MARMURSZTEJN**, Muriel, 'Force Majeure Clauses of an Oil Company's Upstream Agreements: A Review', *International Business Law Journal*, N.7, 1998, s. 304; **KONARSKI**, s. 407

<sup>162</sup> **DECLERCQ**, P.J.M., 'Modern Analysis of the Legal Effect of Force Majeure Clauses in Situations of Commercial Impracticability', *Journal of Law and Commerce*, V.15, 1995-1996, s. 245; **RIMKE**, s. 232

<sup>163</sup> **OĞUZ**, s. 151

<sup>164</sup> **GÖZÜBÜYÜK**, Abdullah Pulat, *Hukukî Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller*, (Force Majeure et cas de l'imprévision), Üçüncü Bası, Ankara, 1977, s. 166

<sup>165</sup> H.G.K., 17.10.1980, E.1978/11-773, K.1980/2310, YKD, C.8, S.2, 1981, s. 144

Aslında uluslararası ticarî sözleşmelerde yer verilen mücbir sebep şartları, genellikle sözleşmeden doğan borcun ifasını imkânsız kılan engeller için hazırlanırken, beklenmeyen durum şartları, sözleşmeden doğan edimler arasındaki ekonomik dengenin bozulma ihtimaline karşı kaleme alınırlar<sup>166</sup>. Sözleşmelerde yer verilen fiyat ayarlama şartları, belirli şartların gerçekleşmesi halinde sözleşmenin kendiliğinden bu yeni duruma uyarlanmasını sağlar. Beklenmeyen durum şartları da bazen sözleşme yapıldıktan sonra meydana gelecek bazı değişikliklerin sözleşmeyi sona erdirmesi imkânını verir<sup>167</sup> ancak bunun için tarafların sözleşmeyi uyarlamak için yaptıkları müzakerelerden bir sonuç alınmaması gerekir. Bazı yazarlar, sözleşmelerde beklenmeyen durum şartına yer verilmesinin ticarî bir gelenek halini aldığını, taraflar sözleşmelerinde bu tür bir şarta yer vermemiş olsalar bile sözleşmede bu tür bir şartın var olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir, ancak tarafların beklenmeyen durum şartını sözleşmelerine bazen koyuyor olmaları, bu şartın sözleşmede yer almasının ticarî bir gelenek olarak kabul edilemeyeceğini de göstermektedir<sup>168</sup>.

Klasik mücbir sebep örneği olarak gösterilen savaş, ihtilâl gibi olayların bile gerçekten mücbir sebep oluşturup oluşturmadıklarının her somut olayda incelenerek karar verilmesi gerekir<sup>169</sup>.

---

<sup>166</sup> MARMURSZTEJN, s. 303

<sup>167</sup> Van HOUTTE, Pacta sunt servanda, s. 109

<sup>168</sup> Van HOUTTE, Pacta sunt servanda, s. 109

<sup>169</sup>LEBOULANGER, s. 98; Örneğin MTO'nun tahkim Divanı'nda verilen 7177 sayılı kararda hakemler, Irak'taki savaşı, tarafların yapmış oldukları sözleşmenin dengesini bozan, öngörülemeyen ve kaçınılmayan bir olay olarak değerlendirmemişlerdir. Söz konusu olayda taraflar, Kasım 1990'dan Mart 1991'e kadar belirli bir miktar petrol satışı için anlaşmışlardır. Sözleşmeye uygulanacak hukuk, Yunan Hukuku'dur. Tahkim yeri olarak Londra seçilmiştir. Irak'ın Kuveyt'i işgal etmesinden sonra 1991 yılının Şubat ve Nisan ayları arasında sevkıyâtı yapılacak olan dizel petrol satışı için ikinci bir sözleşme yapılmıştır. 21 Şubat 1991'de askerî harekât sona ermiştir. Bunun ardından uluslararası piyasalarda petrolün fiyatı düşmüştür. Taraflar, sözleşmede kararlaştırmış oldukları petrol fiyatının bu değişiklikten ne şekilde etkilendiğini görüşmek için bir araya gelmişlerdir. Tarafların görüşmelerinden bir sonuca varılamamıştır. Bunun üzerine satıcı, piyasadaki ciddi değişiklikleri sebep göstererek sözleşmeyi sona erdirmiştir. Alıcı da tahkime başvurmuştur. Tahkimde hakemler, sözleşme yapıldıktan sonra meydana gelen değişikliklerin ticarî uygulamalar ve iyiniyet çerçevesi içinde değerlendirilmesini yapmışlardır. Yunan Hukuku'na göre; şartların değiştiğini iddia eden tarafın bu değişikliğin öngörülemez olduğunu ispatlaması gerektiğini belirtmişlerdir. Hakemler, sözleşmenin yapıldığı sırada, yapılan sözleşmenin şartlarında değişiklik olabileceği beklentisi varsa, borçlunun, Yunan Hukuku'na göre, kendisine tanınan sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması ya da sona erdirilmesi imkânlarından yararlanamayacağını belirtmişlerdir. Bu olayda da hakemler, sözleşmenin yapıldığı sırada, Irak'ta savaş çıkacağını belli olduğunu, o yüzden de bu sözleşmenin ifasını etkileyecek değişikliklerin olabileceğini öngörmenin de mümkün olduğunu

Uluslararası ticarete sık karşılaşılan bir durum da devletlerin bir kanun çıkararak ya da başka hukukî düzenlemelerle sözleşmenin ifasını yasaklamalarıdır. Bu tür düzenlemelere dayanarak borcunu ifa etmeyen borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için de bu tür düzenlemelerin öngörülemez ve kaçınılamaz olmaları gerekir. O halde; devletin taraf olduğu sözleşmelerde devletin kendi çıkardığı kanunlara dayanarak borcunu ifa etmemesi durumunda sorumluluktan kurtulma imkânı yoktur<sup>170</sup>.

#### **4. Tarafların Mücbir Sebep Şartını Özel Olarak Düzenlemeleri ve Bunun Türk Hukukundaki Sonuçları**

Mücbir sebep teşkil eden bir olayla karşılaşıldığında, ulusal hukukların yukarıda ana hatlarıyla belirtildiği üzere; mücbir sebeple ilgili farklı düzenlemelerinin sonuçlarından doğabilecek olumsuzluklardan kurtulabilmek için, taraflar, sözleşmelerinde kendi hazırladıkları mücbir sebep şartına yer vermeyi tercih etmektedirler<sup>171</sup>.

Aslında taraflar sözleşmelerinde yer verdikleri bazı INCOTERMS kurallarıyla satım sözleşmesinde karşılaşılabilecek belirli risklere hangi aşamada kimin katlanacağı konusunda bir düzenleme yapmış olmaktadır<sup>172</sup>. Ancak tarafların, sözleşmelerinde yer verdikleri, INCOTERMS şartları, sadece sevkiyat şekillerini gösterip fiyata dahil olacak unsurları tespit etmeye ve satım konusu malda meydana gelecek hasarın ne zaman satıcıdan alıcıya geçeceğini belirlemeye yarar. Oysa bir uluslararası satım sözleşmesinde tarafların karşılaşılabileceği bir çok risk vardır. Örneğin, doğal felâketler, savaş, çatışma, abluka gibi politik riskler, taşıma faaliyetine engel olan grev, taşıma maliyetlerinin anî artışı, malın kamulaştırılması, ithalat ve ihracat yasağı getirilmesi gibi... Taraflar bu tür risklere kimin katlanacağı konusunu açığa kavuşturmak için sözleşmelerinde bir mücbir

---

belirterek yaşanan olayların bir mücbir sebep olduğu iddiasını reddetmişlerdir, **LEBOULANGER**, s. 100

<sup>170</sup> **LEBOULANGER**, s. 100; **KIRKBEŞOĞLU**, Nagehan, 'Millerlerarası Ticarete Hakemlerin Lex Mercatoria'yı Uygulamasından Kaynaklanan Sorunlar', İÜHFİM, C. LXIV, S.1, 2006, s. 279

<sup>171</sup> **KEMP**, s. 119; **PUELINCKX**, s. 52; **SORNARAJAH**, s. 109; **BRADGATE**, Robert/**WHITE**, Fidelma, Commercial Law, London, 2000, s. 36

<sup>172</sup> **BERMAN**, s. 1429

sebepler şartına yer verirler<sup>173</sup>. Satım sözleşmelerine konulan mücbir sebepler şartları genellikle satıcıyı koruyucu niteliktedir, çünkü alıcının borcu para ödemek olduğu için, bu borcun kolay kolay imkânsız hale gelmesi mümkün değildir<sup>174</sup>.

Tarafların, mücbir sebepler şartını kaleme alırken şu konulara açıklık getirmeleri tavsiye edilir: Mücbir sebepler prosedürünü hangi olaylar başlatır? Mücbir sebepler şartı, politik riskleri, iş gücü risklerini ve doğa olaylarını da içerecek midir? Mücbir sebepler şartı, bu sözleşmeyi etkileyecek kanun değişikliklerini de içine alacak mıdır? Bu şartın, mücbir sebebin sonuçlarını düzenleyip düzenlemediğini, bildirim yükümlülüğünü ve mücbir sebebin etkisinin en aza indirilmesi için bir yükümlülük getirip getirmediğini açıklığa kavuşturması beklenir. Taraflardan ikisinin de mücbir sebepler şartına dayanmaya hakkı olup olmadığı ya da bir başka ifadeyle taraflardan birinin doğan riske katlanma yükümlülüğünün olup olmadığının da bu şart kaleme alınırken açıkça belirtilmesi yararlı olur<sup>175</sup>.

Bir uluslararası ticarî satım sözleşmesi hazırlanırken mücbir sebepler durumunda karşılaşılabilecek çeşitli durumların da göz önünde bulundurulması gerekir. Örneğin, aynen ifa, zararın tazmini, cezaî şart ve faiz ödenmesi gibi talep haklarından hangilerinin talep edilebileceğinin sözleşmede düzenlenmesinde yarar vardır. Mücbir sebepler nedeniyle borçlu, belirli bir borcun ifasından mı muaf tutulacaktır, yoksa sözleşmeden doğan bütün borçların ifasından mı muaf tutulacaktır? Bir olayın mücbir sebepler olarak değerlendirilebilmesi için ne kadar bir süre borçlunun borcunu ifa edememesi gerekir? Bu durumda sözleşmenin sona erdirilmesinin ve tazminat ödenmesinin şartlarının neler olduğunun, sözleşmenin yeniden müzakere edilebilmesinin şartlarının oluşup oluşmadığının sözleşmede açıklığa kavuşturulmasında yarar vardır<sup>176</sup>.

Tarafların, yaptıkları sözleşmede yer verdikleri mücbir sebepler şartlarıyla ilgili bazı sorular akla gelebilir. Örneğin eğer taraflar sözleşmeye koydukları

---

<sup>173</sup> BERMAN, s. 1430; BRADGATE/WHITE, s. 36

<sup>174</sup> RAMBERG, s. 50

<sup>175</sup> KONARSKI, s. 409

<sup>176</sup> KONARSKI, s. 409

mücbir sebep şartında nelerin mücbir sebep oluşturacağını sayma yöntemiyle belirlemişlerse, sözleşmede saydıklarının dışında meydana gelen bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilmesi mümkün olacak mıdır? Ya da bir olay sırf tarafların listesinde yer aldığı için doğrudan doğruya mücbir sebep olarak nitelendirilecek midir yoksa bu konuda mahkemenin ayrıca bir değerlendirme yapması gerekecek midir? Ya da tarafların sözleşmelerine koydukları, borçlunun mücbir sebep halinde bile sorumluluğunun devam edeceğine ilişkin şart geçerli midir<sup>177</sup>? Farklı hukuk düzenlerinde bu soruların yanıtları da değişmektedir.

Türk hukukunda da taraflar yaptıkları sözleşmede bazı olayları mücbir sebep sayacaklarını kararlaştırabilirler<sup>178</sup>. Bu durumda taraflar sözleşmelerine bir sorumsuzluk şartı koymuş olurlar. Taraflar, bazı olayların da mücbir sebep sayılmalarına rağmen sorumluluğu ortadan kaldırmayacağını kararlaştırabilirler<sup>179</sup>. Tarafların sözleşmeye koydukları bu şartlar kamu düzenine veya emredici kurallara aykırı olmadığı sürece geçerlidir<sup>180</sup>. Yargıtay da bunu kabul etmiştir<sup>181</sup>. Burada

<sup>177</sup> KONARSKI, s. 408

<sup>178</sup> 4. H.D. 12.12.1957 T., E. 7173, K.7373, **OLGAÇ**, , Senai, Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C. I., II. Bası, İstanbul, 1969, s. 912; **FEYZİOĞLU**, C.II, s. 191; **EREN**, Uygun İlliyyet Bağı, s. 186; **İNAL**, Tamer, 'Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları', Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara, 1997, s. 47; ancak Yargıtay önceki tarihli kararlarında hangi olayların mücbir sebep oluşturacağını tarafların sözleşmelerinde belirtmeleri halinde sözleşmenin geçersiz olacağına karar vermiştir, Y.T.D. , 19.1.1937, E. 1172, K. 189, **BİRSEN**, Kemaleddin, Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Kitap, Borçların Umumî Hükümleri, III. Bası, İstanbul, 1954, s.572; **HAVUTÇU**, Ayşe, Tam İki tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir, 1995, s. 36

**TEOMAN**, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukukî Mütalâalar, kitap:8, Ankara, 1997, s. 229

<sup>179</sup>**BERKİ**, s. 386; **FEYZİOĞLU**, C.II, s. 191, 379; **EREN**, Uygun İlliyyet Bağı, s. 186; **TEOMAN**, Kitap 8, s. 229

<sup>180</sup> 'Kamu düzeni'nin amacı toplumdaki mevcut hukuk düzeni ilkelerinin ve kurumlarının korunmasıdır. Borçlar Kanununun 19/II maddesinde '...umumî intizama....mugayir bulunmadıkça iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir' ifadesi yer almaktadır. Bu durumda tarafların yaptıkları sözleşmeye koydukları sorumsuzluk şartları, eğer mevcut hukuk düzeninin ilkelerini ve kurumlarını ortadan kaldırıcı nitelikte değilse, o zaman geçerlidir, **ERTEN**, Ali, Sorumsuzluk Şartları, Ankara, 1977, s. 86. Her kanuni düzenleme kamu düzeniyle ilgili değildir. Herhangi bir kanuna özel olarak kamu düzeninin bozulmasını önlemek amacıyla hüküm konulmuşsa ve tarafların aralarında yaptıkları sözleşme de bu hükümlere aykırıysa, o zaman kamu düzenine aykırılıktan söz edilir. 'Sorumluluk' la ilgili hükümler kanunda özel olarak düzenlenmiştir, ancak bu hükümler kamu düzeni ile ilgili değil, özel menfaatlerle ilgilidir. Bu nedenle taraflar kendi sözleşmelerine kanundaki sorumlulukla ilgili hükümlerin aksine sorumsuzluk şartları koyabilirler, **ALNIAK**, M. İlhan, Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1970, C. XXXV, S.1-4, s.326-327

<sup>181</sup> Y. 4. H.D. 12.12.1957 T. 7173-7373K.; **OLGAÇ**, s. 910-911, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihadı bu, olmakla beraber, ilk yıllarda mücbir sebep sayılacak olayların taraflarca sözleşmede sayılmasını, sözleşmenin bâtil sayılmasına yol açacağı yönünde kararları da bulunmaktaydı, Y.T.D. 19.1.1937, E. 1172 , K.189 ve Y.T.D. 27.6.1941, E.459, K.1858, **BİRSEN**, s.495; Yargıtay daha sonraki

dikkat edilmesi gereken husus borçlunun borcunu mücbir sebebe rağmen yerine getirmesinin, borçlunun iflasına yol açmak gibi bir sebeple kişilik haklarını ihlâl etmemesidir. Ya da borçludan gücünün üstünde bir fedakârlık göstererek kendisinden makul olarak beklenemeyecek bir edada bulunmasının istenemeyeceğidir. Bir başka deyişle; sözleşmede kararlaştırılan hükmün Borçlar Kanununun 19 uncu maddesindeki emredici hükme aykırı olmaması gerekir. Tabii ki; sözleşme yapılırken ileride karşılaşılabilecek olayın şiddeti tahmin edilemeyeceğinden, sözleşmede böyle bir şarta yer verilmesi baştan geçersiz sayılamaz. Örneğin taraflar sözleşmelerinde doğal afetlerle karşılaşılmasının satım konusu malın tesliminde gecikilmesinden sorumluluğu kaldırmayacağını kararlaştırmış olabilirler. Tarafların sözleşmelerinde yer verdikleri bu şart geçerlidir. Ancak borçlunun, her türlü tedbiri almış olmasına rağmen işletmesinin bir sel felaketinden etkilenerek üretiminin durması nedeniyle, borcunu yerine getirememesi durumunda borçluyu, bu durumdan sorumlu tutmak Medenî Kanunun 2 nci maddesinin II nci fıkrasındaki hakkın kötüye kullanılmaması yükümlülüğüne aykırı olacağından Borçlar Kanununun 19 uncu maddesindeki emredici hükme de aykırı sayılır.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da borçlunun, sözleşmede yer alan mücbir sebep şartında sayılan olaylardan birinin gerçekleştiğini iddia ederek borcundan kurtulmak istediği durumlarda karşımıza çıkar. Sözleşmede sayılan bu olay gerçekte mücbir sebep oluşturacak kadar büyük bir şiddetle gerçekleşmemiş olabilir. Böyle bir durumda tarafların uyuşamaması durumunda sözleşmeye bakan hâkim, borçlunun sorumluluktan kurtulma talebinin Medenî Kanunun 2 nci maddesindeki dürüstlük kuralına aykırı olacağına karar verecektir.

---

kararlarında mücbir sebebin sözleşmede sayılmış olması durumunda sözleşmeyi geçersiz saymamıştır. Yargıtay, bir kararında; taraflarca mücbir sebep oluşturacak olaylar sözleşmede sayılmış olduğundan ve 'havaların yağışlı gitmesi'nin bu sayılan olaylar arasında yer almaması nedeniyle bu olayın mücbir sebep olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmıştır, Y. 3. H.D. 3.4.1958 , E. 988, K.937, **OLGAÇ**, s. 911; Yargıtay'ın başka bir kararına konu olayda; borçlu borcunu mücbir sebep nedeniyle yerine getiremediğini iddia etmektedir ve sözleşmelerinde de bu olayın mücbir sebep oluşturacağı açıkça belirtilmiştir. Buna rağmen Yargıtay ilk derece mahkemesinin bu olayın objektif anlamda bir mücbir sebep oluşturup oluşturmadığının araştırılmamış olmasının bir eksiklik olduğunu belirtmiştir, Y. T.D., 22.12.1951, E.353, K.6394. **CANSEL**, s. 421, sözleşmede mücbir sebep şartına yer verilmiş olması, bu şartta yer alan bir olayın objektif anlamda mücbir sebep sayılıp sayılmadığının araştırılmasına engel değildir, **CANSEL**, s. 426

Uluslararası uygulamada ticari sözleşmelerde mücbir sebep ile ilgili maddelerde, genellikle mücbir sebebin tanımı, mücbir sebep olarak nitelendirilen olaylara örnekler, tarafların sahip oldukları haklar, mücbir sebep meydana geldiğinde yapılması gereken ihbarlar ve mücbir sebep oluşturan olayların süresi yer almaktadır<sup>182</sup>. Taraflar, bu şartlarda, mücbir sebebin etkisini azaltmak için bazı yükümlülüklerle de yer verebilirler. Ayrıca mücbir sebebe dayanmak konusunda her iki tarafın da eşit hak sahibi mi oldukları yani değişen şartlar karşısında taraflardan hangisinin riskleri üstleneceğine dair hususlara da yer verilir<sup>183</sup>.

Uluslararası ticarî sözleşmelerde taraflar, bazen beklenmeyen durum niteliğindeki olayları ve bu durumda nasıl bir hukukî süreç izleneceğini de mücbir sebep şartı içinde düzenleyebilmektedirler<sup>184</sup>. Ancak, sözleşmelerinde beklenmeyen durumla ilgili ayrı bir şartta da yer verebilirler<sup>185</sup>. Bu beklenmeyen durumla ilgili şartta, sözleşmenin ifasının imkânsız hâle gelmesi durumu değil de daha ziyade, sözleşmenin ifasının zorlaşması ya da ekonomik olarak daha külfetli hale gelmesi durumları düzenlenir<sup>186</sup>.

Taraflar, sözleşmelerinde yer verecekleri mücbir sebep ve beklenmeyen durum şartlarını, buldukları ticaret sektörünün adetlerini dikkate alarak kaleme alırlar<sup>187</sup>. Örneğin bir demir ticareti yapan tacirin sözleşmesine koyacağı mücbir sebep şartıyla, bir hububat tacirinin sözleşmesinde yer vereceği mücbir sebep şartı aynı olmayacaktır.

Kural olarak, uluslararası ticarî sözleşmelere uygulanacak hukuk olarak seçilen ulusal hukuklardan yararlanarak, değişen şartlar karşısında borçtan kurtulmak pek sık karşılaşılan bir durum değildir<sup>188</sup>. Zaten, bu imkânın yaygınlaşması, ticarî ilişkilerde basiretli olma kuralının hafifletilmesine yol açar, oysa ticaret hayatında

---

<sup>182</sup> DECLERCQ, s. 251-2

<sup>183</sup> DECLERCQ, s. 247; KONARSKI, s. 409

<sup>184</sup> BERMAN, s. 1430; KONARSKI, s. 407

<sup>185</sup> KEMP, s. 119; BEALE/HARTKAMP/KÖTZ/TALLON, s. 653

<sup>186</sup> BERMAN, s. 1430

<sup>187</sup> KONARSKI, s. 407

<sup>188</sup> RAMBERG, s. 49; Avrupa Adalet Divanı da karşısına gelen 40'tan fazla davadan sadece 2'sinde mücbir sebep bulunduğuna karar vermiştir, THOMPSON, s. 269



tarafların girdikleri ticarî ilişkinin geleceğini görebilmeleri çok önemlidir.<sup>189</sup>. Uluslararası tahkimde hakemler, sözleşmede yer alan beklenmeyen durum şartlarının içeriklerine son derece sadık kalmakta bu şartlarda bir değişiklik yapmayı uygun görmemektedirler. Örneğin, sözleşmede yer alan döviz kurlarının değişmesiyle ilgili fiyat ayarlama şartından, hammadde fiyatlarında artış olması halinde yararlanılmamaktadır.<sup>190</sup> Benzer şekilde, hakemler, sözleşmede satış fiyatının tespit edilmesi için altı ayda bir, bir araya gelinmesini kararlaştırmışlarsa artık bu sürenin ortasında meydana gelen yeni değişiklikleri görüşmek üzere bir araya gelinmesini uygun bulmamışlardır<sup>191</sup>.

## 5. Uluslararası Ticari Sözleşmelerde Mücbir Sebebi Tanımlama Yöntemleri

Tarafların sözleşmelerinde özel olarak yer verdikleri mücbir sebep şartlarında çeşitli yaklaşımlar izlenmektedir. Bunlar başlıca üç grupta toplanabilir: Örneğin, ifaya engel teşkil eden ve borçluyu sorumluluktan kurtaracak olayların genel bir tanımı yapılabilir, engel teşkil eden olayların bir listesine yer verilebilir ya da borçluyu sorumluluktan kurtaracak olan özen yükümlülüğüne yer verilebilir<sup>192</sup>.

### A) Genel Tanım Yöntemi

Tarafların, sözleşmelerine koydukları, mücbir sebebe ilişkin tanımlarda genellikle ortaya çıkan engelin ifada bulunamayan tarafın kontrolü dışında gerçekleşmesi ve sözleşme yapıldığı tarihte böyle bir engelin ortaya çıkabileceğinin bu kişi tarafından normal şartlarda öngörülememesi, bu engelin sonuçlarından kaçınılamaması ya da karşı konulamaması gerektiğine yer verilir<sup>193</sup>.

Genel tanım yönteminin avantajı, tanımdaki özellikleri taşıyan her olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilecek olmasıdır. Bu yaklaşım, mücbir sebep teşkil eden olayları sayma yönteminde tarafların mücbir sebep olarak

<sup>189</sup> RAMBERG, s. 49; SEALY/HOOLEY, s. 44

<sup>190</sup> MTO'nın 2478 sayılı 1974'te verilen kararı, van HOUTTE, pacta sunt servanda, s. 110

<sup>191</sup> MTO'nın 5953 sayılı 1989'da verilen kararı, van HOUTTE, pacta sunt servanda, s. 110

<sup>192</sup> McINNIS, F.A., 'Frustration and Force Majeure in Building Contracts' Force Majeure and Frustration of Contract, ed. McKENDRICK, s. 158; MARMURSZTEJN, s. 790-793; KONARSKI, s. 409

<sup>193</sup> RAJA, s. 6

değerlendirecekleri ancak listeye yazmayı ihmal ettikleri bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilememesi riskini ortadan kaldırır<sup>194</sup>.

### **B) Mücbir Sebep Teşkil Eden Olayları Sözleşmede Sayma Yöntemi**

Mücbir sebep şartları genellikle soyut bir tanım ve mücbir sebep teşkil eden olayların örnekleyici bir listesini içerirler<sup>195</sup>. Taraflar, mücbir sebebe şunları örnek olarak gösterebilirler: Sel baskını, kuraklık, deprem, fırtına, yangın, şimşek, salgın hastalık, savaş<sup>196</sup>, isyan, sivil karışıklık, sivil itaatsizlik, işçi uyuşmazlığı, işgücü ya da hammadde eksikliği, sabotaj,<sup>197</sup> terör<sup>198</sup> faaliyetler gibi...

<sup>194</sup> RAJA, s. 6

<sup>195</sup> DECLERCQ, s. 232; ERDEM, Ercüment, SİF Satışlar CIF Sales, İstanbul, 1999, s.86; RIMKE, s. 230; RAJA, s. 115; KONARSKI, s. 412, Tarafların sözleşmelerinde yer verebilecekleri bu tür bir mücbir sebep şartı şu şekilde kaleme alınabilir: Taraflardan hiç biri zarardan, borcun ayıplı ifa edilmesinden ya da temerrüitten dolayı sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanmaktan sorumlu tutulamaz. Bunun için söz konusu ayıp ya da temerrüdün; Tanrının İşi (Act of God), hükümet yasakları (ihracat ya da başka izinlerin iptal edilmesi ya da verilmemesi gibi...), savaş, isyan ya da borçlunun borcunu ifa etmesini engelleyen ve makul olarak onun kontrolü dışında kalan başka bir sebepten kaynaklanması gerekir (*Neither party shall be liable in damages or have the right to terminate this Agreement for any delay or default in performing hereunder if such delay or default is caused by conditions beyond its control including, but not limited to Acts of God, Government restrictions (including the denial or cancellation of any export or other necessary license), wars, insurrections and/or any other cause beyond the reasonable control of the party whose performance is affected*), Force Majeure Example Clauses, Erişim: 20.06.2008, <http://www.library.yale.edu/~llicense/forcecls.shtml>, s.1

<sup>196</sup> Uluslararası ticari tahkimde hakemler, savaşta ancak savaşta çarpışmaların sözleşmedeki borcun ifasına doğrudan bir etkisi varsa ifayı engelleyici ve sorumluluktan kurtarıcı bir sebep olarak kabul etmektedirler. Bu nedenle eğer sözleşmeden doğan borcun ifası mümkün olmasına rağmen maliyeti çok yükselmişse mücbir sebep tartışması reddedilebilir. Örneğin, MTO'nun 2546 sayılı kararına konu olayda Avusturyalı bir alıcı ile İsraili satıcı arasında ham madde satışına ilişkin bir sözleşme yapılmıştı. Alıcı bir miktar malın sevkiyatı yapılmadığı için tazminat talep etmektedir. İsraili satıcı borcunu ödeyememesine sebep olarak 1973 yılının Ekim ayında çıkan Yom Kippur savaşını gerekçe göstermiştir. 1974 yılının Mart ayına kadar bu savaş nedeniyle İsrail'den sınır ötesine yapılan taşımaların düzenli yapılma imkânının olmadığını belirtmiştir. Savaşın çıktığı 8 Ekim 1973'te bu savaşın çıkması, aslında sözleşmede yer verilen mücbir sebep şartının gerçekleşmesi anlamına gelmektedir, ancak borçlu bu tarihten sonra da alacaklıya mal göndermeye devam etmiştir. Ocak 1974'te borçlu mücbir sebep nedeniyle kalan malları gönderemeyeceğini, bildirerek, Yom Kippur savaşının bir mücbir sebep oluşturduğunu ileri sürmüştür. Borçlu, kalan malların sevkiyatını yapmanın imkânsız olmadığını, ancak maliyetlerinin artması nedeniyle kararlaştırdıkları bedelde bir artış talep etmiştir. Uyuşmazlık tahkimde İngiltere'de ve İngiliz hukukuna göre çözüme kavuşturulmuştur. Hakem savaşın bu sözleşmede malların üretilmesini engellemediğini sadece sevkiyatın yapılmasında bazı düzensizlikler yaşanmasına sebep olduğuna karar vermiştir. Hakem, ayrıca, borçlunun maliyetlerdeki artışı gerekçe göstererek ifanın engellenmesi doktrini gereği sözleşmenin sona erdirilmesi talebini de haklı bulmamıştır. Hakem, kendi görüşüne göre; maliyetlerde %20 oranındaki bir artışın bile ifanın engellenmesi doktrininin uygulanması için yeterli olmayacağına belki %300 oranındaki bir artışın sebep olabileceğini belirtmiştir. Bu hakem kararından anlaşılacağı üzere savaşın, mücbir sebep olarak sözleşmeyi sona erdirebilmesi için savaş nedeniyle yaşanan çarpışmaların borcun ifasını doğrudan doğruya engelleyici bir etkisinin olması gerekmektedir, MELIS, Werner, 'Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practices of the ICC Court of Arbitration, 1 Journal of International Arbitration, 1984, s. 218; Ayrıca bir çok askeri çatışma devletler genel hukuku bağlamında

Eğer taraflar, ortaya çıkmaları halinde sözleşmelerini sona erdirecek olan olayları sayma yöntemini benimsemişlerse, tahkimde uyuşmazlığa bakan hakemler sözleşmeyi sona erdirmek için bu sayılanlarla bağlı kalmayı tercih etmektedirler<sup>199</sup>. Ama tarafların karşılaşılabilecek her değişikliği başlangıçta öngörüp buna mücbir sebep şartı içinde yer vermeleri son derece güçtür. Uygulamada, tarafların yapmış oldukları sözleşmedeki mücbir sebep şartı içinde yer almayan, fakat sözleşme yapılırken öngöremedikleri bir durumla karşılaşmaları halinde de mücbir sebep nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesi ya da beklenmeyen durum nedeniyle sözleşmelerinin uyarlanmasını istedikleri görülmektedir. Bu durumda hakemler, söz konusu olay, sözleşmede yer alan beklenmeyen durum şartının içinde sayılmasa bile beklenmeyen durumla ilgili genel hukuk kuralları uygulanarak, ortaya çıkan bu yeni olayın beklenmeyen durum oluşturup oluşturmadığına karar verileceğini kabul etmektedirler<sup>200</sup>.

Nitekim ‘öngörülemezlik’, mücbir sebebin unsurlarından biri olduğuna göre; hâkimlerin ya da hakemlerin mücbir sebep teşkil eden olayları belirlerken sözleşmede sayılan olayları genişleten bir yorum yapmaları doğaldır<sup>201</sup>. Ancak bir olayın mücbir sebep oluşturup oluşturmadığına karar verirken, bu olayın sözleşmede sayılan tür ve nitelikte olmasına dikkat ederler. Örneğin, Yunanistan’ın fener kulelerinin bombalanmasından doğan zararın ödenmesi için açtığı davada mahkeme ‘bombardıman’ın da sözleşmede sayılan ‘savaş’ gibi insanların sebep olduğu bir fiil

---

‘savaş’ olarak nitelendirilmediği için tarafların sözleşmelerini düzenlerken koymak istedikleri mücbir sebep şartını ‘ilan edilmiş ya da edilmemiş savaş ya da savaş benzeri herhangi bir olay’ şeklinde düzenlemeleri menfaatlerine olur, **KONARSKI**, s. 427

<sup>197</sup> **KONARSKI**, s. 412 Doktrinde kamuya ait bir şirketin kendi devleti tarafından konulan bir ihracat yasağına mücbir sebep olarak dayanıp dayanamayacağı tartışmalıdır. Bu konudaki bir tahkim kararı doktrine yardımcı olabilir: 1979’da House of Lords *Czarnikow Ltd v. Rolimpex* davasında Polonya devletinin ticaretle uğraşan bu şirketinin hükümetten bağımsız olduğunu ve şeker pancarı üzerine ihracat yasağı getirilmesinin bu şirketin kontrolü dışında olduğuna karar vermiştir. Bu durum tarafların bu sözleşmede de yer verdikleri İşlenmiş Şeker Kurumu (Refined Sugar Association) nun standart kurallarına göre mücbir sebep teşkil eden (C. *Czarnikow Ltd v. Rolimpex (1979) A. C. 351*) bir ‘hükümet müdahale’sidir, **KONARSKI**, s. 427

<sup>198</sup> Amerika Birleşik devletlerine yönelik 11 Eylül saldırılarından sonra, uluslararası ticarî sözleşmelere konulması gündeme gelen terör faaliyetlerinin kapsamını belirlemenin zorluğu konusunda bkz. **ERİKSEN**, s. 187 vd.

<sup>199</sup> van **HOUTTE**, *Pacta sunt servanda*, s. 110; **ŞANLI**, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması*, s. 40-41

<sup>200</sup> **ROSS**, s. 62; van **HOUTTE**, *Pacta sunt servanda*, s. 110

<sup>201</sup> **ROSS**, s. 62

olduğunu göz önüne almıştır. Bu yorumu yaparken mahkeme sözleşmede yer alan ‘gibi’ ifadesine de dayanmıştır<sup>202</sup>.

Yine de tarafların mücbir sebep şartını kaleme alırken sayılan olayların örnekleyici mi yoksa sınırlı bir listemi olduğunu belirtmeleri tavsiye edilir<sup>203</sup>. Taraflar, sözleşmede bazı olayları sayıp bunların mücbir sebep oluşturmayacağını da belirtebilirler<sup>204</sup>.

Kendisine karşı mücbir sebep iddiasında bulunulan kişinin, (sözleşmede mücbir sebep teşkil eden olaylarla ilgili bir sınırlama getirilmemiş olsa da) mücbir sebep oluşturduğu ileri sürülen olayın ticari örf ve adetler gereği mücbir sebep oluşturmayacağını ileri sürebilirler<sup>205</sup>.

### ***C) Yeterli Özen Yöntemi***

Taraflar, sözleşmelerinde mücbir sebep şartı olarak ‘borcun ifasının imkansız hâle geldiğini’ni tespiti yarayan bir kıstasa da yer verebilirler. Meydana gelen olayın etkilerinden kurtulmanın, mümkün olup olmadığını belirlemek için bir özen standardı getirilebilir. Böyle bir şart şu şekilde kaleme alınabilir: Mücbir sebep, yeterli özeni göstermesine rağmen ilgili tarafın engel olamayacağı ya da üstesinden gelemeyeceği durumlardır’<sup>206</sup>.

Burada üzerinde durulması gereken husus; yeterli özenin gösterilmiş olması için ‘her şeyin yapılması’ şartının mı yoksa ‘ihmal’ şartının mı esas alınacağıdır<sup>207</sup>.

---

<sup>202</sup> ROSS, s. 62

<sup>203</sup> RAJA, s. 6

<sup>204</sup> RAJA, s. 115

<sup>205</sup> ROSS, s. 62

<sup>206</sup> KONARSKI, s. 410

<sup>207</sup> KONARSKI, s. 410-411

Uygulamada verilen karar örneklerinden bu konuda bir birlik sağlanamadığı görülmektedir: *Gulf Oil Corp. v. FERC* kararında, Amerikan Temyiz Mahkemesi, mücbir sebep şartındaki yeterli özen borcunun yerine getirilmesi için ilgili tarafın mücbir sebep teşkil eden olayın ya da sonuçlarının meydana gelmesini engellemek ya da en aza indirmek için elinden gelen her şeyi yaptığını ispatlaması gerektiğine karar vermiştir<sup>208</sup>. Bir başka olayda ise Teksas Temyiz mahkemesi ilgili tarafın mücbir sebebin üstesinden gelmek amacıyla yeterli özeni göstermiş sayılması için piyasa fiyatının beş katını ödeyerek gaz satın almasına gerek olmadığına karar vermiştir<sup>209</sup>.

Bu yöntemde mücbir sebep iddiasında bulunarak sorumluluktan kurtulmak isteyen taraf, meydana gelen olaydan kaçınmak ya da üstesinden gelmek için yeterli özeni göstermiş olmalı ve kendi ihmaliyle bu olayın meydana gelmesine sebep olmamış, buna engel olmak için ya da ortaya çıkan soruna çözüm bulmak için zamanında hareket etmiş olmalıdır<sup>210</sup>.

Sözleşmede yeterli özen yöntemine yer verilmiş olması durumunda taraflardan hiçbiri kendi ihmali dışında bir sebepten dolayı borcunu ifa edememekten dolayı sorumlu tutulamaz Tabii ki, bu şart, tarafların kendilerinin de dahil olabilecekleri bir grev ya da iş uyuşmazlığını bastırmaları gerektiği şeklinde yorumlanamaz<sup>211</sup>.

---

<sup>208</sup> *Gulf Oil Corp. v. FERC*, 743 F.2d 166 (U.S. Court of Appeals, 3d Circuit. September, 4, 1984., Erişim: 21.03.2006, <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/743/743F2d.166.82-3137.html>,

<sup>209</sup> Texas Power Corp., no: 14-98-00346-CV, 1999 Tex. APP. LEXIS 6014 (August, 12, 1999), **KONARSKI**, s. 426

<sup>210</sup> **KONARSKI**, s. 413

<sup>211</sup> **KONARSKI**, s. 412; Mücbir sebepte, borçlunun ya da sorumlu olduğu kişilerin ihmallerinin bile bulunmaması gerektiğini açıkça ifade eden bir mücbir sebep şartı şu şekilde kaleme alınabilir: Taraflardan hiçbiri, (vadesi gelmiş para borçları hariç olmak üzere) bu sözleşmeden doğan herhangi bir ayıptan ya da temerrütten, eğer söz konusu ayıp ya da temerrüt; borçlunun kusuru ya da ihmali olmaksızın kontrolü dışında gerçekleşmişse tedarikçilerinin, alt müteahhitlerinin, taşıyıcılarının ya da taşeron (aslında bu sözleşme gereği kendi borcunu yerine getiren tarafın) vb gibi kişilerin kusuru yoksa, sorumlu tutulamaz. Sorumluluktan muafiyetini talep eden tarafın söz konusu olayın ortaya çıkışı ile ilgili detayları yazılı olarak derhal karşı tarafa bildirmesi gerekir. Sözleşmede kararlaştırılmış olan ifa tarihi, yaşanan böyle bir olayın devam ettiği süre kadar uzatılır. (*Neither party shall be liable for any failure or delay in performance under this Agreement (other than for delay in the payment of money due and payable hereunder) to the extent said failures or delays are proximately caused by causes beyond that party's reasonable control and occurring without its fault or negligence, including, without limitation, failure of suppliers, subcontractors, and carriers, or party*

Özen yükümlülüğünün kapsamı, ilgili iş koluna göre farklılık gösterebilir. Örneğin petrol ve gaz sözleşmelerinde ‘uluslararası petrol endüstrisi uygulamalarına uygun olan yeterli özenle hareket etmek’ şeklinde bir şart kaleme alınabilir<sup>212</sup>.

Özen yönteminde basiretli iş adamının göstermesi gereken özen de bir kriter oluşturabilir. Uluslararası ticarete, basiretli tacir, ‘sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmek için iyiniyetle hareket eden, borçlarını ifa ederken genel olarak aynı iş kolunda aynı ya da benzer şartlar altında çalışan yetenekli ve deneyimli bir işletenden genellikle ve makul olarak beklenen düzeyde yetenek, özen, öngörü ile hareket eden kişi olarak tanımlanır<sup>213</sup>. Bir görüşe göre; basiretli tacirin bir özelliği de karşı tarafın menfaatlerine yeterince saygılı olmasıdır<sup>214</sup>.

## **§ 5. ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜNDE ULUSAL HUKUKLARIN ve ULUSLARARASI TİCARET HUKUKUNUN ROLÜ**

### **I. Genel Olarak Uluslararası Ticarî Uyuşmazlıkların Çözüm Yerleri**

Yüzyıllar öncesinde bile insanların, mallarını sınır ötesindeki insanların mallarıyla değiş tokuş ettikleri bilinmektedir. O zamanlar, insanlar kendilerinde bulunmayan ya da üretemedikleri malları diğer halklardan almaktaydılar. Bugün ise; uluslararası ticaret sadece kendisinde olmayan malı elde etmek amacıyla değil, kendisinde üretilen malı daha ekonomik elde etmek amacıyla da yapılmaktadır<sup>215</sup>.

Uluslararası ticaret genellikle mal satışı yoluyla yapılır. Örneğin satıcı ve alıcı farklı ülkelerde bulunurlar ve malların bir ülkeden diğerine gönderilmesi

---

*to substantially meet its performance obligations under this Agreement, provided that, as a condition to the claim of nonliability, the party experiencing the difficulty shall give the other prompt written notice, with full details following the occurrence of the cause relied upon. Dates by which performance obligations are scheduled to be met will be extended for a period of time equal to the time lost due to any delay so caused), Force Majeure Example Clauses, s. 1*

<sup>212</sup> KONARSKI, s. 410

<sup>213</sup> HARDAKER, Guy; Force Majeure and Take or Pay Contracts for Power Stations: The Buyer's Perspective', Erişim: 23.04.2006, <http://www.hfw.com/13/new/new13c002.html>.s.4

<sup>214</sup> KONARSKI, s. 411

<sup>215</sup> CHUAH, J. C. T., Law of International Trade, London, 2005, s. 11

gerekir<sup>216</sup>. Satılacak bu malların öncelikle tedarik edilmeleri gerekir. Mallar, tedarikleri sırasında ya da teslim edilecekleri yere taşınırken genellikle sigorta ettirilirler<sup>217</sup>. Çünkü bu sözleşmeler, malların ülke içinde başka bir yere gönderilmesini gerektiren yerel sözleşmelerden daha risklidir<sup>218</sup>. Uluslararası ticarete mal bedelinin ödenmesi için de uluslararası ticaretin gereklerine uygun bir çok ödeme şekli bulunmuştur<sup>219</sup>. Ancak bu konuda da döviz kurlarındaki değişikliklerden kaynaklanan bir risk vardır. Bundan başka uluslararası ticarî sözleşmelerde politik risklerle karşılaşma ihtimâli de vardır: Örneğin, malın ifa yerinde ya da taşımanın yapılacağı güzergahta savaş çıkması, malın teslim edileceği limanın abluka altına alınması gibi...Tarafların bu riskleri karşılamak üzere sözleşmelerinde özel olarak hazırladıkları fiyat ayarlama şartlarına, beklenmeyen durum ve mücbir sebep şartlarına yer verdiklerini görmüştük. Taraflar, bu risklerin bazıları için sigorta yaptırırlar, ancak sigortayla karşılanamayacak riskler de vardır ve taraflar hazırladıkları sözleşmelerde bu riskleri de en aza indirmeye çalışırlar. Örneğin sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk seçimi bu açıdan önemlidir<sup>220</sup>.

Uluslararası ticarî uyuşmazlıklar genellikle tahkimde çözüme kavuşturulurlar<sup>221</sup>. Devlet yargısına göre; tahkimin bazı avantajları vardır, o yüzden de uluslararası ticarete taraflar tahkime gitmeyi tercih ederler. Bu avantajlardan kısaca bahsedecek olursak; bunlardan ilki, tahkimin ulusal mahkemelere göre daha tarafsız nitelikte görülmesidir. Uluslararası ticarete genellikle farklı uluslardan tacirlerin bir araya gelmeleri söz konusu olduğundan doğan uyuşmazlığın da bu tacirlerin ülkelerindeki mahkemelerde görülme ihtimali ortaya çıkmaktadır ve taraflar uyuşmazlığın karşı tarafın ülkesinin mahkemesinde görülmesinin kendisi aleyhine bir sonuç çıkma ihtimali olacağı düşüncesiyle istememektedirler<sup>222</sup>.

---

<sup>216</sup> ODEKE, s. 13

<sup>217</sup> RAMBERG, s.60; ODEKE, s. 12; BURROWS/PEEL, s. 463

<sup>218</sup> BURROWS/PEEL, s. 463; FLEURIS, s. 1

<sup>219</sup> ODEKE, 12-13

<sup>220</sup> BURROWS/PEEL, s. 463; , BERNARDINI, Piero, 'International Arbitration and A-National Rules of Law', ICC International Cort of Arbitration Bulletin Vol. 15/No.2-Fall, 2004, s. 58

<sup>221</sup> MURRAY, John, S./ RAU, Alan Scott/ SHERMAN, Edward, S. Arbitration, New York, 1996, s. 29; BLAUROCK, Uwe, 'The Law of Transnational Commerce', The Unification of International Commercial Law, Baden-Baden, 1998, s. 17

<sup>222</sup> AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003, s. 27

Tahkimin gizlilik esasına dayanıyor olması uluslararası ticarete itibarının zedelenmesini istemeyen büyük şirketler için bir avantaj olmaktadır<sup>223</sup>. Tahkimin, devlet yargısına göre en büyük avantajı ise, uluslararası tahkimde verilen kararların tenfizinin ulusal mahkemelerde verilen kararlara göre daha kolay olmasıdır. Uluslararası tahkimde verilen kararların tenfizi konusunda bir uluslararası sözleşmeye taraf olunmuş olması yeterliyken, ulusal mahkemelerde verilen kararların tenfizi için genellikle uyumsuzluğun tarafı olan ülkeler arasında bu konuda karşılıklı bir Antlaşma olması gerekmektedir. Ulusal mahkemelerde verilen kararların tenfizi konusunda da çok taraflı antlaşma vardır ve ülkeler buna taraf olabilirler, ama daha ziyade ülkelerle tek tek sözleşme yapmak gibi daha külfetli bir yol tercih edilmektedir. Bu nedenle de bir çok ülkede, başka bir ülkede verilen bir yargı kararının tenfizi, uluslararası tahkim kararlarının tenfizinden daha zordur<sup>224</sup>. Nitekim Türkiye de uluslararası tahkimde verilen kararların tenfizi konusunda 1958 tarihli New York sözleşmesine taraf olmasına rağmen ulusal mahkemelerde verilen kararların tenfizi konusunda bir uluslararası Antlaşmaya taraf değildir ve ulusal mahkemelerde verilen kararların tenfizi konusunda karşılıklı antlaşma imzaladığı ülke sayısı da çok azdır<sup>225</sup>.

Uluslararası uyumsuzlukların çözüm yolları arasında alternatif uyumsuzluk çözümleri de bulunmaktadır ama bir mediatör vasıtasıyla verilen kararlarda taraflar dilerlerse bu çözümle kendilerini bağlı hissedip buna uyarlar, aksi takdirde bu kararların tenfizi mümkün olmadığı için uyulmasını sağlayacak bir devlet yaptırımı da yoktur.

---

<sup>223</sup> AKINCI, Milletlerarası Tahkim, s. 27

<sup>224</sup> AKINCI, s. 40-41; MURRAY/ RAU/ SHERMAN, s. 39

<sup>225</sup> AKINCI, Milletlerarası Tahkim, s. 27



## II. Uluslararası Ticarî Tahkimde Uyuşmazlığa Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

### 1. Tarafların Uygulanacak Hukuku Belirlemeleri

#### A) *Ulusal Hukuk*

Uluslararası ticarî satım antlaşmasının tarafları, aralarında doğabilecek uyuşmazlıklara uygulanacak maddî ulusal hukuku, açıkça ya da zımnen<sup>226</sup> belirleyebilirler<sup>227</sup>. Taraflar, aralarında doğabilecek uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak için başvurulacak maddi hukuku tespit etmemiş, ancak bu maddi hukuku tespit etmeyi sağlayacak olan kanunlar ihtilafı kurallarını da açıkça ya da zımnen kararlaştırmış olabilirler<sup>228</sup>.

#### B) *Uluslararası Ticaret Hukuku*

Taraflar, bazen uluslararası ticaret hayatının uygulamadaki kurallarını herhangi bir ulusal hukukun kurallarından daha iyi bilirler. Bu durumda taraflar, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarının, bildikleri kurallar olması için bu kuralları seçmeyi tercih edebilirler<sup>229</sup>. Bazı durumlarda ise; uyuşmazlığa uygulanacak hukukun taraflardan sadece birinin hukuku olması istenmediği için bu şekilde bir hukuk seçimi yapılabilir. Taraflardan birinin devlet kuruluşu olduğu durumlarda, diğer taraf uygulanacak hukuk olarak o devletin hukuku yerine uluslararası ticaret hukukunun uygulanmasını tercih edebilmektedir<sup>230</sup>. Çünkü bu sözleşmelerde karşı taraf, sözleşme yapıldıktan sonra o devletin kanunlarında değişiklik yapılarak kendi aleyhine hükümler getirebileceği endişesini

---

<sup>226</sup> Zımnî hukuk seçimi kavramı, bazı ülkelerin hukukunda kabul edilmemektedir, **Van HOUTTE**, Hans, *The Law of International Trade*, London, 1995, s. 25; Türk Hukukunda ise 5718 sayılı MÖHUK'nun 24 üncü maddesine göre zımnî hukuk seçimi mümkündür.

<sup>227</sup> **ŞANLI**, s. 139; **NOMER/ŞANLI**, s. 309

<sup>228</sup> **ŞANLI**, s. 217-221

<sup>229</sup> **ŞANLI**, s. 145-6; **GOLDMAN**, s. Berthold, 'The Applicable Law: General Principles of Law-the Lex Mercatoria', *Contemporary Problems in International Arbitration*, ed. LEW, Julian, D.M., Dordrecht, 1987, s. 116; örneğin taraflar UNIDROIT ya da Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerini seçebilirler.

<sup>230</sup> **SELDEN**, Barton, S., 'Lex Mercatoria in European and U.S. Trade Practice: Time to Take a Closer Look', 2. *Annual Survey of International and Comparative Law*, 1995, s. 114; **BERGER**, Klaus, Peter, 'International Arbitral Practice and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts', *American Journal of Comparative Law*, v. 46, s. 143

taşımaktadır<sup>231</sup>. Devlet kuruluşu olan taraf da sözleşmeye karşı tarafın hukukunun uygulanmasını istememektedir<sup>232</sup>.

Örneğin; İngiltere ve Fransa arasındaki Manş Tüneli'nin inşası için 1986'da yapılan sözleşmede taraflar bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun İngiliz Hukuku mu yoksa Fransız Hukuku mu olması gerektiği konusunda bir karara varamamışlardır. Bunun üzerine taraflar, sözleşmenin hukuk seçimiyle ilgili maddesinde sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak hem İngiliz Hukuku'nda hem de Fransız Hukuku'nda ortak olan ilkelerin uygulanmasına karar vermişlerdir. Eğer uyuşmazlığa uygulamak için hem İngiliz Hukuku'nda hem de Fransız Hukuku'nda ortak olan bir ilke bulunamazsa o zaman ulusal ve uluslararası mahkemelerin uyguladığı uluslararası ticaret hukukunun genel ilkelerinin uygulanacağına karar vermişlerdir<sup>233</sup>. Bu sözleşmeden doğan uyuşmazlığa bakan hakemler de *Channel Tunnel Construction* kararında UNIDROIT İlkelerine atıf yapmışlardır<sup>234</sup>.

Bazen uygulanacak hukuk olarak uluslararası ticaret hukuku ile ulusal hukukun birlikte seçilmesi söz konusudur. Örneğin, Libya Petrolünün kamulaştırılması sözleşmesinde uygulanacak hukukun, uluslararası ticaret hukukundaki kurullarla uyumlu oldukları takdirde Libya hukuku olduğu, eğer herhangi bir konuda uyum yoksa, o zaman da hukukun genel ilkelerinin uygulanacağı belirtilmişti. Hukukun genel ilkeleri uluslararası ticaret hukukunun bir parçası olduğuna göre, bu atıf da ulusal hukuka ve uluslararası ticaret hukukuna birlikte yapılan bir atıf sayılır<sup>235</sup>. Uluslararası ticaret hukukunun uygulanması için zımnî bir atıf yapılması da mümkündür. Örneğin, eğer taraflar uyuşmazlığın

---

<sup>231</sup> LANDO, Ole, 'The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration', I.C.L.Q., V. 34, N.4, 1985, s.748; SELDEN, s. 114

<sup>232</sup> LANDO, Lex Mercatoria, s. 748

<sup>233</sup> WOELKI-BOELE, Katharina, 'Principles and Private International Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and The Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts', ULR, 1996-4, s. 660

<sup>234</sup> SELDEN, s. 116; BERGER, s. 144; BLASE, Friedrich, Leaving the Shadow for the Test of Practice-On the Future of the Principles of European Contract Law, The Success Story of the UPICC, Erişim 3.7.2001,

<http://www.juscuio.no/1m/leaving.the.shad...uture.of.pecl.1999.friedrich.blase/3.html>, s.2

<sup>235</sup> GOLDMAN, s. 117; Texaco Overseas Petroleum Company and others v. The Libyan Arab Republic, ASANTE, s. 405

dostane arabulucu vasıtasıyla çözümlenmesini kararlaştırmışlarsa ya da hakemlerin *ex aequo et bono* ya göre karar verebileceklerini kararlaştırmışlarsa bu durumda uluslararası ticaret hukukunun uygulanmasını da kabul etmiş sayılırlar<sup>236</sup>.

Tarafların, uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk olarak ulusal olmayan hukuk kurallarını seçmelerinin başka bir sebebi daha vardır: Uluslararası ticarî uyuşmazlıkların yerel uyuşmazlıklardan farklı özellikleri olduğu kabul edilmektedir. Yerel uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak için oluşturulan kanunların (ulusal hukukların) ise; uluslararası ticaretin farklı nitelikteki uyuşmazlıklarını çözüme kavuşturmakta yetersiz kalacakları kabul edilmektedir<sup>237</sup>. Bu nedenle taraflar, uyuşmazlığın çözümünde uluslararası ticaret hukukunun kurallarının tek başına uygulanmasını da kararlaştırabilirler<sup>238</sup>.

Tarafların, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit etmemiş oldukları durumlarda, hakemlerin uyuşmazlığa uluslararası ticaret hukukunu uygulayabilmeleri tahkim yeri hukukunun buna izin vermesi durumunda mümkündür. Örneğin Fransız Hukuku'nda 1981'den, Hollanda Hukuku'nda 1986'dan, İsviçre Hukuku'nda 1987'den beri bu imkân vardır<sup>239</sup>. Türk Hukuku açısından ise durum farklıdır:

---

<sup>236</sup> **GOLDMAN**, s. 117; Türk Hukuku'nda 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12 nci maddesinin C fıkrasında 'Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre karar verir'hükmüne yer verildiğinden bu varsayım Türk Hukuku'nda geçerli olmaz.

<sup>237</sup> **ŞANLI**, s. 145, 316-317; **Van HOUTTE**, s. 28; **JIN**, Ning, 'The Status of Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration', The American Rev. of International Arbitration, V. II, N. II, 1996, s. 165-166; **BERGER**, s. 139; **AUDIT**, Bernard, 'The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria' Lex Mercatoria and Arbitration, ed. CARBONNEAU, Thomas, E.1998, erişim: [www.cisg.law.pace/cisg/biblio/audit.html](http://www.cisg.law.pace/cisg/biblio/audit.html), 18.08.2005, s. 174 **GOODE**, Transnational Commercial Law, s.4; **BERNARDINI**, s. 63; **OĞUZ**, s. 95-96; **WIENER**, Jarrod, 'The "Transnational" Political Economy: A Framework for Analysis', Erişim 19.02.2004, file://C:\WINDOWS\Desktop\We'nerTransnat'ona 1% 20Pol't'cal %20Economy/htm\ s3; **KIRKBEŞOĞLU**, s. 275; **RIVKIN**, s. 163

<sup>238</sup> Bu şekilde yapılan bir hukuk seçiminin bulunduğu bir uyuşmazlık, çözüm için tahkime geldiğinde, hakemler, söz konusu hukuk seçiminin geçerli olup olmadığını tespit ederken, böyle bir seçimin, uluslararası kamu düzenine ya da emredici kurallara aykırı olup olmadığına bakarlar. Söz konusu emredici kurallar, sözleşme konusu malla sıkı ilişki (close connection) içinde bulunan ulusal hukukun kurallarıdır, **BERNARDINI**, s. 64

<sup>239</sup> **BERNARDINI**, s. 64

Taraflar, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlememişlerse, o zaman hakemler uygulanacak hukuk olarak sadece bir devlet hukukunu seçebilirler. Ancak taraflar uygulanacak hukuk olarak ‘uluslararası ticaret hukukunun kuralları’ nı seçmişlerse, o zaman hakemler bu seçimle bağılıdır. Bu durum, 5.7.2001 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 12 nci maddesinin ( C) fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Bu fıkranın hükmü şöyledir:

*‘Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir. Sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve adetler ile ticarî teamüller de göz önüne alınır. Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilafı kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan doğruya maddi hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir.*

*Tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları hâlinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddî hukuk kurallarına göre karar verir.*

*Hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılınmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nasâfet kurallarına göre karar verebilir’.*

Bu fıkranın ilk cümlesinde; tarafların, ‘...uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kuralları’ ifadesine yer verilmek suretiyle, seçimin mutlaka bir ‘hukuk’ değil de ‘hukuk kuralları’ da olabileceği açıkça belirtilmiştir.

Devletler Özel Hukukunda ‘hukuk’ ifadesi bir yasal düzenin ifadesi olarak sadece bir devlet hukuku için kullanılabilir. ‘Hukuk kuralı’ ifadesi ise bir yasal düzeni ifade etmediğinden, UNIDROIT İlkeleri gibi ulusal olmayan ve belirli bir sisteme dayanan kuralları ya da herhangi bir hukuk sistemine de dayalı olmayan

hukukun genel ilkelerini, uluslararası ticaret hukukunun kurallarını kastetmek için kullanılmaktadır<sup>240</sup>.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12 nci maddesinin C fıkrasının ilk bendinin ikinci cümlesinde; kanun koyucu, 'belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması' ihtimalini açıkça dile getirmekle bunun aksinin de yani bir devlete ait olmayan hukukun da seçilmesinin mümkün olacağını kabul etmiş olmaktadır.

Bu durumda Türk Hukukuna göre; uluslar arası tahkimde tahkimde çözüme kavuşturulacak uyuşmazlıklarda, taraflar, uygulanacak hukuk olarak uluslararası ticaret hukukunun kurallarını da seçebilirler.

Eğer tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuk konusunda bir seçimleri yoksa bu durumda 12 nci maddenin ( C ) fıkrasının ikinci bendinde hakemlerin ancak bir ulusal hukuku uygulayabilecekleri açıkça hükme bağlanmıştır. Bu durumda hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda, tahkim yeri Türkiye olan uyuşmazlıklarda hakemlerin uluslararası ticaret hukuku kurallarını uygulamaları mümkün değildir.

Türkiye'nin de taraf olduğu 1958 tarihli New York Sözleşmesi ve 1961 tarihli Cenevre Sözleşmesi de ulusal olmayan kurallara başvurularak çözüme kavuşturulan uyuşmazlıklarla ilgili kararların tanınma ve tenfizinin mümkün olduğunu kabul etmektedir.

Uluslararası tahkimde uygulanacak hukuk olarak ulusal olmayan hukuk kurallarına başvurulması azımsanamayacak kadar sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bir uluslararası ticarî uyuşmazlığın tarafı olup da çözüm için 2003 yılında ICC'nin tahkim divanına başvuran tarafların, % 80'i uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacak hukuk olarak ulusal hukukları seçmişlerdir. Bu oran daha önceki üç yılda da hemen hemen aynıdır<sup>241</sup>. Tabii ki; bu demek değildir ki, kalan %20 oranındaki uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk olarak uluslararası ticaret hukukunun

---

<sup>240</sup> BİNGÖL, Fatma İtir Lex Mercatoria, yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2001, s. 11 vd.; BERNARDINI, s. 64; NÖMER/ŞANLI, s. 306-7

<sup>241</sup> BERNARDINI, 64-65

kuralları seçilmiştir. Belki de bu uyuşmazlıklarda hukuk seçimi yapılmamıştır. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, uyuşmazlığa bakan hakemlerin uluslararası ticarî uyuşmazlıkların ulusal hukuklardan ziyade uluslararası ticaret hukukunun kuralları vasıtasıyla çözüme kavuşturulması konusunda bir genel kanıya sahip olmaları ve bu yüzden de verdikleri kararlarda uluslararası ticaret hukukunun kurallarını doğrudan doğruya uygulamayı ya da en azından ulusal hukuklara göre vermiş oldukları kararların yerindeliğini göstermek için verilen kararın uluslararası ticaret hukukunun kurallarına da uygun olduğunu belirtme gereği duymaktadırlar. Bu paragrafın III üncü başlığı altında verdiğim tahkim kararları bu durumu göstermektedir.

## 2. Hakemlerin Uygulanacak Hukuku Belirlemeleri

### A) *Kanunlar İhtilafı Metoduna Dayanarak*

Eğer taraflar, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak herhangi bir hukuk seçimi yapmamışlarsa, o zaman hakemler, kanunlar ihtilafı kurallarından yararlanarak uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak hukuku tespit ederler. Ancak yeknesak bir kanunlar ihtilafı kuralları olmadığı<sup>242</sup> için hakemler çeşitli kanunlar ihtilafı kurallarından birini seçebilirler<sup>243</sup>. ‘Örneğin, tahkim yeri ya da merkezinin, tahkim prosedürünü yöneten hukukun ya da akdin en sıkı irtibat halinde olduğu ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanabilir’<sup>244</sup>.

### B) *Maddî Devletler Özel Hukuku Metoduna Dayanarak*

Bütün devletlerin kabul ettiği yeknesak bir kanunlar ihtilafı kurallarının olmamasının uluslararası ticaretin gelişimine engel olduğu ileri sürülmektedir. Çünkü bir uluslararası ticarî uyuşmazlığın çözümü, uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarına göre bulunacak ulusal hukuka göre değişmektedir<sup>245</sup>. Bu engeli ortadan kaldırmak için kanunlar ihtilafı kuralları yerine Maddi Devletler Özel Hukuku

---

<sup>242</sup> GÖĞER, Erdoğan, Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), Ankara, 1977, s. 8; ASANTE, Samuel, K.B., ‘Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process’ International and Comparative Law Quarterly, V.28, 1979, s.401; ŞANLI, s. 249; SPANOGLA, John, A., Jr., ‘The Arrival of Internaitonal Private Law’, George Washington Journal of International Law & Economics, V. 25, 1991s. 494; Von HOUTTE, s. 19

<sup>243</sup> ŞANLI, s. 218

<sup>244</sup> ŞANLI, s. 218

<sup>245</sup> Von HOUTTE, s. 19; AUDIT, s. 173

Metodu' geliştirilmiştir<sup>246</sup>. Bu metoda göre; uluslararası bir uyuşmazlığa çözüm ararken uygulanacak hukuk kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla bulunmayıp, o uyuşmazlığa çözüm olabilecek uluslararası maddi kuralların doğrudan uygulanması gerekir<sup>247</sup>. Uluslararası ticarî tahkimde, hakemler, uluslararası ticaret hukukunu bağlayıcılık gücüne sahip otonom bir hukuk sistemi olarak kabul ettikleri için uluslararası bir uyuşmazlığa maddi özel hukuk metodu vasıtasıyla uluslararası ticaret hukukunun kurallarını uygulayabilmektedirler<sup>248</sup>.

### 3. Uluslararası Ticaret Hukuku

#### A) Genel Olarak

Tarihe baktığımızda; ticarî ilişkilere uygulanmak üzere ayrı bir ticaret hukukunun ancak Orta Çağ'da ortaya çıktığını görürüz. Orta Çağ'dan önce M. Ö. 2000 yılında Hammurabi Kanunlarında ticaret hayatını düzenlemek amacıyla konulan bazı kurallar olduğunu görmekteyiz. Örneğin faizle para vermek, vedia akdi ve komisyon akdine benzer bazı hukukî müesseseler düzenlenme altına alınmıştır<sup>249</sup>.

Orta Çağ'da XI inci yy.dan sonra Akdeniz ve Kuzey Avrupa ticaret merkezlerinde başlayan hareketlilik Akdeniz'de Venedik, Cenova, Floransa gibi şehirlerin birer ticaret merkezi haline gelmesini sağladı. Kuzey Avrupa'da Bruj, Anvers ve Amsterdam, Fransa'da Marsilya önemli birer ticaret merkezi haline geldiler. Kuzey Almanya şehirlerinin oluşturduğu Hansa Birliği, ticaret hayatında etkin bir yere sahip oldu. Bu ticaret merkezlerinde yılın belli dönemlerinde ticaret fuarları düzenlenmekte ve buralara hem ülke içinden hem de ülke dışından ticaret yapmak için bir çok tacir gelmekteydi<sup>250</sup>. Bu fuarlara gelen tacirler, her gittikleri ülkede farklı hukuk kurallarıyla karşılaşmamak için kendi aralarında yaptıkları ticarete uygulanmak üzere bazı kurallar geliştirmişler ve kendilerini bu kurallara

---

<sup>246</sup> ŞANLI, s. 318-9

<sup>247</sup> ŞANLI, s. 319; KIRKBEŞOĞLU, s. 260

<sup>248</sup> ŞANLI, s. 320

<sup>249</sup> POROY/YASAMAN, s. 5; KARAHAN, s. 2

<sup>250</sup> POROY/YAZAMAN, s. 6-7

uymaya zorunlu hissetmişlerdir<sup>251</sup>. Aralarında çıkacak uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak üzere de kendi mahkemelerini kurmuşlardır. Böylece Orta Çağ'da tacirlere uygulanan, teamüllere dayalı uluslararası nitelikli özel bir hukuk ortaya çıkmıştır<sup>252</sup>. Orta Çağ'da ortaya çıkan bu hukuka *lex mercatoria* adı verilmiştir.

Yakın tarihimizde ise II. Dünya Savaşının ardından uluslararası ticaret hayatında yaşanan hızlı gelişme bu alanı düzenleyecek özel bir hukuk arayışını gündeme getirmiştir.

Uluslararası ticarî ilişkilerin yerel ticarî ilişkilerden farklı özellikleri vardır. Bu nedenle uluslararası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıklara ulusal hukukların uygulanması durumunda tarafların tatmin olacağı çözümlere ulaşılamayacağı ileri sürülmektedir. Bu durumda uluslararası ticarî ilişkilere uygulanacak ulusal hukuklardan farklı bir hukuk arayışı başlamıştır<sup>253</sup>. Bazı yazarlar, bu hukuku, tarihten gelen adıyla *lex mercatoria* olarak nitelendirmişlerdir<sup>254</sup>. Bu hukuka başka isimler de verilmiştir. Örneğin 'uluslarötesi hukuk'<sup>255</sup>, uluslaraötesi ticaret

---

<sup>251</sup> CREMADES, Bernard/ PLEHN, Steven, L. 'The New Lex Mercatoria and the Harmonization of the Laws of International Commercial Transactions' Boston University Law Journal, V. 2, Issue, 2, Spring 1983, s. 319; WILKINSON, Vanessa L.D., 'The New Lex Mercatoria Reality or Academic Fantasy?' Journal of International Arbitration, V. 12, N.2, 1995, s. 105; SEALY/HOOLEY, s. 14

<sup>252</sup> POROY/YASAMAN, s. 7

<sup>253</sup> LOWENFELD, Andreas, F., 'Lex Mercatoria: An Arbitrator's View'in CARBONNEAU, Thomas, E., Lex Mercatoria and Arbitration A Discussion of the New Law Merchant, New York, 1990, s. 50; FERRARI, Franco, 'Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing'15 Journal of Law and Commerce (1995), Erişim: 27.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>, s. 1; AUDIT, s. 173

<sup>254</sup> BERMAN, Harold, J./ KAUFMAN, Colin, 'The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)' Harvard International Law Journal, v. 19, 1978, s. 223; FREEMAN, Paul, 'Lex Mercatoria: its Emergence and Acceptance as a Legal Basis for the Resolution of International Disputes' The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, V.6, 1997, s. 290; Doktrinde genellikle; uluslararası ticaret hukuku ile *lex mercatoria* nın eş anlamlı oldukları kabul edilse de bir görüşe göre bu doğru bir kullanım değildir. Çünkü bu iki hukukun içerikleri farklıdır. Uluslararası ticaret hukukunun kapsamına tacirler arasında geliştirilmiş olan uluslararası ticarî örf ve adetlerin yanı sıra uluslararası mevzuat olarak nitelendirilen uluslararası antlaşmalar ve uluslararası belgeler de girmektedir. Oysa Orta Çağ'daki *lex mercatoria* nın ayırtedici üç özelliği bulunmaktaydı: Yazılı olmaması, kanun gücünde olmaması ve antlaşmalara dayanmaması, GOODE, Transnational Commercial Law, s. 4 Bu nedenle, bu görüşe göre; uluslararası ticaret hukukunun *lex mercatoria* yı da içine alan daha geniş bir kavram olduğu kabul edilmelidir, GOODE, Transnational Law, s. 4

<sup>255</sup> Sınıraşan ticarî ilişkiler için uygulanacak hukuku anlatmak için bu ifadeyi kullanan ilk yazar, Judge Jessup'tur, HORN, Norbert, 'The Use of Transnational Law in the Contract Law of International Trade and Finance', in The Practice of Transnational Law, ed. BERGER, Klaus, Peter, The Hague, 2001, s. 67



hukuku<sup>256</sup>, supranasyonel tacir hukuku<sup>257</sup> gibi isimler kullanılmıştır. Biz, bu kavramı nitelendirmek için çalışmamızda ‘uluslararası ticaret hukuku’ifadesini kullanmayı tercih ettik.

Günümüzde uluslararası ticaret hukukunun içeriği ve hukukî dayanağı konusunda doktrinde hararetli tartışmalar yapılmaktadır<sup>258</sup>. Bu tartışmaların temelinde, uluslararası ticaretin özellikleri ile ‘hukuk’un ulusal niteliğinin uyuşmadığı düşüncesi yatmaktadır<sup>259</sup>.

### ***B) Uluslararası Ticaret Hukukunun Tanımı***

Uluslararası ticaret hukukunun tanımı<sup>260</sup> yapılırken de doktrinde tartışmalar yaşanmaktadır. Her yazar, uluslararası ticaret hukukunun farklı bir tanımını yapmakta ve içeriğini farklı şekilde belirlemektedir<sup>261</sup>. Bu çalışmanın esas inceleme konusu olmadığı için bu tanımları tek tek incelemeyip sadece, bu hukukun düzenleme alanını en iyi şekilde verdiğini düşündüğümüz tek bir tanıma burada yer vermeyi tercih ettik.

Uluslararası ticaret hukuku, uluslararası ticarî ilişkilere uygulanan, ulusal hukuklardan bağımsız, uluslararası ticarete genel kabul gören ticaret kurallarının oluşturduğu bir hukuk sistemidir<sup>262</sup>.

Uluslararası ticaret hukukunun kuralları arkasında bir devlet yaptırımı olmadığı için *a-nasyonal* kurallar olarak da nitelendirilmektedir. Bu kuralları,

---

<sup>256</sup> **GOODE**, Roy, ‘Usage and its reception in Transnational Commercial Law’in International Commercial and Consumer Law, ed. **ZIEGEL**, Jacob, Oxford, 1998, s.3; **BLASE**, Friedrich, ‘Leaving the Shadow for the Test of Practice-On the Future of the Principles of European Contract Law’ 1.Introduction, Erişim: 03.07.2001, <http://www.jus.uio.no/lm/leaving.the.shad...uture.of.pecl.1999.friedrich.blase/1.html>, s.1

<sup>257</sup> **SPANOGLE**, s. 486

<sup>258</sup> **ŞANLI**, s. 315; **BLASE**, Introduction, s. 1; **WEINER**, Jarrod, ‘The “Transnational” Political Economy: A Framework for Analysis’, Erişim: 19.02.2004 <file:///C:/WINDOWS/Desktop/WeinerTransnational%20Political%20Economy.htm>, s. 6; **Van HOUTTE**, s. 26-29; **OĞUZ**, s. 75-76

<sup>259</sup> **BLAUROCK**, s. 10

<sup>260</sup> Farklı yazarların yapmış oldukları tanımlar için bkz. **STOECKER**, Christoph, W. O., ‘The Lex Mercatoria: To What Extent does it Exist?’, Journal of International Arbitration, V.7, N.I, March, 1990, s. 105-106

<sup>261</sup> **WILKINSON**, s. 104, 107; **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 13;

<sup>262</sup> **SELDEN**, s. 112; **RAMBERG**, s. 20

bazen taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak seçmiş olabilirler, bazen de uyuşmazlığa bakan hakemler, çözüm için bunları uygulamayı tercih etmektedirler.

### *C) Tarihsel Gelişimi*

Uluslararası ticaret hukukunun en eski uygulamaları M.Ö. 300 yıllarına kadar uzanır. M.Ö. muhtemelen<sup>263</sup> 300 yılında Rodos Deniz Hukuku ortaya çıkmıştır. Bu hukuk, sadece Yunanlılar ve Romalılar tarafından kabul edilmekle kalmamış diğer Avrupa ülkelerinde de kabul görmüştür<sup>264</sup>. Daha sonraları, MS 9 uncu yüzyılda Doğu Roma İmparatoru I inci Basil, deniz hukukuna ilişkin kurallar getirmiştir. 11 inci yüzyılda İtalya'nın Tiren Deniz'indeki Amalfi (Amalphi Tables) Cumhuriyetine ait Amalfi Kuralları, İtalya'nın bütün şehir cumhuriyetlerinde geçerli olmuştur. 12 nci yüzyılın ortalarına doğru Fransa'nın Atlantik kıyısındaki Oleron Adası'ndaki mahkemenin hazırladığı Oleron kuralları, Atlantic Okyanus'una kıyısı olan bütün liman şehirlerinde uygulanmakla kalmayıp, İngiltere'nin liman şehirleri de dahil olmak üzere Kuzey Denizi'ne kıyısı olan liman şehirlerinde de uygulanmıştır<sup>265</sup>. 1350'lerde Batık Denizi'ndeki ticarete Wisby kuralları uygulanmaktaydı<sup>266</sup>.

Deniz hukukuyla ilgili yaşanan bu gelişmelerin yanı sıra, Orta Çağ'da Kuzey Avrupa'da oluşan Hansa Birliği Hukuku<sup>267</sup>ndan da söz etmek gerekir. Kuzey Avrupa'da 'Hanse'olarak adlandırılan tacir loncası beş yüzyıl yaşamış ve yaklaşık iki yüz yerleşim yerinde faaliyetini sürdürmüştür. Bu lonca, tacirler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için ulusal hukuklardan önce uygulanacak olan tacirler hukukunu oluşturmuştur<sup>268</sup>.

Orta Çağ'da ticaret hayatının denizlerde olduğu kadar ülke içinde de çeşitli fuarlar ve pazarlar sayesinde canlı olmasına rağmen; bu ticareti düzenleyecek gelişmiş bir hukuk düzeni bulunmamaktaydı. Ticaret hacminin artmasıyla birlikte

---

<sup>263</sup> Rodos Deniz Hukukunun ortaya çıkış tarihi konusunda tam bir görüş birliği yoktur. Bazı yazarlar, bu tarihi M.Ö. 900 olarak vermektedirler, **BERMAN/ KAUFMAN**, s. 224

<sup>264</sup> **STOECKER**, s. 102

<sup>265</sup> **BERMAN/ KAUFMAN**, s. 224; **STOECKER**, s. 102

<sup>266</sup> **BERMAN/ KAUFMAN**, s. 225; **STOECKER**, s. 102

<sup>267</sup> **OĞUZ**, s. 64; **POROY/ YASAMAN**, s. 6

<sup>268</sup> **BLAUROCK**, s. 12

yaşanan gelişmeler, hem pazarlarda ve panayırılarda geçerli olan ticarî adetleri hem de denizlerde gelişen ticarî adetleri içine alan özel bir hukukun, '*lex mercatoria*'nın oluşmasını sağlamıştır.<sup>269</sup>

*Lex mercatoria*, sadece halkın bir grubuna; tacirlere uygulanırdı ve sadece fuar, pazar, liman gibi belirli merkezlerde geçerliydi. Bu hukuk, yerel hukuktan, feodal hukuktan, kraliyet hukukundan ve kilise hukukundan farklıydı<sup>270</sup>. Bu hukukun özellikleri şunlardı: 1) Uluslararası nitelikteydi<sup>271</sup> 2)En önemli kaynağı ticarî adetlerdi<sup>272</sup> 3) Profesyonel hâkimler tarafından değil de tacirlerin bilfiil kendileri tarafından uygulanmaktaydı<sup>273</sup> 4) Yargılama usulü daha hızlıydı ve özel bir usulü vardı<sup>274</sup> 5) Ortaçağ adalet anlayışı içinde 'eşitlik'i daha öne çıkardı<sup>275</sup>.

Eğer bir tacir, ticaret mahkemesinde verilen bir karara uymak istemezse, ticarî itibarı zedelenirdi. Bunun yanı sıra; bu tacirin, ticaret mahkemelerinin bulunduğu yerlerdeki hiçbir fuara katılarak iş yapmasına izin verilmezdi. Görüldüğü gibi Orta Çağ'da tacir hukukunun dayandığı bir devlet yaptırımı yoktu, ama kendi içinde yaptırımları vardı. Bu da *lex mercatoria* nın gücünü kendi işleyişinden aldığını göstermekteydi<sup>276</sup>.

İngiltere'de 1303'te I. Edward, *Carta Mercatoria* adıyla bir yasa çıkarmıştır. Bu yasa, yerel tacirlerin ve uluslararası iş yapan tacirlerin uyuşmazlıklarının daha hızlı bir şekilde çözüme kavuşturulmasını hükme bağlamıştır. Bunun yanı sıra uyuşmazlıkların, üyelerinin yarısı uluslararası tacirlerden oluşan bir jüri önünde çözüme kavuşturulmasını da hükme

<sup>269</sup> BERMAN/ KAUFMAN, s. 225; STOECKER, s. 102; BLAUROCK, s. 225-226

<sup>270</sup> BERMAN/ KAUFMAN, s. 225

<sup>271</sup> BERMAN/ KAUFMAN, s. 225; POROY/YASAMAN, s. 7

<sup>272</sup> BERMAN/ KAUFMAN, s. 225; POROY/YASAMAN, s. 7

<sup>273</sup> BERMAN/ KAUFMAN, s. 225;

<sup>274</sup> BERMAN/ KAUFMAN, s. 225; POROY/ YASAMAN, s. 7 Günümüzde uluslararası ticarî tahkim, işleyişi açısından o dönemdeki tacir mahkemelerine benzer, CREMADES./PLEHN, s. 319; BLAUROCK, s. 11; OĞUZ, s. 63; KIRKBEŞOĞLU, s. 266

<sup>275</sup> BERMAN/ KAUFMAN, s. 225

<sup>276</sup> STOECKER, s. 103; CREMADES/ PLEHN, s. 319; WILKINSON, s.105; SEALY/ HOOLEY, s.14 Bu hukuk kurallarının daima yeknesak olmayabileceği, ticaret dallarına göre, ticaretin yapıldığı pazar ya da fuar yerine özgü kurallar da olabileceği yönündeki görüş için bkz. DALHUISEN, s. 7

bağlamıştır<sup>277</sup>. Yabancı tacirlerin de jüri üyesi olarak görev yaptıkları bu mahkemelerde *common law* uygulanmamakta, bunun yerine kararlar, Avrupa'nın ortak ticaret hukukunun kurallarına dayanılarak verilmekteydi. 17 nci yüzyılda Avrupa'nın Ortak Ticaret Hukukunun kurallarının, sadece tek bir ülkede değil de bütün medenî dünya ülkelerindeki tacirlerin kabul etmiş oldukları kurallar olduğu kabul edilmekteydi<sup>278</sup>.

Daha sonraları Avrupa'da yaşanan uluslaşma hareketlerinin de etkisiyle uyuşmazlıkların sadece ulusal hukuka göre<sup>279</sup> ulusal mahkemelerde çözüme kavuşturulması ve tacir hukukunun sadece tacirlere değil, ulusal hukukla uyum sağladığı takdirde<sup>280</sup>; bütün vatandaşlara uygulanmasına başlanmıştır<sup>281</sup>. Bunu yapabilmek için *lex mercatoria* nın kuralları, ulusal kanunlara eklenmiştir<sup>282</sup>. Bu uygulamanın ilk örneği İngiltere'de ardından da Fransa'da görülmüştür<sup>283</sup>. 19 uncu ve 20 nci yüzyılda Avrupa'nın Ortak Ticaret Hukuku kavramından tamamen uzaklaşdığı ve bunun yerine ulusal menfaatleri gözetmeyi amaçlayan ulusal ticaret kanunlarının aldığı görülmektedir<sup>284</sup>. Ancak bu yaklaşım, 20 nci yüzyılda özellikle II nci Dünya Savaşı'nın ardından dünya ticaretinin yaşadığı hızlı gelişimle birlikte değişmeye başlamıştır<sup>285</sup>. Örneğin 1980'lerin sonunda dünya ticareti 1950'lerdeki hacminin otuz kat fazlasına ulaşmıştır<sup>286</sup>.

II nci Dünya Savaşının ardından yaşanan bu ekonomik canlılık sırasında uluslararası ticaretle uğraşan tacirler, uluslararası ticaretin ilkelerinin ve ticaret yapma yöntemlerinin bütün dünyada aynı olduğunun farkına vardılar. Bunun yanı sıra, ulusal hukukların uluslararası ticarî uyuşmazlıklara cevap vermekte bazen yetersiz kaldıklarını da gördüler. Ulusal hukukların dışında bağımsız bir hukuk sistemi arayışı da tacirleri, sınıraşan ticaretle uğraşan tacirlerin kabul etmiş oldukları,

---

<sup>277</sup> **BLAUROCK**, s. 13; **OĞUZ**, s. 64

<sup>278</sup> **BLAUROCK**, s. 13

<sup>279</sup> **STOECKER**, s. 103

<sup>280</sup> **CREMADES/ PLEHN**, s. 320

<sup>281</sup> **CREMADES/ PLEHN**, s. 320; **BLAUROCK**, s. 13; **OĞUZ**, s. 67-69

<sup>282</sup> **CHUKWUMERIJJE**, Okezie, Choice of Law in International Commercial Arbitration, Westport, 1994, s. 110

<sup>283</sup> **BLAUROCK**, s. 13

<sup>284</sup> **BLAUROCK**, s. 13

<sup>285</sup> **CREMADES/ PLEHN**, s. 320; **WILKINSON**, s. 105; **BLAUROCK**, s. 14; **OĞUZ**, s. 69

<sup>286</sup> **BLAUROCK**, s. 14

evrensel ticaret hukuku kurallarının oluşturduğu, yeni bir *lex mercatoria* nın kabul edilmesi ve uygulanması sonucuna götürdü<sup>287</sup>.

Bu ekonomik gelişmeler, uluslararası ticarî antlaşmalar ve model kanunlar oluşturulmasını gerektirmiştir<sup>288</sup>. Bunların yanı sıra ticarî adetler ve ticarî teammüller global anlamda bir kabul görüyorsa, bu kurallar da uluslararası ticaretin kurallarının oluşturulmasında önemli bir yere sahiptir<sup>289</sup>.

## **D) İçeriği**

### **a) Uluslararası Ticarî Örf ve Adet Kuralları**

Uluslararası ticaret hukukunun içeriğine öncelikle uluslararası ticarî örf ve adetlerin dahil olduğu kabul edilmektedir<sup>290</sup>. Bu kurallar ticaret hayatının olağan akışı sırasında tacirlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde kendiliğinden gelişen kurallardır. Son yıllarda tacirler kendi aralarında geliştirdikleri bu kuralların devlet etkisinin olmadığı MTO<sup>291</sup>, UNECE, ESCAP ya da ILA gibi kuruluşlar vasıtasıyla yazılı hale getirmeye çalışmaktadırlar<sup>292</sup>. Ticarî örf ve adet kuralları kendiliğinden oluştuğundan sonra bu şekilde yazılı hâle getirilmeleri bu kuralların, yazılı kurallar olarak nitelendirilmelerine sebep olmaz<sup>293</sup>.

Bu çalışmalar arasında en başında MTO'nın yayınladığı INCOTERMS yer alır<sup>294</sup>. Bunun dışında yine MTO tarafından yayınlanan MTO'nun mücbir sebep ve beklenmeyen durumla ilgili şartları<sup>295</sup> en bilinen örneklerdendir<sup>296</sup>.

Hukukun genel ilkeleri de uluslararası ticaret hukukunun kapsamına girer<sup>297</sup>.

---

<sup>287</sup> CREMADES/ PLEHN, s. 320; STOECKER, , s. 101; WILKINSON, s. 106

<sup>288</sup> BLAUROCK, s. 14

<sup>289</sup> ŞANLI, s. 314 ; BLAUROCK, s. 14

<sup>290</sup> LANDO, Lex Mercatoria, s. 750; CHUKWUMERİJE, s. 112; AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 13; BLAUROCK, s. 15; OĞUZ, s. 105

<sup>291</sup> LANDO, Lex Mercatoria, s. 751; BLAUROCK, s. 15-16

<sup>292</sup> BLAUROCK, s. 15-16

<sup>293</sup> OĞUZ, s. 107

<sup>294</sup> ŞANLI, s. 335; ERDEM, Bahattin, Bahadır, 'INCOTERM'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği', MHB, S.1-2, Y.10, 1990, s. 76

<sup>295</sup> LANDO, Lex Mercatoria, s. 751; Milletlerarası Ticaret Odasının 1985 tarihli 421 Numaralı broşürüyle yayınlanmıştır

<sup>296</sup> WILKINSON, s. 110; BLAUROCK, s. 16

**b) Uluslararası Antlaşmalar ve Model Kanunlar (Viyana Satım Antlaşması, UNIDROIT ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri)**

Uluslararası ticarî ilişkileri düzenleyen uluslararası antlaşmalar ve model kanunlarında bu hukukun kapsamı içinde olduğu kabul edilmektedir<sup>298</sup>. Uluslararası ticaret hukukunun kapsamına dahil olan uluslararası antlaşmalar arasında 1930 tarihli Cenova Kıymetli Evraklara İlişkin Antlaşma, Çek Hukukuna ilişkin Cenova Antlaşması, Konişmentoya ilişkin Brüksel Antlaşması, Patent, ticari marka ve telif haklarına dair çeşitli antlaşmalar, 1980 tarihli demiryolu taşımacılığına ilişkin Uluslararası Antlaşma<sup>299</sup>, 1980 tarihli Emtianın Uluslararası Satışına ilişkin Viyana Antlaşması, sayılabilir<sup>300</sup>.

Uluslararası ticaret hukukunun kapsamına model kanunların da girdiği kabul edilmektedir. Model kanunlar, genellikle UNCITRAL, UNIDROIT, Avrupa Sözleşmeler Hukuku Komisyonu gibi kuruluşlar tarafından hazırlanmaktadır. Bunlar, hukuku tek tip hâle getirmek için değil; belli bir konudaki farklı hukukî düzenlemeleri uyumlaştırma amacıyla hazırlanırlar<sup>301</sup>.

Yukarıda Manş Tüneli'nin inşasıyla ilgili sözleşmede olduğu gibi tarafların uygulanacak hukuk olarak uluslararası ticaret hukukunu seçmiş olmaları durumuna örnek verilmiştir. Şimdi de hakemlerin uygulanacak hukuk olarak uluslararası ticaret hukukunun kurallarını tercih ettikleri bazı kararlara değinilecektir. Bu kararlar, çalışmamızda incelediğimiz Viyana Satım Antlaşması, UNIDROIT İlkeleri gibi uluslararası belgelerin bazen tarafların seçtikleri hukuku tamamlayıcı olarak bazense tarafların seçtikleri hukukun yerine kullanılmışlardır.

---

<sup>297</sup> **CHUKWUMERİJE**, s. 112; **AKINCI**, İnşaat Sözleşmeleri, s. 13; hukukun genel ilkelerinin neler olduğunun tespit edilmesinin kolay bir şey olmadığı ancak karşılaştırmalı hukuk çalışmalarının artmasına paralel olarak bu tespit yapılmasının da daha kolaylaşacağı hakkında bkz. **LANDO**, Lex Mercatoria, s. 750; hukukun genel ilkelerinin, ulusal hukukların etkisi dışında oluşamayacağı için uluslararası ticaret hukukunun da içinde yer alamayacağı konusunda bkz. **WILKINSON**, s. 108

<sup>298</sup> **LANDO**, Lex Mercatoria, s. 749; **BLAUROCK**, s. 14

<sup>299</sup> **BLAUROCK**, s. 14

<sup>300</sup> **LANDO**, Lex Mercatoria, s. 749; **BLAUROCK**, s. 14

<sup>301</sup> **BLAUROCK**, s. 14

### c) Uluslararası Ticaret Hukukunun Kapsamına Girmesi Tartışmalı Olan Düzenlemeler

FIDIC, GAFTA, FOSFA gibi kuruluşların hazırlamış oldukları ve ilgili ticaret kolunda faaliyet gösteren tacirlerin kullanabilecekleri standart sözleşmelerin uluslararası ticaret hukukunun kapsamı içinde yer alıp almadıkları tartışmalıdır. Anılan kuruluşların standart sözleşmeler hazırlamış olmaları bu sözleşmelerin uluslararası ticaret hukukunun bir parçası olarak kabul edilmeleri için yeterli değildir.

Tarafların sözleşmelerde sık sık yer verdikleri klotlar (ör. MTO'nın Mücbir sebep klotları) ve milletlerarası hakem kararları 'bu alanda faaliyet gösteren tacirler üzerinde uyulmasının zorunlu olduğu hususunda bir etki doğurmadığı için uluslararası ticaret hukukunun esas kaynakları arasında yer almamaktadır'<sup>302</sup>.

Bu sözleşmelerin uluslararası ticaret hukukunun bir parçası olarak kabul edilebilmeleri için uluslararası tacirlerin bu standart sözleşmeleri benimsemeleri ve bunları kullanmaları gerekir. Ancak bu aşamadan sonra standart sözleşmeler, uluslararası ticaret hukukunun bir parçası olarak kabul edilebilir<sup>303</sup>. Herhangi bir ticaret kolunda faaliyet gösteren birden fazla birlik olabilmekte ve bunların her biri kendi standart sözleşmesini hazırlayabilmektedir. Bu durumda tacirler, kendilerine en iyi çözümleri sunan standart sözleşme hangisiyse onu tercih etmektedirler. Tacirlerin farklı standart sözleşmeleri tercih etmeleri durumunda da artık uluslararası ticaret hukukunun bir parçası haline gelmiş olan yeknesak bir standart sözleşmeden söz etmek mümkün olamamaktadır<sup>304</sup>.

Hakem kararlarının da uluslararası ticaret hukukunun kaynağını oluşturduğu ileri sürülmektedir<sup>305</sup>. Ancak tarafların tahkime başvurularındaki amaçlardan biri de bu yargılamanın gizlilik esasına göre yürütülecek olmasıdır<sup>306</sup>. Taraflar, genellikle kendileriyle ilgili tahkim kararlarının yayınlanmasını istememektedirler. Yayınlanan tahkim kararlarının sayısı çok az olmaktadır. Her konuda içtihat

<sup>302</sup> AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 14; karşı görüş için bkz. LANDO, Lex Mercatoria, s. 751

<sup>303</sup> WILKINSON, s. 111

<sup>304</sup> WILKINSON, s. 111

<sup>305</sup> LANDO, Lex Mercatoria, s. 751 WEINER, s. 9

<sup>306</sup> CREMADES/ PLEHN, s. 336; WILKINSON, s. 112

oluşturacak kadar karara ulaşmak mümkün olmamaktadır. Ayrıca, hakemlerin karar verirken daha önce verilmiş başka tahkim kararlarıyla kendilerini bağlı hissetmedikleri de kabul edilmektedir<sup>307</sup>. Bu durumda tahkim kararlarının da uluslararası ticaret hukukunun bir parçası olduğunu söylemek doğru olmaz<sup>308</sup>.

Doktrinde Milletlerarası Ticaret Odası'nın mücbir sebep klozları gibi uluslararası ticarî sözleşmelerde sıkça yer verilen klozların da uluslararası ticaret hukukunun kapsamına dahil olmadığı ileri sürülmektedir<sup>309</sup>. Bu klozlar Viyana Satım Antlaşması'ndaki mücbir sebeple ilgili hükümden esinlenerek kaleme alınmıştır<sup>310</sup>. Her iki düzenleme de paralel düzenlemelerdir. Dolayısıyla hakemler hukuk seçiminin olmadığı bir uyuşmazlıkta bu klozları uygulayacak olsalar uluslararası mevzuattaki düzenlemelere paralel bir düzenleme uygulamış olacaklarından kanımızca bu tür klozlar da uluslararası ticaret hukukunun içeriğine dahil sayılmalıdır.

### **III. Ulusal Mahkemelerde Ve Özellikle Türk Yargı Mercileri Önünde Uluslararası Ticaret Hukukunun Uygulanırlığı**

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre; Türk Hukukunda herhangi bir yabancılik unsuru taşımayan ve iki Türk arasında yapılan sözleşmeye tarafların uygulanacak hukuk olarak farklı bir devletin hukukunu ya da uluslararası ticaret hukukunun kurallarını seçmeleri mümkün değildir. Bir uyuşmazlığa yabancı bir hukukun uygulanması, sadece o sözleşmenin yabancılik unsuru taşıması hâlinde mümkündür<sup>311</sup>. Eğer taraflar, aralarındaki sözleşmede yabancı bir ülke hukukunun ya da uluslar arası ticaret hukukunun kurallarının uygulanmasını istiyorlarsa, bu kuralları sözleşmelerinin bir hükmü hâline getirerek uygulanmalarını sağlayabilirler. Bu kurallar, Türk Hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmadıkları sürece uygulanabilirler<sup>312</sup>. Tarafların sözleşme serbestisi ilkesi gereği bu şekilde

<sup>307</sup> CREMADES/PLEHN, s. 336; WILKINSON, s. 112

<sup>308</sup> WILKINSON, s. 112; AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 14; WEINER, s. 9; karşı görüş için bkz. LANDO, Lex Mercatoria, s. 751

<sup>309</sup> AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s.14

<sup>310</sup> Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal, Milletlerarası Ticaret Odasının 421 sayılı Yayını, s.10

<sup>311</sup> EKŞİ, Nuray, 'Yabancılik Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı'MHB, Y. 12; S.1-2, 1992, s. 2

<sup>312</sup> SEVİĞ, 'Akitlere Uygulanacak Kanun, s. 323



sözleşmelerinde belirleyecekleri kurallar, kendi oluşturdukları kurallar olabileceği gibi, başka bir ülkenin hukuk kuralları ya da uluslararası ticaret hukukunun kuralları da olabilir. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus, tarafların bu yola başvurmalarının devletler özel hukuku anlamında ‘bir hukuk seçimi’ olarak değerlendirilemeyeceğidir<sup>313</sup>.

Türkiye şuanda Viyana Satım Antlaşmasına taraf olmadığından, bugün iki Türk vatandaşının yapmış oldukları sözleşmede uygulanacak hukuk kuralı olarak bu Antlaşma hükümlerini seçmeleri de ancak yukarıda anlatıldığı şekilde emredici hükümlere aykırı olmamak üzere geçerli olabilir<sup>314</sup>.

Bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması sırasında söz konusu uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunup bulunmadığı<sup>315</sup> ve buna bağlı olarak söz konusu uyuşmazlığa yabancı hukukun ya da uluslararası ticaret hukuku kurallarının uygulanıp uygulanmayacağını tespit edebilmek için ilk olarak uyuşmazlığa bakan mahkemenin devletler özel hukukuna bakılır. Yalnız çoğu ülke hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da yabancılık unsurunun tanımı, doktrinde yapılmaktadır<sup>316</sup> ve yazarlar arasında görüş ayrılıkları da bulunmaktadır. Tarafların vatandaşlıklarının farklı olması, ikametgâhlarının ya da iş merkezlerinin bulunduğu ülkelerin,

---

<sup>313</sup> **EKŞİ**, s. 9; **ALİBABA**, Arzu, Milletlerarası Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, yayımlanmamış doktora tezi, Ankara, 2005, Erişim: 23.06.2008 <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/fulltext/2156.pdf>, s. 191; Doktrindeki bir görüşe göreyse; tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak yabancı bir devlet hukukunu seçmeleri, tek başına o sözleşmedeki yabancılık unsurunu oluşturmaya yeterli olur, **ÇİLİNGİROĞLU**, Cüneyt, ‘Devletler Özel hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri’, MHB, S. 2, Y. 9, 1989, s. 113; **EKŞİ**, s. 3

<sup>314</sup> **ATAMER**, s. 566

<sup>315</sup> **EKŞİ**, s. 3

<sup>316</sup> 4686 Sayılı Milletlerarası tahkim Kanununun 2 nci maddesinde tahkimde görülecek uyuşmazlıklar için yabancılık unsuru oluşturan hususlar sayılmıştır. Bu maddenin hükmü şöyledir: Aşağıdaki halleden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

1.Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.

2.Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;

a)Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hallerde tahkim yerinden,

b)Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden,

başka bir devlette bulunması.

sözleşmenin yapıldığı ülke ile sözleşmenin ifa yerinin farklı ülkeler olması birer yabancılik unsuru oluşturur<sup>317</sup>.

Bununla beraber, mahkeme, önüne gelen uyuşmazlıkta yabancılik unsurunun bulunduğunu tespit ettiği takdirde uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuku tespit edebilmek için Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a bakacaktır<sup>318</sup>.

5718 sayılı yeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24 üncü maddesinde sözleşmelere uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği şu şekilde hükme bağlanmıştır:

(1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.

(2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.

(3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.

(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunulan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme bu hukuka tâbi olur.

Taraflar arasında menkul mal satımına ilişkin bir sözleşme varsa ve uygulanacak hukuk taraflarca belirlenmemişse MÖHUK'un 24 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasına göre; sınır aşan bir ticarî faaliyet esas alınarak buna uygulanacak

<sup>317</sup> ÇİLİNGİROĞLU, s. 104

<sup>318</sup> TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 8. Baskı, İstanbul, 2004, s. 40

hukukun da yine bu sözleşmenin tarafı olanlardan birinin devletinin hukuku olacağı belirtilmiştir. Bu maddede hep bir ulusal hukuk üzerinde durulmuş olduğu için aynı şekilde yine bu kanunun ‘Yabancı Hukukun Uygulanması’ başlığını taşıyan 2 nci maddesinin 5 inci fıkrasında uygulanacak hukukun bir devlet hukuku olacağını açıkça belirtilmiş olması sebebiyle Türk Hukukunda 4686 sayılı Milletlerarası tahkim Kanununun tanıdığı imkân dışında tarafların uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuk olarak sadece bir ulusal hukuku seçebilecekleri görülmektedir.

Tarafların yaptıkları sözleşmede uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit etmemeleri durumunda hangi hukukun bu uyuşmazlığa uygulanacağı, uyuşmazlığa bakan mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla bulunur<sup>319</sup>. Bu durumda eğer uyuşmazlık Türk yargı mercileri önünde çözüme kavuşturulacaksa ve sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca tespit edilmemişse, hâkim 5718 sayılı MÖHUK’nun 24 üncü maddesine bakarak ilgili hukuku tespit edecektir. Bu hukuk MÖHUK’a göre sadece bir devlet hukuku olabilir, ancak bu şekilde tespit edilen ulusal hukuk uluslararası ticaret hukukunun kurallarının uygulanmasına izin veriyorsa, uyuşmazlığa bu kuralların uygulanması mümkün olacaktır. Yukarıda uygulanacak hukuk olarak İsviçre, Avusturya ya da Hollanda hukuklarının tespit edilmesi durumunda bu hukukların uluslararası ticaret hukukunun kurallarının uygulanmasına izin verdikleri için uygulanabileceğine değinmiştik.

Uyuşmazlık başka bir devlet mahkemesi önünde görülmeekteyse ve taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku tespit etmemişlerse, mahkemenin bulunduğu ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları da Türk hukukunun uygulanması gerektiğini göstermişse, Türk Hukuku uyuşmazlıkların çözümünde sadece ulusal hukuklardan yararlanılabileceğini kabul ettiğinden söz konusu uyuşmazlığa uluslararası ticaret hukukunun kurallarının uygulanması mümkün olmayacaktır.

---

<sup>319</sup> AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 22

## İKİNCİ BÖLÜM

### TÜRK HUKUKUNDA MÜCBİR SEBEP

Tarafların sözleşmeden doğan borçlarını, koşullar değişse bile yerine getirmeleri gerektiği yönündeki *pacta sunt servanda* ilkesi Türk Hukukunda da kabul görmektedir. Borçlu, borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmezse o zaman tazminat ödeme yükümlülüğü doğar. Borçlunun böyle bir tazminat yükümlülüğünün doğması için şu şartların gerçekleşmesi gerekir: i) Borç hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olmalıdır, ii) alacaklı ‘zarar’a uğramış olmalıdır, iii) borçlu, borcun ifa edilmemesinde ‘kusurlu’ bulunmalıdır iv) Borcun yerine getirilmemesiyle alacaklının uğradığı zarar arasında illiyet bağı bulunmalıdır

Sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesinden doğan sorumlulukta borçlunun kusurlu bulunduğu bir karine olarak kabul edilir<sup>320</sup>. Tazminat talep eden alacaklı, borçlu ile aralarında geçerli bir sözleşme bulunduğunu, hakkını tamamen ya da kısmen alamadığını ve bu nedenle uğradığı zararın miktarını ispat etmekle yetinmek hakkına sahiptir. Ayrıca borçlunun kusurlu olduğunu ispat etme yükümlülüğü yoktur. Bunun yerine borçlu, tazminat yükümlülüğünden kurtulmak için kusursuz olduğunu ispat etmek zorundadır<sup>321</sup>. Borçlunun burada kusursuz olduğu iddiası bir menfi vakıa niteliğindedir ve menfi vakıaların ispatı usulüne tâbi olur<sup>322</sup>. Hukukumuzda kusurunun bulunmaması birkaç sebepten kaynaklanabilir. Bunlardan birisi de tez konumuz olan mücbir sebeptir. Borçlu, ifada bulunmamasının sebebinin mücbir sebep olduğunu iddia ediyorsa, o zaman ispatlaması gereken müspet bir vakıanın varlığıdır<sup>323</sup>. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 238 inci maddesinin II nci fıkrasına göre; eğer mücbir sebep teşkil eden olay herkesçe bilinen bir olaysa o zaman bunun ispatına gerek yoktur. Örneğin 1999 Düzce depremi, zaten televizyon ve diğer yayın organları vasıtasıyla herkesin

<sup>320</sup> **BERKİN**, Necmeddin, M., ‘Senedle İspata İmkân Bırakmayan Mücbir Sebep ve Fevkalâde Haller’, İÜHFİM, C. XXXV, S.1-4, İstanbul, 1970, s. 225

<sup>321</sup> H.G.K. 7.12.1966, 844 E., 313 K., **DALAMANLI**, Lütfü/ **KAZANCI**, Faruk, **KAZANCI**, Muharrem, İlmî ve Kazâî İçtihatlarla Borçlar Kanunu, C. II, İstanbul, 1990, s. 511; . H.G.K. 28.6.1978, K. 696, Y. K. D., 1978, s. 1439; 15 H.D. 4.6.1984, K. 84/1967 Y.K.D. 1986, s. 564; **ZEVKLİLER**, Borçlar Genel, s. 153

<sup>322</sup> **ATALAY**, Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001, s. 82-83

<sup>323</sup> **ATALAY**, s. 85

bilgisine ulaşmıştır. Bu deprem nedeniyle borcunu ifa edemeyen kişinin, kusursuz olduğunu ispatlamak için o tarihte böyle bir deprem yaşandığını ispatlaması gerekmez. Ancak ortada herkesçe bilinen bir olayın var olması, bu olayın somut olayda borcun ifasına engel olmadığına ispatlanmasına engel olmaz<sup>324</sup>.

Mücbir sebeple ortak unsurları bulunan beklenmeyen durum da borçlunun kusuru olmadan borcun yerine getirilmemesine ya da gereği gibi yerine getirilmemesine sebep olur. Beklenmeyen duruma dayanarak borcundan kurtulmak isteyen borçlu da bu müspet vakıyı ispatlamakla yükümlüdür<sup>325</sup>. Borçlunun şartların gerektirdiği bütün özeni gösterdiğini ve kusuru bulunmadığını ispat etmesi, borcunu yerine getirememiş olmasının sebebinin mutlaka beklenmeyen durum olduğunu göstermez<sup>326</sup>. Somut olayda beklenmeyen durumun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmak gerekir.

Biz, tez konumuz olduğu için aşağıda mücbir sebebi ayrıntılı olarak inceleyeceğiz. Mücbir sebep ve beklenmeyen durum, birbirlerine çok benzediklerinden her iki kavramın farklılıklarını ortaya koyabilmek amacıyla özellikle mücbir sebebin unsurları incelenirken beklenmeyen durumdan farkları da ortaya konulmaya çalışılacaktır. Beklenmeyen durumu ayrı bir başlık altında incelemek bizi birçok yerde tekrara düşürebileceği düşüncesiyle bu yöntemi tercih ettik.

## **§ 6. MÜCBİR SEBEBİN TANIMI**

Mücbir sebep kavramının ne olduğunu ve mücbir sebebin benzer kavram olan beklenmeyen durumdan farkını ortaya koyabilmek için doktrinde bazı teoriler geliştirilmiştir. Mücbir sebep ve beklenmeyen durum kavramlarının benzerlikleri o kadar çoktur ki; bunların birbirinin içine geçmiş kavramlar olduğu bile söylenebilir. Her mücbir sebebin aslında daima bir beklenmeyen durum niteliğine sahip olduğu

<sup>324</sup> PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 415

<sup>325</sup> EDİS, Seyfullah, Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 1963, s. 106

<sup>326</sup> TANDOĞAN, s. 461

kabul edilir, ancak mücbir sebep, illiyet bağına daima kesen bir kavram olmasına rağmen, beklenmeyen durum kural olarak illiyet bağına kesmez. Hukukî sonuçları farklı olan bu iki benzer kavramın, ayırımının doğru yapılabilmesi için doktrinde bazı teoriler ileri sürülmüştür<sup>327</sup>.

Bu teoriler, sübjektif ve objektif teoriler diye ikiye ayrılır. Alman hukukçu Goldschmidt sübjektif teorinin ve Avusturyalı hukukçu Ener de objektif teorinin kurucularıdır. Sübjektif teoriye göre, bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için tek bir kriter yer vermektedir, bu kriter de borçlunun borcunu yerine getirebilmesi için elinden gelen bütün özeni göstermiş olmasıdır<sup>328</sup>. Bu teori, kriter olarak özen gösterme yükümlülüğünü esas aldığından sadece kusur sorumluluğunda uygulanma imkânı vardır. Sübjektif teorinin sebep sorumluluğunda mücbir sebebin tespitinde sübjektif teoriden yararlanılamamakta ve bu da doktrinde çok eleştirilmiştir<sup>329</sup>. Sübjektif teori, mücbir sebebin beklenmeyen durumdan ayırt edilmesini de sağlayamamaktadır<sup>330</sup>. Örneğin borçlu elinden gelen bütün özeni gösterse bile mücbir sebep niteliğindeki depremi önleyemeyeceği gibi beklenmeyen durum niteliğindeki bir yangını da önleyemeyebilir. Sübjektif teoriye dayanılırsa hem yangını hem de depremi mücbir sebep olarak nitelendirmemiz gerekir. Bu teori kabul görecektir olursa her borçlunun gösterebileceği özenin derecesi farklı olabilmekte ve aynı olay bir borçlu için mücbir sebep sayılırken bir diğeri için sayılmayabilecektir.

Günümüzde kabul edilen objektif teoriye göreyse, bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilmesinde esas alınacak kriter olayın niteliğidir<sup>331</sup>. Buna göre; meydana gelen olay, borçlunun şahsından ya da işletmesinden kaynaklanmamalı, dış kaynaklı olmalıdır ve karşı konulamayacak şiddette gerçekleşmelidir<sup>332</sup>. Bu teoriyi kabul eden yazarlardan bir kısmı mücbir sebebi şu şekilde tanımlamışlardır: ‘Mücbir sebep, mutlak olarak kaçınılmaz surette, bir borcun ihlâlüne sebebiyet veren, harici

<sup>327</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 29

<sup>328</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 30

<sup>329</sup> İNAL, Mücbir Sebep, s. 14

<sup>330</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 34; İNAL, Mücbir Sebep, s. 16

<sup>331</sup> İNAL, Mücbir Sebep, s. 16

<sup>332</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 36; dış kaynaklı olmaktan ne anlaşılması gerektiği aşağıda mücbir sebebin unsurları arasında dışsallık incelenirken daha ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

bir hadisedir'<sup>333</sup>. Başka bir grup yazarsa biraz daha ayrıntılı bir tanım vermişlerdir. Bu tanıma göre ise mücbir sebep, 'borçlunun kendisine ya da işletmesine bağlı olmayan, öngörülemeyen, karşı konulamayan bir olaydır'<sup>334</sup>. Yargıtay da 1966 tarihli Hukuk Genel Kurulu kararında bu tanımı benimsemiştir<sup>335</sup>.

Yargıtay'ın daha sonraki yıllarda yaptığı bir tanıma göre; 'mücbir sebebin söz konusu olabilmesi için önceden tahmin edilememiş bulunması, borçlunun sorumluluğunu gerektirmemesi ve önlenemeyen, giderilemeyen, yenilemeyen bir nitelik taşıması ve borcun ifasını imkansız bir hale getirmesi gerekir'<sup>336</sup>. Yargıtay bu tanımında mücbir sebebin bir sonucu olan imkânsızlığı, mücbir sebebin bir unsuru gibi saymıştır.

Görüldüğü gibi doktrinde ve içtihatlarda mücbir sebebin farklı tanımları yapılmaktadır. Mücbir sebep kavramının doktrinde üzerinde anlaşılan bir tanımını vermek güçtür<sup>337</sup>. Çünkü mücbir sebebin özel hukukun her alt dalında farklı bir tanımını yapılabilmektedir. Avrupa Adalet Divanının da bu hususu destekleyen ve mücbir sebep kavramının farklı hukuk branşlarında farklı yorumlanması gerektiğini belirten bir kararı vardır<sup>338</sup>.

---

<sup>333</sup> **TANDOĞAN**, Haluk; Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara, 1961, s.464; **EDİS**, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 108, **İNAN**, Ali Naim; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, III. Bası, Ankara, 1984, s.476; **OĞUZMAN**, M. Kemal/ **ÖZ**, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1995, s.340; Bu yazarlar beklenmeyen durumun da tanımını aynı şekilde yapmakta sadece dışsallık unsuruna yer vermemektedirler

<sup>334</sup> **İMRE**, Zahit; Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1949, s.201 **FEYZİOĞLU**, C. II, s. 189; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 539; **EREN**, s. 518; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 467

<sup>335</sup> YHGK 7.12.1966 , E. 844, K. 313 sayılı karar, **DOĞANAY**, İsmail, Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri, II. Bası, Ankara, 2003, s.24

<sup>336</sup> Hukuk Genel Kurulu, 17.10.1980, E. 1978/11-773, K. 1980/2310, YKD C. 8, S. 2, Şubat 1981, s. 144; Yargıtay Ticaret Dairesi, 16.12.1976 T., 5406/5406, Yargıtay Kararlar Dergisi, 1977, s. 817

<sup>337</sup> **GÖKTÜRK**, Hüseyin Avni, 'Türk Hususî Hukukunda Mücbir Kuvvet ve Fervkalâde Haller', Adliye Ceridesi, S. 16, 1936, s. 1165; **SELİÇİ**, Özer, 'Özel Hukukta Mücbir Sebep Kavramı ve Uygulanış Tarzı' İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler, III. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mayıs, 1979, İstanbul, 1980, s. 61; **TEOMAN**, Kitap 8, s. 227-228; **DOĞANAY**, s. 309, **OĞUZMAN**, Kemal/ **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2005, s. 340

<sup>338</sup> **THOMPSON**, s. 270; **MAGLIVERAS**, Konstantin, D., Force Majeure in Community Law, European Law Review, 1990, N. 15, s. 463; **PARKER**, Michael, 'Force Majeure in EC Law', Force majeure and Frustration of Contract, ed. McKENDRICK, s. 217

Türk hukukunda mücbir sebebin nisbî bir kavram olduğu kabul edilmektedir<sup>339</sup>. Herhangi bir olayda sorumluluğu ortadan kaldıracak bir mücbir sebebin var olup olmadığına, ancak o olayın meydana geliş şartları dikkate alınarak karar verilebileceği kabul edilmektedir.

Bu durumda mücbir sebebin tanımı yapılırken dikkat edilmesi gereken husus mücbir sebebin unsurlarına tam olarak yer verip vermediğidir. Çünkü ancak bu şekilde herhangi bir olayın mücbir sebep oluşturup oluşturmayacağı yönünde bir ön tespit yapma imkânımız olacaktır. Daha sonra somut olayın gereklerine bakarak bu olayın illiyet bağına kesmeye yetecek bir yoğunluğunun olup olmadığı tespit edilecektir.

Kanımızca bu hususu en iyi şekilde İsviçre Federal Mahkemesinin yapmış olduğu şu tanım ortaya koymaktadır: Herhangi bir olayın mücbir sebep olarak nitelendirilebilmesi için meydana gelen olayın kaçınılması mümkün olmayan, karşikonulamayan, öngörülemeyen nitelikte olması ve taraflardan hiçbirinin sorumluluğunu gerektirmemesi gerekir<sup>340</sup>.

## **§ 7. MÜCBİR SEBEBİN UNSURLARI**

### **I. Olay**

Mücbir sebep oluşturan olayın borcun yerine getirilmesine engel olması gerekir. Doktrinde bazı yazarlar, bu tür olayların yıldırım düşmesi, toprak kayması, aşırı fırtına, sel, deprem gibi... sadece doğa olayları olabileceğini kabul ederler. Baskın görüş ise; insan davranışlarının sebep olduğu olağanüstü toplumsal olayların da mücbir sebep oluşturabileceği yönündedir<sup>341</sup>. Düşman mallarına el konulması,

<sup>339</sup> **TEKİNAY**, Sona Erme, s. 210; **EREN**, s. 519; **TEOMAN**, Kitap:8, s. 229; **DOĞANAY**, s. 310

<sup>340</sup> **SCHMIEDLIN**, Stefan, Frustration of Contract und clausula rebus sic stantibus eine Rechtsvergleichende Analyse, Basel, 1985, s. 108

<sup>341</sup> **BECKER**, H., Obligationrecht, I. Abteilung, Art. 1-183, Bern, 1941, s. 483; **GIOVANOLI**, Silvio; 'Zufall und Höhere Gewalt im Schweiz Rechte', Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1935, s. 15; **BİRSEN**, s. 572; **TANDOĞAN**, s. 461; **EREN**, Uygun İlliyet Bağı, s. 177; **KELLER**, Alfred, Hapftlicht im Privatrecht, Bern, 1979, s. 61, **İNAN**, s. 476; **EDİS**, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 106; **TİFTİK**, Mustafa, Tehlike Sorumluluğunun Ayırıcı Özellikleri ve Türk Hukukunda Tehlike



ithalat ve ihracat yasakları getirilmesi de mücbir sebep oluşturan olaylar olarak kabul edilmektedir<sup>342</sup> ancak çalışmamızın konusunu oluşturan satım sözleşmesinde, hukukî imkânsızlık sayılan bu durumlara bağlanan sonuçlar ile satım konusu malın telef olmasına yol açan diğer mücbir sebeplerin sonuçları birbirinden farklıdır. Bu durum, ileride hukukî imkânsızlık başlığı altında daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

Beklenmeyen durum olarak kabul edilen olaylar da tıpkı mücbir sebepteki gibi doğa olayları, biyolojik, sosyolojik, fizyolojik, hukukî olaylar olabilirler<sup>343</sup>. Beklenmeyen durum ve mücbir sebep oluşturan olaylar bir doğa olayı olarak karşımıza çıktığında hukukî olay, bir hükümet yasağı ya da devalüasyon gibi bir karar niteliğinde karşımıza çıktığında bir hukukî fiil sayılırlar.

Mücbir sebepte meydana gelen olayın ‘kuvvetli, büyük, önemli, yüksek, dayanılmaz, zorlayıcı’ olması gerekmektedir. Mücbir sebep oluşturan olayın meydana geliş şeklindeki bu özellikler, mücbir sebebin, beklenmeyen durumdan ayırt edilmesini sağlar<sup>344</sup>.

Vienna Satım Antlaşması’nın 79 uncu, UNIDROIT İlkeleri’nin 7.1.7 nci ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nin 8:108 inci maddelerindeki mücbir sebeple ilgili muafiyetten yararlanabilmek için ortaya çıkan engelin objektif nitelikte bir engel olması gerekmektedir. Türk Hukukunda da bu niteliğin arandığı kanısındayız. Her ne kadar Yargıtay’ın hırsızlık gibi olayları da mücbir sebep olarak nitelendirdiği kararları bulunsa da Yargıtay, meydana gelen olayın sadece bu somut olayda değil benzer başka olaylarda da ifayı engelleyici nitelikte olmasını aradığında olayın sadece o borçlu için değil objektif nitelikte bir engel oluşturmasını gerekli gördüğü anlaşılmaktadır.

---

Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, II. Bası, Erzurum, 1997, s. 25; İNAL, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 2004, s. 371

<sup>342</sup> EREN, s. 519; İNAL, s. 371, İNAN, s. 476, EDİS, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 106, TANDOĞAN, s. 461

<sup>343</sup> EDİS, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 106; TANDOĞAN, s. 461; ERZURUMLUOĞLU, s. 29; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 141; İNAN, s. 476

<sup>344</sup> İNAL, , s. 370-371

## II. Öngörülemezlik

‘Öngörülemezlik’ meydana gelen olayın borçlu tarafından önceden görülememesidir. Burada haklı olarak belirtildiği gibi ‘öngörülemeyen husus’ olayın kendisi değil, doğuracağı sonuçlardır<sup>345</sup>. Nitekim, şiddetli yağış sonucunda bir sel felaketinin meydana gelebileceği öngörülebilir, ancak bu selin örneğin borçlunun borçlandığı tahıl verme borcunu yerine getirmesine engel olacağı öngörülemezdir.

Türk hukuk doktrininde Cansel, Feyzioğlu, Gözübüyük, Eren, Tekinay, Doğanay, Seliçi, Dalamanlı ‘öngörülemezlik’i mücbir sebebin bir unsuru olarak kabul etmektedirler<sup>346</sup>. Buna karşılık; Akıntürk, İnan, Oğuzman/Öz, Tandoğan ‘Öngörülemezlik’i mücbir sebebin bir unsuru olarak görmemektedirler<sup>347</sup>. Yargıtay ise ‘öngörülemezlik’i mücbir sebebin bir unsuru olarak kabul etmektedir<sup>348</sup>. Kanımızca da ‘öngörülemezlik’ mücbir sebebin bir unsurudur.

İsviçre doktrininde de ‘öngörülemezlik’in mücbir sebebin bir unsuru olarak kabul edilip edilmemesi konusunda tartışmalar vardır. Bu tartışmanın sebebi de subjektif bir kavram olan ‘öngörülemezlik’in objektif unsurlara dayanılarak tespit edilmesi gereken mücbir sebebin tespitinde kullanılmasının doğru olup olmayacağı hususundaki tereddütlerdir<sup>349</sup>. Tartışmalara rağmen İsviçre doktrininde de öngörülemezliği mücbir sebebin unsuru olarak gören yazarlar vardır<sup>350</sup>.

<sup>345</sup> GIOVANOLI, s. 17; EREN, s. 522; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 183-184 Ancak, doktrinde Gözübüyük, ‘sezilemezlik’unsurunun mücbir sebep teşkil eden olayda mı yoksa bu olayın sonuçlarında mı aranması gerektiği hususundaki tartışmaya bu ikisi arasında herhangi bir fark olmadığını belirterek girmemiştir, **GÖZÜBÜYÜK**, s. 69

<sup>346</sup> CANSEL, Erol, Mücbir Sebep, Şartları, B.K. 117, T.K. 645, Clausula Rebus Sic Stantibus, Ankara Barosu dergisi. (5), 1953, s.425; FEYZİOĞLU, C. II, s.186; **GÖZÜBÜYÜK**, s. 67; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 183; **TEKİNAY**, Sona Erme, s. 210, **DOĞANAY**, s. 24; **SELİÇİ**, Mücbir Sebep, s. 64-65; **DALAMANLI/ KAZANCI/ KAZANCI**, s. 490

<sup>347</sup> **AKINTÜRK**, s. 52; **İNAN**, s. 477; **OĞUZMAN/ÖZ**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2005, s. 357; **TANDOĞAN**, s. 464-465

<sup>348</sup> XI. HD. E. 2001/46, K.2001/2136, 22.03.2001 Tarihli ve XI. HD.E.2004/5119, K. 2005/1745, 20.11.2003 tarihli yayınlanmamış kararları

<sup>349</sup> **FONTANE**, Gabriele, Höhere Gewalt im Dokumentenakkreditivgeschäft, Frankfurt, 2001, s. 70

<sup>350</sup> **BECKER**, Obligationenrecht, s. 482; Becker, yaptığı tanımda mücbir sebeple beklenmeyen durum arasındaki farka değinmeden her ikisi için ortak bir tanım vermiştir; **KELLER**, s.60; **OFTINGER**, Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Ester Band: Allgemeiner Teil, Zürich, 1973, s. 118; **KELLER**, / **LANDMANN**, Tafel 20; **DESCHENAUX/TERCIER**, Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1983, (Çev. ÖZDEMİR, Salim) s. 35

Türk hukuk doktrinde öngörülemezlik unsurunun somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenirken aynı iş çevresinde faaliyette bulunan normal kimselerin ortalama görüşleri kriter oluşturur<sup>351</sup>. Viyana Satım Antlaşması'nda da engelin makul olarak öngörülememesi yani makul bir kişi tarafından öngörülememesi aranmaktadır. Makul kişi de iyi aile babası olarak kabul edilmektedir<sup>352</sup>.

## 1. Mutlak ve Nisbî Öngörülemezlik

Öngörülemezlik unsurunun mutlak ve nisbî diye alt ayrımlarının yapılması, mücbir sebeple beklenmeyen durum farkının daha kolay ortaya konabilmesi için doktrinde ileri sürülmüş bir görüştür.

Türk hukuk doktrininde bazı yazarların öngörülemezliği mücbir sebebin bir unsuru olarak görmediklerini belirtmiştik, aynı durum beklenmeyen durumda da söz konusudur<sup>353</sup>. Bu yazarlara göre; eğer borçlu sözleşme yaparken borcunu yerine getirmesini engelleyecek bir durumla karşılaşılacağını öngörülebiliyorsa ve buna rağmen sözleşmeyi yapıyorsa artık bu borçludan bu engelin üstesinden gelecek tedbirleri alarak borcunu yerine getirmesi beklenir. Aksi takdirde borçlunun borcunu yerine getirmemekte kusurunun bulunduğu kabul edilir. Bu yazarlara göre; eğer öngörülemezliği, beklenmeyen durumun varlığı için gerekli bir unsur olarak görürsek, o zaman tarafların başta öngörebildikleri, ama sözleşme boyunca gerçekleşmeyeceğine inandıkları bir olayla karşılaştıklarında beklenmeyen durum def'inden yararlanmaları mümkün olmayacaktır. Eğer başlangıçta öngörebildikleri bu olaya karşı koyabilmeleri için alınacak tedbirler çok masraflı olacaksa ya da beklenmeyen durum niteliğindeki bir devalüasyondan sonra borcun yerine getirilmesi çok masraf gerektirdiğinde de artık beklenmeyen durum def'inden yararlanılamayacaktır. Oysa hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda borçlunun sözleşme yaparken öngörebildiği bazı durumlarla karşılaşıldığında da beklenmeyen

---

<sup>351</sup> SUNGURBEY, Medenî Hukuk Sorunları, C. I, İstanbul, 1973, s. 173; TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.1059

<sup>352</sup> TALLON, s. 6

<sup>353</sup> EDİS, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 106; EREN, Uygun İliyet Bağı, s. 145-146

durum def'inden yararlanabilmesi gerekir<sup>354</sup>. Kanımızca burada dikkate almamız gereken husus, tarafların bir beklenmeyen durumla örneğin bir devalüasyonla karşılaşabileceklerini dikkate almış olmalarına rağmen, bu devalüasyon sonucunda yaşanan para değerindeki düşmenin borçlunun tolere edebileceği düzeyi aşmış olmasıdır. Yani burada olay öngörülebilse de sonuçlarının bu kadar ciddi olabileceğinin öngörülememesi söz konusu olduğundan borçlu, uyarılma talebinde bulunmakta haklı sayılmaktadır. Yoksa hayatta her şey öngörülebilir diyerek tarafların sözleşme yapılırken borcun ifasını engelleyebilecek bütün ihtimalleri sözleşmede birbir saymaları zorunluluğu doğar.

Türk Hukukunda Tekinay, Baştuğ ve İsviçre Hukukunda Giovanalli ise beklenmeyen durumdan bahsedebilmek için de bu unsurun varlığını aramaktadırlar<sup>355</sup>. Giovanalli, mücbir sebebin unsuru olan 'öngörülemezlik'in beklenmeyen durumun unsuru olan 'öngörülemezlik'ten daha büyük oranda olduğunu belirtmiştir<sup>356</sup>. Bu durumda hem mücbir sebebin hem de beklenmeyen durumun varlığını tespit ederken aranan öngörülemezlik unsurları arasında bir derecelendirme yapılmaktadır. Eğer meydana gelen olayın sonuçları mutlak olarak öngörülemez nitelikteyse, mücbir sebepten söz edilir. Eğer meydana gelen olayın sonuçlarının öngörülmesi bu kadar zor değilse, o zaman beklenmeyen durum söz konusu olur.

İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda bu ayırım daha anlaşılır bir şekilde ortaya konulmuştur. Federal Mahkeme, çığ kopmasının ancak 'olağan dışı bir çığ kopması' olması durumunda mücbir sebep olarak nitelendirilebileceğini kabul etmiştir<sup>357</sup>. Dağdan çığ düşmesi, karşı konulması çok güç bir olay olduğu için daima mücbir sebep sayılacağı düşünülebilir, oysa çığ eğer 'hiç kimsenin öngöremeyeceği bir yol takip ederek düşerse', ancak o zaman mücbir sebep olduğu kabul edilebilir<sup>358</sup>.

<sup>354</sup> EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 146

<sup>355</sup> GIOVANOLI, s.17; TEKİNAY, Sona Erme, s. 207; BAŞTUĞ, s. 266

<sup>356</sup> GIOVANOLI, s.17

<sup>357</sup> DESCHENAUX/ TERCIER, s. 36

<sup>358</sup> KELLER, s. 60

Doktrinde beklenmeyen durumun unsuru olan öngörülemezliğin de ‘aynı iş çevresinde faaliyette bulunan kimselerin ortalama görüşü’olduğu kabul edilmektedir<sup>359</sup>. Görüldüğü gibi beklenmeyen durumda, yukarıda verilen dağdan çık kopması örneğindeki gibi mutlak bir öngörülmezlik değil de nisbî bir öngörülemezlik söz konusudur.

Kanımızca beklenmeyen durumda da öngörülmezlik unsurunun aranması doğrudur. Borçlar Kanunu Tasarısında da bu unsura yer verilmiştir. Borçlar Kanunu Tasarısının 137 nci maddesinde ‘Aşırı İfa Güçlüğü’,<sup>360</sup> başlığı altında düzenlenen beklenmeyen durumun varlığından söz edebilmek için öngörülmezlik unsuru özel bir biçimde aranmaktadır. Maddede tarafların uyarılama talebinde bulunabilmeleri için : ‘Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum’un meydana gelmesi aranmaktadır. Görüldüğü gibi burada beklenmeyen durum için mutlak bir öngörülemezlik aranmamıştır. Herhalde burada hem borçlunun öngöremediği hem de aynı iş kolundaki makul kişilerin de öngörmesinin beklenemeyeceği bir durumdan söz edilmektedir. Makul orta zekâlı bir kişiden, o yöredeki mevcut doğa koşullarını, ticarî yaşantının gereklerini göz önünde bulundurduğunda öngörebileceği

---

<sup>359</sup> SÜNGURBEY, s. 173; SELİÇİ, Mücbir Sebep, s..65; ALTAŞ, Hüseyin, Eserin teslimden Önce Telef Olması (BK. Mad. 368), Ankara, 2002, s. 66; Yargıtay kararına konu olan bir olayda ikisi de tacir olan davacı ile davalı arasında yapılan kira sözleşmesinde kira parası Amerikan Doları üzerinden tespit edilmiştir. 2001 yılının Şubat ayında yaşanan ekonomik krizin ardından Türk Lirasının Amerikan Doları karşısında ciddî anlamda değer kaybetmesi üzerine kiracı, kira ücretinin yeniden tespit edilmesi niyetiyle sözleşmenin uyarlanması davası açmıştır. Yargıtay, uyarlanma talebinin yerinde olmadığına karar vermiştir. Yargıtay, tacir olan kiracının ‘aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermeyerek basiretsiz davrandığını’ ifade etmiştir. Yargıtay, bu durumda ‘gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin alabileceği tedbirlerle önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanmasının ise kabul edilemeyeceğini’ belirtmiştir, XI. H.D. 12.11.2002, E.2003/7763, K. 2004/2336 yayımlanmamış kararı.

<sup>360</sup> Beklenmeyen durum, fevkalâde hâl, emprevizyon, *clausula rebus sic stantibus* gibi kavramların aslında sözleşmenin değişen koşullar nedeniyle uyarlanması yolunun açılmasına yol açan unsura verilen değişik isimler olmaları nedeniyle doktrinde eleştirilmiş ve bunun yerine ‘aşırı güçlük’ifadesinin kullanılmasının daha yerinde olacağını belirtilmiştir TUNÇOMAĞ, Muamelenin Temeli ile İlgili Objektif Görüşler, I., s. 887, Borçlar Kanunu Tasarısında beklenmeyen durum yerine ‘aşırı ifa güçlüğü’başlığının seçilmesinde de bu eleştirilerin dikkate alındığı kanısındayız, ancak biz çalışmamızda uluslararası ticarete ‘hardship’ kavramının Türk doktrinindeki kabul gören yerleşmiş Türkçe karşılığının ‘beklenmeyen hâl’(ŞANLI, Uluslararası Ticarî Akitler, s. 36) olması nedeniyle çalışmamızda bu ifadeyi biraz daha günümüzün diline yaklaştırarak ‘beklenmeyen durum’ifadesini kullanmayı tercih etmiş bulunmaktayız.

seviyedeki durum değişikliklerini, sözleşmeyi yaparken dikkate alması gerektiği anlatılmaktadır.

Eğer Kanun koyucunun amacı, unsur olarak ‘mutlak öngörölmezlik’i getirmek olsaydı bunu farklı şekilde ifade ederdi. Örneğin mücbir sebepten bahsedebilmek için mutlak öngörölmezlik unsurunu arayan İsviçre Federal Mahkemesi, bu durumu, olayın ‘öngörölmemiş’ve ‘öngörölmez’ nitelikte olması şeklinde ifade etmiştir<sup>361</sup>.

## 2. Öngörölmezliğin Bir İspat Vesilesi Olarak ‘Olağanüstülük’

Bir görüşe göre mücbir sebep oluşturduğu iddia edilen olayın hayatın olağan akışı içinde karşılaşılan bir durum olmaması bu yüzden de ‘olağanüstü’ nitelikte sayılması nedeniyle borçlunun bu olayı öngörmesi mümkün değildir<sup>362</sup>.

Herhangi bir olayın olağanüstü nitelikte sayılıp sayılmayacağına olayın meydana geldiği bölgedeki koşullara göre karar vermek gerekir<sup>363</sup>. Keller de mücbir sebebin unsuru olarak ‘öngörölmezlik’i açıklarken meydana gelen olayın ‘mantıken öngörölmemeyecek bir olağanüstülük’ taşıması halinde mücbir sebepten bahsolunabileceğini belirtmiş ve şu örneklere yer vermiştir: Şiddetli kasırğa,

---

<sup>361</sup> Federal Mahkemenin bu unsurun varlığını aradığı bazı kararlarına örnek olarak şunlar gösterilebilir: Federal mahkemenin kararlarından birine konu olan olayda; yabancı bir tiyatro, turne sırasında geldiği şehirdeki tiyatro binasının sahibiyle o şehirde iki oyun sergilemek üzere bir sözleşme yapar. müdürü bir şehirdeki tiyatro idaresiyle belirli bir ücret karşılığında iki oyun sergilemek üzere sözleşme yapıyor. Ancak o şehrin Emniyet Müdürü, söz konusu tiyatro oyunlarını ‘hafif meşrep’bulduğu için yasaklar. Tiyatro sahnesinin sahibi, oyunların yasaklanması nedeniyle bu oyunların oynanması karşılığında turnedeki tiyatroya ödemeyi taahhüt ettiği bedeli ödemeceğini söylemiştir. Turnedeki tiyatro topluluğu, oyunlarının yasaklanmasının öngörölmemeyen bir durum olduğunu iddia etmiştir. Federal Mahkeme kararında; o şehirde oynanan bütün oyunlar için bir sansür olduğunu, bu nedenle de Emniyet Müdürlüğüne söz konusu oyunların yasaklanmasının mutlak anlamda öngörölmez bir durum olmadığını, tiyatro topluluğunun böyle bir yasaklamayla karşılaşabileceğini öngörebilmesi ve sözleşmeyi yaparken kendisini koruyucu kayıtlara yer vermesi gerektiğini belirtmiştir.

Bir diğer karara konu olayda taraflar arasında bir taşınmaz kira sözleşmesi vardır. Sözleşme yapıldıktan bir süre sonra taşınmazın bir kısmı yanmış, bunun üzerine kiracı, kira bedelinden indirim yapılmasını ve sözleşmenin süresinden önce sona ermesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. Federal mahkeme davacının kira bedelinden uygun birindirm yapmış, ancak davacının tazminat talebini yerinde görmemiştir, çünkü taşınmazın yanmasını, öngörölmemiş ve öngörölmez bir olay olması nedeniyle mücbir sebep olarak nitelendirmiştir **GÖZÜBÜYÜK**, s. 67-68

<sup>362</sup> **SELİÇİ**, Mücbir Sebep, s. 64; **ÜNAL**, Mehmet /**ARAL**, Fahrettin /**BAŞPINAR**, Veysel /**KOCAĞA**, Köksal, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, II. Bası, Ankara, 2003, s. 159

<sup>363</sup> **GIOVANOLI**, s. 33

şiddetli yağmur gibi doğa olaylarının mücbir sebep sayılabilmeleri için yıllardan beri bu şiddette görülmemiş olmaları gerekir<sup>364</sup>.

Doktrinde, meydana gelen olayın ‘olağanüstülük’ vasfının da mücbir sebebin unsurlarından birini oluşturacağı ileri sürülmüşse de bu görüş İsviçre doktrininde kabul görmemiştir. ‘Olağanüstülük’ olayın öngörülmez sayılması için ya da olayın karşı konulamazlığının objektif nitelikte olduğunu göstermek için bir ispat vesilesidir<sup>365</sup>.

Yargıtay, bu unsuru açıklamak için verdiği kararlarda ‘ansızın gerçekleşen olay’ ya da ‘hayatın normal akışından çıkması beklenebilecek tesadüfi olaylar sınırını açık bir şekilde aşma’ ifadelerine yer vermiştir<sup>366</sup>.

Meydana gelen olayın ‘ansızın gerçekleşen olay’ niteliğinde olması da yine aynı gerekçelerle tek başına mücbir sebebin bir unsuru sayılmamakta, öngörülemezlik ya da karşıkonulamazlık unsurlarının mevcut olduğunu gösteren birer karine niteliğinde görülmektedir<sup>367</sup>.

İsviçre doktrininde bazı yazarlar bir olayın sık sık karşılaşılan türde bir olay olmamasını da mücbir sebebin unsurlarından biri olarak kabul etmektedirler. Oysa bir olayla sık karşılaşılmıyor olması, sadece bu olaya karşı tedbir almayı yani karşıkoymayı zorlaştırıcı bir etken olabilir. Bu nedenle de tek başına mücbir sebebin bir unsuru olarak kabul edilemez<sup>368</sup>.

### **3. Tacirin Öngörülü Olma Zorunluluğu**

Karayalçın, 1970’lerde yazdığı makalesinde Türkiye’de o günlerde bile para değerindeki değişimin öngörülebilir bir olay olarak kabul edilmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Bu yüzden de basiretli tacirin yaptığı sözleşmelere para

---

<sup>364</sup> KELLER, s. 60

<sup>365</sup> GIOVANOLI, s. 35

<sup>366</sup> SELİÇİ, Mücbir Sebep, s. 64-65

<sup>367</sup> GIOVANOLI, s. 35

<sup>368</sup> GIOVANOLI, s.31-32

değerindeki değişim riskine karşı kendisini koruyucu hükümler koyması gerektiğini belirtmiştir. Basiretli tacir, yaptığı sözleşmelere para değerindeki düşüslere karşı otomatik fiyat ayarlama şartı koymak ya da para değişimlerine karşı sigorta yaptırmak gibi önlemler alabilir<sup>369</sup>.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacı bazı ilaçları temin etme borcu altına girmiştir. Daha sonra da bu ilaçların Türkiye'deki stoğunun tükenmiş olduğunu, bunların yurt dışından ithâlinin de yapılmadığını gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulmak istemiştir. Yargıtay, basiretli bir tacirin vermeyi yükümlendiği ilacın Türkiye'de bulunup bulunmadığını ve bu ilaçları teslim edip edemeyeceğini meslekî bilgisine dayanarak bilmesi gerekeceğine karar vermiştir. Basiretli bir tacirden sözleşmeyi yaparken bu malı istenilen nitelikte ve miktarda teslim edip edemeyeceğini bilmesinin bekleneceğine karar vermiştir<sup>370</sup>.

Yargıtay'ın bir diğer kararına konu olan olayda; 'kesin vadeli bir sözleşme imzalamış olan müteahhidin zamanında mal bulamamış olmasının sonuçlarına katlanması gerektiği belirtilmiştir. Çünkü böyle bir sözleşmeyi imzalayarak basiretli bir tacir gibi davranmamış olmaktadır<sup>371</sup>.

Yargıtay, mücbir sebep iddiasında bulunan tacirin basiretli bir tacir gibi davranmış olup olmadığının ciddi olarak araştırılması gerektiği konusu üzerinde de durmuştur. Yargıtay'ın bir başka kararına konu olan olayda basiretli bir tacirin inşaat sözleşmesi yaptığı tarihte taahhüdünü yerine getirmek için zarurî olan malzeme ve aletleri sağlamaya elverişli bütün imkânları kesin olarak el altında bulundurmasının gerektiğine, malzeme ve diğer araçları elde bulundurmadan bir tacirin taahhüde girmesinin yaratacağı olumsuzluklardan doğan zarara katlanması

---

<sup>369</sup> **KARAYALÇIN**, Yaşar, 'Para Değerinde Değişmeler-Yabancı Sermaye ve Anonim Şirketlerde Aynî Pay', Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara, 1975 s. 503

<sup>370</sup> 4. H.D. 16.9.1965 , E. 9844, K. 4188, **OLGAÇ**, C. I., s. 908; 11.HD, 16.12.1976, E.1976/5406; K.1976/5406, YKD Haziran 1977, C.III, s.6; Yargıtay kararına konu bir başka olayda ise, davacı yapılan ihaleyi kazanarak bazı ilaçları davalıya teslim etme borcu altına girmiştir. Ama daha sonra davacı borcunu yerine getirememiştir. Borcunu yerine getirememesine döviz dar boğazını sebep olduğunu belirtmiştir. Yargıtay ise, Türkiye'de yıllardan beri döviz sıkıntısının çekildiğini belirterek, bu durumu basiretli bir tacirin göz önünde bulundurması gerektiğine karar vermiştir, 14.5.1981, 13. HD, 2749, E, 3288 K, YKDC.7, S.8, Ağustos 1981, s. 1024-5

<sup>371</sup> 4. H.D. 12.5.1958 T., E. 10658, K. 3150, **OLGAÇ**, C. I., s. 910



gerekeceğine karar verilmiştir. Yargıtay, mahkemenin bu tacirin mücbir sebep iddiasının yerindeliliğini incelerken tacirin taahhüde girdiği sırada makineleri elde etmek üzere gerekli anlaşmaları yapmış olup olmadığı ve makine bulmak için Türkiye'nin her tarafında ve İngiltere'den başka ülkelerle de teşebbüse geçmiş olup olmadığını gereği gibi araştırmadan, sadece şahitlerin sözlerine ve bazı ticaret odalarından alınarak ibraz edilmiş olan belgelere dayanarak karar vermiş olmasını kanuna aykırı bulmuştur<sup>372</sup>.

Yargıtay, 2000 yılında yaşanan devalüasyondan sonra kira bedelinin uyarlanmasıyla ilgili verdiği kararda da devalüasyon tarihinden yirmi gün önce yapılan kirâ sözleşmesinde kiracının yabancı para üzerinden kira sözleşmesi yapmış olmasını basiretli bir tacirden beklenmeyecek bir davranış olarak kabul etmiş ve kirâ sözleşmesinin uyarlanması için gerekli olan öngörülmezlik şartının bu olayda gerçekleşmediği sonucuna varmıştır. YHGK, gerekçesini açıklarken Türkiye'de yaşanan devalüasyon ve ekonomik krizlerin birden bire oluşmadığını, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiğini ve davacı tacirin de bu ekonomik krizin işaretlerinin belli olduğu bir dönemde sözleşme yapmış olması nedeniyle durumu öngörmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>373</sup>.

Doktrin de ise Doğanay, devâlüasyon kararlarının sözleşmeye olan etkisini basiretli tacir ilkesi ile açıklamanın mümkün olmayacağı görüşündedir. Bu yazara göre; 'basiret' ancak normal piyasa şartlarının devam ettiği sürece mümkün olabilir<sup>374</sup>.

Yargıtay kararına konu bir başka olayda da tacir olan davalı yaşanan döviz darboğazı nedeniyle borcunu yerine getiremediğini iddia etmekte ve döviz darboğazının bir mücbir sebep olduğunu iddia etmektedir, Yargıtay ise Türkiye'de

<sup>372</sup> 4. H.D. 12.12.1957 T., E. 7173, K. 7373, **OLGAÇ**, C. I., s. 911

<sup>373</sup> YHGK 7.5.2003, 2003/13-332, K.2003/340, YKD Ekim 2003, C. 29, S. 10, s.1502, Yargıtay'ın devalüasyonun mücbir sebep olmadığına dair verdiği başka bir kararı da şudur: 11. HD, 11.2.1975, E.1974/5000, K.1975/891, YKD s. 956-958

<sup>374</sup> **DOĞANAY**, s.45; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 10.8.1970'de yapılan devâlüasyonla ilgili olarak verdiği ve devalüasyonu mücbir sebep olarak kabul etmeyen kararına yazılan karşı oy yazısında da bu görüş dile getirilmiştir, HGK, 17.10.1980, E.1978/11-773, K.1980/2310, YKD, C.VIII, S.II, Şubat 1981, s. 150

uzun yıllardan beri döviz sıkıntısı yaşandığını, o yüzden de basiretli bir tacirin sözleşme yaparken bu durumu göz önüne alması gerektiğini belirtmiştir<sup>375</sup>.

Yargıtay'ın hukukî imkânsızlıkla ilgili bir kararına konu olayda müteahhit bir firma ile bir kooperatif arasında kooperatifin arsası üzerine 292 adet konut yapılması için sözleşme yapılmıştır. Daha sonra kooperatif arsası üzerine bu kadar çok sayıda konut yapılmasının imar planına uygun olmadığı anlaşılmıştır. Yargıtay, müteahhidin basiretli bir tacir gibi davranarak sözleşme yapmadan önce imar planını incelemesi gerektiğine karar vermiştir<sup>376</sup>.

Yargıtay, tacirin basiretli davranmasına büyük önem vermektedir. Yargıtay kararına konu olan bir olayda taraflar sözleşmede nelerin mücbir sebep oluşturacağını belirtmişlerdir. Bu sayılan hususlar arasında devalüasyon da vardır. Davacı da 1970 yılındaki devalüasyon nedeniyle borcunu ifa edemediğini ve bunun bir mücbir sebep oluşturduğunu ve sorumluluktan kurtulması gerektiğini iddia etmiştir. Ancak Yargıtay, tarafların sözleşmelerinde devalüasyonu mücbir sebep olarak saymış olmalarının tek başına mücbir sebebin varlığını göstermeye yetmeyeceğini belirtmiştir. Ardından da mücbir sebebin unsurlarının devalüasyonda bulunup bulunmadığını incelemiştir. Sonra da ortada bir mücbir sebep olmadığına çünkü basiretli bir tacirin devalüasyonu öngörebileceğine karar vermiştir<sup>377</sup>.

### III. Karşikonulamazlık

#### 1. Genel Olarak

Herhangi bir olayın mücbir sebep oluşturması için olayın sadece 'öngörülememiş' ve 'öngörülemesiz' olması yeterli değildir. Aynı zamanda 'karşı konulamaz' da olması gerekir<sup>378</sup>. Böylece öngörülemeyen bir durum ortaya

<sup>375</sup> XIII. HD, 14.5.1981, E.1981/2749, K.1981/3288, YKD C.VII, S.VIII, Ağustos 1981, s. 1024-5;

<sup>376</sup> XV. HD 25.5.1981, E.1981/825, K.1981/1234, YKD, C.VIII, S. III, Mart 1982, s. 388-393

<sup>377</sup> Hukuk Genel Kurulu, 17.10.1980, E.1978/11-773, K.1980/2310, YKD, C.7, S.2, Şubat 1981, s. 143 vd.

<sup>378</sup> AKYAZAN, Sıtkı, 'Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilmeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme' BATİDER, C. VII; 1973, s. 298; GÖZÜBÜYÜK, s. 79; TİFTİK, s.25; bu unsuru 'kaçınılmazlık' olarak nitelendiren yazarlar da vardır, ancak 'kaçınılmaz' deyince mücbir sebep ya da

çıktığında borçlunun bu durumun borcun yerine getirilmesine engel olmaması için gereken tedbirleri alması beklenir. Borçlu bu tedbirleri almadığı sürece sadece öngörülemeyen bir durumla karşılaştığını ve borcunu da o yüzden yerine getirmediğini söyleyerek sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin, borçlu işletmesinde yangın çıkacağını öngöremeyebilir, ancak satılmış olup da teslimat için işletmede bekletilen malların yangından zarar görmemesi için bu malları dışarı çıkarma imkânı varken, bunu yapmazsa, bundan doğan zarara katlanmak zorunda kalır. Çünkü bu olayın olumsuz sonuçlar doğurmasına karşı koymamıştır<sup>379</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında mücbir sebepten söz edebilmek için bu unsurun aranması gerektiği belirtilmiştir. Karara konu olayda bir satım sözleşmesiyle buğday satımı taahhüt ediliyor. Buğday ithal edilen bir üründür. Sözleşme yapıldıktan sonra Birinci Dünya Savaşı çıkınca, diğer ülkeler buğday ihracatını yasakladıkları için buğday ithali imkânsız hâle gelmiştir. Federal Mahkeme I. Dünya Savaşının çıkmış olmasını öngörülemez bir durum olarak kabul etmiş, ama bu durumun 'karşı konulamaz' bir durum olduğunu kabul etmemiştir. Federal Mahkeme bu olayda borçlunun sorumluluktan tam olarak kurtulamayacağına, ancak tazminattan indirim yapılabileceğine karar vermiştir<sup>380</sup>.

Meydana gelen olayın, olağanüstü nitelikte olması, nadiren ve aniden gerçekleşmesi bu olayın 'karşı konulamaz' nitelikte olduğuna karine oluşturabilir<sup>381</sup>.

## 2. Mutlak ve Nisbî Karşı Konulamazlık

Mücbir sebepten söz edebilmek için meydana gelen olayın objektif olarak karşı konulamaz olması gerekir<sup>382</sup>. Bilim ve tekniğin ulaştığı olduğu o günkü

---

beklenmeyen durum oluşturan olayın meydana gelmesini engelleyememek anlaşılır, oysa 'karşıkoymak, denilince bu oylar meydana geldikten sonra borçlunun edimini yerine getirmesini engelleyen durumlara karşı mücadele etmek anlaşılır. Örneğin şiddetli yağmur kaçınılmazdır. Hem öngörülebilene hem de kaçınılmaz olan şiddetli yağmur sonucunda depodaki satım konusu malların zarar görmemesi için tedbir almak mümkünse bu olaya karşı konulabilir.; GÖZÜBÜYÜK, s. 70-73; TANDOĞAN, s. 462; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 143

<sup>379</sup> EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 143

<sup>380</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 68

<sup>381</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 72

seviyenin bütün olanaklarından yararlanılsa bile karşikonulamayan olaylar, mutlak olarak karşikonulamayan nitelikte olaylardır<sup>383</sup>. Beklenmeyen durum da ise, meydana gelen olaya, borçlunun karşıkoyamayacak nitelikte olması yani nisbî bir karşikonulamazlık aranır<sup>384</sup>.

Doktrinde bazı yazarlar beklenmeyen durum ile mücbir sebep arasındaki ayrımın esasını karşı konulamazlık unsurunun mutlak ya da nisbî nitelikte olmasına dayandırmışlardır<sup>385</sup>.

Eğer meydana gelen olayın üstesinden gelinerek borcun yerine getirilmesi mümkünse sorun yoktur. Bilim ve tekniğin bütün olanaklarından yararlanılsa bile ortaya çıkan engellerin üstesinden gelinemiyorsa ortada bir mücbir sebep vardır. Eğer meydana gelen olay neticesinde zararlı sonucun doğmasına sadece borçlu engel olamıyorsa, o zaman ortada bir mücbir sebep değil, beklenmeyen durum vardır<sup>386</sup>. Ancak burada şuna da dikkat etmek gerekmektedir; beklenmeyen durumda borçlu dışındaki başka kişilerin bu olaya karşı koyabilmeleri mümkün diye borçludan gücünün üstünde bir fedakârlık göstererek ekonomik yıkımına neden olacak tedbirler alması beklenemez<sup>387</sup>. Böyle bir durumda borçlu, borcunu yerine getirmemekten sorumlu tutulamaz. Beklenmeyen durumun bazen illiyet bağıni kesebileceğinden söz etmiştik. İşte borçludan gücünün üstünde bir fedakârlık gerektiren durumlarda da illiyet bağı kesilmektedir. Çünkü borçlu meydana gelen ve alacaklının zararına sebep olan olaya karşı koymaya çalışmış, ama gücü buna yetmemiştir. Bu durumda meydana gelen olay üzerinde borçlunun hiçbir kontrolü olmadığı için artık bu

---

<sup>382</sup> GIOVANOLI, s. 20; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1003; EREN, s. 518; ŞENER, Hami, Oruç; 'Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Ziyat, Zayi Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları' DEÜHFD, C.6, S.1, 2004, s. 256

<sup>383</sup> EREN, s. 521

<sup>384</sup> ERZURUMLUOĞLU, s. 34

<sup>385</sup> GÖKTÜRK, s.1164; TANDOĞAN, s. 465 EDİS, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 106-109, AKINTÜRK, s. 50-52; TEKİNAY, Sona Erme, s. 207; EREN, s.521; İNAN, s. 476; OĞUZMAN/ÖZ, s. 341, İNAL, s. 380-381;

<sup>386</sup> FEYZİOĞLU, C.II, s. 190; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 181-182; İNAN, s. 476; EREN, s. 521; Yargıtay, bir olayın mücbir sebep oluşturması için 'bütün önlemlere, sahip olunan her türlü imkân ve araca rağmen bir olayın sonuçlarının önlenememesi' gerektiğini belirtmiştir. IV HD, 16.1.1981, E.1980/14082, K.1981/217, YKD, C.VI, S.IX, Eylül 1981, s.1111-1116

<sup>387</sup> BECKER, Obligationenrecht, s. 483; TANDOĞAN, s. 462; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 145

olaydan tazminat borcu doğması için gerekli olan illiyet bağı kesilmiştir. İlliyet bağı artık zararlar borçlunun gücünün yetmediği bu olay arasında kurulmuş olur.

Mücbir sebebin her zaman, beklenmeyen durumun ise bazen illiyet bağı kestirginin kabul edildiğini belirtmiştik. Borçludan borcunu yerine getirmek için gücünün üstünde bir fedakârlıkta bulunmasının beklenemeyeceği durumlarda borçlunun sorumlu tutulması söz konusu olamaz.

Beklenmeyen durumda borçlunun zararlı sonucun ortaya çıkmaması için gösterdiği çabanın yeterli bir çaba olup olmadığı, aynı şartlar altında bulunan normal ve makul üçüncü bir kişinin yani tedbirli bir aile reisinin (*bonus pater familias*) zihnî, fiziki ve mesleki yetenekleri kriter olarak alınarak belirlenir<sup>388</sup>. Bu bir alt sınırdır yani eğer borçlu ya da sorumlu şahısın sahip olduğu özel yetenek ya da bilgi sayesinde tedbirli bir aile reisinin dahi önleyemeyeceği zararları önleme imkanı varsa artık ondan bu zararı önlemesi beklenir ve eğer önleyemezse sorumlu olur<sup>389</sup>.

Mücbir sebepte karşı konulamazlık unsurunun mutlak nitelikte olması arandığından<sup>390</sup> ve günümüzde teknolojinin ulaştığı seviye birçok şeye karşı koyabilme imkânı verdiği için<sup>391</sup>, mücbir sebep nedeniyle sorumluluktan kurtulmak pek mümkün olmamaktadır<sup>392</sup>.

#### IV. Dışsallık

İsviçre hukukunda dışsallığın mücbir sebebin bir unsuru olup olmadığı tartışmalıdır<sup>393</sup>. Türk hukukunda da bu konuda yazarlar tam bir görüş birliği içinde değildirler.

Bazı yazarlar, mücbir sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulmak isteyen tarafın, meydana gelen olayın kendi işletme çevresi dışında meydana gelmesi ya da borçlunun yürüttüğü faaliyete yabancı olması gerektiğini kabul etmektedirler<sup>394</sup>.

<sup>388</sup> ERZURUMLUOĞLU, s. 34; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 144

<sup>389</sup> EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 144; BAŞTUĞ, s. 267

<sup>390</sup> ERZURUMLUOĞLU, s. 39-40; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 186

<sup>391</sup> İNAL, Mücbir Sebep, s. 47

<sup>392</sup> EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 186

<sup>393</sup> FONTANE, s. 70

Türk hukukunda Baştuğ, dışsallığı mücbir sebebin bir unsuru olarak görmemiştir. Baştuğ'a göre mücbir sebep, öngörülemeyen ve mutlak olarak karşı konulamayan ve borçlunun sorumlu olmadığı bir olaydır<sup>395</sup>. İsviçre doktrininde de Giovanoli, dışsallığı mücbir sebebin bir unsuru olduğunu kabul etmemektedir. Giovanoli, olayın işletmenin dışında gerçekleşmiş olmasının mücbir sebebin varlığını ispat açısından sadece kolaylık sağlayacağını belirtmiştir<sup>396</sup>.

Türk hukuk doktrininde yazarların dışsallık unsurunu açıklamak için verdikleri örnekler birbirine çok benzerdir. Örneğin; bir fabrikanın içinde bir kazan patlaması nedeniyle ya da bir otelde yangın çıkması nedeniyle işçilerin ya da müşterilerin zarar görmesi durumunda ortada bir mücbir sebep yoktur<sup>397</sup>. İşçilerin sosyal haklarının iyileştirilmesi için grev yapmaları mücbir sebep sayılmazken, genel grev işletmenin dışında alınan bir karara dayandığı için mücbir sebep sayılmaktadır<sup>398</sup>.

Yukarıdaki örnekleri veren Eren, mücbir sebep kavramını haksız fiil sorumluluğunda illiyet bağı kesen sebepler başlığı altında incelemektedir ve dolayısıyla verdiği örneklerde de söz konusu fabrikada kazan patlaması sonucunda bir işçinin ölmesi ya da yaralanması durumunda işverenin ortada bir 'mücbir sebep' vardır diyerek sorumluluktan kaçmasını önleyebilmek amacıyla 'dışsallık' unsurunun gerekliliğini vurgulamıştır. Eren'in ifadesiyle burada 'sorumlu şahsın mesuliyeti, işletme ve faaliyeti dolayısıyla yaratılmış olan tehlikeye, işletme tehlikesine bağlanmış olmaktadır'<sup>399</sup>. Tehlike sorumluluğunda da mücbir sebep sorumluluktan kurtaran bir sebep olarak kabul edilmektedir. Ancak

---

<sup>394</sup> İMRE, s. 201; BİRSEN, s.572; TANDOĞAN, s. 464-465, EDİS, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 108-109; AKINTÜRK, s. 52; FEYZİOĞLU, C.II, s. 187; ERZURUMLUOĞLU, Erzan, 'Umulmayan Hal, Mücbir Neden ve Grev', Ankara İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Bülteni, Ankara, 1 (2), 1969, s 29

OLGAÇ, C.I., s. 904; SELİÇİ, Mücbir Sebep, s. 67; İNAN, s. 477; SUR, Melda, Grev Kavramı, İzmir, 1987, s. 77; EREN, s. 520; ŞENER, s. 254; OĞUZMAN/ÖZ, s. 340-341;

<sup>395</sup> BAŞTUĞ, s. 267

<sup>396</sup> GIOVANOLI, s. 22

<sup>397</sup> TANDOĞAN, s. 465, EREN, s.520; bu durumlarda ortada bir beklenmeyen durum olduğuna dair bkz. FEYZİOĞLU, C II, s. 190

<sup>398</sup> TANDOĞAN, s. 465; TEKİNAY, Sona Erme, s. 210; ERZURUMLUOĞLU, Umulmayan Hal, s. 29; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 180; ÇAVUŞOĞLU, Ahmet, Erdinç, 'Mücbir Sebep Kapsamında Grev', Sosyal Güvenlik Dünyası, Y.1, S.1, Temmuz-Eylül, 1998, s. 62

<sup>399</sup> EREN, s. 520

İsviçre'deki hukuki gelişmeler ışığında tehlike sorumluluğu ile ilgili kanunlarda sorumluluktan kurtulma nedenleri sadece savaş ve doğal afetlerle sınırlandırmıştır. İsviçre'de hava taşıtı işletenleri için mücbir sebep sorumluluktan kurtaran bir sebep olmaktan çıkarılmıştır<sup>400</sup>.

Bu amaca ulaşmaktaki rolü nedeniyle dışsallığın mücbir sebebin bir unsuru olarak kabul edilmesi çok doğrudur, ancak tarlasında yetiştirdiği domatesleri satarak geçimini sağlayan bir köylünün evinde elektrik kontağı nedeniyle çıkan bir yangın nedeniyle evinin bahçesinde kasalara yerleştirmiş ve ertesi günü önceden sözleşme yapmış olduğu alıcısına teslim edecek olduğu domateslerin telef olması halinde ortada 'dışsallık' unsurunun bulunmadığını söyleyerek mücbir sebebin gerçekleşmediğini iddia etmemiz hakkaniyete aykırıdır.

Yukarıda mücbir sebebin nisbî bir kavram olduğu, kamu ve özel hukukta farklı tanımlanacağı gibi, özel hukukun alt dalları arasında da farklı tanımlanması gerektiği belirtilmiştir. Bu açıdan köylünün evinde yangın çıkmasıyla ilgili olarak verdiğimiz örnek mücbir sebebin farklı tanımlanma zorunluluğunun ne kadar gerekli olduğunu da göstermektedir.

Bazı yazarlar, mücbir sebeple beklenmeyen durum arasındaki farkın bu unsurla tespit edildiğini iddia ederler. Eğer zarar verici olay borçlu ya da sorumlu şahsın sorumluluk alanı içerisinde meydana gelmişse, ortada sorumluluğu ortadan kaldıracak bir olay niteliğindeki mücbir sebep yoktur, ortada bir beklenmeyen durum vardır<sup>401</sup>.

Mücbir sebeple beklenmeyen durum arasındaki farkı ortaya koyduğuna inanılan dışsallık unsuru, kabul edilmeseydi, işletme ve faaliyet içi olaylar da mücbir sebep sayılabileceğinden borçlunun sorumluluktan kurtulma imkânının artacağı ileri sürülmektedir<sup>402</sup>.

<sup>400</sup> **EREN**, İlliyet Bağı, s. 202-203S; **TİFTİK**, s. 27 (Bkz. İsviçre'de Atom G. M.14 fıkra II, RLG, m.33, f.III, ve LFG, m. 64, f.II)

<sup>401</sup> **TEKİNAY**, Sona Erme, s. 207-210; **FEYZİOĞLU**, C. II, s. 191; **EREN**, Uygun İlliyet Bağı, s. 179; **TİFTİK**, s. 26

<sup>402</sup> **EREN**, Uygun İlliyet Bağı, s. 180

Exner'in kabul ettiği gibi tehlikenin içerden ya da dışardan kaynaklanmasını esas alarak mücbir sebep ile beklenmeyen durum arasındaki ayrımı buna dayandırmak doğru değildir. Meydana gelen olayın dış kaynaklı (işletme dışı) olması bir olayın beklenmeyen durum değil de mücbir sebep olarak nitelendirilmesi için gerekli olan 'karşı konulamazlık' unsurunun objektif nitelikte olduğuna dair bir karine teşkil edebilir<sup>403</sup>. Türk hukukunda Arsebük de bu görüştedir. Arsebük, mücbir sebep ve beklenmeyen durum kavramlarının ayırt edici unsurunun dışsallık olmadığını, karşı konulamazlık olduğunu belirtmiştir. Yazar, dışsallığı hem mücbir sebebin hem de beklenmeyen durumun unsuru olarak görmektedir<sup>404</sup>.

İsviçre Federal mahkemenin bazı kararlarında da beklenmeyen durumdan söz edilebilmesi için dışsallık unsuruna gerek görülmemiştir. Borçlunun kusuruna dayanmayan fakat borçlunun hakimiyet alanı içinde gerçekleşen olayların 'beklenmeyen durum' olarak nitelendirilmiştir<sup>405</sup>.

Dördüncü bölümde incelediğimiz Viyana Satım Antlaşması'ndaki mücbir sebeple ilgili maddede dışsallık bir unsur olarak kabul edilmiştir. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin mücbir sebeple ilgili maddesinde dışsallık unsuru aranırken, beklenmeyen durumla ilgili düzenlemesinde aranmamaktadır. UNIDOIT İlkeleri'nin hem mücbir sebep hem de beklenmeyen durumla ilgili maddelerinde dışsallıktan söz edilmiş olması, bu ilkelerin her iki kavram arasındaki farkın tespitinde dışsallık unsuruna dayanmadığını göstermektedir.

## **§ 8. SATIM SÖZLEŞMESİNDE MÜCBİR SEBEBİN SONUÇLARI**

### **I. Borcun İfasının İmkânsız Hâle Gelmesi**

#### **1. Genel Olarak**

Satım sözleşmesinde, borçlunun, borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesinden doğan sorumluluğu, kural olarak kusur sorumluluğudur. Kusur

---

<sup>403</sup> GIOVONALI, s. 22

<sup>404</sup> ARSEBÜK, Esat, Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları-I-Kaynaklar, Ankara, 1937, s. 432; GÖZÜBÜYÜK, s. 30

<sup>405</sup> GÖZÜBÜYÜK, s.30



sorumluluğunda borçlunun borcunu yerine getirmediği için tazminat yükümlülüğünün doğması için borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması durumuyla alacaklının zararı arasında illiyet bağının kurulması gerekir. Oysa mücbir sebep gerçekleştiğinde illiyet bağı, borçlunun davranışı ile zarar arasında değil, mücbir sebeple zarar arasında kurulur. Mücbir sebep varsa borçlunun kusurundan söz edilemez.<sup>406</sup> Borçlu, mücbir sebebi ispat ettiği takdirde, doğan zarardan sorumlu olmaz<sup>407</sup>.

Mücbir sebep gerçekleşince borcun ifası genellikle imkânsız hâle gelir. Borçlar Kanununda borçlunun borcunun kusursuz olarak sonradan imkânsız hâle gelmesinin sonuçları 117 nci maddede düzenlenmiştir. Bu maddenin I nci fıkrasında kusursuz imkânsızlık nedeniyle bir borcun ifasının mümkün olmaması halinde bu borcun sona erdiği belirtilmiştir.

Doktrinde, bu maddenin kapsamına hangi imkânsızlık türlerinin girdiği konusunda tartışmalar yapılmaktadır. Bazı yazarlar, bu maddenin kapsamına sadece kusursuz sonraki objektif imkânsızlık durumlarının gireceğini<sup>408</sup>, bazı yazarlar ise subjektif imkânsızlık hallerinin de girebileceğini<sup>409</sup> ileri sürmektedirler. Kanımızca doktrinde, subjektif imkânsızlık olarak nitelendirilen durumlarda, borçlu dışındaki diğer kişilerin, borcu yerine getirme imkânı bulunduğu için, bu durumları bir imkânsızlık olarak değil de borcun ifasının güçleşmesi olarak değerlendirmek daha doğru olur. Çünkü doktrinde bazı yazarların kabul ettiği gibi bu durumları subjektif imkânsızlık olarak nitelendirip sonuçlarının da Borçlar Kanununun 117 nci maddesinde düzenlediğini kabul edersek, taraflar mağdur edilmiş olabilirler. Çünkü ticaret hayatında ve özellikle uluslar arası ticarete, taraflar, sözleşmenin ayakta tutulmasını isterler. Subjektif imkânsızlık olarak değerlendirilen durumlarla karşılaşan tarafların da sözleşmelerinin ayakta tutulmasında menfaatleri olabilir. Eğer subjektif imkânsızlık durumlarının sonuçlarının Borçlar Kanununun 117 nci

<sup>406</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 64-66; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 185; EREN, s. 523

<sup>407</sup> OLGAC, C. I, s. 903-904; FEYZİOĞLU, C.II, s. 379; EREN, Uygun İlliyet Bağı, s. 184; İNAL, 'Mücbir Sebep', s. 46-47

<sup>408</sup> DURAL, s. 88-9

<sup>409</sup> ERZURUMLUOĞLU, s. 11; von TUHR, Borçlar Hukuku, s. 584; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 904; OĞUMAN/ÖZ, s. 310

maddesi gereği, borcun sona erdirilmesi olduğunu kabul edersek, tarafların menfaatlerinin aksine bir çözüm benimsenmiş olur.

İmkânsızlık ve güçleşmeye bağlanan sonuçların farklı olması gerektiği savımızın doğruluğunu destekleyebilmek için bu iki kavramın farkını, aşağıda ‘Borcun İfasının Güçleşmesi’ başlığı altında ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

Bu çalışmamızda, mücbir sebep teşkil eden bir olay sadece objektif imkânsızlığa yol açtığı takdirde Borçlar Kanununun 117 nci maddesinin kapsamı içinde değerlendirilerek borcun kendiliğinden sona ermesine yol açacağı düşüncesini savunmaktayız. Objektif imkânsızlığı da borcun, hiç kimse tarafından yerine getirilemeyeceği durumlar<sup>410</sup> olarak kabul etmekteyiz. Bu durumda sözleşme konusu parça borcu malın yanması durumunda olduğu gibi fiilî imkânsızlık<sup>411</sup> olarak adlandırılan durumlar, objektif imkânsızlık içinde en büyük paya sahip olmaktadır. Borcun ifasının, sözleşme yapıldıktan sonra çıkan bir hukuk kuralıyla engellenmesi durumu olan hukukî imkânsızlık<sup>412</sup> durumunu da objektif imkânsızlığın içine dahil etmekteyiz. Örneğin sözleşme yapıldıktan sonra getirilen ihracat yasağı bir hukukî imkânsızlık sayılır<sup>413</sup>. Çalışmamız sırasında tespit ettiğimiz önemli bir hususa burada dikkat çekmek istiyoruz. Her objektif imkânsızlık durumu, satım sözleşmesinden doğan borcu aynı şekilde etkileyebilir. Satım konusu malın telef olması, objektif imkânsızlık olarak değerlendirilen bir fiilî imkânsızlıktır. Satım konusu malın ihracatının yasaklanması da objektif imkânsızlık olarak değerlendirilir, ama bir hukukî imkânsızlıktır. Her iki durumda da borçlu, borcunu objektif imkânsızlık nedeniyle yerine getirememesine rağmen, fiili imkânsızlık durumunda parça borcunda ve sınırlı cins borcunda alacaklıdan semeni talep etme hakkı varken, hukukî imkânsızlıkta satıcının alıcıdan bedeli talep etme hakkının olup olmadığı,

<sup>410</sup> **GIGER**, Marcel, Die vom Gläubiger Verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Bern, 1992, s. 10; **BUZ**, Vedat, ‘Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması’, İ. ÖZTRAK’a Armağan, Ankara, 1994, s. 24; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s.308; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 482

<sup>411</sup> **GERHARDT**, Gregory/ **LEISINGER**, Benjamin, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Fragen und Antworten, Bern, 2005, s. 164; **HUGUENIN**, Claire, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zurich, 2006, s. 91; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 481

<sup>412</sup> **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 309; **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 482; **HUGUENIN**, s. 91; Hukukî imkânsızlığın alt ayrımları için bkz. **DURAL**, s. 15

<sup>413</sup> **HUGUENIN**, s. 91

satım sözleşmesinde ‘hasar’ kavramının geniş ya da dar yorumlanmasına göre değişir. Eğer hasar kavramı, sadece malın fiziken yok olması ya da tahrip olması durumlarıyla sınırlı tutulacak olursa hukukî imkânsızlık bir ‘hasar’ olarak nitelendirilemeyeceği için, satıcının borcunu, ihracat yasağı gibi hukukî imkânsızlıklar nedeniyle yerine getiremediği durumlarda semeni talep etme hakkı olmayacaktır. Bu adaletsizliğin giderilebilmesi için hasar kavramının geniş yorumlanması gerektiği yönündeki görüşümüzü aşağıda ‘Hasar’ başlığı altında daha ayrıntılı şekilde açıklamaktayız.

Bazı güçleşme durumları ise ‘aşırı ifa güçlüğü’ olarak nitelendirilerek sonuçlarının hakkaniyet gereği objektif imkânsızlık durumlarıyla bir tutulması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kavram aşağıda ‘borcun ifasının güçleşmesi’ başlığı altında incelenecektir. Borçlar Kanununun 117 nci maddesine göre; mücbir sebebin borcun ifasını objektif olarak imkânsız hâle getirdiği durumlarda, borçlunun kendiliğinden borcundan kurtulacağına ilişkin genel kuralın yine aynı maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinde bahsi geçtiği üzere Kanundan doğan bazı istisnaları vardır. Kanundan doğan bu istisnalar şunlardır: Satım sözleşmesi (BK m. 183), trampa sözleşmesi (BK m.232), hizmet sözleşmesi (BK m. 328) ve şirket sözleşmesi (BK m. 521) . Bundan başka 117 nci maddenin ikinci fıkrasında bu genel kurala tarafların sözleşmeyle de istisna getirebilecekleri kabul edilmiştir.

Biz çalışmamızda satım sözleşmesinde mücbir sebebin sonuçlarını incelediğimizden Borçlar Kanunu’nun 117 nci maddesinin ikinci fıkrasındaki istisna getiren kural nedeniyle, mücbir sebep gerçekleşince, satıcı doğrudan doğruya borcundan kurtulmamaktadır. Satım sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan bu sonucun daha iyi anlaşılabilmesi için aşağıda; satım sözleşmesinde ‘hasar’ kavramını ve hasarın geçişine ilişkin tarihi Roma Hukukuna dayanan *precilium est emportis* -akit prensibi- kuralını ve bu kuralın bazı ticarî satımlarda görülen istisnalarını ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

## 2. Kısmî İmkânsızlık

Borcun ifasının borçlunun sorumluluğu bulunmaksızın kısmen imkânsızlaşmasının borç ilişkisine ne gibi bir etkisi olacağı, kanunda öngörülmemiştir. Bu konudaki boşluğun, ilgili hükümlerin bir bütün hâlinde göz önünde bulundurulması gerekir<sup>414</sup>.

İfa kısmen imkânsızlaşınca, borçlu da borcundan kısmen kurtulur<sup>415</sup>. Borçlu açısından kalan kısmın ifası katlanılamayacak kadar güçleşmişse, borçlu borcunun tamamından kurtulur. Eğer tek taraflı bir borç ilişkisi söz konusuysa, alacaklı borcun imkânsızlaşmayan kısmıyla yetinmek zorundadır<sup>416</sup>. Ancak satım sözleşmesi gibi iki taraflı borç ilişkilerinde borçlu, borcunun ancak bir kısmını ifa edebiliyorsa fakat alacaklı kısmî ifadan bir yara sağlamayacaksa o zaman borçlu, kısmî ifaya razı olmadığını borçluya bildirir ve borcun tamamının Borçlar Kanunu'nun 117 nci maddesindeki imkânsızlık hükmüne tâbi olduğu kabul edilir<sup>417</sup>. Alacaklı, kısmî ifayı kabul ederse karşı edimden de o oranda bir indirim yapma hakkına sahiptir<sup>418</sup>.

## 3. Geçici İmkânsızlık

Mücbir sebep oluşturan olay, belirli bir süre devam edecekse, bu süre boyunca, borçludan ifada bulunması istenemez<sup>419</sup>. Borcun ifası geçici bir süre için imkânsız hâle gelirse kural olarak borç sona da ermez<sup>420</sup>. Böyle bir durumda borç

<sup>414</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 449

<sup>415</sup> OSER/ SCHÖNENBERGER, İsviçre Borçlar Hukuku, s. 845; BERKİ, s. 383; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 910

<sup>416</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 449

<sup>417</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 449; GERHARDT/ LEISINGER, s. 168

<sup>418</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 449; HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim/ WIEGAND, Wolfgang, Baseler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I, Art 1-529, Basel, 2003, s. 668; GERHARDT / LEISINGER, s. 168

<sup>419</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, s. 621; HONSELL/ VOGT/ WIEGAND, s. 668

<sup>420</sup> TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 909; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 315; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 306 Yargıtay da mücbir sebepten söz edilebilmesi için geçici imkânsızlık değil, sürekli imkânsızlık olması gerektiğini belirtmiştir. Konuyla ilgili Yargıtay kararına konu olayda bir kooperatif ile müteahhit firma arasında inşaat sözleşmesi yapılmıştır. Kooperatif tarafından henüz idari işlemlerin tümü tamamlanmadan inşaat ruhsatı alınmıştır. Müteahhit firma da alınan bu ruhsata uygun olarak inşaatla başlamıştır. Ancak daha sonra belediye inşaatın arsasının hazineye, intifa hakkının da İmâr ve İskân Bakanlığına ait olduğunu ileri sürerek inşaatı mühürlemiştir. Yargıtay eser sözleşmesinden olan inşaat sözleşmesinde arsanın iş sahibinin mülkiyetinde bulunma zorunluluğunun olmadığını belirtmiştir. Kooperatif tarafından geçerli işlemler

gecikerek yerine getirilir. Ancak ifa zamanı alacaklı için önemliyse ya da ifa ancak belirli bir zamanda yapılabilecekse, o zaman geçici imkânsızlığın sürekli imkânsızlıkla aynı sonuca bağlanması gerekir<sup>421</sup>. Eğer meydana gelen imkânsızlığın ne kadar süre devam edeceği bilinmiyorsa yine sürekli imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekir<sup>422</sup>. Eğer borç imkânsız hâle geldikten sonra, alacaklı imkânsızlık hükümlerinin uygulanması için bir talepte bulunmamışsa ve bir süre sonra da borcun ifası yeniden mümkün olmuşsa, artık alıcının imkânsızlık hükümlerinden yararlanmasının haklı bir gerekçesi olamaz<sup>423</sup>.

#### **4. Satım Sözleşmesinde İmkânsızlığın Borca Etkisinin Tespiti Açısından ‘Hasar’ Kavramının Önemi Ve Hasarın Geçişine İlişkin ‘Akit Prensibi’**

##### **A) Akit Prensibi**

Borçlar Kanunu’nun 183 üncü maddesinin I inci fıkrasındaki hüküm şöyledir: ‘Halin icabından veya hususî şartlara mütevellit istisnaların maadasında satılan şeyin nef’i ve hasarı, akdin inikadı anından itibaren alıcıya intikal eder’. Bu fıkradan anlaşılan kural olarak satım sözleşmesinde, sözleşme yapılır yapılmaz satılan şeye ait hasarın alıcıya geçeceğidir (BK m. 183/ D). Türk Hukukunda ‘Akit prensibi’<sup>424</sup> olarak adlandırdığımız bu kural, Roma Hukukunda ‘*periculum est emportis*’ olarak adlandırılır<sup>425</sup>.

---

tamamlanınca belediyenin inşaattaki mührü kaldırdığını bu yüzden de ortada geçici bir imkânsızlık bulunduğunu belirtmiştir. Bu durumda bu geçici imkânsızlığın devam ettiği süre içinde tarafların sözleşmeyle bağlı olacaklarını kabul etmiştir. Yargıtay, ayrıca geçici imkânsızlık boyunca devam eden ‘tahammül süresi’nden sonra borç hâla ifa edilemiyorsa, o zaman taraflardan sözleşmeyle bağlı kalmalarının beklenemeyeceğini de belirtmiştir, 15. HD. 1.4.1993, E.1993/283, K.1993/1515, YKD, C.19, S.11, Kasım 1993, s. 1688-1690

<sup>421</sup> OLGUÇ, C. I., s. 905; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 909; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 315

<sup>422</sup> ERZURUMLUOĞLU, s. 13 OĞUZMAN/ ÖZ, s. 316

<sup>423</sup> OĞUZMAN/ ÖZ, s. 316

<sup>424</sup> AKINTÜRK, Turgut, Satım Akdinde Hasarın İntikâli; FEYZİOĞLU, Feyzi, Necmeddin, Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri) C. I, İstanbul, 1980, s. 210 YAVUZ, Cevdet, Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989

<sup>425</sup> AKINTÜRK, s. 69; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6. Bası, İstanbul, 2000, s. 54; SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2002, s. 104; BUCHER, Kaufvertrag, s. 56

Bu prensibe göre; alıcının herhangi bir menfaat elde etmemesine rağmen yine de malın bedelini ödemesi gerekmektedir<sup>426</sup>. Roma Hukukunun kurallarının konulduğu dönemdeki satım sözleşmesi, pazarlarda nakit parayla malın değiştirilmesi yoluyla kurulan bir sözleşmeydi. O yüzden de getirilen bu kural, bu tür satım sözleşmeleri için adil bir düzenlemeydi. Çünkü malın mülkiyeti, paranın ödenmesiyle aynı anda alıcıya geçmekteydi<sup>427</sup>. Günümüzde yapılan sözleşmelerde bu prensibin uygulanması adaletsiz sonuçlara yol açtığı için üzerinde çok tartışılmaktadır<sup>428</sup>. Bu nedenle de modern hukuklar, bu prensipten ayrılmışlardır<sup>429</sup>. İsviçre hukuku dışında Kara Avrupası Hukukunda bu prensip uygulanmaz. İngiliz ve Amerikan hukukunda ve de Kara Avrupası'nda Fransız Hukukunda satım sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte mülkiyet de alıcıya geçer. Bu nedenle sözleşmenin kurulmasıyla birlikte hasarın da alıcıya geçiyor olması, İsviçre-Türk hukukundaki gibi bir sorun doğurmamaktadır<sup>430</sup>. Alman Hukukunda da hasar, malın teslimiyle alıcıya geçtiği için bu tür bir sorun yaşanmamaktadır.

İsviçre'de 1881 yılında yapılan Borçlar Kanununun birleştirilmesi çalışması sırasında bu prensibin yeni kanunda yer alıp almaması yönünde tartışmalar yaşanmış, ama sonuçta yine kanunda yer verilmiştir<sup>431</sup>. Çünkü federal düzeyde bir kanun yaparken tek tek kantonların kanunlarının incelenmesi ve dikkate alınması gerekiyordu. Bu yapılırken de Alman hukukuna bağlı olan kantonlar, satım sözleşmesinde hasarın intikali anını teslim ve mülkiyetin nakli anını zilyetliğin nakline bağlamak istemişlerdir. Fransız hukukunun etkisinde olan kantonlar ise mülkiyet ve hasarın satım sözleşmesinin kurulması anında geçmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Her iki tarafı da memnun edilebilmek düşüncesiyle; mülkiyetin nakli anı, Alman sistemine göre; hasarın intikali anı da Fransız sistemine göre

---

<sup>426</sup> **SCHWARZ**, Satış Akdinde Hasarın İntikâli, s. 160; **ZEVKLİLER**, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2004, s. 61;

<sup>427</sup> **ATAMER**, Yeşim, 'Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı, Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m. 183'ün Farklı Okunması Gereği' Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 136

<sup>428</sup> **SCHWARZ**, Satış Akdinde Hasar, s. 160; **BİLGE**, Necip, Borçlar Hukuku Dersleri Hususî Borç Münasebetleri, Ankara, 1958, s.29; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 55-56

<sup>429</sup> **SCHWARZ**, Satış Akdinde Hasar, s. 160

<sup>430</sup> **ATAMER**, Hasarın İntikali, s. 136-137

<sup>431</sup> **SCHWARZ**, Satış Akdinde Hasar, s. 162

düzenlenmiştir<sup>432</sup>. Böylece mülkiyet zilyetliğin devriyle hasar ise sözleşmenin yapılmasıyla alıcıya geçmektedir.

Kanun koyucu belki de bu prensibe yönelik eleştirileri dikkate aldığı için 183 üncü maddenin iki ve üçüncü fıkrasında bu genel prensibin istisnalarını düzenleme gereği duymuştur.

### ***B) Hasar***

Hasar kavramının tanımı, kanunda yapılmamıştır. Doktrindeki baskın görüşe göre; hasar, sözleşmenin taraflarından hiçbirinin kusuru olmadan, satılan şeyin bozulması<sup>433</sup>, telef olması ya da değerinin azalmasıdır<sup>434</sup>. Bizim de katıldığımız doktrindeki azınlık görüşüne göreyse; hasarın, satım konusu malın mülkiyetini geçirme borcunun, borçlunun kusuru olmadan imkânsızlaştığı bütün durumları içine alacak kadar geniş yorumlanması gerekir<sup>435</sup>.

### ***C) Geniş Anlamda Hasar***

Yukarıda hasar başlığı altında bu kavramın tanımının doktrinde tartışmalı olduğunu ve bizim doktrindeki azınlık görüşüne katıldığımızı açıklamıştık. Şimdi bunun gerekçesini açıklayabiliriz.

Eğer doktrindeki baskın görüş kabul edilecek olursa, hasar, satım konusu malın sözleşme yapıldıktan sonra telef olması ya da değerinin azalması olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda satım konusu malın sözleşme yapıldıktan sonra yangında ya da selde telef olması bir hasar sayılır. Ancak bu görüşün benimsenmesi durumunda; satım konusu malın müsadere edilmesi, ihracının ya da ithâlinin yasaklanması ya da satım konusu malın teslimden önce her türlü tedbire rağmen çalınması durumlarında bir hasardan söz edilemez.

---

<sup>432</sup> ATAMER, Hasarın İntikali Anı, s. 138; BUCHER, Kaufvertrag, s. 79

<sup>433</sup> von TUHR, Andreas/ ESCHER, Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich, 1974, s. 134

TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, İstanbul, 1988, s. 106

<sup>434</sup> AKINTÜRK, s. 15; KELLER, Max/LÖRTSCHER, Thomas, Kaufrecht Eine Systematische Darstellung, Zürich, 1980, s. 18; ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, V. Bası, Ankara, 2003, s. 75; BUCHER, Kaufvertrag, s. 78

<sup>435</sup> ARSLANLI, s. 1474; aksi yönde von TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, çev. EDEGE, Cevat, Ankara, 1983, s. 604

Borçlar Kanununun 117 inci maddesinin ilk fıkrasındaki genel düzenlemeye göre; borçlunun borcunu kendisine isnat olunamayan sebeplerle yerine getirememesi durumunda borç sona erer. 117 nci maddenin II nci fıkrasında ise, bu genel kuralın kanundan ya da sözleşmeden doğan istisnalarının olabileceği belirtilmiştir.

Satım sözleşmesi, kanundan doğan bu istisnalardan birini oluşturmaktadır. Çünkü sözleşme kurulduğu anda hasar alıcıya geçmektedir. Bu durumda yukarıda belirttiğimiz gibi satım konusu mal yangında ya da selde telef olduğunda, satım sözleşmesi yapıldığı anda hasar alıcıya geçmiş olduğu için, satıcı malı teslim borcunu yerine getiremese de alıcıdan semeni isteme hakkına sahip olacaktır.

Doktrinde satım konusu malın tesliminin hukuki bir imkânsızlık nedeniyle ifa edilememesi durumunda da doğan hasara alıcının mı katlanacağı konusu tartışmalıdır<sup>436</sup>. Bir başka ifadeyle; hukukî imkânsızlık nedeniyle satıcının borcunu ifa edemediği durumlarda da alıcının, BK m. 183'e dayanarak akit prensibi gereği; satım konusu malı elde edememesine rağmen bedeli ödemek zorunda olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bu tartışma aslında hasar kavramının dar anlamda mı yoksa geniş anlamda mı tanımlanacağı hususuyla ilgilidir.

Eğer 'hasar'ı taraflardan hiçbirinin kusuru olmadan satılan şeyin telef olması ya da değerinin azalması olarak kabul edersek o zaman hukuki imkânsızlık oluşturan olayların bir 'hasar'olarak nitelendirilemeyeceği açıktır. O halde hukuki imkânsızlık durumunda BK m. 183'teki akit prensibinin uygulanması söz konusu olamaz<sup>437</sup>.

Satıcının malı, kusursuz teslim edemediği durumlardan bazılarında semen alacağına kavuşması bazılarında ise kavuşamaması adil değildir. Eğer hasarı, doktrindeki azınlık görüşüne uygun olarak; borçlunun borcunu yerine getirmesinin kusursuz olarak imkânsızlaştığı tüm durumları içine alacak kadar geniş

---

<sup>436</sup> AKINTÜRK, s. 37

<sup>437</sup> Aynı yönde bkz. DURAL, s. 167; Aynı sonuca şu gerekçeyle de varılması gerekir: Akit prensibi ilkesinin uygulanması alıcıyı her türlü himayeden yoksun bırakmak anlamına gelir. Oysa akit prensibi ilkesinin satıcıyı himaye ettiği açıktır, hakkaniyet ilkesi gereği alıcının da en az satıcı kadar korunması hakkaniyet gereğidir; AKINTÜRK, s. 160



yorumlarsak<sup>438</sup>, yaşanabilecek böyle adaletsizliklerin önüne geçilmiş olur. Dördüncü bölümde incelediğimiz Viyana Satım Antlaşmasının 79 uncu maddesindeki mücbir sebeple ilgili düzenlemede de satıcının borcunu ihracat yasağı gibi bir hukukî imkânsızlık ya da malın telef olması gibi bir fiilî imkânsızlık nedeniyle yerine getirememesi arasında herhangi bir fark gözetilmeden aynı hukukî sonuca bağlandıkları görülmektedir. Viyana Satım Antlaşmasının bu maddesindeki düzenlemenin Türk hukukuyla paralel düzenlemeler getirdiği sonucuna varırken Türk Hukukunda hasar kavramını geniş anlamda yorumlamaktayız.

### **C) Hasarın Geçişi**

'Hasarın geçişi' ifadesi, satım konusu şeyin telef olması ya da değerinin düşmesinden doğan zarara kimin katlanacağını belirlerken yararlanılan bir ifadedir<sup>439</sup>. Hasarın hangi anda alıcıya geçtiğinin belirlenmesi önemlidir, çünkü o andan itibaren hasara artık borçlu değil, alıcı katlanacaktır. Örneğin, satım konusu mal, sözleşme yapıldıktan sonra deprem, sel gibi bir sebeple yok olmuşsa doğan zarara kimin katlanacağı belirlenirken hasarın intikali anı esas alınır. Hasarın kimde olduğu tespit edilirken, satım konusu malın parça borcu, cins borcu ya da sınırlı cins borcu olmasına göre farklı sonuçlara varılır. Bunun yanı sıra; satım konusu malın, aranacak, gönderilecek ya da götürülecek borç olmasına göre de hasarın alıcıya geçiş anı değişir.

### **D) Edim Hasarı-Bedel Hasarı**

Satıcının, malı alıcıya teslim edememesine rağmen, malın bedelini alıcıdan isteyebildiği durumlarda, hasara alıcı katlanır. Bu durumda bedel hasarı vardır. Buna karşılık; satıcı, malı teslim edemediği için malın bedelini isteyemediği durumlarda ise hasara kendisi katlanır. Böyle durumlarda da edim hasarı vardır.<sup>440</sup>. Hasar kavramının Roma Hukukundaki karşılığı '*periculum*' dur<sup>441</sup>.

<sup>438</sup> ARSLANLI, s. 1474; FEYZİOĞLU, Özel Borç İlişkileri, s. 204

<sup>439</sup> KELLER/ LÖRTSCHER, s. 18; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 106; ARAL, s. 76

<sup>440</sup> SCHWARZ, Satış Akdinde Hasar, s. 160; AKINTÜRK, s. 15, 30; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 107; ATAMER, Hasarın İntikali, s. 132; ARAL, s.75; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 61-62; HONSELL /VOGT/WIEGAND, s. 665

<sup>441</sup> SCHWARZ, Satış Akdinde Hasar, s. 159-160; AKINTÜRK, s. 15; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 62

## 5. Satım Konusu Malın Türüne Göre Hasarın Geçişi

### A) Cins Borcunda Hasarın Geçmesi

Taraflar sözleşmelerinde edim konusunu sadece genel özellikleriyle tespit etmişlerse, o zaman ortada bir cins borcu vardır. Örneğin 100 adet Hereke halı, 100 kg. Amasya elması, sarı renkte X marka bir otomobil<sup>442</sup>.

Cins borçlarında hasarın geçmesi ile ilgili olarak Roma Hukuku'ndan gelen bir prensip olan '*genus non perit*' (cins yok olmaz) ilkesi geçerlidir<sup>443</sup>. Bu ilke gereğince sözleşmeden doğan borcun konusu cins borcuysa, bu cinsten malın herhangi bir şekilde tedariki mümkün olduğu sürece satıcı, bu malı temin edip alıcıya malı teslim etmek zorundadır<sup>444</sup>. Hasar satıcıdan alıcıya geçtikten sonra ise artık satıcıdan bu ilkeye dayanarak bir talepte bulunulması mümkün değildir. Cins borcunda hasarın intikâli anı şu şekildedir:

Eğer satım sözleşmesinin konusu olan cins borcu niteliğindeki mal, bir gönderme borcunun konusuysa, o zaman malın gönderilmek üzere ayrılması ve gönderme için gereken yükümlülüklerin yerine getirilmesinden sonra, hasar alıcıya geçer(BK m. 183/II). Yani mal taşıyıcıya teslim edilmelidir<sup>445</sup>. Malların teslim edileceği taşıyıcının satıcının adamı olmaması, bağımsız bir kişi olması gerekir<sup>446</sup>. Eğer cins borcu niteliğindeki mal aranacak borcun konusuysa ayırım yapıldıktan sonra hasar alıcıya intikâl eder. Eğer cins borcu niteliğindeki mal, götürme borcunun konusuysa o zaman mal ayrıldıktan ve teslim edildikten sonra hasar alıcıya geçer<sup>447</sup>.

<sup>442</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, II. Bası, İstanbul, 1985, s.75; TUNÇOMAĞ, Kenan, Borçlar Hukuku C. I, Genel Hükümler, Beşinci Bası, İstanbul, 1972, s. 47; EREN, s. 103; BUCHER, Eugen, Kaufvertrag im Allgemeinen (OR 184), Erişim: 10.05.2007, [http://www.eugenbucher.ch/pdf\\_files/BUcher\\_ORBT\\_03.pdf](http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/BUcher_ORBT_03.pdf), s. 63

<sup>443</sup> AKINTÜRK, s. 27; TEKİNAY, Sona Erme, s.92, OFTINGER, Karl, Bundersgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich, 1973, s. 136; EREN, s. 922; ZEVLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 62; ERDEM, SİF Satışlar, s. 7; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 54; OĞUZMAN/ÖZ, s. 310; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 630

<sup>444</sup> AKINTÜRK, s. 27; OFTINGER, Bundesgerichtspraxis, s. 136; GUHL, Theo, Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschluss des Handels-und Wertpapierrechts, Zurich, 1980, s. 46; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 78; ATAMER, Hasarın İntikali, s. 140

<sup>445</sup> SCHULIN, Hermann/ VOGT, Nedim Peter, Tafeln zum Schweizerischen Obligationenrecht II Besonderer Teil ohne Arbeitsrecht, Zürich, 1983, Tafel B 3B; ATAMER, Hasarın İntikali, s. 142

<sup>446</sup> ATAMER, Hasarın İntikali, s. 142

<sup>447</sup> SCHULIN/ VOGT, Besonderer Teil, s. Tafel B 3B

Eğer borçlu temerrüde düşmüşse artık hasarın geçişine ilişkin BK m. 183'teki genel kural uygulanmaz<sup>448</sup>.

Eğer satıcı, malı iki alıcıya birden satmışsa ikinci satımdan sonra hasara yine satıcı katlanır<sup>449</sup>. Eğer yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiyle yaptığı bir satım sözleşmesi varsa hasarın alıcıya geçmesi için bu sözleşmeye malın malikinin icazet vermesi gerekir<sup>450</sup>.

### **B) Sınırlı Cins Borcunda Hasarın Geçmesi**

Sınırlı cins borcu, belirli bir stoka dahil mallardan herhangi birinin ya da bir miktarının teslim edilmesi borcudur<sup>451</sup>. BK m. 183/II uyarınca sınırlı cins borcunda satılan malın ayırt edildiği andan itibaren hasar alıcıya geçer.

Sınırlı cins borcunun, cins borcunun bir türü olduğu ileri sürülmektedir<sup>452</sup>. Çünkü borçlu, belirli bir stoktan alacaklı için ayırdığı malları teslim etme borcu altındadır. Bu stoktaki mallar genellikle mislî mal niteliğindedir. Örneğin, bir ambardaki buğday, pirinç, elma, vs gibi... Ancak bazen sınırlı cins borcunun konusunu misli olmayan şeyler de oluşturabilir. Örneğin bir ailenin evlerindeki halı tezgâhında dokudukları halılardan Türk motifli üç tanesinin satın alınması durumunda, bu halılar, mislî olmayan şey niteliğindedirler<sup>453</sup>. Sınırlı cins borcunda borçlunun stoktan veremediği malı piyasadan tedarik ederek verme yükümlülüğü yoktur<sup>454</sup>.

Örneğin, satıcı kendi bağının üzümlerini olgunlaştıkları zaman alıcıya satmak için bir sözleşme yapmış olsun. Sözleşme yapıldıktan sonra bağın üzümlerinin tamamı mücbir sebep nedeniyle telef olursa satıcı borcundan kurtulmuş olur.

<sup>448</sup> SCHULIN/VOGT, Besonderer Teil, B 3B

<sup>449</sup> SCHULIN/VOGT, Besonderer Teil, B 3B

<sup>450</sup> SCHULIN/VOGT, Besonderer Teil, B 3B

<sup>451</sup> SELİÇİ, Özer, 'Seçimlik Borçların İfası', İÜHFİM, C. XXXIV, S.1-4, İstanbul, 1969, s. 379; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 48; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 76; BUCHER, Kaufvertrag, s. 63

<sup>452</sup> KACAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 76

<sup>453</sup> ARAL, s. 83

<sup>454</sup> OFTINGER, Bundesgerichtspraxis, s. 137; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 76

Piyasadan başka üzüm tedarik ederek borcunu ödemek zorunda değildir<sup>455</sup>. Bunun yanı sıra, alıcıdan malın bedelini talep etme hakkı da devam eder. Ancak satıcının bağının sadece bir kısmı mücbir sebepten zarar görmüşse ve bağdan bir miktar üzüm elde edilebilmişse, o zaman satıcının teslim borcu devam eder. Eğer, satıcının bağdan elde ettiği üzümler alacaklının talep ettiği miktarı karşılıyorsa, o zaman bu miktarda üzümü alıcıya teslim ederek borcundan kurtulur. Eğer satıcının bağından elde edebildiği üzüm miktarı alacaklının talep ettiği miktardan azsa, o zaman satıcı alıcıya elindeki üzümleri verir ve borcundan kurtulur. Alıcının talep ettiği miktarı tamamlamak için dışarıdan üzüm tedarik etmek zorunda değildir<sup>456</sup>. Eğer satıcı bu bağdan elde edeceği üzümleri birkaç kişiye satacağını düşünerek birden fazla kişiyle sözleşme yapmışsa ve daha sonra mücbir sebep nedeniyle bağın bir kısmı telef olmuş ve satıcı bağdan ancak az miktarda üzüm elde edebilmişse, o zaman elde ettiği bu üzüm miktarını alıcılar arasında sözleşmeyle talep ettikleri miktarla orantılı olarak paylaştırarak borcundan kurtulur<sup>457</sup>.

Yargıtay ise, buna benzer bir olayda sözleşme yapılırken belli bir bahçedeki ağaçların meyveleri için yapılan satımda başlangıçta sınırlı cins borcunun olmadığını, cins borcu olduğunu kabul etmiştir. Karara konu olan olayda, satıcı, ile alıcı satıcının bahçesindeki mandalina ve portakal ağaçlarının mahsulünün satımı için bir sözleşme yapmışlardır. Mal, mahsul olgunlaştıktan sonra toplanma durumuna gelince teslim edilecektir. Yani ifa mahsulün olgunlaşmasıyla mümkün olacaktır. Sözleşme kurulduktan, fakat borç ifa edilmeden önce don nedeniyle mahsul telef olmuştur. Davacı satım sözleşmesi yapıldıktan sonra hasarın alıcıya geçeceği görüşüne dayanarak portakalların bedelinin kendisine ödenmesini istemektedir. Yargıtay, hasarın davalı alıcıya geçebilmesi için malın ayırt edilmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Malın ayırt edilebilmesi için de ürünün olgunlaşıp toplanabilir hale gelmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Henüz ürün olgunlaşmadan meydana gelen don olayı nedeniyle ürünün telef olması durumunda hasar alıcıya geçmediği için alıcının sorumluluğunun doğmayacağına karar vermiştir<sup>458</sup>.

<sup>455</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 76; EREN, s. 922; ARAL, s. 84; DOĞANAY, s. 439-330

<sup>456</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 65-66

<sup>457</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 78; EREN, s. 922; ARAL, s. 84

<sup>458</sup> 13 HD, 15.9.1994, E.1994/6197, K.1994/7587, YKD, C.21, S.1, Ocak 1995, s.57-60

Sınırlı cins borcunda hasarın alıcıya geçmesi için malların diğerlerinden ayırt edilmiş olması gerekir. Borçlar Kanunu'nun 183 üncü maddesinin II nci fıkrasında sınırlı cins borcunun ayırt edilmiş olmasından bahsedilmiştir, ancak bu ayırt etmenin ne şekilde yapılacağı konusunda kanunda bir hüküm yoktur.

Sınırlı cins borcunda ayırt etmenin ne şekilde yapılacağı hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür: Konusu sınırlı cins borcu olan satım sözleşmelerinde, kural olarak; malı ayırt edecek olan kişi satıcıdır<sup>459</sup>. Bir görüşe göre; satılan mal satıcı tarafından ayırt edildikten sonra durum alıcıya bildirilince ayırt etme işlemi yapılmış sayılır<sup>460</sup>. Burada dikkat edilmesi gereken husus, eğer, satıcının ayırt ettiği malların niteliği orta dereceden düşükse, o zaman bu ayırt etmeyle hasarın alıcıya geçmeyeceğidir<sup>461</sup>. Akıntürk'e göre; Türk Hukukunda da bu görüşün kabul edilmesi gerekmektedir<sup>462</sup>.

Bir başka görüşe göre; satıcı ve alıcının malı birlikte ayırt etmeleri gerekir. Bu görüşü savunan yazarlara göre; konusu sınırlı cins borcu olan satım sözleşmeleri genellikle aynı mahalde bulunan kişiler arasında yapılır. Bu nedenle de satıcı ayırt etme işleminin yaparken alıcıyı davet eder ve malı birlikte ayırt ederler. Eğer satıcının yaptığı davete rağmen alıcı ayırt etme işlemini yapmak için gitmezse yada temsilcisini göndermezse, o zaman satıcı tek başına ayırt etme işlemini yapar. Bundan sonra doğan hasar artık alıcıya aittir<sup>463</sup>.

Bir diğer görüşe göreyse; satılan mal ancak teslim edilince ayırt edilmiş sayılır. Bu görüşü savunan yazarlar öncelikle ayırt etme işlemine alıcının da katılması gerektiğini kabul etmektedirler. Ancak uygulamada alıcıların ayırt etme işlemini genellikle teslim sırasında yaptıklarına dikkati çekmektedirler. O yüzden de ayırt etme işleminin ancak teslimle yapılabileceği sonucuna varmaktadırlar<sup>464</sup>.

---

<sup>459</sup> EREN, s. 923

<sup>460</sup> MARTIN, A., Borçlar Kanunu Şerhi Hukuku Medeniye Akitleri, C. II, İstanbul, 1931, çev. CEVAT, Ahmet, s. 6; BİLGE, s. 29; AKINTÜRK, s. 133; ATAMER, Hasarın İntikali, s. 140; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 57-58; SEROZAN, Özel Bölüm, s. 106

<sup>461</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, art. 185, AKINTÜRK, s. 132-133,

<sup>462</sup> AKINTÜRK, S. 133

<sup>463</sup> AKINTÜRK, s. 134

<sup>464</sup> ARSLANLI, s. 28,

Bu görüşü savunan yazarların bir diğer dayanağı da sınırlı cins borcunda ayırt etme işlemi, bu şekilde yapılırsa, hasarın geçişiyle ilgili olarak Borçlar Hukukumuzun kabul etmiş olduğu sisteme yönelik eleştirilerin de azaltılmış olacaktır<sup>465</sup>.

### ***C) Parça Borcunda Hasarın Geçmesi***

Taraflar aralarındaki sözleşmede edim konusunu oluşturan malın bireysel özelliklerini tespit etmişlerse, ortada bir parça borcu vardır<sup>466</sup>. Örneğin bir ressamın belirli bir tablosu bir parça borcunun konusunu oluşturur.

Borçlar Kanununun 183 üncü maddesinin I inci fıkrasına göre; konusu parça borcu olan satım sözleşmesinde sözleşme yapıldıktan sonra hasar alıcıya geçer. Bu yüzden de eğer edim konusunu oluşturan mal mücbir sebep nedeniyle telef olursa borçlu Borçlar Kanununun 117 nci maddesinin I nci fıkrası gereğince borcundan kurtulur. Buna karşılık satıcı, malın bedelini alıcıdan talep etme hakkına sahiptir. Çünkü Borçlar Kanununun 117 nci maddesinin II nci fıkrası gereği, genel bir kural olarak edimin imkânsızlaşması halinde borçlunun borcundan kurtulacağı, ancak karşı taraftan malın bedelini isteyemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak BK m.117/II son cümlesine göre; bu genel kuralın kanundan ya da sözleşmeden doğan istisnaları bulunmaktadır. Burada bahsi geçen kanunî istisnalardan biri de konusu parça borcu olan satım sözleşmesidir. O yüzden konusu parça borcu olan satım sözleşmesinde eğer, satıcının edimi BK m. 117 anlamında imkânsızlaşırsa, o zaman satıcı borcunu ifa etme yükümlülüğünden kurtulur, buna rağmen alıcıdan malın bedelini talep etme hakkına sahiptir.

Parça borcunda da cins borcunda olduğu gibi edim konusu malın aranacak, gönderilecek ya da götürülecek borç olması hasarın geçiş anının belirlenmesi açısından önemlidir. Konusu parça borcu olan aranacak borçlarda hasar, sözleşmenin kurulduğu anda alıcıya geçer. Ortada bir götürülecek borç varsa

---

<sup>465</sup> YAVUZ, Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu s. 89

<sup>466</sup> KACAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 75; EREN, s. 919

sözleşme konusu malın teslimiyle birlikte hasar alıcıya geçer. Eğer ortada bir gönderme borcu varsa, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte hasar alıcıya geçer<sup>467</sup>.

## 6. Satım Sözleşmesinin Türüne Göre Hasarın Geçiş Anı

### A) Numune Üzerine Satım

Numune üzerine satım, ticaret hayatında pek sık karşılaşılan bir satım türüdür<sup>468</sup>. Taraflar, yaptıkları satım sözleşmesinde, satım konusu malın alıcıya, ya da üçüncü bir kişiye bırakılan bir numuneye uygun nitelikte olması hususunu kararlaştırmışlarsa bu yapılan sözleşme numune üzerine satım sözleşmesi adını alır<sup>469</sup>.

Burada dikkat edilmesi gereken bir husus, numune üzerine satımın, şarta bağlı bir sözleşme olarak nitelendirilemeyeceğidir<sup>470</sup>. Eğer numuneye uygunluk bir geciktirici şart olarak kabul edilecek olursa satım sözleşmesi ancak alıcıya teslim edilen malların numuneye uygunluğunun tespit edildiği anda kurulmuş olacaktır. Eğer satım sözleşmesinde numuneye uygun olmama bir bozucu şart olarak değerlendirilecek olursa o zaman da satım konusu mal, numuneye uygun olmadığı takdirde, sözleşme sona erecektir. Numune üzerine satım, şarta bağlı bir sözleşme olmadığı için de sözleşme kurulduğu anda hasar alıcıya geçer. Tabii ki, satım konusu malın aranılacak, götürülecek ya da gönderilecek borç olmasına göre hasarın geçiş anı da değişecektir.

### B) Tecrübe veya Muayene Şartıyla Satım

Bu satım türü, adından da anlaşılacağı üzere alıcının malı, tecrübe veya muayene

---

<sup>467</sup> SCHULIN/VOGT, Besonderer Teil, Tafel B 3B

<sup>468</sup> FEYZİOĞLU, Özel Borç İlişkileri, s. 130; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 200

<sup>469</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, 292; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 199; ZEVLİLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 85; DOĞANAY, s. 424; UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Madde 213-298, C. V, Ankara, 2003, s. 5303; ASLAN/ ŞENYÜZ/ ERGÜN, s. 347, numunenin mutlaka bir son ürün olmasına gerek olmayıp, ürünlerin farklı numaralarla sunulduğu katalog üzerinden yapılan satışların da numune üzerine satım sayılabileceği konusunda bkz. FEYZİOĞLU, Özel Borç İlişkileri, s. 131; kanımızca bu satım türünde numune satıcıya da bırakılabilir, nitekim uluslararası ticarete iş yapan tekstil firmaları, satacakları ürünün siparişini aldıklarında yurt dışındaki siparişi veren firma (alıcı), dikilen ürünün kendi gönderdiği numuneye uygun olması için genellikle satıcıya bir örnek göndermektedir.

<sup>470</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, 292; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 199; ZEVLİLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 85; DOĞANAYAY, s. 424; UYGUR, s. 5303; ARAL, s. 185

etmesi şartıyla yapılan bir sözleşmedir. Satım konusu mal, bir süreliğine, alıcının emrine verilir ve bu sürenin sonunda alıcının malı onaylaması halinde şart gerçekleşmiş<sup>471</sup> ve sözleşme kurulmuş olur. Yurt dışından Türkiye'ye ithal edilen damızlık bir hayvanın, Türkiye'deki iklim koşullarına uyum sağlayıp sağlamayacağına bağlı olarak yapılan sözleşme tecrübe ve muayene yoluyla yapılan satıma bir örnektir. Bu örnekteki satım konusu damızlık hayvan Türkiye'de kaldığı süre içerisinde iklim koşullarına uyum sağlamış olsa bile alıcının bu hayvanı satın alma yükümlülüğü yoktur<sup>472</sup>. Alıcı, başka bir sebeple de malı iade edebilir. Yapılan sözleşmede, eğer alıcı, iklim koşullarına uyum sağlaması halinde hayvanı satın alacağını taahhüt edip, aksi takdirde malın iade edileceğini belirterek bir sözleşme yapılmış olsaydı, bu sözleşme tecrübe veya muayene yoluyla satım değil, tâliki şarta bağlı satım sözleşmesi sayılırdı<sup>473</sup>.

Borçlar Kanununun 219 uncu maddesine göre; tecrübe veya muayene yoluyla satımda, mülkiyetin alıcıya geçmesi için malın alıcıya teslim edilmiş olması yetmez, ayrıca şartın da gerçekleşmesi gerekir.

Borçlar Kanununun 183 üncü maddesinin III üncü fıkrasına göre; satılanın yarar ve hasarı şart gerçekleştikten sonra alıcıya geçer. Ancak Borçlar Kanununun 151 inci maddesinde malın şartın gerçekleşmesinden önce alıcıya teslim edilmiş olduğu durumlarda malda ortaya çıkan yararların alıcıya ait olacağı belirtilmiştir. Bu durumda malı, elinde bulunduran alacaklının bu süre içinde malda meydana gelen hasara da katlanması gerektiği haklı olarak doktrinde ileri sürülmüştür<sup>474</sup>. Kanımızca hâlin icabı da bunu gerektirir, çünkü artık mal satıcının hâkimiyet alanı içinde değildir ve satıcının malda meydana gelecek hasarı engelleme imkânı yoktur. Bu maddede 'sözleşmenin kurulmasından sonra'denilmektedir; ama tecrübe etmek amacıyla malı elinde bulunduran alıcının elindeki mal mücbir sebep nedeniyle telef olur ya da hasar görürse satıcıya karşı sorumlu olur.

<sup>471</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 86; DOĞANAY, s. 430-431; ARAL, s. 185

<sup>472</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 86; DOĞANAY, s. 429

<sup>473</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 86

<sup>474</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 87



Tecrübe veya muayene yoluyla satımda muayenenin satıcının elindeyken yapılması da kararlaştırılabilir<sup>475</sup>. Böyle bir durumda mücbir sebep nedeniyle herhalde halin icabı gereği alıcı, bundan sorumlu olmaz.

### **C) Taksitle Satım**

Taksitle satımda, önce satıcı malın tamamını ya da bir bölümünü<sup>476</sup> alıcıya teslim eder sonra satıcı semeni kısım kısım birden çok defada öder<sup>477</sup>. Taksitle satımda taksitlerin aynı miktarda olması ya da taksitlerin ödeme aralıklarının eşit olması gibi bir zorunluluk yoktur. Sadece semenin en az iki seferde ödenmesi gerekir<sup>478</sup>.

Bu satım türünde satıcı henüz semenin tamamını elde etmeden, malı, alıcıya teslim etmekle bir risk almaktadır. Alıcının semeni ödememesi durumunda Borçlar Kanununun 222 nci maddesinde satıcıya üç seçimlik hak tanınmaktadır. Satıcı, dilerse ödenmeyen taksitin ödenmesini talep edebilir, bunun dışında sözleşmede kararlaştırılmışsa Borçlar Kanununun 106 ncı maddesindeki düzenlemede aranan mehile gerek kalmadan sözleşmeden dönebilir<sup>479</sup>. Bir de yine eğer sözleşmede kararlaştırılmış ve mal, mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılmışsa o zaman da mülkiyet iddiasında bulunabilir.

Borçlar Kanununun 223 üncü maddesine göre; eğer satıcı, taksitler ödenmediği için sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa her iki taraf da elinde bulundurduklarını karşı tarafa iade etmek zorundadırlar. Satıcı, alıcıdan malı elinde bulundurduğu süre için uygun bir kirâ talep edebilir. Mal alıcının elindeyken telef olmuşsa, hasar görmüşse alıcı bunun için tazminat isteyebilir. Kanunen tanınan bu talep hakları dışında satıcı başka bir talepte bulunamaz, bulunabileceğine dair sözleşmede bir şarta yer verilirse bu şart, Borçlar Kanunu'nun 223 üncü maddesinin

<sup>475</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 88

<sup>476</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 93

<sup>477</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 301; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 207; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 93

<sup>478</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 93-94; ARAL, s. 187

<sup>479</sup> FEYZİOĞLU, Özel Borç İlişkileri, s. 156

III üncü fıkrası gereği bătıldır<sup>480</sup>. Alıcı, malı hiç kullanmamış olsa da satıcıya kira ödemek zorunda kalır<sup>481</sup>. Eğer sözleşmede bir cezai şarta yer verilmişse, bu cezai şartın miktarının alıcıdan talep edilecek kira bedelini ve hasar hâlinde ödenecek tazminat bedelini aşamayacağı kabul edilir<sup>482</sup>. Satıcının sözleşmeden dönmesi halinde alıcı da satıcıya ödemiş olduğu taksitlerin faiziyle birlikte iadesini isteyecektir<sup>483</sup>.

Örneğin Alman satıcı, Türkiye'deki alıcıya bir iş makinesi satmıştır. Satım bedelinin beş taksitte ödenmesi kararlaştırılmış ve alıcı üçüncü taksiti ödememiştir. Bu arada Türkiye'de yaşanan bir sel felâketinde alıcının işyeri de sular altında kalmış ve satım konusu iş makinesi bundan zarar görmüştür. Taraflar arasında doğan uyuşmazlıklara Türk Hukukunun uygulanması kararlaştırılmıştır. Bu durumda eğer satıcı, üçüncü taksitin ödenmemesi nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isterse, satım konusu malın iadesi gerekecektir. Alıcının Borçlar Kanununun 223 üncü maddesinin II nci fıkrası gereği, iş makinesinin sel sırasında bozulmuş olması durumunda da baskın görüşe göre; tazminat ödemesi gerekir, çünkü sözleşmenin yapıldığı anda hasar alıcıya geçmiştir<sup>484</sup>. Doktrindeki azınlık görüşüne göre ise, alıcının kullanma dışındaki bozulmadan sorumlu tutulabilmesi için kusurunun bulunması gerekir. Olayda bir mücbir sebep durumunun bulunduğu

---

<sup>480</sup> Satıcı, henüz semenin tamamını almadan malı, alıcıya teslim etmiş olduğunda semenin kendisine ödenmemesi riskini de üstlenmektedir. Bu riski üzerine almak istemeyen satıcıların, alıcıyla yaptıkları sözleşmeye koyacakları bazı şartlarla sözleşmenin niteliğini, kanuna karşı hile yoluyla değiştirmelerinin engellenebilmesi için kanun koyucu, sözleşmedeki bu tür şartların bătıl olacağını hükme bağlamıştır. Örneğin, satıcının aslında taksitli satım sözleşmesi yapmış olmalarına rağmen alıcıyla aralarındaki sözleşmeye koyacağı bir şartla malın kiraya verildiğini ve karşı tarafa bir iştira hakkı tanındığını, bir süre sonra (taksitler bitince) iştira hakkına dayanarak malın mülkiyetini elde edebileceği yönündeki bir sözleşme, kanuna karşı hile niteliğinde olduğundan geçersizdir. Bunun dışında satıcı kendisini koruyabilmek için yapılan taksitle satım sözleşmesini, kira olarak gösterip alıcıya satış vaadinde bulunabilir ya da bağışlama taahhüdünde bulunabilir bütün bu durumlarda eğer hâkim, yapılan sözleşmenin taksitle satım sözleşmesinin hükümlerini dolanmak için yapıldığı kanaatine varırsa taksitle satım sözleşmesinin emredici hükümlerini uygular **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkiler, s. 152-3

<sup>481</sup> **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 313; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s. 96; satıcı kira bedelini alacağı için sözleşmeye semenin ödenmemesi durumunda yoksun kalınan kârın tazminini isteyeceğine dair koyacağı bir şart Borçlar Kanununun 223 üncü maddenin III üncü fıkrası gereği bătıldır, **FEYZİOĞLU**, s. 161

<sup>482</sup> **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 315

<sup>483</sup> **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 317; **YAVUZ**, Özel Hükümler, s. 212; sözleşmede taksitlerin bir kısmının ödenmemesi durumunda o ana kadar ödenen taksitlerin satıcıda kalacağı yönünde konulan şart Borçlar Kanununun 223 üncü maddesinin III üncü fıkrası gereği bătıldır, **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkileri, s. 160

<sup>484</sup> **FEYZİOĞLU**, Özel Borç İlişkiler, s. 159

kabul edilecek olursa, alıcının makinenin bozulması nedeniyle doğan zararı karşılama yükümlülüğü yoktur<sup>485</sup>.

Yukarıdaki örnekteki satım konusu iş makinesinin, sel sırasında gerekli tedbirler alındığı için selden zarar görmediğini ve satıcının da sözleşmeden dönme hakkını kullanmak istediğini varsayalım. Bu durumda makinenin satıcıya iade edilmesi gerekecektir. Eğer satıcı bu makineyi, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satmamışsa o zaman makinenin iadesi bir aynî hakka değil satım sözleşmesinden doğan bir nisbî hakka dayanacaktır. Bu durumda iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak mı yoksa akde dayalı olarak mı isteneceği konusunda doktrinde tartışma vardır. Burada sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılması daha doğru olacaktır, bu durumda iade talebinin 1 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde talep edilmesi gerekir, eğer iade, Borçlar Kanununun 108 inci maddesine dayanarak istenirse o zaman 10 yıllık akdi zaman aşımı süresi içinde talep edilebilir<sup>486</sup>.

Eğer yapılan taksitli satım, mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılmış bir sözleşme ise, satıcının taksitlerin ödenmemesi durumunda sözleşmeden dönme hakkını zımnen saklı tuttuğu kabul edilir<sup>487</sup>. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla satımda satıcı, Borçlar Kanununun 222 nci maddesi gereği mülkiyetin iadesini de talep edebilir. Satıcı, iadeyi mülkiyet hakkına dayanarak talep edeceği için bir istihkak davası açması gerekir<sup>488</sup>. Mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan satımda da satıcı, alıcıdan uygun bir kira ve eğer mal hasar görmüşse uygun bir tazminat talep edebilir. Alıcının da bu durumda, ödediği taksitler için faiz talep etme hakkı ve mala yapmış olduğu yararlı ve zorunlu masrafları talep etme hakkı vardır.

Satıcı, taksitli satımda semeni elde edememe riskiyle karşı karşıya olduğu için sözleşmeye koyacağı bir şartla, taksitlerin aksatılması durumunda bedelin tamamının muacceliyet kazanacağını alıcıyla kararlaştırabilir. Buna muacceliyet şartı denilir.

---

<sup>485</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 313

<sup>486</sup> FEYZİOĞLU, Özel Borç İlişkileri, s. 157

<sup>487</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 319; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 213 ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 97

<sup>488</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 319; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 213; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 96

Kanun koyucu, bu noktada alıcıyı ağır bir yük altında bırakmamak için Borçlar Kanununun 224 üncü maddesinde muacceliyet şartının geçerliliğini, alıcının arda ardına iki taksiti ödememesi ve bu taksitlerin toplamının semenin tamamının 1/10'a denk gelmesi gerektiğini düzenlemiştir.

Borçlar Kanununun 224 üncü maddesine göre; taraflar sözleşmeye bir şart koyarak eğer arda arda iki taksiti ödemeyen alıcının bu iki taksitinin toplamı, alıcının toplam borcunun onda biri tutarındaysa satıcı, semenin kalan kısmının tamamının ödenmesini talep edebilir. Buna muacceliyet şartı denir.

#### ***D) Ardarda Teslimli Satım***

Ardarda teslimli satım, Borçlar Kanununda değil, TTK'nun 25 inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasının birinci bendinde şu hükme yer verilmiştir:

*'Mukavelenin mahiyetine, tarafların maksadına ya da emtianın cinsine cinsine göre satım mukavelesinin kısım kısım icrası kabil veya bu şartların mevcut olmamasına rağmen alıcı kısmen yapılan teslimi, ihtirazî kayıt ileri sürmeksizin kabul etmişse, mukavelenin yerine getirilmemesi yüzünden alıcının haiz olduğu haklar yalnız teslim edilmemiş olan kısım hakkında kullanılabilir'.*

Ardarda teslimli satımda kural olarak semen peşin olarak ödenmesine rağmen mal birden fazla seferde teslim edilmektedir. Bunun yanı sıra bedelin de teslimatların ardından ya da başka tarihlerde kısım kısım ödeneceği kararlaştırılabilir<sup>489</sup>. Satım konusu mallar birden çok seferde teslim ediliyor olmasına rağmen bu teslimatlar arasında hukukî bir birlik vardır. Burada Borçlar Kanununun 68 inci maddesi anlamında bir kısmî ifa değil, tek bir borcun ifası söz konusudur<sup>490</sup>.

Bu tür satımda satıcının ayıba ve zapta karşı tekeffül ve temerrüt hükümlerinin teslimatı yapılan her parça için ayrı ayrı işletilmesi, borcun tamamı için

<sup>489</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 101

<sup>490</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 101

işletilmemesi gerekir<sup>491</sup>. Ancak teslimatlardan birinde yaşanan gecikme ya da maldaki ayıp, malın bütününe etkileyecek nitelikteyse o zaman alıcının sözleşmeden dönme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir<sup>492</sup>. Örneğin Türkiye’deki bir satıcı, yurt dışındaki bir alıcıya 500 kg. bor madeni satmayı taahhüt etmiştir. Taraflar, sevkiyatın üç seferde yapılması konusunda anlaşmışlardır. İlk olarak 150 kg. lık bir sevkiyatın yapılmış olduğunu ve ardından da Türkiye’de bor madeninin ihracının yasaklandığını far edelim. Alıcının gönderilen madeni, amacına uygun olarak kullanabilmesi için 500 kg. ın tamamını işleme sokması gerekiyor olsun. Tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu seçmiş olmaları halinde alıcı, malın tamamı eline ulaşmadığı takdirde bundan bir fayda elde edemeyeceği gerekçesi ile sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

Bu konuda başka bir örnek daha verebiliriz: Örneğin, bir satım sözleşmesinde, Afyon’daki bir satıcı, Almanya’daki alıcıya kendi mermer ocağından çıkaracağı belirli renkteki mermeri satmayı taahhüt etmiştir. Ancak satıcının mermer çıkarmak için mermer ocağında yaptığı çalışmalar sonuçsuz kalmıştır, çünkü mermer ocağında o güne kadar görülmeyen farklı bir jeolojik yapıyla karşılaşmıştır. Satıcının, bilmediği bu jeolojik yapı, söz konusu mermer ocağından bundan sonra mermer çıkarılmasına engel olacak niteliktedir<sup>493</sup>, dolayısıyla bir mücbir sebep teşkil eder. Taraflar başlangıçta, belirli bir mermer ocağından çıkarılacak özel renkteki bir mermer satımı için anlaşmış oldukları için ortada bir sınırlı cins borcu vardır ve pozitif hukukumuzla göre, satıcının mermer teslim etme borcu sona erer. Mermerlerin mermer ocağından çıkarılamama durumu, pozitif hukukumuzla göre bir ‘hasar’olarak nitelendirilemeyeceği için satıcının, alıcıdan mermerlerin bedelini talep etme hakkı da Borçlar Kanununun 117 nci maddesinin ilk fıkrasına göre sona erer. Eğer satıcı, mermerlerin bedelini peşin olarak almışsa, alıcı ödediği bu bedeli satıcıdan sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince geri alabilecektir.

---

<sup>491</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 102

<sup>492</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 102

<sup>493</sup> Bu örnek, İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararından esinlenilmiştir, BGE 57 II 508, OFTINGER, Bundesgerichtspraxis, s. 137-138

Örneğimizi biraz değiştirirsek, satıcı, mermerleri 5 seferde göndermeyi taahhüt etmiş ve ilk iki parti mermeri göndermiş olsun. Üçüncü parti mermerleri göndermek için yapılan çalışmalar sırasında mermer ocağında mermer çıkarmayı engelleyici olumsuz jeolojik yapıyla karşılaşmıştır. Alıcı, bu mermerleri bir otelin inşaatında kullanmayı düşündüğünden aynı kalitede ve renkte mermere ihtiyaç duymaktadır. Alıcının Afyon'daki başka bir mermer ocağından satın alacağı mermerler, aynı tonda olmayacağı için satıcının menfaatine uygun değildir. Bu durumda alıcı, elindeki mermerlere uygun tonda mermer bulamayacağı için yeniden başka bir satıcıdan 5 parti mal almak zorundadır. Böyle bir durumda, alıcı, elindeki mermerlerden bir fayda sağlamayacağı için bu mermerlerin bedelini ödemek istemeyecektir. Alıcının, mermerlerin bedelini ödeme yükümlülüğünden kurtulabilmesi için Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinin son fıkrasındaki sözleşmeden dönme hakkını kullanması gerekir. Böyle bir durumda alıcı, kural olarak elindeki mermerleri satıcıya iade edecek ve satıcıya peşin olarak ödemiş olduğu bedelin iadesini de sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak isteyecektir<sup>494</sup>.

---

<sup>494</sup> Doktrinde 'dönme'nin hukukî niteliğini açıklayan farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu farklı görüşlere göre, dönme sonrasında iade talebinin dayanacağı hukukî müessese de farklılık göstermektedir. Doktrinde iade borcunun, sebepsiz zenginleşme, aynî istihkak, kanunî borç ya da akdî borca dayanarak talep edilebileceği ileri sürülmektedir. Bu tartışma iade talebinin tabi olacağı zamanaşımı süresinin belirlenmesi açısından önemlidir. Yeni dönme görüşünü kabul eden EREN, dönme beyanından sonra, akdî, artık edimlerini yerine getirmek üzere değil de tarafların birbirlerinden aldıklarını iade borcuyla devam ettiğini kabul etmektedir. Bu durumda iade borcu, akitten doğan bir borç olmakta ve Borçlar Kanununun 125 inci maddesindeki 10 yıllık zamanaşımı süresine tâbi olmaktadır. İade edilecek şeyin kapsamı belirlenirken Borçlar Kanununun sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerinden yararlanılacaktır, EREN, s. 1214; İade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine mi yoksa doğrudan doğruya sözleşmeye aykırı davranıştan kaynaklanan ve Borçlar Kanununun 108 inci maddesine dayanan özel bir nitelik mi taşıdığı doktrinde tartışmalıdır. Sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacak olursa Borçlar Kanununun 66 ncı maddesindeki hüküm gereği, davacı iade talebi hakkının doğduğunu öğrendiği tarihten itibaren 1 yıllık zamanaşımı süresi içinde ve her hâlükârda 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde davasını açmak zorundadır. Federal Mahkeme ve Yargıtay, iade talebine ilişkin davanın, 'sözleşmeye aykırı davranıştan' kaynaklanan ve Borçlar Kanununun 108 inci maddesine dayanan özel nitelikte bir dava olduğunu kabul ederek bu davanın Borçlar Kanununun 125 inci maddesindeki 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde açılması gerektiğini kabul etmektedirler. Ancak Federal Mahkeme ve Yargıtay, iadenin kapsamı belirlenirken yine sebepsiz zenginleşmeye ilişkin Borçlar Kanununun 63, 64 ve 65 inci maddelerindeki hükümlerinden yararlanılacağını kabul etmektedirler, TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 967-968; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 340; İade talebinin sebepsiz zenginleşme hükmüne dayanması gerektiği yönünde OĞUZMAN/ ÖZ, s. 415; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 541; sözleşmeden dönme beyanının kullanılmasının sözleşmeyi ne şekilde etkileyeceğini gösteren farklı teoriler ve yazarın kabul ettiği aynî etkili dönme görüşü için bkz., BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s. 117-152

### ***E) İnternet Üzerinden Yapılan Satım Sözleşmesi***

Bu satım şeklinde alıcı ve satıcı, sözleşmenin kurulması için gerekli olan icap ve kabul beyanlarını birbirlerine internet ortamı üzerinde açıklamaktadırlar. Sözleşmenin kurulması, telefonla ya da mektupla yapılan sözleşmelerdekine benzeridir<sup>495</sup>. Eğer taraflar, icap ve kabul beyanlarını birbirlerine, bilgisayarlarındaki 'icq' gibi bir program vasıtasıyla göndermekte iseler, bu durumda sözleşme, tıpkı telefonda kurulan sözleşmeler gibi kabul beyanının ardından kurulmuş olur.

Eğer taraflar, icap ve kabul beyanlarını birbirlerine e-posta yoluyla bildirirlerse, o zaman da sözleşmenin mektupla kurulmasında olduğu gibi kabul beyanının icapçının bilgisayarına ulaştığı anda sözleşme kurulmuş olur. Bu ulaşma ise, tıpkı bir mektubun alıcısının postanede kendisine ait posta kutusuna ulaşmasına benzer. Bilgisayar ortamında kabul beyanı, önce muhatapın bağlı olduğu ISS<sup>496</sup> nin server<sup>497</sup>ine gelir sonra muhataba ait olan manyetik alana aktarılır. İşte bu andan itibaren artık internet ortamında gönderilmiş olan kabul beyanı, muhatapın 'egemenlik alanına' ulaşmıştır, muhatap kendisine gelen e-postaları kontrol ederek kabul beyanını öğrenebilir. Eğer muhatap, kendisine gönderilen e-postaları kontrol etmemişse, artık bu onun sorumluluğunu gerektirir<sup>498</sup>.

İnternet üzerinden yapılan satım sözleşmesinde dikkat etmemiz gereken bir husus, bazı bilgisayar programlarının satın alınması durumunda, bunların bir veri taşıyıcıya kaydedilmeden doğrudan doğruya bilgisayara indirilmesi durumudur.

Bilgisayara bu şekilde doğrudan doğruya program indirilmesi durumunda ortada bir mal satımı mı yoksa hizmet temini mi bulunduğu tartışmalıdır<sup>499</sup>.

---

<sup>495</sup> FALCIOĞLU, M. Özgür, 'Elektronik Satımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler', İnternet ve Hukuk, derleyen, ATAMER, Yeşim, İstanbul, 2004, s. 69

<sup>496</sup> Her bireysel kullanıcının internet hizmetinden yararlanabilmek için bağlı olduğu müessese, SÖZER, Bülent, Elektronik Sözleşmeler, İstanbul, 2002, s. 101

<sup>497</sup> Diğer bilgisayarlara hizmet sağlayan bir bilgisayar ya da bir programdır. Aynı zamanda dijital bilgilerin saklandığı manyetik bir ortamdır, SÖZER, s. 101

<sup>498</sup> SÖZER, s. 101-102

<sup>499</sup> SÖZER, s. 27

Bu şekilde doğrudan doğruya bilgisayara indirilen programlarının satımına Viyana Satım Antlaşmasının uygulanıp uygulanamayacağı da doktrinde tartışma konusu olmuştur. Çünkü Viyana Satım Antlaşmasının konusuna giren menkul malların, ‘bir nesnede cisimlenmiş ve nakledilebilir’ mallar oldukları kabul edilmektedir<sup>500</sup>.

## 7. Akit Prensibinin İstisnaları

### A) Halin İcabı

Borçlar Kanunu m.183’te ‘Halin icabından veya hususî şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nef’i ve hasarı, akdin inikadı anından itibaren alıcıya intikal eder’ hükmü yer alır. Bu hüküm satım sözleşmesinde hasarın geçişi ile ilgili olarak ‘akit prensibi’ nin kural olarak geçerli olacağını ortaya koyar. Yine bu hükümde bu prensibin ‘halin icabı’ndan kaynaklanan bazı istisnalarının olabileceği de belirtilmiştir. Ancak kanun koyucu ‘halin icabı’ndan anlaşılması gerekenin ne olduğunu açıkça belirtmemiştir ve bu hususun yorumunu hâkime bırakmıştır. Doktrinde ise hâlin icabından, hakkaniyet gereği hasara satıcının katlanması gereken durumlar anlaşılır<sup>501</sup>.

Hakim, karşısına gelen uyuşmazlığı çözüme kavuştururken eğer, akit prensibini uygulaması durumunda hakkaniyete aykırı sonuçlar ortaya çıkacağı kanaatine varırsa, halin icabının bu prensibin uygulanmasına uygun olmadığına karar verir. Bu durumda hâkimin, uyuşmazlığı BK m. 117/II hükmüne göre karara bağlaması gerekir<sup>502</sup>.

Doktrinde hâlin icabı gereği akit prensibinin uygulanmaması gereken hallere şu örnekler verilmiştir: Satılanın tesliminin satıcı yararına ertelendiği durumlarda hasara satıcı katlanır<sup>503</sup>. Satıcının satılanı iki kişiye satması durumunda ilk alıcı mal

<sup>500</sup> ATAMER, CISG, s. 44

<sup>501</sup> AKINTÜRK, s. 146; ARAL, s. 80

<sup>502</sup> AKINTÜRK, s. 146-7

<sup>503</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s.111; YAVUZ, Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, s. 90; ATAMER, Hasarın İntikali Anı, s. 144; ZEVLİLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 63; ARAL, s. 80



ikinci alıcıya satılınca kadar doğan hasara katlanır<sup>504</sup>. Başkasına ait şeyin satılması durumu<sup>505</sup>. Satıcının hakkı olmadığı halde malı tevdi ettiği durumlarda<sup>506</sup> seçimlik borçlarda seçim hakkı kullanılıncaya kadar hasara satıcı katlanır<sup>507</sup>. Satıcı temerrüde düşerse, temerrüdün başladığı andan itibaren hasara satıcı katlanır<sup>508</sup>. Satıcı ileride elde edeceği malı alıcıya satmayı taahhüt etmişse, yani mal henüz satıcının elinde değilse, bu süre içerisinde doğan hasara satıcı katlanır. Bu durumda alıcının, satım konusu mal üzerinde teslim kadar tasarruf etme yetkisi ve doğabilecek bir zararı önleme imkânı olmadığı için hasara satıcının katlanması hakkaniyet gereğidir<sup>509</sup>.

Bir görüşe göre; eğer satım peşin parayla yapılmamışsa, o zaman akit prensibinin uygulanmaması gerekir. Çünkü Borçlar Kanunu'nun 210 uncu maddesindeki düzenleme bunu gerektirir. Bu maddede şöyle denilmektedir: Hilâfına mukavele mevcut değilse, satılan alıcının yedine girince satıcı semene müstahak olur'. Yani satıcının bedele hak kazanabilmesi için satım konusu şeyin alıcının

<sup>504</sup> **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 112; **YAVUZ**, Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, s. 90; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s. 63; ikinci satım akdinin kurulmasından sonra artık hasarın tekrar satıcıya ait olacağı yönünde, **ARAL**, s. 81

<sup>505</sup> **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 113; **YAVUZ**, Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, s. 90

<sup>506</sup> **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 112; **YAVUZ**, Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu, s. 90

<sup>507</sup> **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 112; **ATAMER**, Hasarın İntikali Anı, s. 144; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s. 63; **ARAL**, s.81

<sup>508</sup> **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 112; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s. 63

<sup>509</sup> **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s. 63; **ARAL**, s. 80; Federal Mahkeme de bir kararında bu hususu karara bağlamıştır. Federal Mahkeme 18 Nisan 1958 tarihli kararında 'OR m. 185 (BK m. 183) hükmünün İsviçre hukuk sistemine uymadığını, aynı zamanda halkın benimsediği düşüncelere de aykırı bulunduğunu' belirterek dava konusu olayda 'halin icabı' gereği hasarın geçişi ile ilgili genel kuralın uygulanmaması gerektiğine karar vermiştir.

Dava konusu olayda Cenevre'de bir galeri sahibi olan satıcı ile alıcı, belirli bir model ve renkte bir otomobil satışı için anlaşmışlardır. Satıcının elinde o renk ve modelde araba bulunmadığı için satıcı, Zürih'teki bir distribütöre bu arabayı sipariş etmiştir. Zürih'teki distribütör yurt dışından otomobili getirmiştir. Satıcı, sipariş edilen arabanın Zürih'teki distribütöre geldiğini öğrenince, onu Cenevre'ye getirtmek için birisini göndermiştir. Bu kişi, arabayı getirirken yolda bir kaza yapmıştır ve araba kısmen hasar görmüştür. Satıcı, Zürih'te bunu tamir ettirdiyse de alıcı, bu arabayı almak istememiştir. Satıcı, alıcının sözleşmeyi ihlâl ettiği gerekçesiyle mahkemeye başvurmuştur. Federal mahkeme her ne kadar satım sözleşmesi yapıldıktan sonra hasar alıcıya geçerse de olayda satım konusu malın sadece satıcının hâkimiyet alanında kaldığını, nakliyeden doğabilecek tehlikeleri de sadece satıcının önleme imkânı olduğunu bu yüzden de hasara satıcının katlanması gerektiğine karar vermiştir **AKINTÜRK**, s. 147; **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 114 Ancak doktrinde bu karar İsviçreli yazarlar tarafından da eleştirilmektedir. Çünkü Federal Mahkemenin kullandığı 'halkın benimsediği düşüncelere aykırı' olma kriteri çok soyut ve genişletilmesi mümkün bir kavramdır. Eğer bu gerekçeye dayanılırsa akit prensibinin hiç uygulanma olanağının kalmayabileceği endişesi dile getirilmiştir **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 114

yedine girmesi gerekir. Eğer malın bedeli mal teslim edilmeden önce ödenmemişse ve mal teslim edilmeden önce telef olmuşsa artık satıcı semene hak kazanamaz<sup>510</sup>. Schwarz'a göre; eğer kanundaki bu düzenleme dikkate alınır, o zaman akit prensibinin yol açtığı adaletsizliklere yönelik eleştiriler de ortadan kaldırılır<sup>511</sup>.

### **B) INCOTERMS'e Yer Verilen Sözleşmeler**

Uluslararası ticarî satım sözleşmelerinde taraflar, genellikle hasarın geçişi konusunda özel şartlara yer verirler. Bunu genellikle sözleşmelerine koydukları INCOTERMS vasıtasıyla yaparlar. INCOTERMS, ticarî sözleşmelerde sık sık yer verilen bazı hükümlerin yeknesak bir şekilde yorumlanmasının sağlanabilmesi için Milletlerarası Ticaret Odası tarafından hazırlanan terimlerdir<sup>512</sup>. İlk olarak 1936 yılında yayınlanmışlardır. Daha sonra 1953, 1967, 1976, 1980, 1990<sup>513</sup> ve 2000 yıllarında bu kurallar günün ticarî gereklerine uygun olarak yeniden gözden geçirilmiştir<sup>514</sup>. 1980'deki değişikliklerle, INCOTERMS; hasarın geçiş anını yansıtmak üzere C, D, E ve F klotları şeklinde 4 grupta toplanmıştır. Bugün toplam 13 klot bulunmaktadır<sup>515</sup>.

Tarafların, sözleşmelerinde yer verdikleri INCOTERMS C, D ve F-Klotları, sözleşmeleri mesafe satımına dönüştürür. Mesafe satımı, tarafların satım konusu malı kanunî ifa yerinde teslim etmek yerine başka bir yere göndermeyi<sup>516</sup> ya da götürmeyi taahhüt ettikleri sözleşmelerdir<sup>517</sup>. Eğer ortada bir gönderme borcu varsa, hasarın, mal, alıcıya teslim edilmek üzere bağımsız bir taşıyıcı ya da taşıtana teslim edildiği anda alıcıya geçeceğini<sup>518</sup> belirtmiştik. Teslim edilen kişinin bağımsız olması önemlidir, eğer mal satıcının nakliye işlerini düzenleyen bir adamına teslim edildiyse hasar hâla satıcıda kalmaya devam eder, alıcıya geçmez.

<sup>510</sup> SCHWARZ, Satış Akdinde Hasarın İntikâli, s. 165-166

<sup>511</sup> SCHWARZ, Satış Akdinde Hasarın İntikâli, s. 165-167

<sup>512</sup> ERDEM, B.B., s. 65-66; DOĞAN, Fatih, 'INCOTERMS 2000 Tarihi Gelişimi-Geçerlilik Kaynağı-Münferit Klotlar-Son Değişiklikler', Prof. DR. Ömer Teoman'a 55. YaşGünü Armağanı [Birinci Cilt], İstanbul, 2002, s. 339; ŞANLI, Uluslar arası Ticari Akitleri Hazırlanması, s.31

<sup>513</sup> ATAMER, Hasarın İntikali Anı, s.163

<sup>514</sup> ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması, s. 32

<sup>515</sup> DOĞAN, s. 340

<sup>516</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 116; ATAMER, Hasarın İntikali Anı, s. 141; ARAL, s. 84

<sup>517</sup> ARAL, s. 85

<sup>518</sup> ATAMER, Hasarın İntikali Anı, s. 141; ARAL, s. 85

Hasarın alıcıya geçebilmesi için komisyoncuya bile teslim yetmez, taşıyıcıya teslim gerekir<sup>519</sup>.

C-Klozları şunlardır: CFR, CIF, CPT ve CIP.

CFR (Cost and Freight) malın bedeli ve navlun, CIF (Cost, Insurance, Freight) malın bedeli, sigorta ve navlun; CPT (Carriage Paid To) taşıma ücreti ödenmiş olarak, CIP (Carriage and Insurance Paid to) taşıma ücreti ve sigorta ödenmiş olarak şeklinde malın teslimi dışında satıcının taşıma masraflarını ve duruma göre sigorta masraflarını ödeyip ödemeyeceğini gösteren terimlerdir<sup>520</sup>. C-Klozları içerisinde CIF en sık karşılaşılan klozdur<sup>521</sup>. CIF kelimesi, İngilizce ‘cost, insurance, freight’ kelimelerinin baş harflerinin bir araya gelmesiyle türetilmiştir. Bu kelimelerin anlamı ise, malın bedeli, sigorta ve navlundur<sup>522</sup>.

<sup>519</sup> **ATAMER**, Hasarın İntikali, s. 142

<sup>520</sup> **ATAMER**, Hasarın İntikali Anı, s. 164

<sup>521</sup> 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 1139 uncu maddesinde de CIF klozu düzenlenmiştir. Buna göre; ‘bir malın muayyen bir yere taşınması için gemiye yükletilmesi şartıyla mal değerinden ve satıcı tarafından ödenecek sigorta ücretiyle navlundan ibaret maktu bir bedel karşılığında yapılan satıma ‘sif’ satım denir’. Bu şekliyle tarafların sözleşmelerinde CIF klozuna yer verdikleri durumlarda satıcı, satım konusu malların deniz yoluyla taşınması için gerekli navlun sözleşmesini yaparak malları denizcilik rizikolarına karşı sigortalar ve ambalajlı olarak gemide teslim eder. Satıcının malların hasara uğrama riskine karşı yaptırdığı sigorta alıcı lehine yaptırılan bir sigortadır. Yani; sigorta sözleşmesini satıcı yaptırır, primleri satıcı öder, ama doğan zarar karşısında sigorta şirketinin ödeyeceği tazminatı alıcı alır, **ŞANLI**, Cemal/ **EKŞİ**, Nuray, Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul, 2005, s. 119; INCOTERMS 1990’daki CIF şartı da bu şekildedir, **ERDEM**, SİF Satışlar, s. 23, ama Türk Hukuku’nda da diğer bazı ülkelerin hukuklarında olduğu gibi gerçek olmayan CIF şartı içeren satım sözleşmeleri de yapılmaktadır. Örneğin eğer: sözleşmenin tarafları taşımanın deniz yolu ya da iç sular dışında başka bir şekilde taşınması konusunda anlaşmışlarsa ortada bir CIF şartıyla satım yoktur. Eğer taraflar CIF şartıyla yapılan satım sözleşmelerine boşaltma yerinde teslimi ifade eden kayıtlardan birini koyarlarsa yine bir CIF şartıyla satımdan söz edilemez, ortada bir boşaltma yerinde teslim suretiyle satım sözleşmesi vardır. Eğer taraflar hasarın geçişi anı olarak varma limanına ulaşma anını kabul ederlerse yine bir CIF şartıyla satım söz konusu olmaz, boşaltma yerinde teslim şartıyla satım söz konusu olur, **ERDEM**, SİF Satışlar, s. 23-4

Türk Ticaret Kanunu Tasarısında mesafe satımları ile ilgili maddelere ve bu arada CIF ve FOB şartıyla yapılan satımlara ilişkin herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir. Bunun haklı bir tercih olduğu kanısındayız. MTO bile INCOTERMS’i sık sık revize etme gereği duymaktadır. Örneğin 2000 yılında, elektronik ticaretin, gümrükten muaf bölgelerin ve taşıma yöntemlerindeki değişikliklerin ticaret hayatındaki uygulamaları ve ihtiyaçlarını, göz önünde bulundurularak 1990 yılında yayınlanan INCOTERMS’i yeniden düzenleme gereği duyulmuştur, **DOĞAN**, 338; MTO, 10 yıl içinde belki yeni bir revizyon daha yapma gereği duyacaktır. Böylesine gelişime açık bir konuda Ticaret Kanunu gibi uzun yıllar değiştirilmeyeceği düşüncesiyle yapılan bir kanunda yer verilmemesi daha yerinde olacaktır. Mevcut kanunda bu hükümlere yer verilmemesi gerektiği yönündeki eleştirilerin dikkate alınmaması yönünde **KALPSÜZ**, Turgut, Denizaşırı Satışlar (Giriş-Boşaltmada Satışlar), Ankara, 1967, s.155

<sup>522</sup> **DOMANIÇ**, Hayri, Ticaret Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1970, s. 103; **AKINTÜRK**, s. 177; **KENNEDY**, s. 9; **TEOMAN**, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku C. I: Hukukî Mütalâalar Kitap:5: 1992-1993, Ankara, 1995, s. 220; **TEKİL**, Fahiman, Deniz Hukuku, İstanbul, 1998, s. 351 CIF

C-Klozlarında hasar, malın doktrinde kabul edildiği üzere<sup>523</sup>; gemi küpeştesini geçtiği anda alıcıya geçer<sup>524</sup>.

D-Klozları şunlardır: DAF, DES, DEQ, DDU ve DDP

DAF (Delivered at Frontier) sınırda teslim, DES (Delivered Ex Ship) Gemide teslim, DEQ (Delivered Ex Quay) rıhtımda teslim, DDU ( Delivered Duty Unpaid) gümrük vergileri ödenmeden teslim, DDP (Delivered Duty Paid) gümrük vergileri ödendikten sonra teslim şeklindedir<sup>525</sup>.

Bu durumlarda hasar, satıcının malı teslim yerinde alıcıya sunmasıyla alıcıya geçer<sup>526</sup>.

F-Klozları şunlardır: FCA, FAS ve FOB

FAS (Free Alongside Ship) geminin bordasında teslim, FCA (Free Carrier) taşıyıcıya teslim, FOB (Free on Board) küpeştetede teslim.

F-Klozlarında, satıcı, malı, alıcı tarafından belirlenen taşıyıcıya teslim ettiği anda hasar alıcıya geçer<sup>527</sup>. F-Klozlarından FOB 6762 sayılı Türk Ticaret

---

klozunun yer verildiği sözleşmeler, yükleme yerinde teslim şekliyle yapılan satımlardandır. Satılan mal, yükleme vasıtasıyla ifa yerinden başka bir yere gönderildiği için bu tür satımlar da mesafe satımı sayılırlar. Türk Ticaret Kanunu'nun 1140 ıncı maddesinin IV üncü fıkrasında bu tür satım sözleşmelerinde ifa yerinin yükleme limanı olduğu belirtilmiştir. Türk Ticaret Kanunu'nun 1143 üncü maddesine göre CIF klozuna yer verilen sözleşmelerde mallar geminin küpeştesini geçtiği anda hasarın alıcıya geçeceği açıkça düzenlenmiştir. Ancak Türk Ticaret Kanunu'nun 1143 üncü maddesinin I inci fıkrasında; hasarın bu şekilde alıcıya geçebilmesi için cins borçlarında malın ayırt edilmiş olması gerektiği de belirtmiştir. Bu ayırt etmenin de ne şekilde yapılacağını belirtmiştir. Buna göre; satıcının 'yükleme anı ile markaları ve yükletildiği gemi hakkında aldığı malumatı derhal alıcıya bildirmesi gerekir'. Görülüyor ki; hasarın alıcıya geçmesi için malların geminin 'küpeştesi'ni geçmesi ve cins borçlarında malın ayırt edilmiş yani sınırlı cins borcu haline getirilmiş olması gerekmektedir. INCOTERMS 1990'da da hasarın geçişi için 'küpeşte' sınır olarak belirlenmiştir, **TEOMAN**, s.221; **ERDEM**, SİF Satışlar, s.187; ancak uygulamada yüklemeler genellikle vinçle yapılmaktadır ve vinçteki malın küpeşteyi ne zaman geçtiğinin tespiti de her zaman mümkün olmayabilir. Bu durumda henüz mal vinçteyken düşer ve hasara uğrarsa, o zaman bu hasara alıcının mı yoksa satıcının mı katlanacağı hususu tartışmalıdır. O yüzden de bu tür karışıklıkları ortadan kaldırmak amacıyla SİF teslim şartıyla satımda malın salimen geminin güvertesine yüklendikten sonra hasarın alıcıya geçeceği kabul edilmektedir. Yargıtay da bir kararında CIF klozuna yer verilen satımlarda malın güverteye konması gerektiğinden bahsetmiştir, 11. HD. 10.11.1987, E. 1987/5569, K 1987/6086, YKD, 1988, C.14, S..2, s. 208-9

<sup>523</sup> **ERDEM**, SİF Satışlar, s. 189

<sup>524</sup> Geminin rıhtıma yanaşamaması nedeniyle malların mavnalarla gemiye taşınması durumunda da hasarın geçiş anı aynı şekilde malların gemiye yüklenmesi amıdır, **ERDEM**, SİF Satışlar, s. 189; Mallar gemiye yüklendikten sonra, ama gemi henüz sefere başlamadan telef olurlarsa ya da hasara uğrarlarsa doğan zarara yine alıcı katlanacaktır, **AKINTÜRK**, s.177-8; **TEKİL**, s. 352-3;

<sup>525</sup> **DOĞAN**, s. 362-3 Tarafların sözleşmelerinde INCOTERMS'den D Klozlarına yer vermeleri de sözleşmeden doğan borcun götürülecek borç niteliği kazanmasını sağlar **ARAL**, s. 86

<sup>526</sup> **ARAL**, s. 86

Kanunu'nun. 1138'inci maddesinde de düzenlenmiştir<sup>528</sup>. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, tarafların tarafların, sözleşmelerinde yer verdikleri bir FOB şartının (ya da CIF şartının) ulusal hukuktaki düzenlemeyi mi kastettiği yoksa MTO'nın kurallarını mı kastettiği konusunda tereddüt yaşanmama ihtimalinin olduğudur. Bunu önlemek için tarafların sözleşmelerinde yer verdikleri şartı 'FOB INCOTERMS 2000 Hamburg' şeklinde açıkça yazmalarınıdır. INCOTERMS bazı yıllarda güncellense de eski yıllardaki kurallar da geçerliliğini sürdürmektedir. Bu nedenle söz konusu klotun hangi yıldaki düzenlemesinin sözleşmeye alınmak istendiğinin belirtilmesinde fayda vardır<sup>529</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1138 inci maddesinin II nci fıkrasına göre; FOB klotuna yer verilen sözleşmelerde nef'i ve hasar, mallar, geminin küpeştesini geçtiği anda alıcıya geçer. INCOTERMS'in MTO Türkiye Millî Komitesi tarafından yapılan Türkçe tercümesinde FOB 1990 klotu için 'bordada teslim edilme' ifadesi kullanılmıştır. Ancak borda Türkçe'de geminin yan yüzeyini ifade eden bir terim olduğu için bu ifadenin İngilizce ve Fransızca metinlerdeki ifadeye uygun olarak 'küpeştede teslim' olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>530</sup>.

Bu kural karşısında örneğin; yükleme sırasında vince yüklü olan mal henüz küpeşteyi geçmeden telef olursa, o zaman hasara satıcı katlanacaktır, çünkü hasar henüz alıcıya geçmemiştir. Kanundaki bu düzenleme INCOTERMS'e de uygundur<sup>531</sup>. Ancak Yargıtay, FOB satımda yarar ve hasarın alıcıya geçebilmesi için malların gemiye yüklenmesi gerektiğini kabul etmiştir<sup>532</sup>.

---

<sup>527</sup> ATAMER, Hasarın İntikali Anı, s.164; DOĞAN, s. 357

<sup>528</sup> Bu madde incelendiğinde bunun bir, 'yükleme yerinde teslim suretiyle satım sözleşmesi' olduğu anlaşılır KALPSÜZ, Turgut, Ticari Satışta İfa Mahalli, Ankara, 1960, s.163-4; AKINTÜRK, s. 175.

<sup>529</sup> DOĞAN, s. 347-8

<sup>530</sup> ERDEM, Denizaşırı Satış, s. 45; 'Küpeşte' gemilerde güverte parmaklığı, parmaklıkların üzerine yerleştirilen ağaç bölümdür, ARSLAN, Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Ankara, 1985, s. 430

<sup>531</sup> AKINTÜRK, s. 176

<sup>532</sup> 10.11.1987, 11.HD, E.1987/5569, K.1987/6086, YKD, 1988, S.2, s. 208-9, ŞANLİEKŞİ, Uluslararası Ticaret Hukuku, 2005, s. 118 Türk Ticaret Kanunu'nun 1138 inci maddesinin II nci fıkrasında hasarın alıcıya geçmiş sayılacağı durumlar da sayılmıştır. Bu maddede şu hükme yer verilmiştir: 'Tayin olunan gemi vaktinde hazır olmazsa malların satıcı tarafından alıcının emrine âmâde kılındığı andan ve alıcı gemiyi vakit ve zamanında tâyin etmemiş veya malı teslim almak için bir müddet tâyin yahut teslim yeri hakkında seçme hakkını muhafaza etmiş olup da zamanında buna dair talimat göndermemiş olduğu takdirde kararlaştırılan müddetin bitiminden itibaren hasar alıcıya aittir'. Bu sayılan durumlarda satıcı, gönderme mükellefiyetinin ifası için kendisine düşen her şeyi

E-Klozu EXW (Ex Works) işyerinde teslimdir. Bu şartta, mal, alıcının emrine hazır hale getirildiği anda yani mal ayırt edildikten sonra hasar alıcıya geçer<sup>533</sup>.

Mesafe satımları içinde deniz aşırı satımlar ticaret hayatında en sık rastlanan satım çeşitlerinden biridir. Demiryolu ile taşıma da uluslararası ticarete önemli yere sahiptir. Türkiye CMR'ye taraftır. Bu sözleşmeye göre; mal taşıyıcıya teslim edilince hasar alıcıya geçer.

## 8. İade Yükümlülüğü

### A) İadenin Hukuki Dayanağı

Borçlar Kanununun 117 nci maddesinin II fıkrasında imkânsızlık nedeniyle borcundan kurtulan borçlunun, elinde bulunan değerleri, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Kanunda açıkça iadenin dayanağı olarak 'sebepsiz zenginleşme' hükümleri gösterilmiş olmasına rağmen, doktrinde bazı yazarlar, iadenin sözleşmeye dayalı olarak yapılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir<sup>534</sup>. Doktrinde iade talebinin sebepsiz zenginleşme

---

yapmışsa, artık hasar alıcıya geçer. Yukarıda sayılan durumlardan ilkinde hasar, satılanın satıcı tarafından alıcının emrine amâde kılındığı anda, diğerlerinde ise kararlaştırılan sürenin sona ermesiyle alıcıya geçer. Tabii ki, FOB satımda yükleme anında hasarın geçmesi için satılanın ayırt edilmiş olması gerekir. Bu husus FOB satımla ilgili düzenlemenin yer aldığı Türk Ticaret Kanunu'nun 1139 uncu maddesinde açıkça yer almasa da FOB teslim şartıyla satımın Borçlar Kanunu'nun 183 üncü maddesinin II nci fıkrasına göre bir mesafe satımı sayılması nedeniyle ve aynı durumda hasarın geçişi ile ilgili düzenlemenin yer aldığı SİF teslim şartıyla satımlar hakkındaki Türk Ticaret Kanunu'nun 1143 üncü maddesi hükmünün kıyas yoluyla uygulanmasından varılır, **AKINTÜRK**, s. 176-7

<sup>533</sup> **DOĞAN**, s. 356

<sup>534</sup> **SEROZAN**, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 1998, s. 142, §15, N. 8a; Borçlar Kanununun 117 nci maddesinde iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayalı olarak yapılmasına ilişkin düzenlemenin bilinçli bir tercih olmadığı söylenebilir. Çünkü İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısının 119 (TBK m.117) uncu maddesinde sebepsiz zenginleşme ifadesi yer almıyordu. Tasarı meclisten geçerken meclis komisyonu, maddeye iadenin sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak yapılacağı konusunda bir hüküm eklenmesini önermiştir. Bu önerinin üzerine, bir görüşme yapılmadan hüküm maddeye eklenmiş ve bu şekilde yasalaşmıştır, **BUZ**, Dönme, s. 178; sonraki kusursuz imkânsızlık nedeniyle borç sona ermesine rağmen borç ilişkisi devam edeceği için iade talebinin akde dayanması gerektiğine dair görüş için **HONSELL/ VOGT/ WIEGAND**, s. 666; borcunu kusurlu olarak ifa etmeyen kişiden elindekileri akde dayanarak iade etmesini dolayısıyla da 10 yıllık akdî zamanaşımı süresi içinde iade etmesini talep ederken, kusursuz olarak borcunu ifa edemeyen kişinin elindekileri iade etmesi konusunda sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanan 1 yıllık daha kısa zamanaşımı süresinin geçerli olması, her iki iade talebi arasında böyle ciddi bir fark

hükmüne dayanılarak değil de sözleşmeye dayanılarak yapılması yönündeki görüşlerin ortaya atılmasının sebebi; iade talebinin, her iki hükümde; farklı zamanaşımı sürelerine tâbi olmasıdır. Borçlar Kanununun 66 ncı maddesine göre; iade talebinin bu hakkın varlığının öğrenildiği andan itibaren 1 yıl ve her hâlükârda 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde kullanılması gerekir. Sözleşmeye dayanılarak iade talep edilecek olursa, o zaman Borçlar Kanununun 125 inci maddesindeki 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde talepte bulunmak gerekir.

Burada dikkatten kaçırılmaması gereken husus; doktrinde iade talebinin 10 yıllık sözleşmeden doğan talep haklarına uygulanan zamanaşımı süresine tâbi olacağını savunan yazarların bile iadenin kapsamı ve konusu bakımından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını kabul etmeleridir. Bu yüzden, sözleşmeden doğan asli borcu imkânsızlık nedeniyle sona eren borçlunun iade borcunu ne şekilde yerine getireceği sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenecektir.

Kanımızca sebepsiz zenginleşmeye dayanan taleplerde sadece 1 yıllık kısa bir zamanaşımı süresiyle yetinilmeyip, alacaklının iade konusunda bir talep hakkı olduğunu öğrenmesinden itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresine de sahip olması nedeniyle aslında herhangi bir kaybı olduğunu söylemek doğru olmaz. Çünkü uluslararası ticarete basiretli bir tacir, eğer alacağını elde edemeyecekse karşı tarafa vermiş olduğu değerlerin derhal iadesini isteyecektir. Bu yüzden sebepsiz zenginleşmedeki 1 yıllık zamanaşımı süresi de yeterli uzunlukta bir süre sayılır.

Ayrıca kanun koyucunun amacı, ticarî satımlarda zamanaşımı sürelerini uzatmak değil kısaltmak yönündedir. Nitekim Türk Ticaret Kanununun 25 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanarak satıcıya karşı açılacak davanın adî satımlar için öngörülmüş olan 1 yıllık zamanaşımı süresini ticarî satımlar için 6 aya indirmeyi uygun bulmuştur.

---

yaratılmasının haklı olmayacağı, her iki durumda da 10 yıllık akdî zamanaşımı süresinin uygulanmasının gerektiği yönünde, **BUCHER**, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Erişim: 20.05.2007, [http://www.eugenbucher.ch/pdf\\_files/Bucher\\_ORAT\\_23.pdf](http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/Bucher_ORAT_23.pdf), s. 423

Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticari satım ve Trampa başlığını taşıyan 23 üncü maddesinin (d) bendinde de bu süre altı ay olarak belirlenmiştir. Sürenin daha kısaltılabileceği ama uzatılmayacağı da belirtilmiştir.

### ***B) Mücbir Sebebin Gerçekleşmesi Sebebiyle Taraflar Arasındaki Malvarlığı Değişiminin Sebebinin Ortadan Kalkması***

Eğer mücbir sebep gerçekleştiği için borçlu sözleşmede taahhüt ettiği borcunu yerine getiremezse, karşı taraftan bu borcun karşılığı olarak almış olduğu değerleri elinde tutması için geçerli bir hukukî sebebi kalmaz ve bu değerleri iade etmesi gerekir. Örneğin, bir müzayedede satın alınan ünlü bir ressamın ait tablonun bedeli peşin olarak ödenmiş, fakat tablo teslim edilmeden önce müzayede salonunda çıkan bir yangında telef olmuştur. Bu durumda sonradan ortaya çıkan kusursuz imkânsızlık söz konusu olur<sup>535</sup>. Burada müzayede sırasında ödenen paranın ‘mevcut ve geçerli olan sebebi sonradan ortadan kalkmıştır’ Bu yüzden ödenen bedelin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gerekir<sup>536</sup>. Bu duruma Roma Hukukunda *condictio ob causam finitam* denilir<sup>537</sup>.

Borçlar Kanununun 117 nci maddesine göre edimi imkânsızlaşan borç kendiliğinden<sup>538</sup> sona erer, burada sözleşmeden dönmeden doğan bir iade yükümlülüğünden söz edilemez<sup>539</sup>. Eğer imkânsızlaşan edimin yerine bir başka edim kaim olmuşsa ve alacaklı da bu kâim değeri<sup>540</sup> talep ederse, o zaman istisnaî olarak borç ilişkisi sona ermeyip devam eder<sup>541</sup>. Çünkü alacaklı, kaim değeri

<sup>535</sup> DURAL, s. 82

<sup>536</sup> TEKİL, Borçlar Hukuku, s. 163; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 741; ZEVLİLİLER, Borçlar Genel, s. 136; EREN, s.839; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 243;

<sup>537</sup> TEKİL, Borçlar Hukuku, s. 163, 212; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 742

<sup>538</sup> FUNK, Fritz, Borçlar Kanunu Şerhi I Umumî Hükümler, (Çev. VELDET, Hıfzı/ SELEK, Cemal Hakkı), İstanbul, 186; DURAL, s. 162; ULUSAN, İlhan, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984, s. 81; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 1010;

<sup>539</sup> DURAL, s. 163

<sup>540</sup> Asıl edimin yerine geçen tazminat, kamulaştırma bedeli gibi değer ya da alacaklara kaim değer denilir, TEKİNAY, Sona Erme, s. 211; TEKİNAY, İçtihat Tahlili, MHAD, Yeni Seri, Y.1, S.2, 1968, s. 205

<sup>541</sup> TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 484; DURAL, s. 126, 162; 13 HD., 19.4.1983, E.1983/2799, K.1983/3145, YKD C.10, S.5, Mayıs, 1984, s. 769-8-9; karara konu olayda davahılar iştirak halinde mülkiyete konu olan taşınmazlarını noterde düzenledikleri bir sözleşmeyle davacıya



isteyince, foksiyonel sinelagma devam eder<sup>542</sup>. Ancak borç ilişkisinin bu şekilde devam edebilmesi için alacaklının talebi gerekir, yoksa borç ilişkisi kendiliğinden devam etmez.<sup>543</sup>.

Doktrinde yeni bir görüşü savunan Serozan'a göre ise; Borçlar Kanununun 117 nci maddesindeki iade yükümlülüğü, sebepsiz zenginleşmeden değil, sözleşmeden doğan bir iade yükümlülüğüdür<sup>544</sup>.

Serozan'ın görüşüne göre; Borçlar Kanununun. 117nci maddesinde iade hususunda sebepsiz zenginleşme hükümlerine yapılan atıf nedeniyle sonraki kusursuz imkânsızlıktaki iade istemi sebepsiz zenginleşme kaynaklı bir istem '*condictio ob causam finitam*' oluşturmaz<sup>545</sup>. Borçlar Kanununun 117 nci maddesinde sebepsiz zenginleşmeye yapılan bu atıf sebepsiz zenginleşmenin gereklerine ve öğelerine değildir, sadece belirli sonuçlarına ve etkilerindedir<sup>546</sup>.

Serozan'a göre Borçlar Kanununun 117 nci maddesindeki iade yükümlülüğünün sebepsiz zenginleşmeden değil de sözleşmeden doğduğu kabul edilirse, o zaman bazı sakıncalar da ortadan kaldırılmış olur. Bu sakıncalardan ilki

---

satmayı vaat etmişler. Bunun karşılığında da 17.750 TL almışlardır. Daha sonra aynı taşınmaz izale-i şüyu yoluyla üçüncü bir kişiye satılmış ve mülkiyeti ona geçirilmiştir. Davacı açtığı davayla üçüncü kişinin davalılara ödediği bedelin kendisine verilmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi davacıya üçüncü kişinin davalılara ödediği bedelin ödenmesinin mümkün olmadığına, ancak kendisinin davalılara ödediği bedelin iadesinin mümkün olacağına karar vermiştir. Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ve şöyle demiştir: Söz konusu taşınmazın mülkiyeti üçüncü bir kişiye geçtiği için artık davalıların satım vaadinden doğan borçlarını yerine getirmeleri BK nun 117 inci maddesi gereği imkânsızdır. Bu durumda borç ilişkisi kural olarak sona erer. Ancak bu olayda davalılar üçüncü kişiden bir bedel elde etmişlerdir ve bu bedel davalılar için satım vaadi sözleşmesindeki borçlarının yerine geçen bir kaim değer oluşturur. Bu durumda borç ilişkisi sona ermez ve davalılar, kaim değeri davacıya ödemek zorunda kalırlar.

<sup>542</sup> DURAL, s. 162; ULUSAN, s. 80-81

<sup>543</sup> DURAL, s. 183

<sup>544</sup> SEROZAN, İfa Engelleri, s. 138

<sup>545</sup> SEROZAN, İfa Engelleri, s. 142 karşı görüş için bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, (çev. AYİTER, Ferit), Ankara, 1950, s. 847; OĞUZMAN, s. 187; KELLER, Max/ SCHAUFELBERGER, Peter, Das Schweizerische Schuldrecht, Band III Ungerechtfertigte Bericherung, Basel, 1982, s. 12, SCHULIN / VOGT, Besonderer Teil, 37B, GAUCH, Peter/ AEPLI, Viktor/CASANOVA, Hugo, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (Art 1-183), Zürich, 1989, s. 193; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 741-742; HONSELL /VOGT/WIEGEND/ s. 670

<sup>546</sup> SEROZAN, İfa Engelleri, s. 142; SEROZAN, Rona, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 201

BK'nun 63 üncü maddesinin I inci fıkrasındaki 'eksilme savunması'dır. Borçlar Kanununun 63 üncü maddesinin I inci fıkrasında eğer sebepsiz zenginleşme konusu şey iade zamanında iade borçlusunun elinden tamamen çıkmışsa, iade borçlusunun iade borcu kalmaz; eğer iade konusu malın bir kısmı elden çıkmışsa, borçlu sadece elinde kalan kısmı iade ederek iade yükümlülüğünden kurtulur.

Açıkça görülüyor ki bu hüküm sebepsiz zenginleşen kişinin lehine bir hüküm olup iade borcunun alacaklısının aleyhine bir düzenlemedir. Ancak kanımızca Borçlar Kanununun 63 üncü maddesinin I inci fıkrasındaki bu hüküm sebepsiz zenginleşmeye hâkim olan 'zenginleşenin zenginleşmeden önceki durumundan daha kötü bir duruma düşürülemeyeceği' ilkesinin<sup>547</sup> bir gereği olarak kanunda yerini almıştır. İleride hâkimin takdir yetkisi başlığı altında açıklanan iade konusunda hâkime tanınmış olan takdir yetkisiyle hâkimin bazen bu ilkeyi uygulamayabilip hakkaniyete uygun çözüme ulaşma imkânı olduğunun dikkatten kaçırılmaması gerekir.

### ***C) Mücbir Sebep Nedeniyle Borcunu Yerine Getiremeyen Borçlunun İade Yükümlülüğünün Hukukî Niteliği***

Kanun koyucu, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade borcunun Kapsamını belirlerken ikili bir ayırım yapmıştır. Borçlar Kanununun 63 üncü maddesinin I inci fıkrasında iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin durumu düzenlenmiştir.

İyiniyetli zenginleşen, zenginleşme konusu şeyi iade etmek zorunda olduğunu bilmeyen ve bilmesi de gerekmeyen kişidir<sup>548</sup>. Mücbir sebep nedeniyle borcunu ifa edemeyen borçlu iyiniyetli zenginleşen durumundadır<sup>549</sup>.

### ***D) İadenin Konusu***

Mücbir sebep gerçekleşikten sonra karşı taraftan almış olduğu şeyi iade borcu doğan sebepsiz zenginleşen kural olarak zenginleşme konusu şeyin 'kendisini' iade etmek zorundadır<sup>550</sup>. Borçlar Kanununun 63 üncü maddesinin I inci

<sup>547</sup> TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 752; EREN, s. 850;

<sup>548</sup> OLGAÇ, C.I, s. 616; ZEVKLİLER, Borçlar Genel, s. 136

<sup>549</sup> Y. HD, 18.4.1961 ve E. 960/7605, K. 3686, AD 1963, s. 186

<sup>550</sup> BUSSY, André, İsviçre Hukukunda Sebepsiz Zenginleşmenin (Haksız İktisap) Umumî Şartları Üzerinde Bir İnceleme, İstanbul, 1947 (çev. GÜR SOY, Kemal Tahir) s. 42; TUNÇOMAĞ, Genel

fikrasına göre; eğer borçlu, sebepsiz zenginleşme konusu malın bir kısmını elinden çıkarmışsa, geri verme zamanında elinde ne kalmışsa onu geri vermek zorundadır. Eğer sebepsiz zenginleşme konusu şey, borçlunun elinden çıkmışsa, örneğin çalınmışsa, iade borcu yoktur. Sebepsiz zenginleşme konusu şeyin her zaman 'aynen' iadesi mümkün olmayabilir. Örneğin sebepsiz zenginleşme konusu şey üçüncü kişiye satılmış olabilir, artık zenginleşen bunu aynen iade edemeyecektir. Sebepsiz zenginleşen satım karşılığında bir bedel elde edeceğinden, bu durumda elde edilen bu bedelin iadesi gerekir<sup>551</sup>.

### ***E) İadenin Kapsamı***

Borçlu, iyiniyetli zenginleşen durumunda olduğundan kanun koyucu onun bu iyiniyetini dikkate alarak, ondan, zenginleşme konusu malı, iade talebinin yapıldığı andaki değeriyle iade etmesini istemiştir<sup>552</sup>. Sebepsiz zenginleşen zenginleşme anındaki değeri iade etmek zorunda değildir. İade edilecek değer kapsamı, iade talebinin yapıldığı andaki malvarlığı değeri ile zenginleşme olmasaydı bu kişinin malvarlığı değeri arasındaki farka göre belirlenir<sup>553</sup>.

Zenginleşme konusu mal geri verme anına kadar azalabilir, artabilir ya da değişebilir. Bu tür durumlarda borçlunun geri verme borcunun kapsamının nasıl olduğu aşağıda incelenmiştir.

#### **a) İade Konusu Şeyin Azalması**

Zenginleşen, geri verme anına kadar zenginleşme konusu şeyi kullanması sonucu şeyin değerinde bir azalma olmuşsa, bundan sorumlu değildir<sup>554</sup>.

İyiniyetli sebepsiz zenginleşen elde ettiği şeylerden geri verme zamanında elinde ne kalmışsa onu vermek zorundadır. Eğer şey elinden çıkmış ise, iade borcu

---

Hükümler, s. 383; **BECKER**, H., İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, VI. Cilt, I Kısım, Fasikül III, Çev. TOLUN, Osman, Ankara, 1969, s. 392

<sup>551</sup> **OSER/ SCHÖNENBERGER**, s. 622; **BUSSY**, s. 84-85; **TUNÇOMAĞ**, Genel Hükümler, s. 384, **TEKİL**, Borçlar Hukuku, s. 165, **ZEVKLİLER**, Borçlar Genel, s. 136; **GERHARDT/ LEISINGER**, s. 166

<sup>552</sup> **EREN**, s. 850; **OĞUZMAN/ ÖZ**, s. 793

<sup>553</sup> **KARAHASAN**, s. 698

<sup>554</sup> **ZEVKLİLER**, Borçlar Genel, s. 136

yoktur. Ancak karşılığında bir bedel elde etmişse bu bedeli iade etmek zorundadır. Eğer şeyin bir kısmı elinden çıkmışsa elinde ne kalmışsa, onu vermek zorundadır<sup>555</sup>.

Serozan, BK m. 117'deki iade yükümlülüğünün sebepsiz zenginleşmeden değil de sözleşmeden kaynaklandığı kabul edilirse, borçlunun iade etmesi gereken malı elden çıkardığına ilişkin 'eksilme savunması'na dayanılamayacağını, bu sakıncanın ortadan kalkacağını belirtmiştir<sup>556</sup>.

#### **b) Zenginleşmeye Güvenden Doğan Zarar**

Zenginleşenin 'zenginleşmesini kesin saymasından doğan zararlar'ı da geri vereceği bedelden düşme hakkı vardır. Sebepsiz zenginleşmede, iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin zenginleşme nedeniyle hiçbir zarara uğramaması kuralı geçerlidir. Bu yüzden de zenginleşen, sebepsiz zenginleşme konusu şeye güvenerek başka bir şey satın almamış, ama sebepsiz zenginleşme konusu şeyi iade etmesi gerektiği anlaşılınca daha önce almadığı şeyi daha yüksek fiyatla almak zorunda kalırsa geri vereceği bedelden aradaki bu fiyat farkını düşer<sup>557</sup>.

Eğer zenginleşen kişi zenginleştiğine güvenerek kendi malvarlığından bazı harcamalar yapmışsa, o zaman geri verme zamanında yaptığı bu harcamaları da iade edeceği bedelden düşer<sup>558</sup>. Örneğin; başış olduğunu sanarak (A)'dan bir altın saat alan kişi, kendi gümüş saatini de bir başkasına hediye etmişse; daha sonra altın saatin kendisine rehin olarak verildiğini öğrenince bu saati geri verirken gümüş saatin fiyatını düşer ve kalanı iade eder<sup>559</sup>. Ancak eğer borçlu, zenginleşmeye güvenerek kendi yaşam şekli içinde hiç yapamayacağı kadar pahallı bir tatil yaparsa ya da çok değerli içkilerden oluşan bir koleksiyon yapmak için para harcarsa ve elinde iade edebilecek bir para kalmazsa bu durumda borçlunun iade yükümlülüğünün ortadan kalkıp kalkmayacağı tartışmalıdır<sup>560</sup>. Bu tartışmalı duruma en doğru çözümün ise somut olayın gereklerini değerlendirerek hakimnin takdir yetkisine dayanarak

<sup>555</sup> ZEVKLİLER, Borçlar Genel, s. 136

<sup>556</sup> SEROZAN, Çözülme, s. 201

<sup>557</sup> TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 390

<sup>558</sup> OLGAÇ, C.I, s. 616; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 389; ULUSAN, s.178

<sup>559</sup> OLGAÇ, C.I, s. 616; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 389

<sup>560</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.752; ULUSAN, s. 193, 752

verebileceği ve gerekirse seyahat harcamaları nedeniyle elden çıkmış olmasına rağmen bu bedelin iadesinin istenebileceği de ileri sürülmektedir<sup>561</sup>.

### c) İade Konusunun Para Olması

Sözleşmenin imkânsızlık nedeniyle sona ermesi halinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak iadesi talep edilen karşı edim bir miktar paraysa bunun her hâlükârda iade edilmesi gerekir. İade yükümlüsü parayı harcadığını iddia ederek Borçlar Kanununun 63 üncü maddesinin I inci fıkrasındaki 'eksilme savunması'ndan yararlanamaz<sup>562</sup>.

Sebepsiz zenginleşen kişinin geri vermesi gereken kural olarak sebepsiz zenginleşme konusu olan şeydir. Ancak bazen sebepsiz zenginleşme konusu olan şeyin aynen iadesi amaca uygun olmaz ve hakkaniyete aykırı olur. Örneğin eğer geri verilmesi gereken şey bir miktar para ise, iade alacaklısının enflasyondan dolayı bir kaybı olmuş olabilir. Bu durumda sebepsiz zenginleşen kişinin aradaki bu farkı da ödemesi gerekir<sup>563</sup>.

Eğer sebepsiz zenginleşmenin konusunu yabancı para oluşturuyorsa geri verme yükümlülüğünü yerine getirirken sebepsiz zenginleşenin mutlaka yabancı para mı vermesi gerektiği; yabancı paranın değerinde Türk parası verip veremeyeceği sorusu akla gelebilir<sup>564</sup>.

<sup>561</sup> **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 752; **ULUSAN**, s. 194; 216

<sup>562</sup> **DURAL**, s. 163, Ancak kanımızca bu ilkenin istisnasız bir şekilde uygulanması bazen adaletsiz sonuçlar doğurabileceği için Yargıtay Sosyal Sigortalar Kurumunun fazla ödediği dul maaşının işçiden geri istenmesine yer olmadığına dair kararlar da vermiştir, HGK 17.12.1958, 4/66 E., 57 K., **OLGAÇ**, C.1, s. 620; 'Davalının edindiğini geri vermesi halinde, o zenginleşme olmasaydı bulunacağı durumdan daha kötü duruma düşmesi halinde yanlış ödemelerin geri istenemeyeceği'ne dair 10. HD'nin 21.12.1978, 4828 E., 10278K. Sayılı kararı, **KARAHASAN**, s. 699; Yargıtay bir başka kararında da Hak sahiplerinin aldıkları gelir ve aylıklarla o günkü yaşam şartlarına göre yaşamları için gerekli olan harcamaları ancak karşılayabildiklerini tespit etmiştir. Bu durumda SSK'nın altı yıldan beri yapmış oldukları fazladan ödemelerin talep edilmesi durumunda eğer bu kişiler ödemeleri iade ederlerse durumlarının kötüleşeceği açıkça bellidir. Davahların kötü niyetli olmadıkları da anlaşıldığından iade talebine yer olmadığına karar vermiştir', 10 HD., 9.3.1979, 6966E., 2014 K., **KARAHASAN**, s., 699

<sup>563</sup> **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 380; YHGK 6.6.2001, E.13-477, K.473 ve YKD Ekim 2001, C. 27 S.10, s. 1471

<sup>564</sup> **KILIÇOĞLU**, Genel Hükümler, s. 381

Borçlar Kanununun 83 üncü maddesinin I inci fıkrasında ‘mevzuu para olan borç memleket parasıyla ödenir’denilmektedir. Borçlar Kanununun 83 üncü maddesinin II nci fıkrasında ise ancak sözleşmede ‘aynen ödeme’kaydı varsa sözleşmenin yabancı para ile ödeneceğini belirtmiştir. Borçlar Kanununun 83 üncü maddesinin III üncü fıkrasında ise, yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklının, bunu vade ya da fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödemesini talep yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.

Sebepsiz zenginleşme yabancı para üzerinden gerçekleşmişse, zenginleşen kişinin, bunu iade tarihindeki Türk Lirası karşılığı ile, koşulları varsa zenginleşme tarihinden itibaren yasal faizi ile ödemesi, çoğu zaman haksızlığa yol açacaktır. Çünkü zenginleşen kişi, zenginleştiği tarihten itibaren yasal faiz ödese bile, bu arada enflasyon nedeniyle Türk Lirasındaki değer kaybı dolayısıyla kazançlı çıkabilecek, fakirleşen kişinin kaybı karşılanamayacaktır<sup>565</sup>.

Sebepsiz zenginleşme davasında amaç, haksız yere zenginleşen kişinin malvarlığında meydana gelen artmanın, fakirleşen kişinin ise malvarlığında meydana gelen azalmanın giderilmesidir. Öte yandan bu borç kaynağında asıl olan zenginleşen kişinin ‘aynen iade borcunun’bulunmasıdır. Buradaki ‘aynen’sözcüğü malın aynının iadesi değil, ‘cins ve miktar itibariyle’zenginleşilen şeyin aynının iadesidir. Bunun sonucu olarak yabancı para ile zenginleşen kişinin iade borcu da ‘yabancı paranın aynını’ile olmalıdır. Bu çözüm tarzı sebepsiz zenginleşmenin amacına, hakkaniyete daha uygun olacaktır. Nitekim Yargıtay HGK, bir kararında bu görüşü benimsemiştir<sup>566</sup>.

<sup>565</sup> KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 381

<sup>566</sup> KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 381 Konuyla ilgili Yargıtay kararına konu olayda yurda kesin dönüş yapan işçiden, emeklilik için başvurduğu SSK’nun 6393 gün karşılığı ABD Doları talep edecek yerde, 7393 gün karşılığı ABD Doları prim talep etmesi, sonradan bu hatanın anlaşılması üzerine, işçinin açtığı davada SSK’nun bu primi tahsil ettiği tarihteki Türk Lirası karşılığını ödeyebileceğini, çünkü Kurumun yabancı parayı muhasebeleştirmesinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Mahkeme BK m. 83/I hükmü gereğince konu para olan borçların ancak ülke parasıyla ödenebileceği kuralı gereğince, davacının 1000 ABD Doları alacağını ancak davalı kurumun bunu tahsil ettiği tarihteki Türk Lirası karşılığını iade tarihine kadar yasal faiziyle birlikte tahsil edileceğine karar vermiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 10. HD. kararı bozmuş, mahkeme kararında direnmiştir. Direnme üzerine HGK. vermiş olduğu kararında ‘yabancı paranın muhasebeleştirilmesinin mümkün olmamasının, alacaklının yabancı para alacağını aynen ya da fiili ödeme tarihindeki Türk Lirası karşılığını talep etmesine engel olmadığı’gerekçesiyle direnme kararını bozmuştur., HGK. 9.10.2002 E. 2002/10-779, 2002/779 YKD Şubat 2003, C. 29, S. 2, s.165 vd.

Sebepsiz zenginleşmede giderlerin tazmini istemi, ancak geri verme yükümlülüğü varsa söz konusu olur. Eğer sebepsiz zenginleşmenin koşulları yoksa ya da bu koşullar olmasına rağmen, fakirleşen kişi iade talebinde bulunmamışsa, giderlerin tazmini istemi bağımsız bir alacak hakkına yol açmaz<sup>567</sup>.

#### **d) İade Etmesi Gereken Şeye Yapılmış Olan Giderlerin Düşülmesi**

Borçlar Kanununun 64 üncü maddesinde yapılan giderlerle ilgili haklar düzenleme konusu yapılmıştır. ‘Gider’ sebepsiz zenginleşme konusu malın yararına yapılmış olan edadır<sup>568</sup>. Gider kapsamının içine sadece parasal giderler değil, zenginleşme konusu şey için emek harcanması, bu şeyin saklanması için borçlunun bu şeye bir yer ayırmasından doğan giderler de girer<sup>569</sup>.

Kanun koyucu üç tür giderden söz etmiştir. Bunlar zorunlu giderler, yararlı giderler ve lüks giderlerdir. Zorunlu giderler, şeyin korunması<sup>570</sup> için ve varlığını devam ettirebilmesi için gerekli olan giderlerdir<sup>571</sup>. Yararlı giderler, şeyin değerini, üretkenliğini, verimliliğini arttırmaya yarayan giderlerdir. Bu giderler yapılsa da şeye bir zarar gelmez<sup>572</sup>. Lüks giderler bu giderlerin dışında kalan ve zenginleşen kişinin kendi zevki için yaptığı giderlerdir<sup>573</sup>.

Borçlar Kanununun 64 üncü maddesine göre; iyiniyetli zenginleşenin, elindeki şeye yaptığı yararlı ve zorunlu giderleri, şeyi geri alma hakkına sahip olan kimseden istemeye yetkisi vardır. Buna karşılık iyiniyetli zenginleşen şeye yaptığı lüks giderleri isteyemez. Ancak eğer malın sahibi bu lüks giderlerin karşılığını ödemeyi teklif ederse, sebepsiz zenginleşen bunları ayırıp alamaz. İyiniyetli zenginleşen, eğer asıl şeye zarar vermeden bunları ayırıp alabiliyorsa ve davacı da

<sup>567</sup> KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 383

<sup>568</sup> OLGAÇ, C.I, s. 627

<sup>569</sup> OLGAÇ, C.I, s. 627

<sup>570</sup> OLGAÇ, C.I, s. 627

<sup>571</sup> ZEVKLİLER, Borçlar Genel, s. 136; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 382; TEKİL, Borçlar Hukuku, s. 166; OSER/SCHÖNENBERGER ART. 65 ANM. 2; FEYZİOĞLU, C.I, s. 783; TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s. 641; İNAN, s. 371; ÖZAKMAN, s. 14)

<sup>572</sup> OLGAÇ, C.I, s. 627, TEKİL, Borçlar Hukuku, s. 166; ULUSAN, s. 41; ZEVKLİLER, Borçlar Genel, s. 136; KILIÇOĞLU, Genel Hükümler, s. 382

<sup>573</sup> OLGAÇ, C.I, s.627; KILIÇOĞLU, s. 382

bunların giderini ödemeyi teklif etmişse, bu şeyleri kendinde alıkoyarak asıl şeyi davacıya geri verir.

Serozan'a göreyse; eğer imkânsızlık nedeniyle borcun sona ermesi durumunda iade yükümlülüğünün dayanağı sebepsiz zenginleşme değil de sözleşme olarak kabul edilirse, o zaman iade edilecek bedelden masrafların düşülmesi söz konusu olmaz. Serozan'a göre; masrafların iade edilecek bedelden düşülmemesi daha isabetlidir, çünkü aksi takdirde kanunen borçluya ait olan yatırım riski alacaklıya aktarılmış olur<sup>574</sup>. Ancak *periculum est emptoris* olarak adlandırılan, yatırım riskinin alıcıya ait olmasına ilişkin bu kural, doktrinde çok eleştirilmektedir. Mücbir sebep durumunda her iki tarafın da kusur dışında borcun yerine getirilmesi engellenmiştir. Böyle bir durumda iade edilecek şeye yapılan masrafların, iade edilecek bedelden düşülmesi imkânını veren sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması, meydana gelen olumsuzluğa sözleşmenin taraflarının birlikte katlanmaları imkânını sağladığı için daha adil olduğu kanısındayım. Nitekim, ileri de görüleceği üzere, İngiliz Hukukunda mücbir sebep benzeri bir müessesenin sonuçlarını düzenleyen İfanın Engellenmesine Dair Reform Kanunu'nda en çok eleştiri alan husus, yapılan masrafların iade edilecek bedelden düşülmesi yönünde bir hükme yer verilmemiş olmasıdır. Bu durumda iade konusunda sebepsiz zenginleşme hükümlerinden yararlanılması, Türk Hukuku açısından böyle bir eleştiri getirilmesini de önleyecektir.

Yatırım riskinden anlaşılması gerekenin ne olduğunun önemi burada ortaya çıkıyor. Kanımızca bir satıcının sözleşmeye girerken hesap etmesi gereken hammadde fiyatlarında meydana gelen bir artışın yatırım riski içinde sayılması gerekir. Ancak, satıcı sözleşme yaparken hiç öngöremeyeceği bir durumla daha sonra karşılaşabilir. Örneğin, alıcının kendisine siparişi verdikten sonra işletmesinin yanması nedeniyle uzun ve belirsiz bir süre için ticaret hayatından çekilmesi. Bu nedenle borç ilişkisinin imkânsızlık nedeniyle sona ermesi durumunu, başlangıçta hesaba katmak mümkün değildir. Satıcının bu siparişi yerine getirebilmek için dokuttuğu kumaşlar eğer başka bir siparişte

---

<sup>574</sup> SEROZAN, Çözülme, s. 201



kullanılmayacaksa, satıcının bunların bedelini (zorunlu masraflar) alıcıdan talep etmesi hakkaniyet gereğidir. Çünkü kanımızca bu risk normal olarak 'yatırım riski' olarak değerlendirilemez.

Ayrıca Dural'ın da belirttiği gibi; borçlu imkânsızlıktan sorumlu değildir. Bu durumda; onu iyiniyetli zenginleşenin durumundan daha kötü duruma sokmak yanlıştır<sup>575</sup>.

Bir görüşe göre; borcun imkânsızlık nedeniyle sona ermesi halinde iade borçlusu, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi istenecek bedelden üçüncü kişilere ödenecek olan tazminatı, yoksun kaldığı kârı da düşme hakkına sahiptir<sup>576</sup>. Örneğin İzmir'deki ithalatçı firma (A) ile ihracatçı firma (S) arasındaki sözleşmeye uygun olarak beş parti halinde gönderilecek malların ilk iki partisi gönderildikten sonra ihracatçı firmanın fabrikası, mücbir sebep nedeniyle çalışamaz hâle gelmiş ve bu nedenle de taahhüt ettiği parça borcu niteliğindeki malların kalanını teslim etmesi imkânsızlaşmıştır. Bu durumda sözleşme imkânsızlık nedeniyle sona ermiştir. (A) eğer mallar elindeyse aynen iade edecektir, eğer malları satmışsa, elde ettiği bedeli iade edecektir. (A) yapılmasını beklediği kalan üç parti malla ilgili olarak üçüncü kişilerle yeni bir satım sözleşmesi yapmak için katlandığı masrafları (menfî zarar) iade edeceği bedelden düşme hakkına sahiptir. (A) bu malları ithal ettikten sonra yurt içinde başka kişilere satacak idiyse malları bu kişilere zamanında teslim edemediği için ödemek zorunda kaldığı tazminatı da iade edeceği bedelden düşme hakkına sahiptir.

#### **e) İade Konusu Şeyde Artış Olması**

Eğer sebepsiz zenginleşmenin konusu olan mal, zenginleşenin elindeyken değerinde bir artış olmuşsa bu artışın da davacıya (mal sahibi) verilmesi gerekir<sup>577</sup>. Örneğin sebepsiz zenginleşme konusu olan hayvan geri verilmeden önce yavrulamışsa yavrunun da hayvan sahibine verilmesi gerekir. Ancak iyiniyetli zilyet kendi mesleki bilgisini ya da tecrübesini kullanarak sebepsiz zenginleşme konusu şeyden, mal sahibinin elde edemeyeceği bir kazanç elde etmişse bu kazancı iade etmeyecektir. Örneğin sebepsiz zenginleşen kişinin banka hesabına yanlışlıkla

<sup>575</sup> DURAL, s. 163

<sup>576</sup> TUNÇOMAĞ, Genel Hükümler, s.389-390

<sup>577</sup> BECKER, s. 392; OLGAÇ, s. 615; OKTAY, s. 978; ULUSAN, s. 33

yatan bir miktar parayı hesap sahibi zenginleşen kişinin borsada değerlendirerek, paranın sahibinin elde edemeyeceği bir kazanç elde etmesi halinde bu kazancı iade etmesi gerekmez<sup>578</sup>.

**f) İade Konusu Şeyden Zarar Görülmesi**

İsviçre Federal Mahkemesinin ve Yargıtay'ın verdiği kararlarda benimsenen ilke şudur: İyiniyetli zenginleşen iadede sonra kazandırma hiç olmasaydı bulunacağı durumdan daha kötü bir hale düşürülmemelidir<sup>579</sup>.

Geri verme borçlusu, zenginleşme konusu olan şeyden bir zarara uğramışsa bu zararını iade edeceği şeyden düşer<sup>580</sup>. Örneğin sebepsiz zenginleşme konusu buğday tohumları hastalıklı olsa ve tarlaya ekilince tarladaki sağlıklı diğer ekinlere de hastalık bulaştırırsa bu durumdan çiftçi zarara uğramış olur. Sebepsiz zenginleşme konusu buğdayların geri verilmesi istenince çiftçi doğan zararını düşüktükten sonra geri verecektir. Sebepsiz zenginleşme konusu şeyin zenginleşenin doğan zararının düşülerek geri verileceği konusunda verilen klasik örnek şudur: Zenginleşme konusu olan bir hayvan hasta olduğu için sürüdeki diğer hayvanlara da zarar verince bu hayvan geri verilirken doğan zararın düşülmesi gerekir<sup>581</sup>. Ancak Feyzioğlu'nun çok isabetle belirttiği gibi hayvanının hasta olduğunu bile bilmeyen kişiyi, hayvanın sebepsiz zenginleşme konusu olarak başka hayvanlara hastalık bulaştırmasından doğan dolaylı sonuç zararını bu kişiye yüklemek hiç adil değildir<sup>582</sup>.

**g) Kaim Değerin İadesi**

Asıl edimin yerine geçen tazminat, tazminat talebi, kamulaştırma bedeli gibi değer ya da alacaklara kaim değer denilir<sup>583</sup>.

Eğer borçlu, edimini imkânsız kılan olaylar yüzünden borçlanılmış şey yerine bir tazminat veya tazminat talebi elde etmişse, alacaklı bu tazminatın kendisine

<sup>578</sup> **OLGAÇ**, C. I, s. 615-616; **KILIÇOĞLU**, s. 371

<sup>579</sup> **OKTAY**, s. 976, 10. HD. 21.2.1978, E. 4424, K.10278, YKD, 1980, S.1, s.64

<sup>580</sup> **OLGAÇ**, C.I, s. 616; 976

<sup>581</sup> **OLGAÇ**, C.I, s. 616; **TUNÇOMAĞ**, Genel Hükümler, s. 389; **ULUSAN**, s.41

<sup>582</sup> **ULUSAN**, s. 193-194

<sup>583</sup> **TEKİNAY**, Sona Erme, s. 211; **TEKİNAY**, 'İçtihat Tahlili', s. 205; **Von TUHR**, Andreas, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich, 1974, s. 131; **GUHL**, s. 276

verilmesini veya tazminat talebinin kendisine devrini isteyebilir<sup>584</sup>. Çünkü iyiniyetli zenginleşen elinden çıkan şeylerin yerine başka bir şey elde etmişse, örneğin malı bir başka malla değiştirmiş ya da satmışsa, o zaman o şeyin yerine geçen şeyi ya da parayı geri vermek zorundadır<sup>585</sup>. Sebepsiz Zenginleşme konusu şey zenginleşen kişinin elindeyken bir hasara uğramış ve bunun sonucunda zenginleşen sigortadan bir tazminat almışsa, aldığı tazminatı da malın sahibine vermek zorundadır. Ancak bunun için satım bedelinin alıcı tarafından satıcıya ödenmesi gerekir<sup>586</sup>.

Alacaklının kaim değeri isteyip istememesi kendi tercihine kalmıştır. Alacaklı eğer kaim değer, örneğin kamulaştırma bedeli, kendi ödeyeceği bedelden daha fazlaysa, o zaman doğal olarak daha kazançlı çıkacağı için kamulaştırma bedelini isteyebilir<sup>587</sup>. Eğer kaim değer alacaklının ödediği bedelden daha düşükse, o zaman kendi ödediği tutarın geri verilmesini isteyecektir ya da henüz ödeme yapmamışsa, ödeme yapmamayı tercih edecektir<sup>588</sup>. Eğer kaim değer, asıl edimin değerine ulaşamamışsa, o zaman alacaklı, kendi ediminin değerinde uygun bir indirim yapabilir<sup>589</sup>.

---

<sup>584</sup> **FUNK**, s. 185-186; **TEKİNAY**, Sona Erme, s. 212; **TEKİNAY**, Selâhattin Sulhi, İçtihat Tahlili, MHAD, Yeni Seri, Y.1, S. 2, 1968, s. 207; **FEYZİOĞLU**, C.I, s. 381; **TUNÇOMAĞ**, Genel Hükümler, s. 484; **HONSELL/ VOGT/ WIEGAND**, s. 669

<sup>585</sup> **TEKİL**, Borçlar Hukuku, s. 165; **ZEVKLİLER**, Borçlar Genel, s. 136; **KILIÇOĞLU**, s. 379

<sup>586</sup> **TEKİNAY**, Sona Erme, s. 212; **FEYZİOĞLU**, C.I s. 381; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 1008-1009; **ZEVKLİLER**, Borçlar Genel, s.136; Yargıtay kararına konu olan bir olayda iştirak halinde mülkiyet konusu olan taşınmazın pay sahiplerinden (S) kendi payını noterde düzenledikleri satım vaadi sözleşmesiyle (A)'ya satmayı taahhüt etmiştir. Daha sonra bu taşınmaz izale-i şüyu davası sonucunda III üncü kişiye satılmıştır. Bu durumda artık (S)'nin taşınmazdaki payının (A)'ya devredilmesi hukuken imkânsız hale gelmiştir. Ancak bu durumda borç ilişkisi sona ermeyip, konusu değişerek devam eder. Artık sözleşmenin konusu izale-i şüyu sonucunda (S)nin payına düşen bedeldir. Bu bedel kaim değer niteliğindedir, 13. HD 22.3.1983, E.1982/8322, K.1983/2048, YKD C.IX, S.12, 1983, s. 1781-1783; satım vaadine konu olan taşınmazın izale-i şüyu davası sonucunda satılması üzerine paydaşın payına düşen bedelin kaim değer oluşturacağı ve satım vaadi alacaklısına ödenmesi gerektiğine dair başka kararlar için bkz. YHGK, 2.3.1983, E.1980/13-1240, K.187, **DALAMANLI/KAZANCI/KAZANCI**, s. 502-503; 13. HD, 19.4.1983, E. 1983/2799, K.1983/3145, YKD, C. X, S.3, 1984, s. 417-419

<sup>587</sup> **TEKİNAY**, İçtihat Tahlili, s. 206; **HONSELL/ VOGT/ WIEGAND**, s. 669; **GERHARDT/ LEISINGER**, s. 166

<sup>588</sup> **TEKİNAY**, İçtihat Tahlili, s. 206; **GERHARDT/ LEISINGER**, s. 166

<sup>589</sup> **HONSELL/ VOGT/ WIEGAND**, s. 669

Kaim değerin talep edilebilmesinin sebebi, edimin yerini kaim değer alınca iki taraflı sözleşmelerde sinelagma ilişkisinin devam etmesidir<sup>590</sup>.

#### **h) İade Edilecek Miktarın Tespitinde Hâkimin Takdir Yetkisi**

Sebepsiz zenginleşmeden doğan iade sorumluluğunda temel ilke, borçlunun zenginleşmenin iadesi nedeniyle zarar görmesini önlemektir<sup>591</sup>. Güven ilkesine dayanarak yaptığı harcamaları iade bedelinden düşmesi borçlunun aşırı derecede korunmuş olacağı düşüncesiyle eleştirilere de uğramıştır. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi iadenin kapsamını belirleme konusunda yargıca geniş bir takdir yetkisi tanımanın en doğru çözüm olacağını kabul etmiştir. Her somut olayda hakkaniyetin gerektirdiği çözüme ulaşma imkânı tanıyarak bu tür eleştirileri geçersiz kılmıştır. Sebepsiz zenginleşme konusunu oluşturan ‘iktisap’ın soyut ve değişken bir kavram olduğu görüşü<sup>592</sup> de böyle bir çözümün daha doğru olacağını ortaya koyar. Bu durumda yargıç, her zaman borçluyu aşırı derecede korumak zorunda kalmayacak ve Borçlar Kanununun 63 üncü maddesinin I fıkrasının hükmü, borçlu ve alacaklının çıkarlarının tartıldığı ve iadenin kapsamının buna göre belirlenebileceği bir uygulama alanına kavuşmuş olacaktır. Böylelikle kural olarak kabul edilen, borçlunun iade sonucu zarar görmemesi temel amaç olmakla birlikte, yargıç somut olayda borçlunun davranışlarına da değer vererek bazı durumlarda meydana gelen eksilmelere borçlunun da katlanmasını sağlayabilecektir. Bu olgunun, yasal kaynağını Medeni Kanunun. 4 üncü maddesinde bulan ve özellikle İsviçre/Türk Hukuk Sisteminin temel karakterlerinden birini oluşturan takdir yetkisinin bir sonucu olarak benimsenmektedir<sup>593</sup>.

Bundan başka öğretilerde, zararın ve tazminat miktarının belirlenmesi konusunda hakime tanınmış olan takdir yetkisinin burada kıyas yoluyla uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Hukuk sistemimizde örneğin Borçlar Kanununun 42 nci maddesinde yer alan ‘zararın, olayların olağan akışı ve hakkaniyete göre saptanması’, Borçlar Kanununun 43 üncü maddesinde ‘tazminatın belirlenmesinde hal ve şartların gözetilmesi’ ve Borçlar Kanununun 44 üncü

<sup>590</sup> DURAL, s. 81; 161; GERHARDT/ LEISINGER, s. 166-167; SEROZAN, İfa Engelleri, s. 142

<sup>591</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 752; EREN, s. 850

<sup>592</sup> ULUSAN, s. 28-29, OKTAY, s. 976

<sup>593</sup> ULUSAN, s 176, 180-181

maddesinin II nci fıkrasında borçlunun müzayakaya düşmesi halinde tazminatın indirilmesi' gibi somut olayın özelliklerine ve hakkaniyete dayanan yani yargıcın takdir yetkisini yansıtan hükümler bulunmaktadır. Söz konusu hükümlerin sebepsiz zenginleşmeden doğan iade sorumluluğunda da örneksene yoluyla uygulanabileceği ileri sürülmektedir<sup>594</sup>. İade edilecek tutarın hesaplanmasında da birçok durumda yargıcın takdir yetkisi vardır<sup>595</sup>.

İsviçre/ Türk hukukunda sebepsiz zenginleşenin iade sorumluluğunun sınırlandırılması konusunda yargıca tanınan takdir yetkisi etkili olmaktadır ve bu yüzden de mahkemelerin verdiği kararlar doktrine yol gösterici ve öğretici olmaktadır<sup>596</sup>. Çünkü sebepsiz zenginleşmeden dolayı borçlunun geri vermekle yükümlü bulunduğu zenginleşmenin konusunun ne olduğu konusunda yasada bir açıklık bulunmamaktadır<sup>597</sup>.

Yargıtay, bir çok kararında iade konusunu tespit ederken tarafların ekonomik durumlarının gereği sosyal etkenleri de dikkate almaktadır. Yargıç, takdir yetkisini kullanırken, somut olayda tarafların düzey ve durumlarını gözetmektedir<sup>598</sup>. Eğer sebepsiz zenginleşmenin alacaklısı bir devlet kurumuysa ya da büyük bir şirketse o zaman hasara alacaklının katlanmasının daha uygun olacağı doktrinde de kabul edilen bir görüştür<sup>599</sup>.

Türk/İsviçre hukukunda sebepsiz zenginleşme konusu şeyin iadesinde yargıca tanınan bu geniş takdir yetkisi ile en doğru çözümün bulunacağına inanılmaktadır<sup>600</sup>. Yargıca tanınan bu takdir yetkisi, diğer hukuk sistemlerine göre

---

<sup>594</sup> ULUSAN, s.182; 208-209

<sup>595</sup> ULUSAN, s. 208-209

<sup>596</sup> ULUSAN, s. 186; Yargıtay kararına konu olan bir olayda taraflar arasında bir eser sözleşmesi yapılmıştır. Parsellerin, imkânsızlık nedeniyle tevhit işlemlerinin tamamlanamaması nedeniyle Borçlar Kanununun 117 nci maddesi gereği tarafların birbirlerinden aldıklarını sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermeleri gerekmektedir. Burada karşı taraftan geri vermesi istenebilecek şeyler karşı tarafın mal varlığında yaratılan artı değerlerdir. Mahkeme davacı müteahhitlerin kâr yoksunluğu isteyemeyeceğini ancak davalının arsa payı oranında mal varlığına kattığı değerleri talep edebileceğine karar vermiştir, 15. HD, 12.5.1997, E.1997/1139, K.1997/2483, YKD, C.23, S.8, Ağustos 1997, s. 1265-1266

<sup>597</sup> ULUSAN, s. 186

<sup>598</sup> ULUSAN, s. 185;

<sup>599</sup> ULUSAN, s. 217

<sup>600</sup> ULUSAN, s. 206-207

Türk/İsviçre hukukunun önemli özelliklerinden biridir<sup>601</sup>. Gerektiğinde yargıç bu takdir yetkisini kullanarak sebepsiz zenginleşme nedeniyle doğan zararın taraflar arasında paylaşılmasına da karar verebilecektir<sup>602</sup>. Yargıç, takdir yetkisini kullanırken öncelikle tarafların karşılıklı çıkarlarının neler olduğunu saptayacak ve ön yargılardan uzak olarak bunlardan hangisinin korunmaya lâayık olduğunu araştırıp bulacaktır<sup>603</sup>.

### ***F) İadenin Talep Edilebileceği Süre***

Sebepsiz zenginleşmede şeyin geri verilmesi istemi, buna dayanılarak açılacak bir geri verme (iade) davası ile ileri sürülür. Bu davanın, fakirleşen kimsenin geri alma hakkı olduğunu öğrenmesinden itibaren (hukukî sebebin ortadan katılığının kesin olarak anlaşıldığı an<sup>604</sup>) bir yıl içinde ve en geç geri isteme hakkının doğumu, yani zenginleşme tarihinden itibaren on yıl içinde açılması gerekir. Aksi halde istem zamanaşımına uğrar (BK m. 66). Örneğin zenginleşmeden beş yıl sonra davacı geri isteme hakkının olduğunu öğrenmişse, bu davayı altıncı yılın sonuna kadar (bir yıl içinde) açmalıdır. Buna karşılık dokuz buçuk yıl sonra öğrenmişse, süre on yılı geçemeyeceğinden, geri kalan altı ay içinde davayı açmalıdır<sup>605</sup>. BK m. 66'da 'sakıt olur' ifadesi kullanılmasına rağmen burada bir hak düşürücü süre değil zamanaşımı süresi söz konusudur<sup>606</sup>. BK m. 66'da öngörülen bu iki zamanaşımı sürelerinin dışında, mal varlığında azalma meydana gelen kişiye her zaman ileri sürebileceği bir başka savunma hakkı daha tanınmıştır. BK m. 66 son cümlede; şu hükme yer verilmiştir: 'Eğer mal iktisabı mutazarrır olan taraf aleyhinde bir borç teşkilinden ibaret ise mutazarrırın hakkı müruru zaman ile sakıt olmuş olsa bile bu borcu ifa etmez'. Bu hükmü şu şekilde anlamak gerekir: 'Zenginleşme zarar gören bakımından bir borç doğumu suretiyle gerçekleşmişse, zarar gören, istem hakkı zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman borcu ifadan kaçınabilir'<sup>607</sup>.

---

<sup>601</sup> ULUSAN, s. 206

<sup>602</sup> ULUSAN, s. 206

<sup>603</sup> ULUSAN, s. 208; EDİS, s. 193

<sup>604</sup> TEKİL, Borçlar Hukuku, s. 166

<sup>605</sup> ZEVKLİLER, Borçlar Genel, s. 137

<sup>606</sup> KILIÇOĞLU, s. 383

<sup>607</sup> KILIÇOĞLU, s. 383

Daimî def'i hakkı olarak adlandırılan bu hüküm, sebepsiz zenginleşme dolayısıyla zarara uğrayan kişiyi, zamanaşımı süresini kaçırmış olmasına rağmen, zenginleşen kişiye karşı koruyan bir hükümdür. Zenginleşme, zenginleşen kişinin, zarar görene karşı bir talep hakkı sağlamış ise, zamanaşımı süresi geçtiği halde, ona karşı 'borcu ifadan kaçınabilme'olanağı verilmiştir. Örneğin A ile B arasında akdedilen sözleşme gereğince A, B'den sözleşmeden doğan alacakları için bir senet almıştır. Taraflar arasındaki anlaşma irade bozukluğu ya da anlaşma sonucu iptal edildiği halde, A elindeki borç senedini B'ye iade etmemiştir. Sözleşmenin iptalinin üzerinden üç yıl geçtikten sonra, A, B'den bu borç senedine dayanarak alacak iddiasında bulunmuştur. B, sebepsiz zenginleşmede bir yıllık zamanaşımı süresini geçirdiği halde, A'ya karşı 'sebepsiz zenginleşme def'ini'ileri sürerek ifadan kurtulabilecektir.

Ancak bu hükmün anlamsız olduğunu ileri süren yazarlar da vardır (Tekinay). Çünkü alacaklının alacak hakkının ya geçerli olarak mevcut olduğu, bu gibi bir durumda borçlunun bundan zarar görmesinin söz konusu olmayacağı; ya da alacak hakkının geçerli olmadığı, ayrıca bu durumda gerçekte bir alacak hakkı da bulunmadığı için bir zararın doğmasından söz edilemeyeceği ileri sürülmektedir<sup>608</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre; BK m. 117'de sebepsiz zenginleşme hükümlerine yapılan atfın sadece iade borcunun kapsamına yönelik olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle de iade borcunda zamanaşımının sebepsiz zenginleşmeden daha uzun olan 10 yıllık zamanaşımına tabi olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşün gerekçesi şudur: Sebepsiz zenginleşme hükümlerine yapılan atfı sadece iade borcunun kapsamı yönündendir. Oysa iade borcu, sözleşmenin sona ermesinden sonra, onun etkisinin devam etmesinin bir sonucudur. Yâni bir yerde sözleşme bu iade borcu için adeta devam ediyormuş gibi bir ard etki yapar. Bu yüzden sözleşmeye ilişkin 10 yıllık zamanaşımının uygulanması gerekir. Tıpkı BK m. 106 (OR 107) daki hallerde, nasıl 10 yıllık zamanaşımı kabul ediliyor

---

<sup>608</sup> KILIÇOĞLU, s. 384

ise, aynı sonuca, burada söz konusu olan hallerde de varmamak için bir gerekçe gösterilemez<sup>609</sup>.

Ulusan ise; bu görüşlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerindeki zamanaşımı süresinden ayrılmak için yeterli bir gerekçe oluşturmayacağını ileri sürmektedir. Kanımızca da; tarafların karşı tarafta kalan alacakların geri verilmesini istemek için bir yıllık bir süre yeterli bir süredir. Özellikle uluslararası ticaretle uğraşan tacirlerin, sahip oldukları geri isteme hakkını bir yıllık süre içerisinde kullanmaları ticaret hayatının gereklerinin doğal bir sonucudur. Karşı taraftan böyle bir talepte bulunma hakkı olduğunu öğrenen tacir bu hakkını derhal kullanacaktır. Ticaret hayatının olağan akışı bunu gerektirir. Eğer borcun sona ermiş olduğunu ve iadeyi talep hakkının bulunduğu öğrendiği tarihte bir yıllık süreyi geçirmişse o zaman da on yıllık süreden yararlanma olanağı vardır. Dolayısıyla zamanaşımı ile ilgili hususta farklı bir yoruma başvurmanın pratik olarak bir fayda sağlamayacağı kanısındayız.

## II. Borcun İfasının Güçleşmesi

Bazı durumlarda mücbir sebep sonrasında borcun ifası imkânsızlaşmayıp güçleşebilir. Bu güçleşme, katlanılabilir seviyede kalıyorsa zaten sorun yoktur ve borçlunun borcunu, *pacta sunt servanda* ilkesi gereği yerine getirmesi beklenir. Bazı durumlarda ise, mücbir sebep borcun ifasını katlanılabilir düzeyin üstünde güçleştirmiş olabilir. Bu duruma bağlanan hukukî sonucunun ne olacağı incelememiz açısından önem taşımaktadır. Mücbir sebebin, borcun ifasını güçleştirdiği durumların hukukî sonucunun ne olduğunu tespit edebilmek için öncelikle; güçleşmenin imkânsızlıktan farkını ortaya koymamız gerekmektedir. İmkânsızlık ve güçleşme kavramları arasındaki ayrımın ve hukukî olarak adlandırılmalarının ne şekilde yapılacağı hususunda doktrinde görüş ayrılıkları vardır.

Daha önce, borcun ifasının imkansız hâle gelmesi başlığı altında sadece objektif imkânsızlığın Borçlar Kanununun 117 nci maddesine göre borçlunun

---

<sup>609</sup> DURAL, s. 164-165; SEROZAN, İfa Engelleri, s. 142; SEROZAN, Çözülme, s. 201



borcunu kendiliğinden sona erdirdiği görüşüne katıldığımızı belirtmiştik. Sübjektif imkânsızlığı ise borçluyu, borcundan kendiliğinden kurtarmaya yeterli bir sebep olarak görmemekteyiz. Bu görüşü benimsememizin sebebi, ticaret hayatında tarafların menfaatlerinin bunu gerektirmesidir. Özellikle uluslar arası ticarete taraflar, sözleşmelerinin sona ermesinden ziyade ayakta tutulmasını tercih ederler.

Doktrinde sübjektif imkânsızlık, borcun ifasının sadece o borçlu için imkânsız hâle gelmesi olarak tanımlanır<sup>610</sup>. Borçlunun, sağlığı, yetenekleri gibi şahsına ilişkin ya da işgücü, mâli gücü gibi işletmesine özgü nedenlerle edimini yerine getirememesi durumunda söz konusu olur<sup>611</sup>.

Hırsızdan çalıntı olduğunu bilmeden bir mal satın alan kişinin bu mal, üzerinde tasarruf yetkisi olmadığı için bu malı, üçüncü kişiye satıp devretmesi sübjektif olarak imkânsızdır<sup>612</sup>.

Borçlu, yaşanan bir devalüasyonun ardından borcunu yerine getirmekte ekonomik olarak çok zorlanıyorsa, ortada bir sübjektif imkânsızlık olduğunu kabul etmekteyiz<sup>613</sup>.

Borcun ifasının Borçlar Kanunu'nun 117 nci maddesine girecek şekilde objektif olarak imkânsızlaşmasıyla, kanımızca borçlunun borcunun kendiliğinden sona ermesine imkân vermeyen sübjektif imkânsızlık arasındaki ayrımın yapılması her zaman bu kadar kolay olmamaktadır. Bu konuda verilen klasik örnek şudur: Satıcı ve alıcı, bir pırlanta yüzüğün satımı konusunda sözleşme yapmışlardır. Yüzük, henüz alacaklıya teslim edilmeden önce, okyanusun en derin yerinde suya düşmüştür. Yüzüğün düştüğü yerden çıkarılması tekniğin ulaştığı seviye

<sup>610</sup> GAUCH, Peter/ SCHLEUP, Walter, R./ JÄGGI, Peter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Gemeinsames Skriptum, Band II, Zürich, 1981, s. 132; GIGER, s. 10; BUZ, s. 24; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 308; ZIMMERMANN, s. 44; KILIÇOĞLU, s. 482; Doktrinde; borcun yerine getirilmesine engel olan olay, borçlunun hâkimiyet alanı içinde gerçekleşmişse ortada bir sübjektif imkânsızlık bulunduğu da ileri sürülmektedir, GAUCH/ SCHLEUP/ JÄGGI, s. 134

<sup>611</sup> GAUCH/ SCHLEUP/ JÄGGI, s. 132; KILIÇOĞLU, s. 482

<sup>612</sup> ZIMMERMANN, s. 44

<sup>613</sup> Bu durumu ekonomik imkânsızlık olarak da adlandırmak mümkündür, borcun yerine getirilmesi böyle bir durumda imkânsızlaşmayıp güçleşmektedir, GERHARDT/ LEISINGER, s. 164; KILIÇOĞLU, s. 482

karşısında mümkündür, ancak bunun için çok büyük masraf yapılması gerekmektedir. Astarı yüzünden pahallı olacak olan bu borcu, aklı başında hiçbir borçlu yerine getirmek istemeyecektir. Borcun ifasının aşırı derecede güçleştiği bu durumların da objektif imkânsızlığa eş değer tutulması gerektiği kabul edilmektedir<sup>614</sup>.

Objektif ve sübjektif imkânsızlık ayrımını yapabilmek için icra edilebilirlik kriterinden yararlanmak faydalı olur. Bu kriter gereği; eğer bir borcun aynen ifası mümkün değilse, artık objektif imkânsızlığın varlığını kabul etmek haklı olacaktır. Diğer bütün durumlarda, borçlu açısından borcun yerine getirilmesi zorlaşmasına rağmen hâla mümkündür, bu nedenle de objektif imkânsızlık söz konusu olmaz, sübjektif imkânsızlık söz konusu olur<sup>615</sup>.

Örneğin satım sözleşmesinin konusunu oluşturan yağlıboya tablo çalınmışsa ve hırsızın nerede olduğu bilinmiyorsa, bu durumda borçlunun borcu hâla yerine getirilebilmesi mümkündür. Ancak hırsızın bulunması ve onun elinden cebri icra yoluyla tablonun alınma ihtimâli çok düşüktür. Bu borcun ifası o derece güçleşmiştir ki, bu güçlüğü<sup>616</sup> objektif imkânsızlığa eş değer tutmaktayız<sup>617</sup>.

Borçlunun borcunu yerine getirmesinin sübjektif olarak imkânsızlaştığı durumların hukukî sonucunun ne olacağı konusunda da doktrinde tartışma vardır. Doktrindeki bir görüşe göre; borçlunun borcun yerine getirilmemesinde kusuru varsa Borçlar Kanunu'nun 96 ncı maddesine göre tazminat talep edilmelidir. Borçlunun kusurunun olmadığı durumlarda ise Borçlar Kanunu'nun 117 nci maddesi gereği borcun sona erdiğinin kabulü gerekir<sup>618</sup>. Bu görüş, kusura dayanmadığı durumlarda sübjektif imkânsızlığı da Borçlar Kanunu'nun 117 nci maddesi kapsamında değerlendirdiği ve biz, sübjektif imkânsızlığın Borçlar Kanunu'nun 117 nci maddesi

<sup>614</sup> GAUCH/ SCHLEUP/ JÄGGI, s. 134

<sup>615</sup> GAUCH/ SCHLEUP/ JÄGGI, s. 135

<sup>616</sup> Buradaki durum doktrinde 'pratik imkânsızlık' olarak da nitelendirilmektedir, GAUCH/ SCHLEUP/ JÄGGI, s. 135

<sup>617</sup> GAUCH/ SCHLEUP/ JÄGGI, s. 135, bunun bir sübjektif imkânsızlık olduğunu kabul eden yazarlar da vardır, ZIMMERMANN, s. 44; HUGUENIN, s. 91

<sup>618</sup> von TUHR, Borçlar Hukuku, s. 584

kapsamında değerlendirilemeyeceğini kabul ettiğimiz için kanımızca uygun bir çözüm değildir.

Doktrindeki bir başka görüşe göre; subjektif imkânsızlığın sonucunda daima Borçlar Kanunu'nun 96 ncı maddesine dayanarak tazminat talep edilmesi başvurulacak tek yoldur. Subjektif imkânsızlık Borçlar Kanunu'nun 117 nci maddesinin kapsamına girerek borçluyu doğrudan doğruya borcundan kurtarmaz<sup>619</sup>. Bu görüş de subjektif imkânsızlığın daima kusurlu olacağı varsayımından hareket ettiği için doğru bir çözüm değildir<sup>620</sup>.

Doktrindeki daha yeni bir görüşe göre de; subjektif imkânsızlığın sonuçları ne Borçlar Kanunu'nun 96 ne de 117 nci maddesinin kapsamı içinde yer almaktadır. Subjektif imkânsızlık hâlinde borcun ifası, sadece borçlu için imkânsız bir hâl almasına rağmen aslında bu borcun bir başkası tarafından yerine getirilmesi mümkün olduğu sürece mantıken bir imkânsızlıktan söz edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle de subjektif imkânsızlık hallerinde borçlu temerrüdüne ilişkin Borçlar Kanunu'nun 101 inci maddesinin hükümlerinin uygulanması gerekir<sup>621</sup>.

2006 yılına kadar İsviçre Federal mahkemesinin bu görüşü kabul eden bir kararı yoktur. Subjektif imkânsızlık halinde borçlunun temerrüdü hükümlerine dayanmak, Borçlar Kanunu'nun 106 ncı maddesinde alacaklıya çok sayıda seçim hakkı sunulduğu için<sup>622</sup> daha avantajlı gibi görünmektedir. Bu nedenle de çoğu kez, subjektif imkânsızlığın geçici süreli mi yoksa sürekli nitelikli mi olduğu hususundaki ayrımın yapılmasının çok güç olmasının yarattığı sorun üzerinde pek durulmamaktadır<sup>623</sup>. Aslında subjektif imkânsızlığın sonuçlarının borçlunun temerrüdünün sonuçlarına tâbi olması, alacaklıya pek az bir avantaj sağlar<sup>624</sup>. Subjektif imkânsızlık durumunda borçlu temerrüdü ile ilgili maddedeki ilk seçimlik hakkın kullanılmasının bir anlamı yoktur. Çünkü Borçlar Kanunu'nun 106 ncı

<sup>619</sup> GAUCH/ SCHLERUP/ JAGGI, s. 132

<sup>620</sup> ARAL, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1985, s. 50; BUZ, s. 24

<sup>621</sup> GAUCH/ SCHLEUP/ JÄGGI, s. 133; BUZ, s. 25

<sup>622</sup> BUZ, s. 25

<sup>623</sup> HUGUENIN, s. 94

<sup>624</sup> HUGUENIN, s. 94

maddesinin II nci fıkrasında alacaklıya tanınan ilk talep hakkı, aynen ifayla birlikte tazminat talep hakkıdır.

Temerrüt hükümlerinin alacaklıya tanıdığı diğer seçimlik hak dönme hakkıdır. Bugün artık Borçlar Kanunu'nun 96 ncı maddesinin I inci fıkrasının amaçsal yorumundan yararlanarak, alacaklının, sözleşmeden dönmesi de mümkün<sup>625</sup> dür. O halde; subjektif imkânsızlık durumunda, Borçlar Kanunu'nun 96 ncı maddesine dayanarak sözleşmenin sona ermesi yerine temerrüt hükümlerinin uygulanmasının daha avantajlı olacağı yönündeki görüşün dayanağı kalmamaktadır<sup>626</sup>.

Biz bu çalışmada subjektif imkânsızlığın, ifanın güçleşmesi anlamına geldiğini kabul ettiğimiz için subjektif imkânsızlığın hukukî sonucunun borcun ifasının güçleşmesine bağlanan sonuç olduğu görüşünü kabul etmekteyiz<sup>627</sup>. Borcun ifasının güçleşmesi durumunda da işlem temelini çökmesi teorisinin uygulanması görüşüne katılıyoruz. Bu teoriye göre; sözleşme kurulduktan sonra şartlarda meydana gelen değişiklik nedeniyle tarafların edimleri arasında büyük bir dengesizlik ortaya çıkmaktadır. Bu dengesizlik öylesine ciddi nitelikte olmalıdır ki; tarafların bu şartlarda bir sözleşme yapmaları Borçlar Kanunu'nun 24 üncü maddesinin 4 üncü bendine göre bir esaslı hata niteliğinde sayılmalıdır. Bu şartlar gerçekleşirse işlem temelini çöktüğü kabul edilir<sup>628</sup>. Bundan sonra sözleşmenin yeni şartlara göre uyarlanması eğer uyarlama mümkün olmazsa sona erdirilmesi söz konusu olur<sup>629</sup>. Bu çözüm tarzının, uluslar arası ticaretin menfaatlerine daha uygun olduğunu kabul etmekteyiz<sup>630</sup>. Çünkü uluslararası ticarette taraflar, sözleşmelerinin

---

<sup>625</sup> **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 873-874; **HUGUENIN**, s. 94

<sup>626</sup> **HUGUENIN**, s. 94

<sup>627</sup> Bu yönde bkz. **DURAL**, s. 25 vd.

<sup>628</sup> **SEROZAN**, Rona, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul, 1975, s. 374; **BURCUOĞLU**, s. 9

<sup>629</sup> **ARAT**, Ayşe, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması*, Ankara, 2006, s. 81;

<sup>630</sup> Aslında Borçlar Kanununun 187 nci maddesi gereği; ticaret hayatında borcun ifa edilmemesi durumunda ticarî sözleşmelerde tacirin borcun ifasından vaz geçerek Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinde kendisine tanınan ikinci seçimlik hak olan borcun ifa edilmemesinden doğan müspet zararının tazmin edilmesi yoluna gidileceği kabul edilir. Bu durum, iç ticaretin kurallarına uygun olmakla beraber, uluslararası ticarette her zaman geçerli olmayabilir. Çünkü iç piyasada alacağına kavuşamayan borçlunun başka bir tacirle derhal sözleşme yapma imkânı vardır. Oysa alıcının, uluslararası ticarette, kiminle iş yapacağına yönelik uzun araştırmalar yaptıktan sonra bulunduğu satıcının, malı mücbir sebep nedeniyle vaktinde gönderememesi durumunda sözleşmenin doğrudan sona erdirilmesi durumunda, yeni bir satıcı aramak, onunla tekrar sözleşme yapmak vakit kaybına yol

sona erdirilmesini değil de ayakta kalmasını tercih ederler. Eğer, ifanın güçleşmesi durumunda bunun bir sübjektif imkânsızlık oluşturduğu ve borcun Borçlar Kanunu'nun 117 nci maddesi gereği sona ermesi gerektiği görüşü kabul edilecek olursa, bu çözüm tarzı, uluslararası ticaretin gereklerine uygun düşmeyecektir.

Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay kararlarında kabul edilen görüşe göre; değişen durumlar sebebiyle borcun ifasının güçleşmesi durumunda sözleşmenin uyarlanması konusunda hukukumuzda genel bir hüküm olmaması, bir boşluk olarak değerlendirilmektedir. Bu boşluğun, Medenî Kanunun I inci maddesi gereği Hâkim tarafından doldurulması gerekir. Hâkim, sözleşmenin bozulan dengesini yeniden kuracak şekilde sözleşmeyi uyarlarken Medenî Kanunun 2 nci maddesinin ilk fıkrasındaki dürüstlük kuralından yararlanır<sup>631</sup>.

Doktrindeki baskın görüşe göre; sonradan meydana gelen değişikliklerde sözleşmenin uyarlanması konusunda hukukumuzda genel bir hüküm olmaması bir boşluk olarak değerlendirilmektedir. Bu boşluğun, Medeni Kanunun 1 inci maddesi gereği hâkim tarafından doldurulması gerekir. Hâkim sözleşmenin bozulan dengesini yeniden kuracak şekilde sözleşmeyi uyarlarken Medenî Kanunun 2 inci maddesinin ilk fıkrasındaki dürüstlük kuralından yararlanır<sup>632</sup>.

---

açacağından bu külfetlere katlanmak istemeyerek ilk satıcının malı göndermesini beklemeyi tercih edebilir. Bir başka ifadeyle uluslar arası ticarete tarafların menfaati sözleşmeyi ayakta tutmak olacaktır.

<sup>631</sup> **ERMAN**, s. 54-56; **EREN**, s. 353; **KILIÇOĞLU**, Borçlar Hukuku, s. 181; **ARAT**, s. 141 **KAPLAN**, s. 141

<sup>632</sup> **EREN**, s. 353; **KILIÇOĞLU**, s. 181; **KAPLAN**, s. 153 Doktrindeki bazı yazarlar, Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinin I inci fıkrasının 4 üncü bendindeki temel hatası ile ilgili hükmün kıyas yoluyla sonradan meydana gelen değişikliklerin sebep olduğu aşırı ifa güçlüğü durumlarında da uygulanması gerektiğini ileri sürmektedirler. Temel hatası ile ilgili söz konusu düzenleme, sözleşmenin sadece sona erdirilmesi imkânını verir. Sözleşmenin uyarlanması imkânını vermez. Ayrıca taraflar sözleşmenin sona erdirilmesini istediklerinde bile bu maddeden yararlanmak mümkün değildir, çünkü bu hüküm, sözleşme yapılırken söz konusu olan tasavvur yanılgıları durumunda uygulanabilir, sözleşme yapıldığı sırada mevcut olmayan bir durumda hata yapılması mümkün olmayacağı için sonradan meydana gelen değişikliklerde bu hükme dayanılamayacağı kabul edilmektedir, **GÜRSOY**, s. 19; **ERMAN**, s. 47-9 ; **EREN**, s. 353; **ARAT**, s. 68; **KAPLAN**, s. 141 Kıyas yoluyla bu hükümden yararlanmak, kanun koyucunun bu maddeyi hazırlarken sahip olduğu amacın genişletilmesi anlamına gelir.

Türk hukukunda borçlunun değişen durumlar nedeniyle aşırı ifa güçlüğüne düştüğü durumlarda sorunun çözümü için dayanılabilir genel bir kanun hükmü olmaması doktrinde eleştirilmektedir<sup>633</sup>. Bu eleştiriler dikkate alınarak yeni borçlar kanunu tasarisına bu hususu düzenleyen bir hüküm konulmuştur. İfayı imkânsız kılmayıp da güçleştiren beklenmeyen durum hallerinde sözleşmenin uyarlanmasının ne şekilde yapılacağı hususundaki hükümlerin modern kanunlarda mutlaka bulunması gerektiği kabul edildiği için<sup>634</sup> Borçlar Kanunu Tasarısı'nda da bu düzenlemeye yer verilmiş olması olumlu bir gelişmedir.

Borçlar Kanunu Tasarısının 137 nci maddesi, 'Aşırı İfa Güçlüğü' başlığını taşımaktadır. Maddenin metni şöyledir:

*'Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır'.*

---

<sup>633</sup> İMRE, Hâkimin İktisadî Meseleler Karşısında Durumu, s. 188; DURAL, s. 62; Türk hukukunda sözleşmelerin uyarlanabilmesi için genellikle Borçlar Kanununun 365 inci maddesinin II nci fıkrasında eser sözleşmeleri için konulmuş olan hükmün kıyas yoluyla diğer sözleşmelere de uygulanması söz konusudur, SCHWARZ, s. 13; DOĞANAY, 'Deavâlüasyon', s. 39; ancak bu hükmün kıyas yoluyla uygulanması doktrinde eleştirilmekteydi. 'Kıyas, bir mesele hakkında kanunda bir hükmün bulunmaması halinde bahis konusu olabilecektir. Bundan başka, kıyas için varılacak neticenin, kanunun maksadına ve metnine aykırı olmaması ve kanunda bir boşluğun mevcut bulunması lâzımdır, GÜRİSOY, s. 24; İMRE, 'Hâkimin İktisadî Meseleler Karşısında Durumu', s. 189

<sup>634</sup> MELİS, s. 216

### III. Borcun Ayıplı İfa Edilmesi

#### 1. Genel Olarak

‘Ayıp’satım konusunu oluşturan maldan alıcının hiç ya da gereği gibi yararlanamamasına sebep olan eksiklikler ya da bozukluklardır<sup>635</sup>. Satım konusu malda bulunan fizikî eksikliklere; satılanın çatlak, kırık, çürük ya da lekeli olması gibi, maddi ayıp denilir<sup>636</sup>. Satım konusu çamaşır makinesinin az su tükettiği söylenmesine rağmen çok su tüketiyor olması, malın ekonomik anlamda ayıplı olduğunu gösterir<sup>637</sup>. Satım konusu malın başkasının fikrî ya da sınai hakkını ihlal etmesi durumunda malda hukukî ayıp bulunduğu kabul edilir<sup>638</sup>. Malın miktarındaki eksiklik kural olarak ayıp sayılmaz<sup>639</sup>. Örneğin 100 kg. yerine 90 kg. mal teslim edilmesi durumunda eksik ifa nedeniyle borca aykırılık hükümlerinin (BK m. 96) uygulanması gerekir<sup>640</sup>. Bununla beraber eğer satım konusu kumaşın 10 santimetrekaresinde belirli sayıda ilmik bulunması kararlaştırılmışsa bu durumda miktar eksikliği satım konusu malın vasfını da etkilediği için burada ayıplı ifa vardır<sup>641</sup>.

Satım konusu malın farklı bir türünün, örneğin Amasya elması yerine golden elma teslim edilmesi durumunda aliud ifa söz konusu olur ve bu durumda hukuken ayıplı ifa değil, hiç ifa etmeme söz konusu olup Borçlar Kanununun 96 ncı maddesi gereği borca aykırılık hükümlerine başvurulması gerekir. İfanın aliud mi yoksa ayıplı ifa mı olduğu o iş kolundaki teamüllere göre tespit edilir<sup>642</sup>.

---

<sup>635</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 167; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileir, s. 108, HAVUTÇU, Ayşe, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara, 2005, s. 25; Aynı cinsten normal eşyada bulunması gereken iyi niteliklerin satılarda bulunmaması ya da bulunmaması gereken kötü niteliklerin bulunmasıdır, YAVUZ, Özel Hükümler, s. 95; SEROZAN, Özel Bölüm, s. 126

<sup>636</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 96; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 110;

<sup>637</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 96; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkiler, s.110; HAVUTÇU, Üreticinin Sorumluluğu, s. 26

<sup>638</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 96; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 110

<sup>639</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 172; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 110

<sup>640</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 110

<sup>641</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 172; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 110

<sup>642</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 97; ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 111

Ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmek için, bu ayıp nedeniyle satım konusu mal, ciddi bir değer kaybına uğramalıdır. Eğer malın değerinde önemsiz bir düşüş olmuşsa bu durum ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanmak için yeterli olmaz<sup>643</sup>.

Türk Ticaret Kanunu'nun 25 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre; tacirler arasındaki ticarî satımda satılanın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise 2 gün içinde alıcıya bildirmek zorundadır. Ayıp açıkça belli değilse, alıcı, teslimden itibaren 8 gün içinde malı muayene ettirmekle yükümlüdür (TTK m. 25)<sup>644</sup>. Satılanın muayenesi, alıcı ya da temsilcisi tarafından teslim alındığı yerde bizzat kendisince veya bilirkişi tarafından yapılmalıdır. Muayene masrafları, satılanı teslim alma masraflarından olduğu için alıcıya aittir<sup>645</sup>. Eğer, muayene sonucunda satım konusu malda bir ayıp tespit edilirse, alıcının bu durumu, derhal satıcıya bildirme külfeti vardır. Ayıp ihbarı, kanunda özel bir şekilde bağlanmamıştır. Ticarî satımlarda da ayıp ihbarının Türk Ticaret Kanununun 20 nci maddesinin III üncü fıkrasında bahsi geçen özel şekillerle; yani noter kanalıyla, iadeli taahhütlü mektup ya da telgrafla yapılma zorunluluğu yoktur. Bununla beraber eğer ayıp nedeniyle sözleşmeden dönülecekse, tacirler arasında bu beyanın Türk Ticaret Kanununun 20 nci maddesinin III üncü fıkrasındaki şekil şartına uyularak yapılması gerekir.

Eğer satım konusu mal, canlı hayvansa ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilmek bazı farklılıklar gösterir. Borçlar Kanununun 195 inci maddesine göre; satıcı, hayvanda bulunması gereken vasıfları yazılı olarak taahhüt etmediği sürece ya da hilesi bulunmadığı sürece, alıcı, bu vasıfların olmadığı gerekçesiyle ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanamaz. Örneğin, satıcı, satım konusu ineğin, günde kaç litre süt verdiğini ya da gebe olduğunu alıcıya yazılı olarak beyan etmişse ve hayvan bu özelliklere sahip değilse, alıcı ancak o zaman ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, satıcının, genel olarak hayvanın sağlıklı olduğunu ya da ayıpsız olduğunu yazılı

<sup>643</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 173

<sup>644</sup> TTK Tasarısının 23 üncü maddesinin III üncü fıkrasında da aynı süreler tespit edilmiştir.

<sup>645</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 100



olarak bildirmesi de hayvan satımında ayıba karşı tekeffüldeki özel hükümlerden yararlanmasına imkân verir<sup>646</sup>.

Ayıba karşı tekeffül hükümlerinin bu özel şekliyle hangi hayvanlara uygulanacağı konusunda doktrindeki hâkim görüş, bu hayvanların İsviçre Borçlar Kanununda sayılan at, eşek, katır, sığır, koyun, keçi ve domuz gibi hayvanlarla sınırlı olmayıp, bizim ülkemize has, manda, gibi hayvanlara da uygulanması gerektiği yönündedir<sup>647</sup>. Doktrinde bir görüş ise, kedi köpek gibi hayvanların satımındaki ayıba karşı tekeffül hükümlerinin de bu özel düzenlemeye tâbi olması gerektiği yönündedir. Borçlar Kanunu'nun 199 uncu maddesine göre; hayvan satımında ayıp ihbarının hayvandaki ayıbın gebelik olması durumu haricinde<sup>648</sup> dokuz gün içinde yapılması gerekir.

Borçlar Kanunu'nun 201 inci maddesine göre; eğer satım konusu mal, ifa yerinden başka bir yerde teslim edilecekse ve ayıplı olduğu tespit edilmişse, bazı durumlarda alıcının gönderilen malın durumunu tespit ettirme, malı muhafaza etme ya da malı sattırma yükümlülüğü vardır. Alıcı, eğer gönderilen ayıplı malı iade ederek yerine ayıpsızını talep etme niyetindeyse ya da sözleşmeden dönme niyetindeyse o zaman malı muhafaza ya da sattırma yükümlülüğü doğar. Alıcı, ayıplı mal nedeniyle sadece bedelden indirim isteyecekse o zaman malın durumunu tespit ettirmesi yeterli olacaktır<sup>649</sup>.

Borçlu, ayıplı ifada bulunduğu, alıcı, üç seçimlik hakka sahip olur. Borçlar Kanununun 202 nci maddesine göre; alıcı, malı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönebilir<sup>650</sup> ya da malı alıkoyarak, maldaki ayıp oranında satım parasından bir indirim yapılmasını dava edebilir. Borçlar Kanununun 203

---

<sup>646</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 181

<sup>647</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 182

<sup>648</sup> Borçlar Kanununun 199 uncu maddesindeki, 'kefalet hayvanın bir vasfına müteallik değilse' ibaresinin kaynak kanundaki şekliyle 'hayvanın gebe olması'durumuyla ilgili olduğu kabul edilmelidir, hayvanın gebe olup olmadığının hemen anlaşılamayabileceği düşüncesiyle de dokuz günlük süreyle bir sınırlama getirilmemiştir TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 184

<sup>649</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 185

<sup>650</sup> Madde metninde 'fesih' ifadesi kullanılmış olmasına rağmen burada sözleşmenin geçmişe etkili (*ex tunc*) olarak ortadan kalkması söz konusudur, ARBERK, Ömer, Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara, 2005, s. 53

üncü maddesinin alıcıya tanıdığı hakka göre de, alıcı, eğer satım konusu mal misli eşya niteliğinde ise, malın ayıpsızıyla değiştirilmesini isteyebilir.

## 2. Alıcının Sahip Olduğu Talep Hakları

### A) Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı

Ayıplı ifa durumunda, Borçlar Kanunu'nun 202 nci maddesinin alıcıya tanıdığı ilk talep hakkı sözleşmeden dönmedir. Her ne kadar, maddenin ikinci fıkrasının metninde bu hakkın bir dava yoluyla kullanılabilmesi belirtilmişse de; bu hak, bir dava yoluyla değil, tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılır<sup>651</sup>. Dönme hakkının kullanılmasının sözleşmeden doğan borçlara nasıl etki edeceği ve ifa edilmiş olan borçların hangi hükümlere dayanılarak geri isteneceği, dönmeyi açıklayan teorilerden hangisinin kabul edildiğine bağlı olarak değişecektir. Dönmeyi açıklayan hukukî teorilerin incelenmesi bizim konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır. Bu nedenle de bu konunun ayrıntılarına girilmeyecektir, ancak bizim konumuz açısından burada belirtilmesi gereken husus, dönme hakkının kullanılmasından sonra tarafların ellerinde bulundurdukları şeyleri geri verme yükümlülüklerinin hangi hukukî hükümlere dayanılarak yerine getirileceğidir. Nitekim daha önce de belirtildiği gibi bu husus, iade talebinin tâbi olacağı zamanaşımı süresini de değiştirmektedir. Dönme hakkını açıklayan klasik dönme görüşüne göre iade talebi sebepsiz zenginleşme hükümlerine tâbi olacakken yeni dönme görüşüne göre bu talep doğrudan doğruya sözleşmeden doğan bir talep hakkı sayılır<sup>652</sup>.

Dönme hakkının kullanılması üzerine sözleşme tasfiye ilişkisine girer<sup>653</sup>. Dönme beyanından sonra iade taleplerinin hukukî dayanağını, sebepsiz zenginleşme oluşturmaya bile iadeye, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması gerektiği kabul edilmektedir<sup>654</sup>.

<sup>651</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 116; YAVUZ, Cevdet, 'Yargıtay Kararları Işığında Alıcının Satılanın Ayıpları Sebebiyle Sözleşmeden Dönmesi ve Hükümleri', Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, 2004, s. 128

<sup>652</sup> YAVUZ, s. 131;

<sup>653</sup> ZEVKLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 116

<sup>654</sup> ARBERK, s. 56; REİSOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 341; BUZ, Dönme, s. 121

Borçlar Kanununun 205 inci maddesinin II nci fıkrasına göre; satıcı kendisine ödenmiş olan semeni faiziyle birlikte geri vermek zorundadır<sup>655</sup>. Ayrıca muhakeme masraflarını, alıcının satılana yaptığı masrafları ödemek zorundadır. Bunun dışında ayıplı mal tesliminden dolayı alıcının doğrudan doğruya uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır.

Doğrudan doğruya zarar kapsamı içerisinde değerlendirilebilen hususlar şunlar olabilir: Sözleşmenin yapılması masrafları (noter ve avukat masrafları), satılanı kabz masrafları (navlun ve sigorta primi), alıcının satım sözleşmesinin geçerli olduğuna güvenerek yaptığı masraflar (malları farklı mağazalara göndermek için nakliyecilerle yaptığı sözleşme masrafları), gümrük masrafları<sup>656</sup>

Doğrudan doğruya zararın, kusursuz sorumluluk kapsamı içine girdiği kabul edildiğinden, yukarıda sayılan örneklerin genişletici yoruma tâbi tutulmaması ve sadece menfi zararlarla sınırlandırılması doğru olur<sup>657</sup>. Bu zararın içine yoksun kalınan kâr girmemelidir<sup>658</sup>. Doktrinde talep edilebilecek doğrudan doğruya zararın kapsamına, akitten dönülmesi nedeniyle boşa giden muayene masraflarının, taşıma, ardiye ve gümrük masraflarının, ikâme alımın gerektirdiği fazla ödemelerin girdiği kabul edilmektedir<sup>659</sup>.

Satım sözleşmesinin konusu olan buzdolapları, Türkiye'den Almanya'ya gemiyle taşınmak üzere, 'CIF Incoterms 2000 Hamburg' kaydıyla taşıyıcıya teslim edilmiştir. Taşıma sırasında gemi su almış ve buzdolapları da aşırı nemden etkilenmişlerdir. Alıcı, gönderilen buzdolaplarını entegre et tesislerinde kullanmak üzere satın almıştır. Buzdolapları, taşıma sırasında zarar görmüş oldukları için tam

---

<sup>655</sup> Ödenecek faiz oranı, 3095 sayılı kanunî ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 4489 sayılı Kanunla değişik 1 inci maddesine göre; T.C. Merkez Bankası'nın önceki yılın 31 Aralık günü kısa vadeli işlemlerinde uyguladığı reeskont oranı üzerinden hesaplanır. O yılın 30 Haziran tarihinde söz konusu reeskont oranı %5 oranında artmış ya da azalmışsa, bu oran uygulanır, 18.12.1999 tarih ve 23910 Sayılı Resmi Gazete.

<sup>656</sup> EDİS, Ayıba Karşı tekeffül, s. 116

<sup>657</sup> EDİS, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 116; TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 192

<sup>658</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 192

<sup>659</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 193, SEROZAN, Özel Bölüm, , s. 140-141, ayıplı malın teslimi nedeniyle işletmedeki üretimin durması ve bu yüzden işçilere çalışmadıkları süre için ödenen ücretin doğrudan zarar olarak değil dolayısıyla zarar olarak kabul edileceği yönünde TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 193

kapasite ile çalışmamış ve içine konan etler çürümüştür. Alıcı, etlerin çürümesi nedeniyle uğradığı zararın, satıcı tarafından tazmin edilmesini talep etmiştir. Bu olayda ayıplı mal teslimi söz konusudur. Alıcının etlerin bozulması nedeniyle uğradığı zarar da ayıplı maldan kaynaklanan bir doğrudan zarardır. Borçlar Kanununun 205 inci maddesinin II nci fıkrasına göre, doğrudan zararın satıcı tarafından karşılanması gerekir. Satıcının bu tazminat borcunun kapsamı sebep sorumluluğudur. Dolayısıyla satıcının sorumlu olması için kusuru aranmaz. Bu durumda, geminin mücbir sebep nedeniyle su almış olmasının da bir önemi yoktur, satıcı mücbir sebebe rağmen, alıcının uğramış olduğu doğrudan zararını tazmine etmekle yükümlüdür<sup>660</sup>.

Borçlar Kanununun 205 inci maddesinin III fıkrasındaki dolaylı zararın tazmin borcunun kaynağı ise kusur sorumluluğudur ve bu yüzden de satıcının mücbir sebebin varlığını ispatlaması durumunda tazminat borcu doğmaz. Örneğin, Amerikalı satıcıyla Türk alıcı arasında çim satımı konusunda bir sözleşme yapılmış ve uyumsuzluğa uygulanacak hukuk olarak da Türk hukuku seçilmiş olsun. Satıcının gönderdiği çimler hastalıklı çıkmış ve ekildikleri bahçedeki diğer bitkilerin de hastalanmasına sebep olmuş olsun. Bu durumda, alıcı, bahçesindeki diğer bitkilerin hastalanmasından doğan zararının tazminini isterken satıcının, Amerika'dan yüklediği çimlerin ayıplı olmadığını, taşıma sırasında hastalık kapıldığını, ama bunun da bir mücbir sebepten kaynaklandığını söyleyerek alıcının bahçesindeki nadide çiçeklerin telef olmasından doğan zararın tazmininden kurtulma imkânı yoktur.

Örneğimize devam edecek olursak; alıcı, yaz sonunda köşkünün bahçesinde çok büyük bir garden parti vereceğini gazetelerde ilan etmiş, fakat bahçenin viran görüntüsü, burada bir garden parti verilmesine imkân vermediği için partinin biletleri satılmamış olsun. Bahçe sahibi, bu parti için yüklü bir miktar masraf yapmıştır. Partinin bilet satımlarından da kâr elde etmeyi ummuştur. Bahçe sahibi, çimlerin alıcısı, yaptığı parti masraflarını ve yoksun kaldığı kârın da tazmin edilmesini Amerikalı satıcıdan istemiştir. Tazminat talebine konu olan bu sayılanlar, dolaylı

---

<sup>660</sup> ARBERK, s. 56-57

zarar<sup>661</sup> niteliğinde kabul edildiğinden, Borçlar Kanununun 205 inci maddesinin II fıkrasına göre; satıcı ancak kusuru varsa bu zararı tazmin etmek zorundadır. Olayımızda satıcı bilerek değil, mücbir sebep nedeniyle hastalık kapmış çim teslim etmiş olduğundan tazminat yükümlülüğü yoktur.

### **B) Bedelden İndirim Hakkı**

Alıcı, sözleşmeden dönmeyerek ayıplı malı elinde tutmak istiyorsa Borçlar Kanununun 202 nci maddesinin ilk fıkrasına göre; satım bedelinden bir indirim yapılmasını da isteyebilir.

Bedelden yapılacak indirimin tespitinde baskın görüş nisbî metodun uygulanması yönündedir. Yargıtay da bu görüşü benimsemiştir. Bu metoda göre; ayıpsız değerler ayıplı değer arasındaki fark oranı hesaplanır ve bu oran satım parasına uygulanarak yüzde hesabıyla satım parasından indirilmesi gereken miktar bulunur. Bu yöntemi şu şekilde formüle etmek gerekir<sup>662</sup>:

$$\text{Ödenmesi Gereken Semen} = \frac{\text{Karalaştırılan Semen} \times \text{Ayıplı Değer}}{\text{Ayıpsız Değer}}$$

Doktrinde bir görüşe göre; bedelden indirim talep eden alıcının, ayıplı maldan doğan doğrudan zararını ve eğer satıcının kusuru varsa dolaylı zararını satıcıdan talep edebilmesi gerekir. Alıcının dönme hakkını kullandığında sahip olduğu bu talep haklarının aynen bedelden indirim hakkının kullanımında da yer alması kanunda açıkça ifade edilmemiştir. Bu tazminat talep hakkını kullanan alıcının, kullanma yoksunluğunun ve ayıpla bağlantılı onarım giderlerinin dışında kalan giderlerin karşılanmasını isteyeceği kabul edilmektedir. Alıcının da malı kullandığı için satıcıya bir bedel ödemesi gerekmez<sup>663</sup>.

<sup>661</sup> Doğrudan ve dolaylı zarar arasındaki ayırım bugüne kadar kesin olarak ortaya konabilmiş değildir. Bu iki zarar arasındaki ayırım yapılmasında hâkimin takdir yetkisi de önemli rol oynar, **SEROZAN**, s. Özel Bölüm, 141

<sup>662</sup> **TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, s. 197; **ZEVKLİLER**, Özel Borç İlişkileri, s. 119; **SEROZAN**, Özel Bölüm, s. 141

<sup>663</sup> **SEROZAN**, Özel Bölüm, s. 142

### ***C) Ayıplı Malın Ayıpsızıyla Değiştirilmesi***

Borçlar Kanununun 203 üncü maddesine göre; ayıplı mal eğer misli eşya niteliğindeyse alıcı, sözleşmeden dönme ya da bedelden indirim haklarını kullanmak yerine satılanın ayıpsız misliyle değiştirilmesini de talep edebilir.

Borçlar Kanununun 204 üncü maddesine göre; bu hak da ancak dönme Hakkının kullanılabilirdiği durumlarda kullanılabilir. O yüzden, satılan mal, alıcının kusuruyla telef olmuş ya da onun tarafından işlenmiş ya da devredilmişse, alıcı değiştirme talebinde bulunamaz.

*‘Alıcı, ayıplı malın ayıpsızıyla değiştirilmesini talep etmişse gecikme dolayısıyla ya da Borçlar Kanununun 96 ncı maddesine dayanarak bir tazminat da isteyebilir. Hatta BK m. 205 /II kıyas yoluyla uygulanarak burada doğrudan zarar için dönme halindeki benzer kusura dayanmayan bir tazminat talebinde de bulunulabilir’<sup>664</sup>.*

Borçlar Kanununun 203 üncü maddenin III üncü fıkrasına göre; satılan, bir başka yerden gönderilmiyorsa satıcı, satım konusu malı, ayıpsızıyla değiştirmeyi teklif ederek alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına engel olabilir. Satıcıya ayıplı malı değiştirme hakkının bu maddede sadece aynı yerde teslim edilecek mallar için öngörülmüş olmasının sebebi, mesafe satımlarında alıcının tekrar hasara ve masrafa katlanmak zorunda kalmamasıdır. Ancak kanımızca satıcının teslim masraflarını karşılamakla beraber malın ayıpsızıyla değiştirilmesini talep etmek yine de menfaatine olabilir. Günümüzün hızlı taşıma imkânları sayesinde ayıpsız malı teslim almak için fazla beklemeyecek olan alıcının da bunda menfaati vardır. Bu nedenle malın ayıpsızıyla değiştirilmesinin talep hakkından mesafe satımlarında da yararlanılabileceği kabul edilmektedir<sup>665</sup>.

### ***D) Alıcının Sahip Olduğu Seçim Hakkının Sınırları***

Borçlar Kanununun 202 nci maddesinin II nci fıkrasına göre, ayıplı ifa halinde, alıcı sözleşmeden dönme hakkını kullanmayı seçse bile mahkeme, hâlin

<sup>664</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 199

<sup>665</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 199; YAVUZ, Özel Hükümler, s. 116

icabının gerektirdiği durumlarda sözleşmeden dönme yerine bedelden indirim yapılmasına karar verebilir. Mahkeme, geri alma masraflarının çok fazla olacağı ya da sipariş üzerine yapılan malın başkasına satılmasının mümkün olmayacağı durumlarda bu kararı verebilir<sup>666</sup>.

Örneğin eğer alıcı, gönderilen madenin kalitesi düşük olmasına rağmen, düşük kaliteli madeni de kullanarak bazı mallar üretiyorsa, o zaman artık alıcının sözleşmeden dönme yönündeki talebini mahkeme haklı bulmayarak bedelden indirim hakkını kullanılmasını daha uygun bulabilir<sup>667</sup>.

Borçlar Kanununun 202 nci maddesinin III üncü fıkrasına göre; eğer, alıcı satım parasından indirim talep etmekteyse, ama indirim miktarı satım bedeline denkse artık bedelden indirim değil, sözleşmeden dönme hakkı kullanılmalıdır.

Ancak eğer satıcı, satım konusu malda bazı vasıfların bulunmasını vaad etmişse ve bu vasıflar satılarda yoksa, o zaman alıcının, sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına herhangi bir engel getirilmemesi gerekir<sup>668</sup>.

Borçlar Kanununun 204 üncü maddesinin II nci fıkrasına göre; kendi fiili ile satılanın geri verilmesini imkânsızlaştıran alıcının satım parasının indirilmesini talep etmesi zorunlu hâle gelir.

Borçlar Kanununun 206 ncı maddesine göre; ardarda teslimli satımlarda, alıcı, sadece ayıbın bulunduğu partideki mal için ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilecektir.

#### **IV. Borcun İfasının Gecikmesi**

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda denizaşırı satımlarla ilgili düzenlemeler arasında satıcının borçları sayılırken 1142 nci maddede satıcının

<sup>666</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 113; ZEVLİLER, Özel Borç İlişkileri, s. 119

<sup>667</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 112

<sup>668</sup> YAVUZ, Özel Hükümler, s. 113

borcunu mücbir sebep nedeniyle vaktinde yerine getirememesi hâlinde bu olumsuzluğun bir mücbir sebepten kaynaklandığını alıcıya derhal bildirmesi durumunda borcun yerine getirilme süresinin kendiliğinden mücbir sebebin etkisinin ortadan kalktığı ana kadar uzayacağı hükme bağlanmıştır. Kural olarak alıcı süresinde borç yerine getirilmediği için sözleşmeyi hemen sona erdiremez. Ancak 1141 inci maddede malların gemiye yüklenmesi için taraflar belirli bir tarih belirlemişlerse bu tarihten itibaren 15 gün geçmesine rağmen yükleme yapılamamışsa o zaman alıcının sözleşmeyi feshetme hakkı doğar. Taraflar sözleşmede yükleme için kesin bir tarih vermemiş olsalar bile yüklemenin uygun bir süre içinde yapılması satıcının borcudur. Bu sürenin 15 gün aşılması durumunda da alıcının sözleşmeden dönme hakkı vardır.

Doktrinde ticarî satımlarda, mücbir sebep gerçekleşince, borcun derhal sona ermeyip satıcıya, borcunu yerine getirebilmesi için bir süre verilmesinin, genel bir hukuk ilkesi olduğu da ileri sürülmektedir<sup>669</sup>. Bu nedenle de taraflar yaptıkları sözleşmede mücbir sebeple karşılaşıldığı takdirde borçluya ek süre tanınacağını özel olarak düzenlememiş olsalar da bu genel hukukî ilkedden dolayı borçluya mücbir sebebin devam ettiği süre kadar ek süre tanınır. Hatta mücbir sebep oluşturan olay ortadan kalktıktan sonra bile bu mücbir sebebin etkileri devam ettiği için borcun derhal ifa edilmesi mümkün değilse, o zaman borçluya bu ek süreden daha uzun bir süre tanınması hakkaniyet gereğidir. Örneğin eğer borçlu malı ancak trenle taşıma imkânına sahipse, fakat mücbir sebep nedeniyle trenle taşıma yapılması bir süre için engellenmişse borçluya mücbir sebebin devam ettiği süre boyunca ek bir süre verilmesi gerekir. Ancak mücbir sebep ortadan kalktıktan sonra bile trenle taşımanın yapılamadığı süre boyunca garlarda oluşan yoğun birikme nedeniyle borçlu ihracatçı firmanın malların derhal sevk edilmesini sağlaması mümkün olmayabilir. İşte demiryollarındaki bu yoğunluğun geçmesi için de borçluya ‘makul’ bir süre tanınması hakkaniyet gereğidir<sup>670</sup>.

Mücbir sebep nedeniyle borcun vadesinde yerine getirilememesi durumunda borçluya ek süre tanınıyor olması, alacaklının borçluya karşı temerrüt hükümlerine

---

<sup>669</sup> TEOMAN, s. 231

<sup>670</sup> TEOMAN, s. 231



başvurmasına engel değildir<sup>671</sup>. Çünkü temerrüde düşmek için ‘kusur’ şart değildir, ancak Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinin II nci fıkrasındaki ilk iki talep hakkının kullanılabilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmektedir<sup>672</sup>. Bu durumda, alıcı, Borçlar Kanununun 106 ıncı maddesinin II fıkrasındaki son talep hakkı olan ‘sözleşmeden dönme’ hakkını kullanabilir, elinde bulunanları iade etmesi gerekse de kusursuz olduğu için Borçlar Kanununun 108 inci maddesinin II fıkrası gereği, menfî zararı karşılamak zorunda değildir.

O halde borcun ifası mücbir sebep nedeniyle geçici bir süre için erteleniyorsa, bu süre boyunca alacaklı, dilerse sözleşmeyle bağlı kalabilir, eğer sözleşmenin geç ifa edilmesinde menfaati yoksa o zaman Borçlar Kanununun 106 ncı maddesinin II nci fıkrasında kendisine tanınan son seçimlik hakka dayanarak sözleşmeyi sona erdirebilir.

Kural olarak gecikmiş ifa ayıplı ifa sayılmaz. İstisnaen denizaşırı ticarete mal kararlaştırılan gemiden sonraki gemiyle gelirse ifa ayıplı sayılabilir<sup>673</sup>.

---

<sup>671</sup> HAVUTÇU, s. 33-4

<sup>672</sup> Müsbet zararın tazmininde kusurun aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Hâkim görüş, kusurun aranması gerektiği yönünde olduğu için burada mücbir sebep nedeniyle borcun ifasında geciken borçlunun müsbet zararı tazmin etmesi beklenemez, HAVUTÇU, s.35

<sup>673</sup> TANDOĞAN, Özel Borç İlişkileri, s. 173

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### ANGLO-AMERİKAN HUKUKUNDA MÜCBİR SEBEBİ KARŞILAYAN MÜESSESELER

#### § 9. İNGİLİZ HUKUKUNDA İFANIN ENGELLENMESİ DOKTRİNİ

##### I. İngiliz Hukuku'na Genel Bir Bakış

##### 1. İngiltere'de Common Law Sistemi

Yeryüzündeki başlıca iki büyük hukuk sisteminden biri olan 'Common law', İngiltere'de onbirinci yüzyıl civarında ortaya çıkmıştır. Bu hukuk sistemi daha sonraları Amerika, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, gibi... diğer ülkeler tarafından da kabul edilmiştir<sup>674</sup>.

Common Law'un İsviçre-Türk Hukuku'ndan ve Kara Avrupası hukuk sistemini kabul eden diğer ülkelerin hukuklarından en önemli farkı, Kara Avrupası Hukuku'nun kodifikasyona dayanan bir sistem olmasıdır. Common Law sistemi ise, kodifikasyondan ziyade kural olarak içtihat hukukuna dayanır.

İngiltere'de Common Law'da 'Status' olarak anılan yasama faaliyetleri de vardır. Hakimler bu yasama faaliyetlerinin kurallarını tıpkı Kara Avrupası hâkimleri gibi uyuşmazlık çözümlerinde kullanırlar ve bu kurallara dayanarak yorum yaparlar. Bu yasama çalışmasının en önemli örneklerinden biri de 1979 tarihli Emtia Satımı Kanunudur<sup>675</sup>. Ayrıca, 1943 tarihli Hukuki Reform Kanunu (The Law Reform (Frustrated Contracts) Act) da bir 'status'tür.

İçtihat hukuku İngiltere'de şu şekilde işler: Üst mahkemenin daha önce verdiği kararı, başka bir mahkeme önüne aynı tipte bir uyuşmazlık geldiğinde

---

<sup>674</sup> PEJOVIC, Caslav, 'Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to Same Goal, VUWLR, V. 32, 2001, s. 819

<sup>675</sup> PEJOVIC, s. 820

dikkate alarak kararını verir. Böylece önce verilen karara uyulması gerektiğine dair bir kural ortaya çıkmıştır. Bu kurala ‘*Stare decisis*’<sup>676</sup> denilir<sup>677</sup>.

Bu kural, Common law sisteminin uygulandığı bir başka ülke olan Amerika’da daha farklı bir şekilde uygulanmaktadır. Amerika’da alt derece mahkemesinin üst derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı uygulaması gerekir<sup>678</sup>. İngiltere’de ise, Lordlar Kamarası (House of Lords) gerekçesinin haklılığını açıklayarak daha önce vermiş olduğu ve emsal teşkil eden kararından dönme imkanına sahiptir<sup>679</sup>. Lordlar Kamarası bu hakkı 1966 yılında kazanmıştır, ancak uygulamada Lordlar Kamarası’nın aynı özelliklere sahip bir olay için daha önce verdiği bir karardan farklı bir karar vermesi çok ender rastlanan bir durumdur<sup>680</sup>.

Common law sisteminin genel yapısını anlamak için yaptığımız bu girişten sonra; bu hukuk sisteminde konumuz açısından önemli olan sözleşmenin ihlâlinin (breach of contract) sonuçlarına da kısaca bakmak istiyoruz.

## **2. Common Law Sisteminde Sözleşmenin İhlalinin Sonuçları**

### ***A) Sözleşme Hukukuna Hâkim Olan Mutlak Sorumluluk İlkesi***

Kara Avrupası hukuk sisteminde sözleşmeden doğan borcun ihlalinde kural, ‘kusur sorumluluğu’dur. Bu genel kuralın bazı istisnaları da vardır. Örneğin Türk Hukukunda ayıplı mal satışında satıcının, alıcının ayıplı mal nedeniyle uğradığı doğrudan zararı tazmin etme yükümlülüğü, Borçlar Kanununun 205 inci maddesinin II nci fıkrasında bir sebep sorumluluğu olarak düzenlenmiştir.

Common law sisteminde ise; sözleşmenin ihlali için kusur şart değildir. Zararlar, kusur olmasa da karşılanır. Bu sistemde borçlar hukuku ‘mutlak

---

<sup>676</sup> Mahkeme kararlarının müteakip hadiselerde emsal teşkil edeceğine dair prensip’, **OVACIK**, Mustafa, İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, II. Bası, Ankara, 1986, s.294-295

<sup>677</sup> **PEJOVIC**, s. 819; **ELLIOT**, Catherine/ **QUINN**, Frances, English Legal System, London, 2004, s. 9

<sup>678</sup> **PEJOVIC**, s. 819

<sup>679</sup> **PEJOVIC**, s. 819; **ELLIOT/ QUINN**, English Legal System, s. 11

<sup>680</sup> **ELLIOT/ QUINN**, English Legal System, s. 11

sorumluluk' ilkesinin hakim olduğu bir alandır<sup>681</sup>. Bu 'mutlak sorumluluk' kuralı, 'imkansızlık' ve 'değişen şartlar karşısında sorumluluktan muafiyet' imkanı tanınarak bir ölçüde hafifletilmiştir<sup>682</sup>. Genel ilkeleri açısından bakacak olursak; Common law sisteminde esas olan 'mutlak sorumluluk' prensibi olup<sup>683</sup>, bunun bazı istisnaları bulunmaktadır. Kara Avrupası hukuk sisteminde ise; esas olan kusur sorumluluğu olup istisnai olarak bazı sözleşmelerde kusurun bulunup bulunmadığına bakılmadan 'mutlak sorumluluk' prensibi geçerlidir<sup>684</sup>.

Kara Avrupası hukuk sisteminde borçlar hukuku alanında *impossibilium nulla obligatio* yani imkânsız olan bir şeyin borçlanılamayacağı ilkesi hâkimdir. Oysa Common law'da böyle bir kural yoktur ve imkânsız olduğunu bildiği halde kişi böyle bir borç altına girerse bu borcunu yerine getiremediğinde sözleşmeyi ihlâl etmiş olur ve karşı tarafa tazminat ödemek zorunda kalır<sup>685</sup>.

Common law'da taraflar bir sözleşme yaptıkları zaman o sözleşmeyi ihlâl etmeleri halinde tazminat ödemeyi baştan kabul etmişlerdir. Bundan başka bir sorumlulukları da yoktur<sup>686</sup>. Ancak bu tazminatın da mutlaka ödenmesi gerekir, bundan kurtulmak mümkün değildir<sup>687</sup>. Kara Avrupası hukuku'nda sözleşmeyi ihlâl eden taraftan borcun aynen ifasını talep etmek mümkündür<sup>688</sup>. Oysa İngiliz Hukuku'nda sözleşmenin ihlâli halinde 'aynen ifa' son derece istisnâî durumlarda sadece 'equity law'da söz konusu olabilir ama Common Law'da mümkün olamaz<sup>689</sup>.

---

<sup>681</sup> **FARNSWORTH**, E. Allan, 'On Trying to Keep One's Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law', University of Pittsburgh Law Review, V. 46:1, 1984-1985, s. 2; **HORN**, s. 5; **PRANCE**, Norman R. 'Commercial Impracticability: A Textual and Economic Analysis of Section 2-615 of the Uniform Commercial Code', Indiana Law Review, V. 19, N. 2 1986, s.460; **PEJOVIC**, s. 825-826; **NICHOLAS**, Fault and Breach, s. 340; **FURMSTON**, M. P., Law of Contract, Newyork, 2007, s. 721

<sup>682</sup> **PEJOVIC**, s. 825-826; **NICHOLAS**, Fault and Breach, s. 340

<sup>683</sup> **NICHOLAS**, Barry, 'Rules and Terms- Civil Law and Common Law', 48 Tulane Law Review, 946, 1973-1974, s. 955; **WALTER**, Paula, 'Commercial Impracticability in Contracts' St John's Law Review, V.61, 1986-1987, s.225

<sup>684</sup> **FARNSWORTH**, s. 3; **PEJOVIC**, s. 825-826

<sup>685</sup> **ADAMS/ BROWNSWORD**, s. 47; **NICHOLAS**, Barry, 'Fault and Breach of Contract'in, Daniel, Good Faith and Fault in Contract Law ed.**BEATSON**, Jack / **FRIEDMANN**; Clarendon Press, Oxford, 2002, s.355( **NICHOLAS**, Fault and Breach)

<sup>686</sup> **SCHWARZ**, Andreas, Mukayeseli Hukuk Zaviyesinden İngiliz Borçlar Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1941, s. 12-13; **FARNSWORTH**, s. 13; **NICHOLAS**, Fault and Breach, s. 355

<sup>687</sup> **NICHOLAS**, Fault and Breach, s. 355

<sup>688</sup> **NICHOLAS**, Fault and Breach, s. 355

<sup>689</sup> **SCHWARZ**, İngiliz Borçlar Hukuku, s. 13; **ADAMS/BROWNSWORD**, s. 49

Common Law’da imkânsız bir şeyi borçlanan kişi bu borcunu yerine getiremediğinde sözleşmenin ihlâlinden doğan zararı karşılamak zorunda kalır, çünkü borçlar hukuku alanında mutlak sorumluluk (absolute liability) ilkesi hâkimdir<sup>690</sup>. Oysa aynı durumda Kara Avrupası Hukuk sistemi ortada geçerli bir sözleşmenin var olduğunu bile kabul etmez. Böyle bir sözleşme batıl sayılır<sup>691</sup>.

### **B) Mutlak Sorumluluk İlkesinin İçtihat Hukukundaki Görünümü: Parade v. Jane Kararı**

Engellenme doktrininin ortaya çıktığı ülke olan İngiltere’de bu teori ortaya konulmadan önce bir sözleşmeyle borç altına giren borçlunun kural olarak borcunu ifa etmesinin gerekli olduğuna dair ‘mutlak sorumluluk’ görüşü hakimdi<sup>692</sup>. 1647 yılında karara bağlanan ünlü *Parade v. Jane* davası İngiliz Hukuku’nda o zamanlar hakim olan ‘mutlak sorumluluk’ kavramını en iyi şekilde açıklayan ve en bilinen örnektir.

*Parade v. Jane* davasına konu olan olayda; Parade mülkiyeti kendisine ait olan arazisini Jane’e birkaç yıllığına kiralamıştır. Kira sözleşmesinin yapılmasından kısa bir süre sonra bir Alman Prens bölgeyi işgal etmiştir ve Jane, bu işgalden sonra kiraladığı araziye kullanamamıştır. Parade, arazinin işgal altında

<sup>690</sup> HORN, s. 5

DOBSON, Paul, Charterworth’s Business Law, London, 1997, s. 171; NICHOLAS, Fault and Breach, s. 355;

<sup>691</sup> ÜNAL/ ARAL/ BAŞPINAR/ KOCAAĞA, s. 149; edimin sözleşmenin yapıldığı sırada ifasının imkânsız olması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. ALTUNKAYA, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005

<sup>692</sup> McKENDRICK, s. 36; PEJOVIC, s. 823; BEALE, Hugh/ HARTKAMP, Arthur/ KÖTZ, Hein/ TALLON, Denis, Cases, Materials and Text on Contract Law, Oxford, 2002, s. 608; ELLIOT, Catherine/ QUINN, Frances, Contract Law, 2003, s. 240; TREITEL, G. H., Frustration & Force Majeure, London, 2004, s. 19

Doktrinde bu terimin yerine BEALE/HARTKAMP/KÖTZ/TALLON e ‘The Absolute Contract Doctrine’ ifadesini kullanmışlar, KOFFMAN, Laurence/ MACDONALD, Elizabeth, The Law of Contract. V. Edition, Edinburgh, 2004, s. 528 ‘absolute contracts rule’ ifadesini kullanmıştır. *Parade v. Jane* davasında sözleşmeden doğan sorumluluğun mutlak olduğu görülür, ama pratikte bu durumun ileride *Taylor v. Caldwell* davasında olduğu gibi yumuşadığı görülmektedir. Sözleşme yapıldıktan sonra ifanın kanuna aykırı bir hâl aldığı ya da özellikle hizmet sözleşmelerinde borçlunun ölmesi halinde ya da borcunu yerine getirebilme yeteneğini kaybettiği durumlarda borçluya bir muafiyet tanınır. Bu durumda bir mutlak sorumluktan değil, katı sorumluk (strict liability) tan söz edilir. Ancak bu farka rağmen akademik çalışmalarda bu iki terim birbirinin yerine kullanılmaktadır. NICHOLAS, Fault and Breach, s. 340 Amerika’da tacirlerin sattıkları mallardan doğan zarardan sorumluluklarının katı sorumluluktan (strict liability) daha ağır olan mutlak sorumluluk ilkesine dahil olması gerektiği tartışmalarının yaşandığı *Escola v. Coca-Cola* davası ve bu davanın ardından Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından kabul edilen Restatement’ın 402 (a) bölümüyle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. VANDAL, Frank J., Strict Liability, Legal and Economic Analysis, New York, 1989, s. 19

olduğu sürenin kirasını da Jane'den talep etmiştir<sup>693</sup>. Mahkeme verdiği kararda; eğer 'sözleşmenin taraflarından biri kayıtsız şartsız bir borç altına girmişse, şartların değişmesi nedeniyle, borcun ifası imkansız ya da faydasız hale gelirse, sorumluluktan kurtulamaz ve doğan zararı karşılamak zorunda kalır'demiştir<sup>694</sup>.

Mahkemenin böyle bir karar vermesinin nedeni İngiliz Hukuku'nda o tarihte baskın olan görüştür. Bu görüşe göre; tarafların sözleşme müzakereleri sırasında sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkabilecek olumsuzluklara karşı kendilerini garantiye alan şartları sözleşmeye koymaları gerekir<sup>695</sup>. Jane'in de sözleşmeye; 'kiraladığım araziyi kendi kontrolüm dışında gerçekleşen bir olay nedeniyle kullanmam engellenirse, o zaman kira parasını ödemekten kurtulacağım'diye bir şart koyması gerekirdi<sup>696</sup>.

İngiliz mahkemeleri, 'mutlak sorumluluk teorisi'nin bazı sakıncaları bulunduğunu gördüler. Ancak bu olumsuzluklarına rağmen İngiliz Hukuku'nda 1863 yılına kadar yapılan sözleşmelerde borcun mutlak yerine getirilmesi ilkesinin katı kurallarının dışına çıkılamadı. 1863'te Kings Bench tarafından verilen ünlü *Taylor v. Caldwell* davasındaki kararlar 'mutlak sorumluluk' prensibi terkedilmiştir<sup>697</sup>.

## II. İfanın Engellenmesi Doktrininin Ortaya Konulması

### 1. İfanın Engellenmesi Doktrininin İçtihat Hukukundaki İlk Görünümü: *Taylor v. Caldwell* Kararı

*Taylor v. Caldwell* davasında, Caldwell sahibi olduğu müzikholü, konser vermesi için bir süreliğine Taylor'a kiralamıştır. Ancak henüz ilk konser gerçekleşmeden müzikhol yanmış, bu nedenle de konserler verilememiştir. Taylor konserler nedeniyle elde edeceği gelirden mahrum kaldığı için Caldwell'den

<sup>693</sup> English Reports, V. 82, Kings Bench Division, s. 519-520

<sup>694</sup> LINDSAY, G. C., LBC Nutshell Contracts, London, 1984, s. 99; BEATSON, J. ; Anson's Law of Contract, 28. Bası, London, 2004, s. 531

<sup>695</sup> GRAW, Stephan, An Introduction to the Law of Contract, Sidney, 1990, s. 293; BEALE/HARTKAMP/KÖTZ/ TALLON, s. 608; KOFFMAN/MACDONALD, s. 528

<sup>696</sup> GRAW, s. 197; GILMORE, s. 86; STONE, Richard, Principles of Contract Law, 4. Bası, London, 2000, s. 13

<sup>697</sup> GRAW, s. 293; McINNIS, s. 140-141; KOFFMAN/MACDONALD, s. 529

tazminat istemiştir. Mahkeme, müzikhol, her iki tarafın da kusuru dışında yandığı için her iki tarafın da borcundan kurtulacağına ve bir tazminat ödenmesine gerek olmadığına karar vermiştir<sup>698</sup>.

*Taylor v. Caldwell* davasında verilen kararlar mutlak sorumluluk doktrininin katı sonuçları bir ölçüde hafifletilmiştir. Bu hafifletmeyi yapabilmek için bir yasal dayanak da yaratılmıştır. Zımnî şart doktrini (implied term doctrine) adı verilen bu dayanağa göre; ifası bir kişinin ya da nesnenin varlığına bağlı olan sözleşmelerde bu kişinin ya da nesnenin yok olmasına bağlı olarak ifanın imkânsızlaşması halinde borçlunun borcundan kurtulacağı sözleşmede zımnî olarak kabul edilmiş sayılır<sup>699</sup>.

İlk defa bu kararlar gündeme gelen sonradan meydana gelen imkansızlık nedeniyle sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi durumuna ‘ifanın engellenmesi doktrini’ (Doctrine of Frustration) denilmiştir<sup>700</sup>. İngiliz Hukuku’nda sözleşmenin dört tür sona erme sebebi vardır. Bunlardan biri de sözleşmenin engellenmesidir. Diğer sona erme sebepleri; 1) İfa 2) Anlaşma yoluyla Sona Erme 3) Sözleşmenin ihlâlidir<sup>701</sup>.

---

<sup>698</sup> **English Reports**, V. 122, Kings Bench, s. 309-315; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 1960 yılında verdiği 4/251-271 sayılı kararında kira sözleşmesinin BK nun 117 nci maddesi gereğince kendiliğinden sona ereceğine karar vermiştir: ‘ taraflar arasındaki kira sözleşmesinde davalının kiraladığı yer (Tekmil odalar koridor, bahçe hol ve üst kat olarak) gösterilmiştir. Kiralanan binanın tamamen yandığı ve yalnız yan duvarlarının kaldığı anlaşılmaktadır. Kira akdinin esasını teşkil eden bina tamamıyla yanınca kira akdinin kendiliğinden sona ermesi, Borçlar Kanununun 117 nci maddesi hükmü gereğindedir. Böyle bir durum Borçlar Kanununun 250 nci maddesi uygulanamaz. Çünkü, bu maddenin kiralanan malın ortadan kalkmış olması halini hedef tutmadığı yazılışından anlaşılmaktadır. Dâvalının akitte yer alan bahçeden faydalanma imkânının mevcut olduğunu, bu sebeple de akdin devam eylemesi ve bahçenin, akitte fer’i olarak yer alması bakımından kabule değer görülmemiştir. Kiracı için bahçede bina yapma hakkının tanınmış olması dahi akdin esas itibariyle bahçe kirası olarak adlandırılmasını gerektirmez ve zaten dâvalı kiracı, yangın tarihine kadar bu hakkını kullanmış değildir. Mahkemenin, bahçede lokanta müşterilerine yemek verildiğinden, bu kısmın kiracı bakımından özel bir önem taşıdığından ve akdin konusundan ortadan tamamıyla kalkmadığından dolayı dâvayı reddetmiş olması kira sözleşmesine ve kanun hükmüne aykırıdır (Adalet Dergisi, 1962, s. 360-1

<sup>699</sup> **BEALE/ HARTKAMP/ KÖTZ/ TALLON**, s. 611

<sup>700</sup> **GRAW**, s. 294; **CHEN-WISHART**, s. 290 ‘Frustration’ bir hak değil, bir yasal doktrindir; bunun anlamı; sözleşmeden doğan ve engellenen hakların ve borçların neler olduğunun tespit edilmesidir. **ROGERS**, Justice Andrew, ‘Frustration and Estoppel’in Force Majeure and Frustration of Contract, **McKENDRICK**, s. 80

<sup>701</sup> **ELLIOT/ QUINN**, s. 233

Engellenme doktrinine göre; eğer sözleşmenin devamı sırasında taraflardan hiçbirinin kusuru olmadan bir olay meydana gelir ve bu olay sözleşmenin ifasını imkansız<sup>702</sup> ya da kanunsuz hale getirirse, sözleşme kendiliğinden<sup>703</sup> sonra erer. Bu teoriye göre; eğer sözleşme şartlarını tarafların sözleşmeyi yaparken üstlendikleri edimlerden tamamen farklı hale getiren radikal değişiklikler meydana gelirse, sözleşme yine kendiliğinden sona erer<sup>704</sup>.

Herhangi bir olayın sözleşmeyi engelleyebilmesi için bu olayın sözleşme yapıldıktan sonra meydana gelmesi gerekir. Eğer söz konusu olay sözleşme yapılmadan önce meydana gelmişse o zaman sözleşmenin engellenmesinden söz edemeyiz ortada bir hatanın varlığından söz edilebilir<sup>705</sup>.

## 2. İfanın Engellenmesi Doktrininin Unsurları

### A) Öngörülemezlik

İfanın engellenmesi doktrini, kural olarak öngörülen ya da öngörülebilir olaylarda uygulanmaz<sup>706</sup>. 1956 tarihli *Davis Contractors Ltd v. Fareham UDC* davasında mahkemenin ifanın engellenmesi doktrini gereği sona eremeyeceğine dair verdiği kararda da öngörülemezlik unsurunun bulunmaması etkili olmuştur. Çünkü sözleşme yapılırken inşaatın yapımı için gerekli olacak inşaat malzemelerinin tedarikinde güçlükler yaşanabileceği öngörülmüştür. Bu durumda malzemeleri tedarik edememe riskinin de sözleşme yapılırken üstlenildiği kabul edilir<sup>707</sup>.

1976 tarihli *Amalgamated Investment & Property Co. Ltd. v. John Walker & Sons Ltd* davasında dava konusu satılan evin tarihi eser listesine alınması nedeniyle kararlaştırılan restorasyonun yapılamayacak olması durumunda

<sup>702</sup> ELLIOT/QUINN, s. 240; CHUAH, s.152

<sup>703</sup> ROGERS, s. 78; CHUAH, s. 152

<sup>704</sup> DUXBURY, Robert: Contract in a Nutshell, London, 1991, s. 82-83; McKENDRICK, s. 33; HERMANN, Adolf, H., International Trade Terms for Contracts for the International Sale of Goods, London, 1994, s. 39; STONE, s. 13.1-13.1.1; HAIGH, P. Simon; Contract Law in an E-Commerce Age, Dublin, 2001, s. 273-4 PEJOVIC, s. 823; UPEX, Robert & BENNETT, Geoffrey, Davies On Contract, London, 2004, s. 256; KOFFMAN/MACDONALD, 526, 528, 547

<sup>705</sup> ELLIOT/QUINN, s. 243; KOFFMAN/MACDONALD, s. 527

<sup>706</sup> McINNIS, s. 151; CHUAH, s. 152

<sup>707</sup> KOFFMAN/MACDONALD, s. 543



sözleşmenin engellenme doktrinine dayanılarak sona erdirilemeyeceğine karar verilmiştir. Çünkü mahkeme, tarafların sözleşmeyi yaparlarken bir gün bu binanın tarihi eser konumuna girebileceğini öngörerek sözleşmeyi yaptıklarını belirtmiştir<sup>708</sup>.

### **B) Tarafların Kontrolü Dışında Gerçekleşen Bir Olay**

Engellenme doktrini ancak sözleşmenin yapılmasından sonra meydana gelen olayın tarafların kontrolü dışında gerçekleşmesi halinde uygulanabilir. Eğer meydana gelen olayda taraflardan birinin kusur ya da ihmâli varsa bu doktrin uygulanmaz<sup>709</sup>. Bir ihmâlin olduğunu, bunu iddia eden tarafın ispatlaması gerekir<sup>710</sup>. Örneğin bir ses sanatçısı Temmuz ayının 15 inde bir konser verecekse ve bu konserden iki gün önce verdiği başka bir konserde sesini çok zorladığı için ya da gribe yakalandığı için bu tarihte konser veremezse engellenme doktrinine dayanarak sözleşmenin sona erdiğini iddia edemez<sup>711</sup>. Çünkü bu duruma kendisi sebep olmuştur<sup>712</sup>.

1964 tarihli *Ocean Tramp Tankers Corp v. V/O Sofracht, The Eugenia* davasına konu olan olayda Eugenia adlı gemi Cenova'dan yüklediği yükü Karadeniz'e götürmek ve oradan da Hindistan'a gitmek üzere kiralanmıştır. Tarafların yapmış oldukları sözleşmede gemi sahibinin izni olmadan gemiyi kiralayanların gemiyi tehlikeli ve savaş olan bölgelere sokmamaları yönünde bir 'savaş şartı' vardı<sup>713</sup>. Buna rağmen gemi, Karadeniz'den Hindistan'a gidebilmek için Suveyş Kanalına girmiştir ve savaş nedeniyle orada seferine devam etmesine izin verilmemiş ve gemi Suveyş Kanalı'nda tutulmaya başlanmıştır. Gemiye kullananlar geminin Suveyş Kanalı'nın kapatılması nedeniyle orada mahzur kalmasını gerekçe göstererek geminin sahibiyle yapmış oldukları sözleşmenin engellenme doktrini gereği sona erdiğini ileri sürmüşlerdir. Temyiz mahkemesi,

<sup>708</sup> KOFFMAN/MACDONALD, s. 527; CHEN-WISHART, s. 305-306

<sup>709</sup> DOBSON, s. 176; TAYLOR, Richard, D.; Law of Contract, Oxford, 1998, s. 165; KOFFMAN/MACDONALD, s. 544

<sup>710</sup> Joseph Constantine Line v. Imperial Smelting Corp davasında gündeme gelen ispat sorunu için bkz. DOBSON, s. 176

<sup>711</sup> TAYLOR, s.166

<sup>712</sup> McINNIS, s. 147; TAYLOR, s. 166; FURMSTON, s. 733, 734

<sup>713</sup> BEALE/ HARTKAMP/KÖTZ/TALLON, s. 621'de sözleşmede böyle bir şart bulunmadığı belirtilmiştir. Taraflar Süveyş Kanalı'nın kapatılabileceğini tahmin etmişler ve bu konuda sözleşmelerine bir şart koymak istemişler, ancak bu şartın içeriğini belirlemek hususunda anlaşmaya varamamışlardır.

gemiye kiralayanların Suveyş Kanalı'na girmelerinin kendi hataları olduğunu ve bu durumda engellenme doktrininden yararlanamayacaklarını belirtmiştir<sup>714</sup>.

### C) Borcun Niteliğinin Değişmesi

Lord Radcliffe'in *Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban Council* kararına konu olan olayda; bugün ifanın engellenmesi doktrininin klasik tanımı haline gelen bir açıklama yapmıştır. Buna göre; her iki tarafın da kusuru olmadan borcun ifası, borçlunun başlangıçta borçlanmış olduğu borçtan tamamen farklı bir nitelik kazandığı için mümkün olmuyorsa, ifanın engellenmesi söz konusu olur. Borçlanılan şeyin ifasının güçleşmesi tek başına ifanın engellenmesi doktrini gereği borcun sona ermesine sebep olmaz. Engellenme doktrininin uygulanabilmesi için meydana gelen değişikliğin borcun niteliğini tamamen değiştirmesi gerekir<sup>715</sup>. Bu değişimi ifade etmek için Roma Hukukunda *non haec in foedera veni* yani borçlandığım şey, bu değildi<sup>716</sup>.

### 3. İfanın Engellenmesi Doktrininin Dayandığı Teori

Engellenme doktrininin dayandığı teori tam olarak belli değildir<sup>717</sup>. Bu konuyu irdeleyen üç farklı düşünce akımı bulunmaktadır. Bunlardan biri 'zımnî şart' teorisine dayanan akımdır. Diğeri ise; makul çözüm teorisidir<sup>718</sup>. Bir diğeri ise rıza yokluğu teorisidir. Engellenme doktrininin dayandığı hukukî teorinin tespit edilmesi pratik açıdan içtihat hukukuna pek fayda sağlamaz. Ancak engellenme doktrini ile hata<sup>719</sup> doktrini arasındaki farkın ortaya konabilmesi açısından önem taşır<sup>720</sup>.

<sup>714</sup> **KOFFMAN/ MACDONALD**, s. 544; **BEALE/ HARTKAMP/KÖTZ/TALLON**, s. 621'de, **CHEN-WISHART**, s. 303'de varılan sonucun haklı gerekçeleri olduğunu şu şekilde anlatmışlardır: Eugenia adlı gemi, Cenova limanından yüklediği yükü, Suveyş Kanalı'ndan götürürse 108 günde, Ümit Burnu'ndan dolaşarak götürürse 138 günde Hindistan'daki boşaltma limanına varmaktadır. Geminin yükü demir olduğu için bozulması söz konusu değildir. Yükün erken götürülmesini gerektiren özel bir sebep yoktur. Ümit Burnu'ndan dolaşılmasının yarartacağı tek fark taşıma masrafının artacak olmasıdır. Bu durumda sözleşme engellenme doktrinine dayanılarak sona erdilmeyi gerektirecek kadar ciddi anlamda değişmiş kabul edilemez. Buna rağmen eğer gemi Suveyş Kanalı'ndan seyretmeyi tercih ederse o zaman Kanal'da mahzur kalmaya kendi fiiliyle sebep olmuş sayılacağından engellenme doktrininden yararlanamaz.

<sup>715</sup> **SAMUEL**, s. 239; **FURMSTON**, s. 722-723

<sup>716</sup> **DOBSON**, s. 176; **SAMUEL**, Geoffrey, *Law of Obligations and Legal Remedies*, London, 2001, s. 241

<sup>717</sup> **McKENDRICK**, s.27; **ELLIOT/ QUINN**, s. 248

<sup>718</sup> **ELLIOT/QUINN**, s. 248

<sup>719</sup> Hata halinde sözleşme, baştan beri geçersiz sayılır, **FRUMSTON**, s. 738

<sup>720</sup> **CHEN-WISHART**, s. 290

### A) Zımnî Şart Teorisi

Bu akıma göre mahkemeler borçlar hukukunun temel prensibi olan taraf iradesine önem vermek istemektedirler<sup>721</sup>.

Zımnî şart teorisine göre; sözleşme yapılırken eğer taraflara engelleyici bu olayın meydana gelmesi durumunda sözleşmeyle bağlı kalmak isteyip istemeyecekleri sorulsaydı taraflar sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyecekleri şeklinde yanıt vereceklerdir<sup>722</sup>. Tarafların zımnî iradesinin sözleşmenin devam etmemesi yönünde olacağına ilişkin bu görüş J. Blackburn tarafından *Taylor v. Caldwell* davasında kabul edilen görüştür<sup>723</sup>. Ancak bu teori yapay bir düşünce olduğuna dair eleştiriler almıştır<sup>724</sup>. Lord Radcliffe 1956 tarihli *Davis v. Fareham UDC* davasında tarafların *ex hypothesi* olarak hiç beklemedikleri ve öngöremedikleri bir durumla ilgili olarak görüşlerinin ne olduğunun tespitinin mantıken mümkün olamayacağını belirtmiştir<sup>725</sup>.

### B) Makul Çözüm Teorisi

Diğer akım ise ‘Kabul Edilen Çözüm’ teorisi adını alır ve mahkemelerin duruma en uygun düşen çözümü benimsemeleri düşüncesine dayanır<sup>726</sup>. Bu teoriye göre; hâkimler sözleşmenin şartları başlangıçtakinden tamamen farklı bir hal aldığı zaman adil bir çözüm bulmak için sözleşmeye müdahale etmektedirler<sup>727</sup>. Bu müdahale sırasında mahkemeler tarafların niyetlerini göz ardı etmektedirler ve tarafların hiç birinin kusuruna dayanmayan bu soruna en uygun akdî düzenlemeyi yapmak istemektedirler<sup>728</sup>. Makul çözüm teorisine de bazı eleştiriler yöneltilmektedir. Örneğin, ifanın engellenmesi doktrininin sonucunda sözleşme kendiliğinden sona ermektedir. Böyle bir sonucun, hakimlerin olaya adil bir çözüm bulmaları zorunluluğunu getiren makul çözüm teorisine ne derece uyduğu

<sup>721</sup> ELLIOT/ QUINN, s. 248; KOFFMAN/MACDONALD, s. 539

<sup>722</sup> WALTER, s. 230; ELLIOT/ QUINN, s. 248-249; BEATSON, s. 542; FURMSTON, s. 724

<sup>723</sup> ELLIOT/ QUINN, s. 248-249; TREITEL, s. 644; FURMSTON, s. 724

<sup>724</sup> WALTER, s. 230; BEALE/ HARTKAMP/KÖTZ/ TALLON, s. 619; ELLIOT/ QUINN, s. 248-249

<sup>725</sup> ATIYAH, s. 21; ELLIOT/ QUINN, s. 248-249; CHEN-WISHART, s. 291

<sup>726</sup> ELLIOT/ QUINN, s. 248; KOFFMAN/MACDONALD, s. 539

<sup>727</sup> BEATSON, s. 543; ELLIOT/ QUINN, s. 249; TREITEL, s. 645; CHEN-WISHART, s. 292

<sup>728</sup> BEATSON, s. 543; ELLIOT/ QUINN, s. 249; KOFFMAN/MACDONALD, s. 538

tartışmalıdır<sup>729</sup>. Bunun dışında; bu görüş, mahkemeler tarafından kabul edilmemiştir. Lordlar Kamarası, borcun, taraflardan birisi için daha ağır bir hâle geldiği ya da elde edilecek menfaatin daha azaldığı durumlarda, borçluyu borcundan kurtarma hususunda takdir yetkisine sahip olmadıklarını belirtmiştir<sup>730</sup>. Engellenme doktrininden bahsedilebilmesi için ifanın güçleşmesi yeterli olmayıp, borcun ifasının tarafların başlangıçta kararlaştırdıklarından tamamen farklı bir nitelik kazanmış olması gerekir. Makul çözüm teorisine dayanılırsa hâkimin ve jürinin adil bulmayacağı beklenmeyen durum (hardship) olarak nitelendirilebilecek, ifanın engellenmesinden daha hafif nitelikteki değişiklikler bile sözleşmenin sona erdirilmesini gerektirecektir<sup>731</sup>.

### **C) Rıza Yokluğu Teorisi**

Ifanın engellenmesinden söz edilebilmesi için Lord Radcliffe tarafından *Davis Contractors* kararında belirtildiği gibi borçlunun borcunun tarafların başlangıçta kararlaştırmış olduklarından tamamen farklı bir nitelik kazanmış olması gerekir<sup>732</sup>. Roma hukukunda bu durum, *non haec in foderā veni* olarak ifade edilirdi; yani, bu borç, benim borçlandığım borç değildir<sup>733</sup>. Bu da engellenme doktrininin temelinde, borçlunun bu değişime rızasının olmamasının yattığını gösterir. Rıza yokluğu teorisi, borçlunun borcunu ifa etme hususundaki rızasının, ifanın belirli bir sınırına kadar olduğuna, bu sınırın aşılması halinde ise rızanın olmaması nedeniyle ifanın engellendiği görüşüne dayanır<sup>734</sup>. Bazen bu teoriye farklı adlar da verilmektedir. Örneğin, *Krell v. Henry* kararında sözleşmenin dayanağının yok olması<sup>735</sup> olarak ifade edilmiştir. *Great Peace Shipping Ltd v. Tsavlis (International) Ltd.* kararında ‘borcun tamamen değişmesi’, kavramını anlatmak için ‘ifanın imkânsız hâle gelmesi’ ifadesi kullanılmıştır<sup>736</sup>.

<sup>729</sup> CHEN-WISHART, s. 293

<sup>730</sup> CHEN-WISHART, s. 292

<sup>731</sup> CHEN-WISHART, s. 293

<sup>732</sup> ADAMS/ BROWNSWORD, Understanding Contract Law, s. 138-9

<sup>733</sup> KULL, Andrew, ‘Mistake, Frustration, and the Windfall Principle of Contract Remedies’ 43 Hastings L. J. 1 (1991-1992, s. 39; DOBSON, s. 176; CHEN-WISHART, s. 293; FURMSTON, s. 726

<sup>734</sup> CHEN-WISHART, s. 294

<sup>735</sup> CHEN-WISHART, s. 294; FURMSTON, s. 723

<sup>736</sup> CHEN-WISHART, s. 294

## 4. İfanın Engellenmesi Hâlinin Uygulamadaki Görünümleri

### A) İmkânsızlık

Engellenme doktrininin ortaya konulmasının temel dayanaklarından birini, borcun ifasının imkansızlaştığı *Taylor ve Caldwell* davası oluşturur. Bu davada edim konusu şeyin telef olması söz konusudur<sup>737</sup>. Şahsi bir edim borcunda ölüm, ciddi bir hastalık, yetersizlik ya da kabiliyetsizlik gibi durumlar da imkânsızlık sayılır ve engelleyici durum olarak kabul edilirler. Engellenme doktrini gereği sözleşme bu tür olaylar ortaya çıkınca kendiliğinden sona erer<sup>738</sup>. Örneğin, 1871 tarihli *Robinson v. Davison* davasında bir piyano sanatçısının konser vereceği gün hastalanması sözleşmenin ifasını imkânsız hale getirdiği için sözleşme engellenmiş sayılmıştır. Bu davada piyano sanatçısının sözleşmeyi ihlâl ettiği iddiasıyla tazminat talebinde bulunulmuştur, ancak mahkeme ortada bir sözleşme ihlâli olmadığına, piyano sanatçısının hastalanmasının bir imkânsızlık oluşturduğuna ve sözleşmenin engellendiğine karar vermiştir<sup>739</sup>.

1986 tarihli *Notcutt v. Universal Equipment Co. (London) Ltd.* davasında hizmet sözleşmesinin taraflarından biri olan işçinin kronik bir hastalığa yakalanması ve işini tekrar aynı yeterlilikle yerine getiremeyecek olması durumunda da sözleşmenin engellenme doktrini gereği sona erdiği kabul edilmiştir<sup>740</sup>. Ancak geçici süreli bir hastalık, ifanın engellenmesine sebep olmaz<sup>741</sup>.

1871 tarihli *Whincup v. Hughes* tarihli kararda davacı oğlunu bir saat tamircisinin yanına altı yıllık bir süre çırak olarak çalışması için vermiş ve oğlunun bu öğrenimi için peşinen 25£ ödemiştir. Ancak ilk yılın sonunda saat tamircisi ölmüştür. Profesyonel ve yetenekli bir kişiden eğitim almak için yapılmış olan sözleşme ifanın engellenmesi doktrinine dayanılarak sona erdirilmiştir<sup>742</sup>. Eğer kişisel bir edim söz konusu değilse ölüm ifayı engellemez. Aynı şekilde hastalık da ifanın engellenmesine sebep olmaz, ama eğer 1986 tarihli *Notcutt v. Universal*

<sup>737</sup> DOBSON, s. 175

<sup>738</sup> GRAW, s. 295; TAYLOR, s. 162; ELLIOT/ QUINN, s. 240-241; BEATSON, s. 535; CHEN-WISHART, s. 297-298

<sup>739</sup> ELLIOT/ QUINN, s. 241; FURMSTON, s. 727

<sup>740</sup> KOFFMAN/MACDONALD, s. 539

<sup>741</sup> 1972 tarihli *Marshall v. Harland & Wolff Ltd.* kararı için bkz. DOBSON, s. 178

<sup>742</sup> KULL, s. 30; KOFFMAN/MACDONALD, s. 538; CHEN-WISHART, s. 298

*Equipment Co.* Kararında olduğu gibi eğer bir işçi geçirdiği kalp krizinden dolayı artık bir daha sunduğu hizmeti eskisi gibi yürütemeyecekse o zaman ifanın engellenmesi doktrini gereği sözleşme sona erer<sup>743</sup>.

Özellikle savaş zamanında karşılaşılan bir olay olan sözleşme konusu mallara ya da taşıma araçlarına uzun süreli olarak el konulması da sözleşmenin engellenmesi olarak değerlendirilmiştir<sup>744</sup>.

1980’de İran-İrak savaşının çatışmaları başladığı için altmış kadar gemi, Şattül Arap Nehri’nde mahsur kalmıştır. Başlangıçta mahsur kalan bu gemiler, savaş alanında çıkabilmeleri için kendilerine güvenli bir bölge açılacağı ümidine sahiptiler, ancak aradan bir yıl geçmesine rağmen gemiler limandan ayrılamamışlardır<sup>745</sup>. Bu durumda ifanın engellenmesi nedeniyle sözleşmenin sona erdiği kabul edilmiştir. Gemi sahibinin yabancı ülke hükümeti tarafından limandan ayrılmasına izin verilmemesi de sözleşmenin engellenmesi olarak değerlendirilmiştir<sup>746</sup>.

Bu sayılanlar dışında; tutuklanma<sup>747</sup>, gözaltına alınma, askere çağırılma<sup>748</sup> gibi durumlar da engellenme doktrini gereğince sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine yol açar<sup>749</sup>.

Eğer sözleşmede sözleşmenin ifa yöntemiyle ilgili açık bir hüküm varsa bu yöntemin uygulanmaması da sözleşmenin engellenmesine sebep olur. Örneğin 1901 tarihli *Nickoll & Knight v. Ashton Edridge & Co.* davasında taşıma sözleşmesinin konusunu oluşturan pamuk, Orlando adlı gemiyle İskenderiye’den taşınacaktır. Ancak henüz taşıma işine başlamadan önce Orlando adlı gemi batmıştır. Temyiz mahkemesinin üyelerinin çoğunluğu sözleşmede yer alan taşıma işinin Orlando adlı gemiyle yapılacağı ifadesini bir ‘taahhüt’ olarak kabul etmişler

<sup>743</sup> CHEN-WISHART, s. 298

<sup>744</sup> BEATSON, s. 537

<sup>745</sup> DOBSON, s. 173; BEATSON, s. 538; KOFFMAN/MACDONALD, s. 539

<sup>746</sup> BEATSON, s. 538; KOFFMAN/MACDONALD, s. 539

<sup>747</sup> GRAW, s. 295; ELLIOT/ QUINN, s. 241; CHEN-WISHART, s. 298

<sup>748</sup> FURMSTON, s. 727

<sup>749</sup> GRAW, s. 295

ve bu taahhüdün yerine getirilememesini de sözleşmenin engellenmesi olarak değerlendirmişlerdir<sup>750</sup>.

Ancak, bazen sözleşmelerde ifa yöntemi bir taahhüt olarak yer alsa da sözleşmenin ifasının alternatif bir yöntemle yapılabilmesi de mümkündür ve bu durumda taahhüt edilen yöntemin imkânsızlık nedeniyle uygulanamaması halinde sözleşmenin engellenmesinden söz edilemez. Örneğin 1962 tarihli *Tsakiroglou Co Ltd v. Noblee Thorl GmbH* davasına konu olan olay buna bir örnektir<sup>751</sup>.

Bu davaya konu olan olayda sözleşme konusu olan yer fıstığı CIF teslim şartıyla satım yöntemiyle satılmıştır ve Sudan limanında Hamburg'a taşınması gerekmektedir. Bu güzergâh için normalde Süveyş Kanalı'ndan geçilmesi gerekir. Sözleşme yapıldıktan sonra Süveyş Kanalı kapatılmıştı. Mahkeme Süveyş Kanalı'nın kapatılmasını sözleşmenin engellenmesi olarak değerlendirmemiştir. Çünkü sözleşmede yükün Süveyş Kanalı'ndan taşınması gerektiğine dair açık bir hükme yer verilmemişti. Bu durumda yük, Ümit Burnu'ndan dolaşarak da taşınabilirdi. Yani sözleşmenin esas dayanağı yükün Süveyş Kanalı'ndan geçilerek taşınması değildir. Sözleşmenin esas dayanağı, malın Sudan'dan Hamburg'a taşınmasıdır<sup>752</sup>. Yükün Ümit Burnu'ndan dolaşarak taşınması yolu 2,5 misli uzattığı için navlunun artmasına sebep olacaktı, ama bu artış sözleşmenin esaslı olarak değişmesine neden olacak kadar ciddi bir artış olarak kabul edilmemiştir. Maliyetlerdeki bir artışın sözleşmenin engellenmesi için yeterli sebep oluşturmayacağı belirtilmiştir<sup>753</sup>. Ancak Lordlar Kamarası kararında şunu da belirtmiştir, eğer mal bozulacak nitelikte bir mal olsaydı ya da sözleşmede kesin bir teslim tarihi belirtilmiş olsaydı, o zaman, sözleşmenin engellenmesi söz konusu olurdu<sup>754</sup>.

---

<sup>750</sup> ELLIOT/QUINN, s.241

<sup>751</sup> ELLIOT/QUINN, s. 241

<sup>752</sup> TILLOTSON, John, Contract Law in Perspective, London, 1985, s. 201

<sup>753</sup> TAYLOR, s. 162; BRIDGE, s.11; TODD, Paul, Cases and Materials on International Trade Law, London, 2003, s.189; BEATSON, s. 538; KOFFMAN/MACDONALD, s. 541

<sup>754</sup> TILLOTSON, s. 202; TAYLOR, s. 162; BEATSON, s. 539; CHEN-WISHART, s. 303

Sözleşmenin ifası daha zahmetli ya da beklenenden daha pahalı hale geldiği için sözleşmenin engellenmesinden söz edilemez<sup>755</sup>. Bu duruma örnek olarak 1956 tarihli *Davis Contractors v. Fareham UDC* davası gösterilebilir: Bu davaya konu olan olayda bir inşaat firması olan Davis, yerel idare için 78 adet ev yapmayı taahhüt etmiştir. Bu işin sekiz ayda tamamlanması ve 94.000£ mal olması kararlaştırılmıştır. Ancak işçi bulmaktaki güçlük nedeniyle inşaat ancak 22 ayda tamamlanabilmiştir ve müteahhide 21.000£ daha fazlaya mal olmuştur. Yerel yönetim inşaatların bedeli olarak sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödemekle yetinmek istemiştir, buna karşılık müteahhit de 21.000£ daha talep etmektedir; ancak yerel yönetim bunu ödemeyi kabul etmemiştir. Müteahhit Davis, *quantum meruit*<sup>756</sup> esasından yararlanarak aradaki bu maliyet farkını elde edebilmek düşüncesiyle mahkemeye giderek sözleşmenin engellendiği iddiasında bulunmuştur. Davis, işçi sıkıntısı nedeniyle yaşanan durumun sözleşmenin ifasını başlangıçta kararlaştırıldan tamamen farklı kıldığı gerekçesine dayanarak sözleşmenin engellendiğini iddia etmiştir<sup>757</sup>.

Lordlar Kamarası'nın kararı şöyledir: İşçi bulmakta güçlük çekilmesi bir inşaat sözleşmesinin ifası sırasında karşılaşılabilecek türden bir olaydır. Bu olay, sözleşmenin başlangıçta düşünülenenden tamamen farklı (radically different) nitelik kazanması anlamına gelmez. Söz konusu sözleşmenin konusu ev inşasıdır ve evler inşa edilmiştir. Sözleşme sırasında ortaya çıkan sıkıntılar müteahhidin borcunu daha ağır bir hale getirmiştir, ancak müteahhitten beklenenlerin niteliğini değiştirmemiştir. Bu nedenle sözleşmenin engellenmesinden söz edilemez.<sup>758</sup>

Lord Radcliffe'in de belirttiği gibi; beklenmeyen durum, ya da maddi bir kayıp ya da ifanın zahmetli hale gelmesi sözleşmenin engellenmesi doktrininin

---

<sup>755</sup> DOBSON, s. 171; BEATSON, s. 547; ELLIOT/ QUINN, s. 242

<sup>756</sup> Hak edilen değer, GIFIS, Steven, H., Barron's Legal Guides Law Dictionary, New York, 2003bu kavrama dayanarak ödeme yapılan başka yargı kararları için bkz. DUXBURY, s. 91

<sup>757</sup> ELLIOT/ QUINN, s. 242

<sup>758</sup> TILLOTSON, s. 201; ELLIOT/ QUINN, s. 242; KOFFMAN/ MACDONALD, s. 534 Bu davada hakemler, fiyatın değişen durumlar nedeniyle arttırılabileceğini belirtmişler, ama mahkeme hakemlerin bu kararı reddetmiştir. Mahkeme bu kararı vevrirken tarafların yapmış oldukları sözleşmede bir sabit fiyat belirlediklerini ve bunun dışında sözleşmelerinde fiyat ayarlaması ile ilgili herhangi bir şarta yer vermemiş olmalarına dikkat çekmiştir. Bu kararda karar verirken hakemlerin tarafların beklentilerine mahkemelerden daha çok önem verdikleri görülmektedir, COLLINS, s. 164



uygulanması için yeterli olmaz. Bunların yanı sıra borcun anlamı( önemi) değişmelidir, yani eğer bu borç ifa edilirse, sözleşmede kararlaştırıldan farklı bir borç ifa edilmiş olmalıdır<sup>759</sup>.

Enflasyon nedeniyle para değerindeki düşme ya da yabancı para borçlarında devalüasyon nedeniyle yaşanan değer kaybı sözleşmenin engellenmesine sebep olmaz, bu tür risklere karşı borçlunun, basiretli davranarak sözleşmeye koyacağı bir şartla kendisini garantiye alması mümkündür<sup>760</sup>.

### **B) İfanın Bir Kıymetinin Kalmaması (Amacın Engellenmesi)**

Engellenme doktrininin bir diğer temel dayanağı da 1903 tarihli *Krell v. Henry* davasında verilen karardır. *Krell* ve *Henry* davasında sözleşme yapıldıktan sonra şartlarda meydana gelen değişiklikler nedeniyle borcun ifası faydasız hale gelmiştir<sup>761</sup>. Bu durumun Roma Hukukun'da '*non haec in foedera veni*' olarak adlandırıldığını görmüştük<sup>762</sup>. 'Borçlandığım şey, bu, değildi' diye ifade edilebilecek olan bu kavram, borçlunun borcunun sözleşme yapıldığı zamankinden çok farklı bir hâl alması hâlini ifade etmek için de kullanılır. Bu durumda da ifanın engellenme doktrini gereği borcunu yerine getiremeyen borçlu, sorumluluktan kurtulur<sup>763</sup>. Bu dava, sorumluluktan kurtulmak için mutlaka bir imkânsızlığa dayanma gereğini ortadan kaldırmış daha liberal bir anlayışı getirmiştir. İfada bulunmama durumunda sorumluluktan kurtulmanın şartlarını daha hafifletmiş ve imkânsızlık dışında elde edilecek değer için bir kıymetinin kalmaması durumunda da borçluyu, borcunu yerine getirememiş olmaktan sorumlu tutmamıştır<sup>764</sup>.

*Krell v. Henry* davasına konu olan olayda, VII. Edward'ın Taç giyme törenini izlemek için Henry *Krell*'in tören yerini gören dairelerinden birini kiralamış ve 25 Paund depozit vermiştir. Kralın hastalanması nedeniyle tören ertelenmiştir. *Krell* odanın kirasını talep etmiş, Henry de ödemek istememiştir. *Krell*, kira

<sup>759</sup> ELLIOT/ QUINN, s. 242; ADAMS, John/BROWNSWORD, Roger; Understanding Contract Law, IV.ed., London, 2004, s. 138-139

<sup>760</sup> WHINCUP, Michael, H, Contract Law and Practice, the English System and Continental Comparisons, The Hague, 2001, 303

<sup>761</sup> GRAW, s. 294; TREITEL, s.56

<sup>762</sup> GRAW, s. 294; HERMANN, s. 39;

<sup>763</sup> CHEN-WISHART, s. 293

<sup>764</sup> KULL, s. 23

parasının kendisine ödenmesi için dava açmıştır. Mahkeme davayı reddetmiştir. Mahkemenin gerekçesi şöyledir: Her ne kadar yazılı olarak sözleşme de yer almasa da, her iki taraf da yapılan bu kira sözleşmesinin Taç giyme törenini izlemek için yapıldığını bilmekteydi<sup>765</sup>. Taç giyme törenini izlemek bu sözleşmenin kuruluş amacıydı,<sup>766</sup> dayandığı temeldi (basis of contract)<sup>767</sup>. Taç giyme töreni ertelendikten sonra odanın fiziki olarak kullanılması halen mümkün olsa da artık bunda Henry'nin bir menfaati yoktu. Kralın hastalanması nedeniyle bu sözleşmeyle elde edilmek istenen amaç imkansızlaştığı için, sözleşmenin, engellenme doktrini gereğince kendiliğinden sona ermesi gerekir<sup>768</sup>.

*Herne Bay Steams Boat co. v. Hutton* davasında ise töreni izlemek için nehirdeki bir tekne kiralanmıştır. Amaç hem töreni izlemek hem de nehirde gezinti yapmaktır. Tören ertelenince ifanın engellendiği iddia edilmiştir. Mahkeme bu iddiayı reddetmiştir. Mahkeme törenin ertelenmesine rağmen nehirde gezinti yapmanın hâla mümkün olduğunu belirtmiştir<sup>769</sup>.

Burada ortaya çıkan durum başka bir şekilde şöyle de ifade edilebilir: Şartlar o kadar değişmiştir ki; artık bu sözleşme başlangıçta tarafların kararlaştırdıklarından tamamen farklı bir sözleşmedir<sup>770</sup>. Başlangıçta yapılan sözleşmenin bu değişen şartları da kapsayabileceği söylenemez<sup>771</sup>.

Ancak burada şu noktanın gözden kaçırılmaması gerekir: Eğer yapılan sözleşme başlangıçta düşünülen kadar kârlı olmayacaksa sırf bu gerekçeye dayanarak sözleşmenin engellendiğinden (frustrated) söz edilemez<sup>772</sup>.

### ***C) Sonradan Ortaya Çıkan Kanunsuzluk***

Bir sözleşme yapıldıktan sonra yeni bir kanun çıkarılırsa ya da mevcut kanunda değişiklik yapılırsa ya da sonradan meydana gelen olay nedeniyle kanunun

---

<sup>765</sup> GRAW, s. 297;

<sup>766</sup> ELLIOT/ QUINN, s. 243

<sup>767</sup> TILLOTSON, s.201

<sup>768</sup> GRAW, s. 297; KULL, , s.23; TREITEL,s. 56

<sup>769</sup> TILLOTSON, s. 201 CHEN-WISHART, s.. 304; FURMSTON, s. 728

<sup>770</sup> HERMANN, s. 39; ELLIOT/ QUINN, s. 242

<sup>771</sup> WALTER, s. 232

<sup>772</sup> TILLOTSON, s. 200; ELLIOT/ QUINN, s. 242

uygulanmasında bir değişiklik olursa o zaman ifanın sonradan ortaya çıkan kanunsuzluk nedeniyle engellenmesi söz konusu olur<sup>773</sup>. Örneğin; sözleşme yapıldıktan sonra bu sözleşmenin ifasında gereken ruhsatların niteliklerini değiştiren bir kanun çıkması ya da belirli mallara ihracat ya da ithalat yasağı getirilmesi durumlarında olduğu gibi<sup>774</sup>. Yönetimin hukuka aykırı bir eylemi vasıtasıyla da sözleşmenin taraflarının durumları etkilenebilir, bu da sonradan ortaya çıkan kanunsuzluk olarak değerlendirilir<sup>775</sup>.

Bu durumun en sık örneği savaş zamanlarında görölmektedir. Birinci ve İkinci Dünya Savaşı'ndan kısa süre önce yapılan bir çok sözleşme savaş çıktıktan sonra düşmanla ticaret yapmak yasak olduğu için sonradan ortaya çıkan kanunsuzluk gereği engellenmiştir<sup>776</sup>. Bu durumu açıklayan bir örnek olarak Fibrosa Davası gösterilebilir. Bu davaya konu olan olayda İngiliz satıcı ile Polonyalı alıcı arasında bir satım sözleşmesi yapılmıştır. Satım sözleşmesinin konusunu oluşturan makineler sözleşmenin karşı tarafı olan Polonya'ya gönderilecektir, ancak malların varma limanının düşman tarafından işgal edilmesi nedeniyle sözleşme sonradan ortaya çıkan kanunsuzluk nedeniyle engellenmiştir<sup>777</sup>. Düşmanla ticaret yapmak kamu düzenine aykırı sayılacağından sözleşmenin engellenme doktrini gereği sona ermesi gerekir<sup>778</sup>.

Başka bir olayda ise; İngiliz alıcı Polonya'lı satıcıdan şeker satın almak için bir sözleşme yapmıştır. Taraflar, İşlenmiş şeker Birliği (Refined Sugar Association) standart sözleşmesini kullanmışlardır ve bu sözleşmede bir mücbir sebep şartı yer almaktadır. Bu şarta göre; 'devlet müdahaleleri', sözleşmenin sona erdirilmesi için geçerli bir sebep sayılmaktaydı. 1974 yılının Mayıs ve Temmuz aylarında yapılan sözleşmeye göre; Kasım ve Aralık aylarında mal teslim edilecekti. Ağustos ayında yağan şiddetli yağmur deneniyle şeker hasadının çok düşük olmasını gerekçe göstererek 5 Kasım'da Polonya hükümeti, şeker ihracatını yasaklamıştır.

---

<sup>773</sup> DOBSON, s. 174; BEATSON, s. 540

<sup>774</sup> KOFFMAN/MACDONALD, s. 536

<sup>775</sup> McINNIS, s. 145

<sup>776</sup> TAYLOR, s. 161; BEATSON, s. 540; ELLIOT/ QUINN, s. 242

<sup>777</sup> BEATSON, s. 540; ELLIOT/ QUINN, s. 242; bu dava aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

<sup>778</sup> KOFFMAN/MACDONALD, s. 536

Satıcının malları gönderememesi üzerine tahkime gidilmiş ve tahkimde, olaydaki devlet müdahalesi ifayı engelleyici bir sebep olarak değerlendirip sözleşmenin sona erdiğine karar verilmiştir<sup>779</sup>.

Kanunlarda sonradan meydana gelen bu değişikliğin sözleşmeyi kökten sarsacak nitelikte olması gerekmektedir. Sözleşmenin sadece ertelenmesine ya da kısmen engellenmesine neden olan olaylar sözleşmenin engellenme doktrinine dayanılarak sona erdirilmesi için yeterli değildir<sup>780</sup>.

Örneğin *Cricklewood Property & Investment Trust Ltd. v. Leighton Investment Ltd.* davasına konu olayda alışveriş merkezi yapılmak üzere 99 yıllığına bir arsa kiralanmıştır. 1939'da II. Dünya savaşı çıkınca inşaat malzemesi bulmak güçleşmiş ve arsanın inşaatı yapılamamıştır. Arsanın üzerine binanın yapılması sözleşme şartlarından biri olduğu ve henüz yerine getirilemediği için sözleşmenin engellenme doktrinine dayanılarak sona ermesi gerektiği iddia edilmiştir. Ancak mahkeme, yapılan sözleşmenin uzun dönemli bir sözleşme olduğuna ve kalan süresinin 90 yıl olduğunu belirterek sözleşmenin bu süre boyunca devam etmesine karar vermiştir<sup>781</sup>.

1942 tarihli *Cornelius v. Banque Franco-Serbe* davasında söz konusu olan uyuşmazlık çekle ödemelerde sonradan ortaya çıkan kanunsuzlukla ilgilidir. Hollanda'daki bir banka üzerine çekilen bir çekin ödenmesi istenmektedir, ancak Hollanda'nın bu tarihte düşman işgali altında olmasının sözleşmenin engellenmesine sebep olup olmayacağı konusu tartışılmıştır. Ancak bu durumun engellenme doktrini gereği sözleşmenin sona erdirilmesi için tek başına geçerli bir sebep olmayacağına karar verilmiştir<sup>782</sup>.

---

<sup>779</sup> DOBSON, s. 174-175

<sup>780</sup> BEATSON, s. 540

<sup>781</sup> BEATSON, s. 540; KOFFMAN/MACDONALD, s. 536

<sup>782</sup> BEATSON, s. 540

## 5. Common Law'da İfanın Engellenmesi Doktrininin Sonuçları

### A) Sözleşmenin Geleceğe Etkili Olarak Kendiliğinden Sona Ermesi

Engellenme doktrinine göre; engelleyici olay meydana gelir gelmez sözleşme geleceğe etkili olarak kendiliğinden sona erer<sup>783</sup>. Sözleşmenin karşı tarafının sözleşmeyi sona erdirmek için bildirimde bulunması ya da başka bir davranışta bulunmasına gerek yoktur<sup>784</sup>. Sözleşme baştan beri geçersiz sayılmaz<sup>785</sup>. Artık bundan sonra taraflardan hiçbiri ifaya zorlanamaz<sup>786</sup>. Ancak, sözleşme engelleyici durum ortaya çıktıktan sonra sona erdiği için o zamana kadar tarafların elde ettikleri haklardan yararlanmaları mümkündür. Bunun yanı sıra; taraflar o ana kadar doğmuş olan borçlarını da yerine getirmek zorundadırlar<sup>787</sup>.

### B) Sözleşme Sona Ermeden Önce Muaccel Olan Borçların Ödenmesi

Bu durumu açıklayan örneklerden biri 1904 tarihli *Chandler v. Webster* davasıdır. Davaya konu olayda Chandler, VII. Edward'ın taç giyme törenini izlemek için Webster'in dairelerinden birini kiralamıştır. Tarafların aralarında yaptıkları sözleşmeye göre kira ücreti olan 141 Paund'un derhal ödenmesi gerekmektedir. Ancak Chandler, kira ücretinin 100 Paund'unu ödemiş ve Webster'a 41 Paund borçlu kalmıştır. Kralın hastalanması nedeniyle tören yapılamayınca sözleşme engellenme doktrini gereği kendiliğinden sona ermiştir. Chandler, ödemiş olduğu 100 Paund'un kendisine iade edilmesi için açtığı davayı kaybetmiştir. Mahkemenin gerekçesi şöyledir: Sözleşme, kralın hastalanması üzerine engellenmiş ve bu andan itibaren sona ermiştir. Oysa kira ücreti, kralın hastalanmasından, yani sözleşmenin sona ermesinden önce doğan ve ödenmesi gereken bir borçtur. Bu nedenle 141 Paund'un tamamının Webster'a ödenmesi gerekir<sup>788</sup>. Burada da görülmektedir ki herhangi bir menfaat elde edememesine

<sup>783</sup> GRAW, s.300; DUXBURY, s. 85; McKENDRICK, s. 38 ; BEATSON, s. 553; ELLIOT/ QUINN, s. 245; KOFFMAN/ MACDONALD, s. 547; CHUAH, s. 152; CHEN-WISHART, s. 312; FURMSTON, s. 737

<sup>784</sup> DOBSON, s. 177

<sup>785</sup> DUXBURY, s. 85; BEATSON, s. 556; ELLIOT/ QUINN, s. 245; KOFFMAN/MACDONALD, s. 547

<sup>786</sup> GRAW, s. 300; DUXBURY, s. 92; BEATSON, s. 556; ELLIOT/ QUINN, s. 245

<sup>787</sup> GRAW, s. 300; KOFFMAN/ MACDONALD, s. 548; FURMSTON, s. 739

<sup>788</sup> McKENDRICK, s. 53; BEATSON, s. 556; KOFFMAN/MACDONALD, s. 548; TREITEL s. 590; UPEX/BENNETT, s. 264;

rağmen kiracı kiralayana kira ücretinin tamamını ödemek zorunda kalmıştır. Yani sözleşmenin engellenme doktrinine dayanılarak sona erdirilmiş olması kiracıya bir yarar sağlamamıştır<sup>789</sup>.

### ***C) Sözleşme Sona Erdiğinde Henüz Muaccel Hâle Gelmemiş Olan Borçların Ödenmemesi***

Taç giyme davalarından bir diğeri olan *Krell v. Henry* davasında taraflar oda ücreti olarak 75 Paund ödenmesini kararlaştırmışlardır. Henry kira bedelinin 25 Paund'unu 20 Haziran'da ödemiş ve kalan tutarın da 24 Haziran'da ödeneceği kararlaştırılmıştır. Ancak 24 Haziran günü Taç giyme töreninin ertelendiği ilan edilmiştir. Odanın sahibi Krell kalan 50 Paund'un da kendisine ödenmesi için dava açmıştır. Mahkeme davayı reddetmiştir. Mahkemenin gerekçesi şöyledir: Tarafların yapmış oldukları sözleşme Taç giyme töreninin ertelenme ilanının yapıldığı tarih olan 24 Haziran'da sona ermiştir. Sözleşme sona erdiği için de 24 Haziran tarihi itibarıyla Krell'in talep ettiği 50 Paund'luk kalan kira ücreti üzerinde kazanılmış bir hakkı yoktur. Ancak Henry ödemiş olduğu 25 Paund'u geri alamamıştır, çünkü bu meblağ, sözleşme sona ermeden önce ödenmiştir<sup>790</sup>.

Bu iki davaya bakıldığında sözleşme engellenme doktrinine dayanarak sona erdirildiğinde kiracıların her ikisinin de elde ettikleri bir menfaat olmamasına rağmen kirâ bedelinin tahsili hususunda iki farklı çözüm benimsendiği ve bu nedenle sonuçları itibarıyla bu doktrinin adil bir çözüm getirmediği görülmektedir<sup>791</sup>.

### **III. İfanın Engellenmesi Doktrininin Dengesiz Risk Dağılımını Ortadan Kaldıran Gelişmeler**

İngiltere'de Common Law'da sözleşmeden doğan borçlardan mutlak sorumluluk prensibinin katı kuralları yukarıda incelediğimiz *Taylor v. Caldwell* kararı ve ardından başka kararlarla yumuşatılmaya çalışılmıştır. Common Law'da engellenme doktrini İngiliz mahkemelerinin sözleşmeden doğan sorumluluğun sınırlarını biraz daha azaltan bu kararlarıyla yerleşmiştir. Ancak, yukarıda verilen örneklerden de anlaşıldığı üzere; engellenme doktrinine dayanılarak verilen

<sup>789</sup> McKENDRICK, s. 53; TAYLOR, s. 167

<sup>790</sup> UPEX/BENNETT, s. 264;

<sup>791</sup> TAYLOR, s. 168

kararların da her zaman adil olmadıkları ve taraflar arasında dengeli bir risk dağılımı yapamadığı görülmektedir. İngiliz Hukuk Revizyonu Komisyonu ( The Law Revision Committee) 1939'da engellenme doktrininin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak için bir çalışma yapmıştır. Bu çalışmanın sonuçlarını içeren rapor yayınlanmadan önce ise yargıya intikal eden bir uyuşmazlıkta engellenme doktrininin olumsuz sonuçları biraz olsun törpülenerek karara bağlanmıştır<sup>792</sup>.

## **1. Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour Ltd. Kararı**

*Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbairn Lawson Combe Barbour LTD* davasında Fibrosa, Polonyalı bir firmadır. İngiliz firması Fairbairn, Fibrosa firmasına 4.800 Paund değerinde makineler yapmayı kabul etmiş ve aralarında bir sözleşme yapılmıştır. Makinelerin toplam değeri 4.800 Paund'dur ve bu bedelin 1.000 Paund'u sözleşme yapıldıktan hemen sonra ödenmiştir. Sözleşme yapıldıktan sonra İkinci Dünya Savaşı çıkmıştır ve makinelerin Polonya'da teslim edileceği şehir Almanlar tarafından işgal edilmiştir. Düşmanla iş yapmanın yasak olması, sonradan ortaya çıkan bir kanunsuzluk durumu oluşturduğundan engellenme doktrinine dayanarak sözleşme sona ermiştir<sup>793</sup>. Polonyalı şirket Fibrosa ödemiş olduğu 1.000 Paund'u geri almak için bir dava açmış ve bu davayı kazanmıştır. Mahkemenin gerekçesi şöyledir: Bu para Fibrosa'ya iade edilmelidir çünkü, Fibrosa ödediği bu bedel karşılığında hiçbir şey elde etmemiştir. Tasavvurlarda tümünden bir hata söz konusudur. Eğer ortada bir ifa yoksa (ki olayda makineler teslim edilememiştir) tasavvur edilende tümünden bir hata olmuş demektir )<sup>794</sup>. Mahkeme ayrıca şunu da belirtme gereği duymuştur, eğer ödenen bedel karşılığı küçük de olsa bir menfaat sağlanmışsa borcun tamamı ifa edilmemiş olsa da ödenen bedel iade edilmez. Bu durumda sözleşme yapılıncaya ödemeyi peşin yapan alacaklılar bunun karşılığında eğer küçük bir menfaat elde etmişlerse artık ödedikleri bedelin tamamı karşı tarafta kalır ve bu paranın iadesini isteyemezler<sup>795</sup>. Bir diğer olumsuz sonuç

<sup>792</sup> KOFFMAN/MACDONALD, s. 549

<sup>793</sup> TILLOTSON, s. 203; McKENDRICK, s. 54; ELLIOT/QUINN, s. 245; TREITEL, s. 591-592; UPEX/BENNETT, s. 265

<sup>794</sup> KULL, s. 34-35; DOBSON, s. 179; ELLIOT/ QUINN, s. 245; TREITEL, s. 591-592; UPEX/ BENNETT, s. 265; CHUAH, s. 154

<sup>795</sup> TAYLOR, s. 168; BEATSON, s. 557, ELLIOT/QUINN, s. 245-246; FURMSTON, s. 740

da şudur: Sözleşme yapıldıktan sonra peşin olarak ödenen ücreti alarak bu parayı sözleşmenin konusunu oluşturan malların üretimi için finansman olarak kullanan taraf Fibrosa davasında olduğu gibi tasavvur edilende tümünden bir hatanın söz konusu olması nedeniyle ifanın engellenmesi halinde henüz aldığı bedel karşılığı hiçbir mal teslim etmemiş olduğu için aldığı bedeli iade edecektir, fakat bu sefer de yaptığı masraflar kadar zarara uğramış olacaktır<sup>796</sup>.

Görülüyor ki Common Law'da engellenme doktrinine dayalı olarak sözleşmenin sona ermesi durumunda önceden karşı tarafa ödenenin iadesi konusu biraz keyfîlik göstermektedir. Bu konuda adil bir çözüme ulaşılması şansa kalmıştır. Şöyle ki eğer sözleşme engellenme doktrinine dayanılarak sona erdirilmeden önce bir ön ödeme yapılmışsa bu ön ödemenin karşılığında da karşı taraf ediminin bir kısmını yerine getirmişse ve elde edilen bu menfaatin değeri de büyük bir şans eseri yapılan ön ödemeye denk geliyorsa o zaman adalet sağlanmış olur<sup>797</sup>.

## **2. İfanın Engellenmesi ile İlgili Hukukî Reform Kanunu (The Law Reform 'Frustrated Contracts' Act)**

İngiliz Hukuku ifanın engellenmesi doktrininin uygulanmasının ortaya çıkardığı bu olumsuzlukları içtihatlar yoluyla ortadan kaldıramamıştır. Fibrosa Davasında bile bu haksız sonuçlar tamamen giderilememiştir. Örneğin, İngiliz firması Polonyalı firmanın sözleşme yapıldıktan sonra fakat mallar teslim edilmeden önce kendisine ödediği 1000 Paund'u sonradan ortaya çıkan olay nedeniyle sözleşme engellenme doktrini gereği sona erince iade etmiştir. Ancak kendisinin bu makineleri üretmek için yaptığı masrafları tazminat yoluyla Polonyalı firmadan talep edememiştir<sup>798</sup>.

Engellenme Doktrininin bu olumsuz sonuçlarını sona erdirmek için yazılı hukuk (Statutory Law) dan yardım alma ihtiyacı doğmuştur. 1943 yılında

<sup>796</sup> BEATSON, s. 557; ELLIOT/ QUINN, s. 245-246; FURMSTON, s. 740

<sup>797</sup> TAYLOR, s. 168

<sup>798</sup> KOFFMAN/ MACDONALD, s. 550



engellenme doktrini ile ilgili bir kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanuna Hukuki Reform Kanunu (The Law Reform (Frustrated Contracts) Act) adı verilmiştir<sup>799</sup>.

Taraflar, ifanın engellenmesi doktrinine dayanarak sözleşme tam olarak ifa edilebilseydi mağdur olan tarafın sahip olacağı finansal durumun sağlanmasını talep ederler.

Bu kanun sadece engellenmenin sonuçlarını düzenlemiştir. Engellenmenin tanımıyla ya da bir sözleşmenin ne zaman engellenmiş olacağı sorunuyla ilgili bir düzenleme getirmemiştir. Bu kanunun dayandığı temel prensip sözleşmenin her iki tarafının da sebepsiz zenginleşmelerine izin vermemektir<sup>800</sup>. Bu kanunun asıl amacı engelleyici olay nedeniyle ortaya çıkan zararın taraflar arasındaki paylaşımını düzenlemek değildir. Hatta bu kanunun zararın paylaşımı konusunda düzenlemeler içermemesi eleştiri konusu olmuştur<sup>801</sup>.

Kanunda dört esaslı düzenleme bulunmaktadır<sup>802</sup>. Bunlar şu şekilde incelenebilir:

### ***A) Parasal Menfaatlerin İadesiyle İlgili Düzenlemeler***

#### **a) Yapılan Ödemelerin İadesi**

Bu kanun Fibrosa davasında verilen kararı daha da genişletmiştir. Bu düzenlemeye göre; engelleyici olay meydana gelmeden ve sözleşme sona ermeden önce ödenen paralar, tasavvur edilenlerde tümünden değil de kısmen bir hata bile olsa geri ödenecektir<sup>803</sup>. Engelleyici olay meydana gelmeden önce muaccel olmuş (due payable) ama henüz ödenmemiş paraların engelleyici olay meydana geldikten sonra artık ödenmelerine gerek yoktur<sup>804</sup>.

<sup>799</sup> MCKENDRICK, s. 56-57; ELLIOT/ QUINN, s. 246; UPEX/ BENNETT, s. 264-265; GOODE, Roy, Commercial Law, III. Ed., London, 2004, s. 262

<sup>800</sup> BEATSON, 558; KOFFMAN/MACDONALD, s. 550

<sup>801</sup> BEATSON, s. 558

<sup>802</sup> ELLIOT/ QUINN, s. 246; UPEX/BENNETT, s.265

<sup>803</sup> UPEX/ BENNETT, s. 265; FURMSTON, s. 741

<sup>804</sup> BETASON, s. 558; TREITEL, s. 595; UPEX/ BENNETT, s. 265

Mahkemenin, sözleşme sona ermeden önce ödenmiş olan bir borcun geri ödenip ödenmemesi konusunda bir takdir hakkı yoktur, ödenen bedelin iadesine karar vermek zorundadır, ama yapılan masrafların iade bedelinden düşülmesi konusunda bir takdir hakkı vardır<sup>805</sup>.

#### **b) Yapılan Harcamaların Durumu**

Sözleşmeden dolayı harcama yapmış olan tarafın bu masrafları, engelleyici olay meydana gelmeden önce kendisine ödenen ya da ödenmemiş ama muaccel olmuş olan alacağından karşılanır<sup>806</sup>. Ancak Engelleyici olay meydana gelmeden önce kendisine ödenmiş ya da vadesi gelmiş herhangi bir alacağı yoksa, o zaman masrafları karşılanamaz<sup>807</sup>. Eğer yapılan masrafların tutarı ödenen bedelden fazlaysa aradaki bu fark da karşı taraftan istenemez<sup>808</sup>. Ön ödemeli sözleşmelerde engelleyici durum meydana gelmeden önce ödenen bu para ile sözleşmenin konusu olan borcun ifasına yönelik harcamalar yapılmışsa bu harcamaların tamamının iadesi gereken bu ön ödemeden düşülmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Yapılan masrafların yarı yarıya taraflar arasında bölünmesi gerektiğini iddia edenler de vardır, ancak Kanun'un bu konuda kesin bir düzenleme getirmemiş olması büyük bir eksiklik olarak değerlendirilmektedir<sup>809</sup>.

Masrafların iade edilecek bedelden düşülmesi hususunda *Common Law*'daki boşluğun 1943 tarihli Reform Kanununun 1(2) nci maddesiyle de tatminkâr biçimde doldurulmadığına yönelik eleştiriler yapılmaktadır<sup>810</sup>.

1995 tarihli *Gamerco SA v. ICM/ Fair Warning (Agency) Ltd.* davasında bu maddenin uygulanışıyla varılan çözüm nispeten daha az eleştiri almıştır. Söz konusu davaya konu olayda, Guns N'Roses<sup>811</sup> adlı pop grubu 1992 yılında Madrid'de bir stadyumda konser vermek üzere bir organizatör şirketle sözleşme yapmıştır. Bu konserin grubun Avrupa turnesi kapsamında gerçekleştirilmesi

---

<sup>805</sup> ELLIOT/QUINN, s. 246

<sup>806</sup> BEATSON, s. 559; ELLIOT/ QUINN, s. 246-247, KOFFMAN/MACDONALD, s. 551; UPEX/ BENNET, s. 265

<sup>807</sup> UPEX/ BENNETT, s. 265

<sup>808</sup> BEATSON, s. 559

<sup>809</sup> McKENDRICK, s. 56

<sup>810</sup> KOFFMAN/MACDONALD, s. 552

<sup>811</sup> TAYLOR, s. 169

kararlaştırılmıştır. Konser tarihinden kısa bir süre önce, fakat sözleşme yapıldıktan sonra mühendisler, bu stadyumun konser için güvenli olmayacağını tespit etmişlerdir. Bunun üzerine stadyumun konser için kullanımı mahalli idarece yasaklanmıştır. Ardından organizatör şirketin konser için almış olduğu izin iptal edilmiştir. Organizatör şirket, kalan kısa süre içerisinde konserin verilebileceği başka bir yer bulamamış, bu yüzden konser iptal edilmiştir. Organizatör şirket, sözleşme yapıldığında konseri verecek olan Guns N'Roses grubuna 412.500\$ ödemiştir. Sözleşmenin her iki tarafı da konser için bir miktar masraf yapmışlardır. Organizatör şirket, Hukukî Reform Kanunu'nun 1 (2) nci maddesine dayanarak ödemiş olduğu bu bedelin iadesini ister. Guns N'Roses grubu ise, organizatör şirketin konserin verilebilmesi için gerekli izinleri alamamış olmasının sözleşmenin ihlâli anlamına geldiğini ileri sürerek organizatör şirkete karşı dava açmıştır. Davaya bakan mahkeme stadyumun güvenli olmamasına bağlı olarak burada konser verilmesinin yasaklanmasını sözleşmeyi, engellenme doktrini gereği sona erdirdiğine karar vermiştir. Mahkeme, Guns N'Roses grubunun açtığı karşılık davayı reddetmiştir. Çünkü organizatör şirketin konser için bir kez ilgili makamlardan izin almasının yeterli olduğuna bu iznin geçerliliğini koruma borcu olmadığını belirtmiştir. Mahkeme organizatör şirketin talebini haklı bulmuş ve Guns N'Roses grubunun yapmış olduğu masraflarla ilgili herhangi bir indirim yapmadan 412.500 \$'ın tamamının organizatör şirkete iade edilmesine karar vermiştir. Mahkeme iade edilecek bu bedelden grubun masraflarına binaen herhangi bir indirim yapılmamasının adalete daha uygun olduğuna karar vermiştir. Bu kararın verilmesinde Guns N'Roses grubunun yapmış olduğu masrafları ispatlayamamış olması etkili olmuştur<sup>812</sup>.

### ***B) Para Dışında Elde Edilen Diğer Menfaatler***

Engelleyici olay nedeniyle sözleşme sona ermeden önce taraflardan biri, bir menfaat elde etmişse bunun karşılığı talep edilebilir<sup>813</sup>. Sözleşme sona ermeden önce herhangi bir ödeme yapılmış olmasının ya da bir alacağın muaccel hale gelmesinin bu duruma bir etkisi yoktur<sup>814</sup>.

<sup>812</sup> KOFFMAN/MACDONALD, s. 552

<sup>813</sup> BEATSON, s. 560; TREITEL, s. 601; UPEX/ BENNETT, s. 266

<sup>814</sup> UPEX/ BENNETT, s. 266

Bu menfaatlerin karşılanması için mahkemenin iki aşamalı bir tespit yapması gerekir. Birincisi uyumsuzluk konusu olaydaki ‘menfaat’i nelerin oluşturduğunu tespit etmesi gerekir. Örneğin bir eser sözleşmesinde üretilen mallar karşı tarafa teslim edilmişse, o zaman karşı tarafın elde ettiği menfaat bu malın satım değeridir. Bir taşıma sözleşmesinde malların taşınması ya da bir bahçıvanın bahçe bakımını yapması ve fakat henüz kendisine bir ödeme yapılmadan sözleşmenin engellenmesi halinde de sözleşmenin karşı tarafının yararlandığı bu hizmetler de bir ‘menfaat’ olarak değerlendirilir<sup>815</sup>. Ancak Kanun’da açıkça nelerin menfaat olarak nitelendirilebileceği belirtilmemiş olduğundan (menfaat teşkil edebilecek şeyin sadece bir nihâi ürün mü olacağı, yoksa olabilir yoksa bir hizmetin de olup olmayacağı tartışmalıdır. Örneğin kitap satımında kitap bir nihâi ürün oluştur ama kitap yakma işleminde ortada hiçbir şey yoktur. Bunun tespiti güçlük yaratmaktadır ve Kanun bu yüzden eleştirilmektedir<sup>816</sup>.

İkinci aşamada mahkemenin, yararlanılan bu menfaatin maddi değerini tespit etmesi gerekir. İade edilecek menfaat bedelinin hangi tarih esas alınarak tespit edileceği konusunda da belirsizlikler vardır. *B.P. v. Hunt* davasında, hâkim *Robert Goff J.*, menfaat değerlendirmesinin sözleşmenin engellendiği gün tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Oysa Kanun’un 1(3). bölümünde elde edilen menfaatin tespit edilmesi ile ilgili olarak ‘sözleşme sona ermeden önce elde edilen menfaat’ ifadesi kullanılmıştır. Bu durumda nasıl bir çözüm yolu seçileceği konusunda da belirsizlikler bulunmaktadır<sup>817</sup>. Bu yapılırken de karşı tarafın sebepsiz zenginleşmesine izin vermemek gerekir<sup>818</sup>.

*B.P. Exploration Co. (Libya) Ltd. v. Hunt* (no. 2) davasında mahkeme elde edilen menfaatin kıymet takdirini şu şekilde yapmıştır:

B.P. Libya’da petrol çıkarmak ve işlemek üzere Bay H ile bir imtiyaz sözleşmesi yapmıştır. B.P. işe başlamak için bazı ödemeler yapacaktır ve petrolün

---

<sup>815</sup> BEATSON, s. 560-561

<sup>816</sup> McKENDRICK, s.63-64

<sup>817</sup> McKENDRICK, s. 65

<sup>818</sup> BEATSON, s. 560

H.'ye gönderilmesi masraflarını üstlenecektir. Bunun karşılığı olarak da imtiyaz hakkının %50'sine sahip olacaktır ve çıkarılan petrolün de belirli bir formüle göre hesaplanacak olan miktarına sahip olacaktır. Yapılan sondaj çalışmaları sonucunda önemli bir damara rastlanmış ve 4,5 yıl boyunca çıkarılan petrol işlenerek sözleşmeye uygun olarak H.'ye gönderilmiştir. Bu sürenin sonunda Libya devleti tarafından bu işletme kamulaştırıldığından sözleşme, engellenme doktrini gereği sona ermiştir. B.P. 1943 tarihli Engellenme Doktrini Kanunu'nun 1.3 (b) maddesine dayanarak Libya devleti'nden tazminat talep etmiştir ve bu tazminat ödenmiştir<sup>819</sup>.

H, bu kamulaştırma anına kadar çıkarılan petrolün önemli bir miktarını elde etmiştir. Ardından kendisine Libya devleti tarafından tazminat da ödenmiştir. Elde edilen menfaatin yarısı olan 85.000.000 \$'ın petrolün çıkarılması ve işlenmesi işlemini üstlenmiş olan B.P.'ye ödenmesi gerekir. H tarafından elde edilen menfaatin değeri takdir edilirken petrol çıkarma ve işleme işleminin B.P.'ye olan maliyetinin hesaplanması yoluna gidilmiştir. Bu meblağa H'ye başlangıçta gönderilen petrolün masrafları da eklenmiştir. Elde edilen bu tutar 35.000.000 \$ olarak bulunmuştur. İşte bu tutar, engelleyici durum ortaya çıkmadan önce B.P.'ye ödenmesi gerekli olan bir para olarak tespit edilmiştir<sup>820</sup>.

Ancak eğer *Appleby v. Myers* davasında olduğu gibi mallar henüz teslim edilmeden yok olursa o zaman sözleşmenin karşı tarafının elde ettiği bir menfaat söz konusu olmadığı için sipariş veren taraftan herhangi bir para alınamaz. Bu davaya konu olan olayda taraflardan biri karşı tarafın talep ettiği niteliğe uygun mallar üretmeyi kabul etmiştir. Ödeme malların teslimi anında yapılacaktır, ancak mallar üretim aşamasındayken çıkan bir yangında telef olmuştur<sup>821</sup>.

---

<sup>819</sup> BEATSON, s. 561; TREITEL, s. 602

<sup>820</sup> BEATSON, s. 562; TREITEL, s. 602

<sup>821</sup> KULL, s. 28; TAYLOR, s. 171-172; BEATSON, s. 556

Yapılan masrafların iade edilecek olan bedelden mi düşüleceği ve bunun nasıl yapılacağı konusunda da tereddütler bulunmaktadır. Kanunun bu hususları açıkça hükme bağlamamış olması ciddi eleştirilere sebep olmaktadır<sup>822</sup>.

### ***C) 1943 Tarihli Reform Kanununun Uygulama Alanı Dışında Kalan Parça Borcu***

1943 tarihli Sözleşmenin Engellenmesine Dair Reform Kanunu'nun üç tür sözleşmeye uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bunlardan ikisi; navlun sözleşmesi ve sigorta sözleşmesidir. Üçüncü olarak, edimi parça borcu olan satım sözleşmelerinde sözleşme konusu mallar telef olduğunda da bu kanunun hükümlerinin uygulanmayacağı kanunda düzenlenmiştir<sup>823</sup>. Bunun yanı sıra, taraflar, aralarındaki sözleşmeden doğabilecek uyuşmazlıklara bu kanunun hükümlerinin uygulanmayacağına dair bir madde koyabilirler. Eğer taraflar sözleşmelerine 1943 tarihli Sözleşmenin Engellenmesine Dair Reform Kanunu'nun uygulanmaması yönünde bir şart koymuşlarsa, o zaman aralarındaki uyuşmazlığa bu kanunun hükümleri uygulanmaz, Common Law kuralları uygulanır<sup>824</sup>.

İngiliz Hukuku'na göre; 'parça borcu'nun ne olduğu 1979 tarihli Mal Satımı Kanunu'na göre tespit edilir. Buna göre; satım sözleşmesinin yapıldığı tarihte üzerinde anlaşılan ve tespit edilen mallar 'parça Borcu'dur. 1943 tarihli Sözleşmenin Engellenmesine Dair Reform Kanunu'nun 2(5) (c ) bölümü gereği parça borcu oluşturan bu nitelikteki malların yok olmaları sözleşmenin engellenmesi nedeniyle sona ermesine yol açmaz<sup>825</sup>.

Eğer ortada 600 ton kömür satımına ilişkin bir sözleşme varsa, bu sözleşmenin sözleşme konusu malın yok olması nedeniyle sözleşmenin engellenmesinden söz edemeyiz. Bu durum cins yok olmaz ilkesinin bir gereğidir.

---

<sup>822</sup> McKENDRICK, s. 66

<sup>823</sup> DIAMOND, s. 170; BEATSON, s. 562;

<sup>824</sup> ELLIOT/ QUINN, s. 248

<sup>825</sup> BEATSON, s. 562

A, ya bu miktarda kömürü teslim edecektir ya da bu borcunu yerine getiremezse sözleşmenin ihlâlinden dolayı sorumlu olacaktır<sup>826</sup>.

Eğer taraflar seyir halindeki bir gemide bulunan 600 ton kömürün satımı konusunda anlaşılırsa ( artık burada sözleşmeye özgülenmiş mal vardır) ve gemi de sözleşme yapıldıktan sonra batarsa, artık bu durumda bu sözleşmenin engellenmesi söz konusu olur. Ancak burada da dikkat edilmesi gereken husus, bu sözleşmenin 1943 tarihli Sözleşmenin Engellenmesine Dair Reform Kanunu'nun kapsamına dahil olup olamayacağıdır. 1972 tarihli *H.R. & S. Sainsbury Ltd. v. Street* davasında bu husus gündeme gelmiştir ve mahkeme söz konusu malın 1979 tarihli Emtia Satımı Kanunu'nda tespit edilen nitelikte bir 'parça borcu' olmadığına karar vermiş ve buna bağlı olarak da 1943 tarihli Sözleşmenin Engellenmesine Dair Reform Kanunu'nun buradaki uyumsuzluğa uygulanabileceğine karar vermiştir<sup>827</sup>.

*Howell v. Coupland* davasında benzer bir uyumsuzluk gündeme gelmiştir. C, H'ye belirli bir tarlada yetişen patatesten 200 kg. satmayı taahhüt etmiştir. Ancak mahsul telef olduğu için C, H'ye ancak 80 kilo patates satabilmiştir. H, dava açarak kalan 120 kg. patatesin teslim edilmemesinden doğan zararın karşılanmasını istemiş, C de savunmasında mahsulün telef olması nedeniyle H'ye satabileceği en fazla ürün miktarının 80 kg. olduğunu yinelemiştir. Dava sonunda kalan miktardan C'nin sorumlu olmadığına karar verilmiştir<sup>828</sup>.

Burada söz konusu olan 1979 tarihli Mal Satımı Kanunu'ndaki tanıma uygun bir parça borcu yoktur, ama yine de burada 1943 tarihli Sözleşmenin Engellenmesine Dair Reform Kanunu'na uygun bir sözleşmenin engellenmesi durumundan söz edilemez<sup>829</sup>.

---

<sup>826</sup> BEATSON, s. 563

<sup>827</sup> BEATSON, s. 563

<sup>828</sup> DIAMOND, s. 167; BEATSON, s. 563

<sup>829</sup> BEATSON, s. 563

#### IV. Tarafların Yapmış Oldukları Sözleşmede İfanın Engellenmesi İle İlgili Olarak Özel Bir Şarta Yer Vermeleri

İngiliz Hukuku'nda ifanın engellenmesi çok sınırlı olarak uygulama alanı bulan bir doktrindir<sup>830</sup>. Yukarıda verilen dava örneklerinde de görüldüğü gibi engellenme doktrini common law daki anlamıyla kullanıldığında, 1943 tarihli Reform Kanunu'ndan yararlanılmadığı zaman çok adaletsiz sonuçlar da ortaya çıkmaktadır<sup>831</sup>. O yüzden de İngiliz Hukuku'nda hakimleri, sözleşmenin, ifanın engellenmesi doktrini gereği sona erdiğine iknâ etmek çok zor olmaktadır<sup>832</sup>.

Bazı durumlarda borçlunun kusuruna dayanmayan, dışardan kaynaklanan bir olay nedeniyle borçlunun borcunu ifa etmesi ciddi bir şekilde önlenmiş olabilir ya da şartlarda meydana gelen değişiklikler nedeniyle borçlunun sözleşmeden elde etmeyi planladığı kârı elde etmesinin imkânı kalmayabilir, ama bütün bunlara rağmen sözleşmenin engellenmesi doktrininin yasal şartları da oluşmamış olabilir, o yüzden de sözleşme bağlayıcılığını korur. Örneğin; sözleşmeden doğan borcun ifası için gerekli olan bazı izin belgelerinin alınamaması ya da sınırlı sayıda müşteriyi tatmin edecek derecede az sayıda alınması halinde borçlunun sözleşme yapmış olduğu müşterilerinin tamamına hizmet sunamaması halinde ya da sözleşmeden doğan borcun ifasının uzun süre ertelenmesi nedeniyle artık alacaklının sözleşmeden elde edeceği bir menfaatin kalmaması ya da başlangıçta planlananların dışında ekstra masraflar çıkması ya da borsanın çöküşüne bile sebep olabilecek fiyat değişiklikleri ile karşı karşıya kalınması hallerinde yasal unsurları gerçekleşmediği için engellenme doktrininin uygulanma imkânı olmayabilir<sup>833</sup>.

İşte bu gibi durumlarda engellenme doktrini tarafları yeterince tatmin edici sonuçlara varmadığı için taraflar sonradan ortaya çıkan kanunsuzluk, imkânsızlık ya da zorluklar için sözleşmelerine mücbir sebeple ilgili bir şart koymayı tercih ederler<sup>834</sup>.

<sup>830</sup> **DIAMOND**, s. 165; **CHUAH**, s. 153

<sup>831</sup> **CHUAH**, s. 153

<sup>832</sup> **McKENDRICK**, s. 27, 31; **KOFFMAN/MACDONALD**, s. 541

<sup>833</sup> **McKENDRICK**, s. 170-171

<sup>834</sup> **TILLOTSON**, s. 199; **McKENDRICK**, s. 171



İngiliz Hukuku'nda engellenme doktrininin boşluklarının<sup>835</sup> sebep olduğu belirsizlikler<sup>836</sup> ve İngiliz hakimlerin bu doktrini uygulamadaki isteksizlikleri<sup>837</sup> nedeniyle İngiliz hukukçular sözleşmelerinde mutlaka kendilerinin hazırladığı bir mücbir sebep şartına yer vermektedirler<sup>838</sup>.

Böylece; örneğin taraflar, sözleşmeden doğan borcun engellenmesi durumunda sözleşmelerinin engellenme doktrini gereği kendiliğinden sona ermesini istemiyorsa, istemedikleri bu sonuca ulaşılmasını sözleşmelerine koyacakları bir mücbir sebep şartıyla ya da risk dağılımını düzenleyen bir şartla önleyebilme imkânına sahip olurlar.<sup>839</sup> Örneğin, taraflar sözleşmeleri devam ederken yapılacak bir grevin sözleşmelerini engellenme doktrini gereği sona erdirmesinden çekiniyorlarsa sözleşmelerine grevle ilgili bir şart koyabilirler. Bu şartta da grev nedeniyle sözleşmeden doğan borcun ifası hemen mümkün olmayıp bir süre ertelenecekse tarafların sözleşmeyi engellenme doktrini gereği hemen sona erdirmeyip de grev süresince makul bir süre sözleşmeyle bağlı kalmak isteyeceklerini kararlaştırabilirler<sup>840</sup>. Örneğin, ev satımına ilişkin bir sözleşmede evin yanması sözleşmenin konusunun yok olması nedeniyle sözleşmenin engellenmesine sebep olur. Ancak ev satımına ilişkin sözleşmelere genellikle şöyle bir şart konur: Bina sigortasından yararlanma imkânı ancak sözleşmelerin yazılı olduğu belgelerin değişiminden sonra alıcıya geçer. Bu durumda sözleşme imzalandıktan fakat henüz sözleşme belgeleri değiştirilmeden önce bina kullanılamaz şekilde yanarsa alıcı sözleşme konusunun yok olması nedeniyle sözleşmenin engellendiğini ileri süremez. Çünkü sözleşmeye konulan bu şartla alıcı bu riski üstlenmiş durumdadır.<sup>841</sup>.

Bu gibi durumlarda; mahkeme, ilk olarak tarafların sözleşmelerinde yer verdikleri mücbir sebep şartının bu olayda uygulanıp uygulanmayacağına karar

---

<sup>835</sup> HAIGH, s. 281

<sup>836</sup> CHEN-WISHART, s. 306

<sup>837</sup> DOBSON, s. 17,1 BRADGATE/ WHITE, s. 36

<sup>838</sup> BRADGATE/ WHITE, s. 36; McKENDRICK, Ewan, 'The Regulation of Long-term Contracts in English Law', ed. BEATSON, Jack/ FRIEDMANN, Daniel, 'Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford, 2002, s. 324;

<sup>839</sup> BRADGATE/WHITE, s. 36; ELLIOT/QUINN, s. 244; KOFFMAN/MACDONALD, s. 542

<sup>840</sup> TILLOTSON, s. 199

<sup>841</sup> ELLIOT/ QUINN, s. 244

vermektedir. Örneğin, 1928 tarihli *Penelope* kararına konu uyuşmazlıkta deniz yoluyla kömür taşınması için bir taşıma sözleşmesi yapılmıştır. Sözleşmede yer verilen mücbir sebeple ilgili şartta grevler nedeniyle yaşanacak gecikmelerden de bahsedilmiştir. Sözleşme yapıldıktan sonra ülkenin tamamında sekiz ay süreyle kömür çıkarılması konusunda greve gidilmiştir. Uyuşmazlığa bakan mahkeme öncelikle sekiz ay süren bu grevin sözleşmede yer alan mücbir sebep şartında kararlaştırılan duruma uyup uymadığını incelemiştir. Tarafların bu mücbir sebep şartını kaleme alırken bölgesel bazda yaşanacak grevleri düşünmüş olacaklarına, ulusal bazda bu kadar uzun süreli bir grev yaşanacağını düşünmemiş olduklarına karar vermiş ve sözleşmenin ifanın engellenmesi doktrini gereği sona erdiğine karar vermiştir. Diğer taraftan 1994 tarihli *Kuwait Supply Co. V. Oyster Marine* kararına konu olayda mahkeme sözleşmenin devam ettiği sonucuna varmıştır. Karara konu olayda Kuveyt, Irak tarafından işgal edilince, Kuveyt limanlarından birinde demirli geminin zorla yükünü boşaltması istenmiştir. Sözleşmede savaş riskine ilişkin yer alan şartta askeri emirler varsa yükün boşaltılabileceği belirtilmişti. Görülüyor ki, mahkeme, öncelikle sözleşmede yer alan mücbir sebep şartlarının uyuşmazlık konusu olaya uyup uymadığını incelemektedir<sup>842</sup>.

Ancak taraflar sözleşmelerine, düşmanla iş yapma yasağı gibi sonradan meydana gelen kanunsuzlukların sözleşmenin engellenmesine sebep olmayacağına dair şart koyamazlar<sup>843</sup>. Çünkü böyle bir şart kamu düzenine aykırı olur<sup>844</sup>.

Taraflardan biri için, sözleşmeden doğan borcun ifasının güçleştiği ya da sözleşmeden elde edeceği menfaatin azaldığı durumlarda mağdur olan taraflar sık sık sözleşmeden doğan borcun ifasının engellendiği doktrinine dayanarak borcun sona erdiğini ileri sürerler. Ancak mahkemeler engellenme doktrinine dayanılarak sözleşmelerin sona erdirilmesi taleplerine pek sıcak bakmazlar ve nadiren kabul ederler<sup>845</sup>.

---

<sup>842</sup> WHINCUP, s..302

<sup>843</sup> TAYLOR, s. 161; ELLIOT/ QUINN, s. 244; KOFFMAN/ MACDONALD, s. 542

<sup>844</sup> TAYLOR, s. 161

<sup>845</sup> TILLOTSON, s. 200

İngiliz hukukunda borcun ifasının kısmen imkânsızlaşmasının sonucunun ne olacağı hususunda da bir belirsizlik vardır. İngiliz borçlar hukuku kitaplarında bu konuya ya hiç yer verilmez ya da bu konunun da ifanın engellenmesi doktrini içinde değerlendirilmesi gerektiğine dair geçici çözümlere yer verilir<sup>846</sup>. Kısmî ifa durumunda; yani gönderilmesi gereken sayıdan daha az miktarda mal gönderilmişse, ve kalan miktarın gönderilmesi de imkânsız hâle gelmişse, bu durumda tasavvur edilen hususta kısmî bir hata vardır ve ödenen bedelin iade edilip edilmeyeceği açık değildir. Bu durumda edimin bölünebilir nitelikte olup olmadığına bakmanın daha doğru olacağı ileri sürülmektedir<sup>847</sup>.

## § 10. AMERİKAN HUKUKUNDA ELVERİŞSİZLİK DOKTRİNİ

### I. Common Law'daki Katı Sorumluluk İlkesinden Daha Liberal Bir Anlayışın Kabulü Süreci

İngiltere'de *Parade v. Jane* davasında görülen mutlak sorumluluk anlayışının terk edildiği davanın 1863'te verilen *Taylor v. Caldwell* davası olduğunu görmüştük. Amerika Birleşik Devletleri'nde, mutlak sorumluluk anlayışından, ilk defa 1916 tarihli *Mineral Park Land Co. v. Howard* kararıyla uzaklaşmıştır<sup>848</sup>. Davaya konu olan olayda davalı borçlu, davacının arazisinden kum taşımaya borçlanmıştır. Ancak kum, suya dökülmüştür. Bu durumda borçlu, borcunu yerine getirmek istememektedir, çünkü, suya dökülen kumu taşımak maliyeti on misli arttıracığından artık çok güçleşmiştir. Alacaklı ise, yükü taşımadığı takdirde borçlunun, borcunu ihlâl etmiş sayılacağını ileri sürmektedir. Mahkeme, eğer bir borcun ifası elverişsiz bir hâl almışsa, bunun, yasal anlamda bu borcun imkânsız hâle geldiğini göstereceğine karar vermiştir. Mahkeme, bir borcun ifası, çok aşırı ve gereksiz bir harcamaya sebep olacaksa, o zaman da bu borcun ifasının elverişsiz

<sup>846</sup> NICHOLAS, Barry, Force Majeure and Frustration, 27 Am. J. Comp. L. 231 (1979), s. 235 (BEATSON, s. 540'da erteleme ya da sözleşmenin kısmen engellenmesinin sözleşmeyi sona erdirmeyeceğine dair BEATSON, s. 540 bu konuda ayrıca bkz. TAYLOR, s. 164; ayrıca yukarıda verilen *Howell v. Coupland* davası da bir kısmi ifa örneğidir

<sup>847</sup> DIAMOND, s. 169

<sup>848</sup> McINNIS, s. 141

hâle gelmiş sayılacağını belirtmiştir<sup>849</sup>. Bu davadan önce, borçlunun masraflarının artması, nedeniyle borcundan kurtulması asla mümkün değildi<sup>850</sup>.

Sözleşmenin sona erdirilmesini gerektirecek bir ‘imkânsızlık’ durumuyla karşılaşmak tekniğin günümüzde ulaşılmış olduğu seviye karşısında pek mümkün değildir<sup>851</sup>. İngiltere’de mahkemeler sözleşmelerin ifasının çok güçleştiği, ama ifanın hâla mümkün olduğu durumlarda sözleşmenin engellenme doktrinine dayanarak sona erdirilebileceğini kabul etmemektedirler. Sözleşmenin engellenme doktrinine dayanarak sona erdirilebilmesi için beklenmeyen durum nedeniyle ifanın güçleşmesi yeterli olmaz. *Tsakiroglou Co. Ltd. v. Noblee Thorl GmbH* davasında artan navlun ücretine rağmen sözleşmenin geçerliliğini koruduğuna karar verilmiş olması da bunun en bilinen örneğidir<sup>852</sup>. Amerika’da ise; İngiltere’dekinden daha farklı bir yaklaşım benimsenmektedir. Sözleşmenin, ifanın engellenmesi doktrinine dayanılarak sona erdirilebilmesi için aranan şartlar daha hafifletilmiştir<sup>853</sup>. İngiltere’de şartlarda meydana gelen değişikliklere dayanarak ifanın engellenmesi doktrininden yararlanabilmek için, borcun ifasının güçleşmesi ya da maddî bir kayba sebep olması ya da beklenmeyen durumla karşılaşılması tek başına yeterli olmaz. Bu doktrinin uygulanabilmesi için, borcun niteliği öylesine değişmelidir ki; artık bu borç ifa edilirse tarafların başlangıçta kararlaştırmış olduklarından farklı nitelikte bir borç ifa edilmiş olmalıdır. Oysa Amerikan Ticaret Kanununun §2-615 inci maddesinde düzenlenmiş olan elverişsizlik doktrinine göre borçlunun borcunu ifa edememesi durumunda sorumluluktan kurtulabilmesi için borcun ifasının ticarî olarak makûl olmaması yeterlidir. Amerika’da elverişsizlik doktrinine göre; eğer bir borcun ifası aşırı derecede ya da gereksiz derecede güçleşmiş, pahalılaşmış ya da yaralanmaya ya da zarara sebep olacaksa o zaman bu doktrine dayanılarak borcun ifa edilmemesinden dolayı sorumluluktan kurtulur<sup>854</sup>.

<sup>849</sup> McINNIS, s. 141; DECLERCQ, s. 217; TREITEL, s. 263-264

<sup>850</sup> McINNIS, s. 141

<sup>851</sup> CHEN-WISHART, s. 300

<sup>852</sup> KOFFMAN/MACDONALD, s. 541; ADAMS/ BROWNSWORD, Understanding Contract Law, s.139; TREITEL, s. 215; FURMSTON, s. 731

<sup>853</sup> KOFFMAN/MACDONALD, s. 541; CHEN-WISHART, s. 300

<sup>854</sup> WALTER, s. 226; CHEN-WISHART, s. 300

İngiltere’de Common Law’da ifanın engellenmesi doktrininin dayandığı teoriyi açıklamak için dayanılan teorilerden birinin de zımnî şart teorisi olduğu belirtilmiştir. Bu teoriye göre; tarafların değişen şartlar karşısında sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyecekleri kabul edilmekteydi. Amerikan Hukukunda ise bu teorinin kabul edilip edilmemesi konusunda tartışmalar vardır<sup>855</sup>. Çünkü; Amerikan hukukunda sözleşmenin taraflarının değişen şartlara rağmen sözleşmenin devamını isteyebilecekleri görüşü de ileri sürülmektedir<sup>856</sup>.

## II. Elverişsizlik Doktrininin Dayandığı Güven Teorisi

Bu doktrinin dayandığı teori şudur: Taraflar sözleşmelerini daima üzerinde düşünüp tasarladıkları bazı şartlar çerçevesinde müzakere ederler. Taraflar için üzerinde düşündükleri bu hususlar çok önemlidir. Sözleşmeden doğan borcun ifası aşamasına geçileceği zaman ortaya çıkan yeni şartlar ise, bu tasarladıkları hususlara uygun değildir. Taraflar, sözleşmelerini, bu tür yeni şartların ortaya çıkmayacağına güvenerek yapmışlardır<sup>857</sup>. Tarafların ortaya çıkmayacağına güvendikleri hususları üç grupta toplamak mümkün olabilir: i) taraflar, devletin doğrudan müdahale ederek sözleşme şartlarını değiştirmesini ya da ifayı engellemesini beklemezler ii) taraflar, ifada bulunmak için yararlanacakları kişinin ifada önce ölmesi ya da ifa kabiliyetini kaybetmesini düşünemezler iii) taraflar, ifa için gerekli olan nesnenin ifaya kadar mevcut olacağına güvenirlir<sup>858</sup>.

---

<sup>855</sup> SMIT, Hans, ‘Frustration of Contract: A Comparative Attempt at Consolidation’, Columbia Law Review, V. 58, Nr.3, 1958, s. 304, 308; WALTER, s. 232 Amerikan hukukundaki zımnî şart teorisi, İngiliz Hukuku’ndakinden biraz farklıdır; Şöyleki; İngiliz hukuku’nda zımnî şart teorisine göre; sözleşme konusu şeyin var olduğu ve varlığını devam ettireceği düşüncesi hâkimdir, oysa Amerikan hukukunda borçlu, sözleşme konusu şeyin var olacağını sözleşme yapılırken garanti etmiş sayılır, McINNIS, s. 143

<sup>856</sup> WALTER, s. 232; Amerikan hukukunda engellenme doktrininin kendi içinde de ayrımları olduğu kabul edilmektedir. ‘Niyetin engellenmesi’(frustration of purpose) denilince, tarafların bu sözleşmeyi yaparken amaçladıkları şeyin herhangi bir vesileyle ortadan kalkması anlaşılır. ‘Edimin Engellenmesi’(frustration of performance) denilince; ifanın imkânsız hale gelmesi, aşırı derecede güçleşmesi ya da aşırı derecede pahallılaşması anlaşılır, SMIT, s. 287biz tezimizde ‘doctrine frustration of contract’ifadesinin Türkçe karşılığı olarak ‘Sözleşmenin engellenmesi’ifadesini kullanacak olursak, sözleşmenin yapılmasının engellenmesi gibi bir yanlış çağrışım yapmasından çekindik. ‘Doctrine of Frustration of Contract’şimdiye kadar açıkladığımız üzere ortada geçerli bir sözleşme bulunup da bu sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmesinin sonradan meydana çıkan olaylar nedeniyle engellenmesidir. Bu durumu da Türkçe de en doğru şekilde ‘ifanın engellenmesi’ ifadesinin anlatacağı kanaatine vardık. Bu nedenle Amerikan Hukukunda ‘frustration of performance’ kavramı için ‘edimin engellenmesi’ kavramıyla karıştırılmasını önleyeceğimizi düşündük.

<sup>857</sup> SMIT, s. 304; WALTER, s. 226

<sup>858</sup> DECLERCQ, s. 219

Bu doktrin tarafların sözleşmeden doğan borçlarının ifasından kaçınabilmelerini sağlamak için ortaya atılmış bir yöntem değildir. Bu doktrin ticarî ilişkilerde yaşanan bazı olumsuzlukların üstesinden gelmek için geliştirilmiştir. Ticaret hayatında sözleşmeler yapıldıktan sonra fakat henüz borçlar ifa edilmeden önce meydana gelen ekonomik ve politik değişiklikleri her zaman tolere edebilmek mümkün olmayabilir. İşte elverişsizlik doktrini, sonradan ortaya çıkan bu ekonomik ya da politik olumsuz şartlar nedeniyle tarafların sözleşmelerini ifa etmelerinin mantıksız bir hal alması durumunda, bu olumsuz şartları dengelemek ya da hafifletmek için gündeme gelir<sup>859</sup>.

### III. Elverişsizlik Doktrininin Unsurları

Amerikan Birleşik Ticaret Kanunu'nun 2-615 inci paragrafında ticarî elverişsizlik düzenlenmiştir. Satıcı, belirli bir tarihte teslim edilmesi gereken bir malı, sonradan meydana gelen bir olay nedeniyle teslimatın ticarî açıdan elverişsiz bir hâl aldığı gerekçesiyle yapamazsa sorumluluktan kurtulur. Borç sona ere, ama eğer taraflar, sözleşmelerinde özel olarak düzenlememişlerse, sözleşmenin uyarlanması söz konusu olmaz. § 2-615'te düzenlenen ticarî elverişsizlik kavramı, imkânsızlık ya da amacın engellenmesi doktrinlerinden daha liberal bir doktrindir<sup>860</sup>. Ticarî elverişsizlik doktrini, imkânsızlık ve amacın engellenmesi doktrinine göre borçlunun sorumluluktan kurtulma imkânını daha hafif şartlara bağlamış olmasına rağmen, mahkemeler, bu doktrini çok sık kullanmazlar. Borçlunun, ticarî elverişsizlik doktrinine dayanılarak borcundan kurtulması Amerikan içtihat hukukunda pek sık karşılaşılan bir durum değildir<sup>861</sup>.

Satıcının, § 2-615'teki muafiyetten yararlanabilmesi için mutlaka borcun ifasının ekonomik anlamda imkânsız hale gelmesi aranmamaktadır, borcun ifası

---

<sup>859</sup> WALTER, s. 226

<sup>860</sup> METZGER, Michael, B./ MALLOR, Jane, P./BARNERS, A. James/ BOWERS, Thomas/ PHILLIPS, Michael, J.Business Law and Regulatory Environment, Concepts and Cases, Borton, 1998, s. 381; RUSTAD, Michael, The Concepts and Methods of Sales, Leases and Licenses, North Carolina, 1998, 314

<sup>861</sup> METZGER/ MALLOR/ BARNERS/ BOWERS/ PHILLIPS, s. 381; RUSTAD, s. 314; TREITEL, s. 280

satıcı için güçleşmişse yani ekonomik anlamda elverişsiz bir hâl almışsa, bu durum satıcının muafiyetten yararlanması için yeterli olacaktır<sup>862</sup>.

Ancak burada söz konusu olan ekonomik elverişsizlik de hafif bir güçleşme olarak algılanmamalıdır. Örneğin taraflar, Teksas'tan yüklenen malın İran'a götürülmesi için anlaşmışlardır. Suveyş Kanalı'nın kapatılması üzerine tek çare olarak yükün Ümit Burnu'ndan dolaşarak taşınması söz konusu olmuştur. Bu durumda navlun 44.000 \$ artacaktır ki; bu miktar, bu taşımadan elde edilecek olan kârdan da fazladır. Burada § 2-615'teki muafiyetten yararlanılamayacağı kabul edilmektedir. Böyle bir durumda Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesindeki muafiyetten yararlanmanın mümkün olacağı ileri sürülmektedir<sup>863</sup>.

Ticarî elverişsizlikten söz edebilmek için şu unsurların oluşması gerekir.

## 1. Beklenmedik Bir Olay

Bunlardan ilki beklenmedik bir olayın ortaya çıkmasıdır<sup>864</sup>.

## 2. Tarafların Sözleşmeyi Yaparken Böyle Bir Beklenmeyen Durumla Karşılaşmayacaklarına Güvenmeleri

Taraflar böyle bir beklenmedik durumla karşılaşmayacaklarına güvenerek sözleşmeyi yapmış olmalıdırlar<sup>865</sup>. Eğer bu beklenmeyen durumun ortaya çıkacağını öngörebiliyorlarsa, o zaman bu şart, gerçekleşmiş olmayacağı için § 2-615'teki hükümden yararlanılamaz<sup>866</sup>.

Örneğin, *Selland Pontiac- GMC, Inc. V. King* davasında satıcıyla alıcı arasında dört adet okul otobüsü satımı konusunda bir sözleşme yapılmıştır.

---

<sup>862</sup> RUSTAD, s. 313; MILLER, s. 382

<sup>863</sup> RUSTAD, s. 310

<sup>864</sup> DUESENBERG, Richard, W., "Impossibility": It Isn't Good Code Language' Journal of Law and Commerce, V. I, 1981, s. 39; WALTER, s. 235; LEWIS, Harold, Alexander, 'Allocating Risk in Take-or-Pay Contracts: Are Force Majeure and Commercial Impracticability The Same Defence?', Southwestern Law Journal, V. 42, 1988-1989, s. 1054; RUSTAD, s. 308

<sup>865</sup> WALTER, s. 235; LEWIS, s. 1054, 1058; DECLERCQ, s. 218; METZGER/ MALLOR/ BARNERS/ BOWERS/ PHILLIPS, s. 381; RUSTAD, s. 307; HOLLAND, Kent, 'Entitlement to Contract Reformation to Recover Inflation Costs Exceeding Inflation Factor Specified by GMP Contract', Erişim: 23.06.2007, <http://www.constructionrisk.com/newsletter/articles/newsletter07-04.htm>, s. 4

<sup>866</sup> DUESENBERG, s. 42; DECLERCQ, s. 219

Taraflar, söz konusu otobüslerin dizaynının ve üretiminin üçüncü bir kişi tarafından yapılması hususunda da anlaşmışlardır. Henüz otobüslerin üretimi yapılmadan otobüsleri üretecek olan üçüncü kişi, iflas ederek ticaret hayatından çekilmiştir. Mahkeme, söz konusu otobüslerin üçüncü bir kişi tarafından üretilecek olmasının sözleşmenin dayandığı temel beklentilerden biri olduğunu tespit etmiştir. Taraflar, sözleşmeyi yaparlarken üçüncü kişinin üretimle ilgili herhangi bir problem yaşamayacağı ve üretimi gerçekleştireceğine güvenerek sözleşmelerini yapmışlardır. Mahkeme, otobüsleri üretecek olan üçüncü kişinin artık bu üretimi gerçekleştiremeyecek olması durumunu sözleşmenin ifasının imkânsız hale gelmesi olarak nitelendirmiştir<sup>867</sup>.

### **3. Beklenmeyen Olayın Borcun İfasını Elverişsiz Hâle Getirmesi**

Bu beklenmedik olay edimin ifasını elverişsiz bir duruma sokmalıdır<sup>868</sup>. Ortaya çıkan bu olumsuz durumda her iki tarafın da kusuru yoktur<sup>869</sup>. Tarafların yapmış oldukları sözleşme sonradan ortaya çıkan bu olumsuz şartlar düşünülmeden yapılmıştır. Bu nedenle de elverişsizlik doktrini, ekonomik verimliliği artırma ihtiyacı ile sözleşmenin taraflarının niyetlerine saygı duyma ihtiyacı arasında bir denge kurmayı amaçlar<sup>870</sup>.

Amerikan mahkemeleri, ekonomik beklenmeyen durum kavramına pek sıcak bakmazlar. Mahkemeler, tarafların, sözleşmeye koyacakları fiyat ayarlama şartlarıyla kendilerini garanti altına almalarını beklerler<sup>871</sup>. § 2-615'ten yararlanmak isteyen tarafın sözleşmede bu riski üstlenmemiş olması gerekir<sup>872</sup>.

### **4. Satıcı Tarafından Tam Vaktinde Bildirimde Bulunulması**

Satıcının satım konusu malın tesliminin gecikeceğini ya da malın teslim edilemeyeceğinin alıcıya tam vaktinde bildirilmesi gerekir<sup>873</sup>. Örneğin *Barbarossa*

---

<sup>867</sup> RUSTAD, s. 307

<sup>868</sup> DUESENBERG, s. 39; WALTER, s. 235; DECLERCQ, s. 218; RUSTAD, s. 309; HOLLAND, s. 4

<sup>869</sup> METZGER/ MALLOR/ BARNERS/ BOWERS/ PHILLIPS, s. 381 Bir görüşe göreyse; muafiyet talebinde bulunan kişinin kusurunun bulunmaması gerekir, LEWIS, s. 1054; DECLERCQ, s. 218; HOLLAND, s. 4

<sup>870</sup> WALTER, s. 227

<sup>871</sup> RUSTAD, s. 308

<sup>872</sup> DUESENBERG, s. 39; LEWIS, s.1059; DECLERCQ, s. 217; HOLLAND, s.4

<sup>873</sup> RUSTAD, s. 307



& Sons, Inc. V. Iten Chevrolet davasında satıcının § 2-615 uyarınca sorumluluktan kurtulma talebi mahkeme tarafından bildirim vaktinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir<sup>874</sup>.

Önemsiz fiyat artışlarında tarafların § 2-615'teki muafiyetten yararlanma imkânları yoktur. Bu tür sıradan fiyat artışları, tacirlerin yaptıkları her sözleşmede üstlenmeleri beklenen ticaret hayatının normal riskleri arasında görülür. Ancak savaş ya da o yılki ürün rekoltesinin düşük olması gibi olaylara bağlı olarak yaşanan anî fiyat artışlarında § 2-615'teki muafiyetten yararlanma imkânı doğar<sup>875</sup>.

Amerikan hukukunda İngiltere'de gelişen Common law'daki ifanın engellenmesi doktrininden daha liberal bir doktrin olan elverişsizlik doktrinine geçerken mahkemelerin bu değişime kolay ayak uydurdukları söylenemez<sup>876</sup>.

Amerikan hukukunda fiyat artışları, kolay kolay elverişsizlik doktrininin uygulanmasının yolunu açmaz<sup>877</sup>. Aşağıda hâkimin cesur davranarak fiyat artışında bu doktrini uyguladığı ilk kararı inceleyeceğiz. Hâkimin bu karardaki yaklaşımı doktrinde çok eleştirilmiştir.

#### **IV. Elverişsizlik Doktrininin İçtihat Hukukundaki İlk Etkili Uygulaması Olan Alcoa V. Essex Group Kararı**

Amerikan yargı içtihatlarında bu doktrinin uygulanması en büyük yankıyı, 1980'de *Aluminium Co. Of America (ALCOA) v. Essex Group* davasında verilen kararla yaratmıştır<sup>878</sup>. Bu davada mahkeme, alıcı ve satıcının, üretim maliyetlerinde meydana gelen beklenmedik artışa birlikte katlanmaları gerektiğine karar vermiştir. Davaya konu olayda ALCOA ve Essex aralarında yirmi yıl süreli bir sözleşme yapmışlardır<sup>879</sup>. Bu sözleşmeye göre, Essex, ALCOA'ya alüminyum cevheri

---

<sup>874</sup> RUSTAD, s. 307

<sup>875</sup> METZGER/ MALLOR/ BARNERS/ BOWERS/ PHILLIPS, s. 381; RUSTAD, s. 309

<sup>876</sup> WALTER, s. 227

<sup>877</sup> LOOKOFKY, Joseph, 'Impediments and Hardship in Internaitonal Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship"', Erişim: 27.06.2008 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky17.html>, s. 4; FUCCI, s. 6

<sup>878</sup> WALTER, s. 228

<sup>879</sup> ZUNDEL, s. 993; SLENKOVICH, Keith, 'Cost Increases for Construction Materials-An Overview of the Legal Issues'Erişim: 24.03.2007,

gönderecek, ALCOA da bu cevheri erittikten sonra Essex'e iade edecekti<sup>880</sup>. Essex, ALCOA'dan eritilmiş olarak aldığı alüminyumu, elektrik ve telefon kabloları için incelterek kullanacaktır<sup>881</sup>. Taraflar, aralarındaki sözleşmede detaylı bir fiyat ayarlama şartına da yer vermişlerdir<sup>882</sup>. Taraflar, ALCOA'nın her işleminden 1 ilâ 7 sent arasında bir kâr edebileceklerini kararlaştırmışlardır<sup>883</sup>.

Sözleşme yapıldıktan sekiz yıl sonra OPEC'in petrol ambargosunun ardından yaşanan enerji krizi elektrik maliyetlerinde ciddi bir artış meydana getirmiştir<sup>884</sup>. ALCOA bu yüzden 60 milyon \$'a varan bir zararla karşı karşıya kalmıştır<sup>885</sup> ve gittikçe artan oranda zarar etmeye başlamıştır. ALCOA, Essex'e karşı dava açarak sözleşmenin adil bir şekilde uyarlanmasını istemiştir<sup>886</sup>. Bu talebini şu üç ilkeye dayandırmıştır: İki taraflı hata, ifanın engellenmesi doktrini ve ticarî elverişsizlik<sup>887</sup>. ALCOA, talebinde ticarî elverişsizlik doktrinine dayanmış olmasına rağmen onun, sözleşmenin sona erdirilmesinden bir menfaat elde edemeyeceği açıktır. ALCOA, sadece sözleşmenin ifasının güçleştiğini o yüzden de bu güçlüğü ortadan kaldırmak için bir çare bulunmasını istemektedir<sup>888</sup>.

Mahkeme, tarafların sözleşmeye koymuş oldukları fiyat ayarlama şartının ALCOA'nın işçi ücretleri dışında kalan hammadde maliyetlerini uyarlama konusunda yeterli bir ölçüt olacağı hususunda tarafların her ikisinin de hataya düşmüş olduklarını kabul etmiştir<sup>889</sup>. Mahkeme verdiği bu kararın temyiz edilmesi durumunda kararının bozulmaması için gerekçelerini güçlendirmek istemiş ve diğer

---

[http://www.constructionweblinks.com/Resources/Industry\\_Reports\\_Newsletters/Jul\\_31\\_2006/cost.html](http://www.constructionweblinks.com/Resources/Industry_Reports_Newsletters/Jul_31_2006/cost.html)

Eğer Essex isterse 21 yıl sürecek bir sözleşme yapılmıştır, **TREITEL**, s. 277

<sup>880</sup> **ZUNDEL**, s. 993; **HAMILTON**, Robert, W./**RAU**, Alan, Scott/**WEINTRAUB**, Russel, J., Cases and Materials on Contracts, St. Paul, 1992, s. 664

<sup>881</sup> **ZUNDEL**, s.993

<sup>882</sup> **ZUNDEL**, s. 993; **McKENDRICK**, Long Term Contracts, s.330; **KULL**, s. 53; **RAUH**, 1996-1997

<sup>883</sup> **ZUNDEL**, s. 993

<sup>884</sup> **HAMILTON/RAU/WEINTRAUB**, s. 666; **TREITEL**, s. 277

<sup>885</sup> **DUESENBERG**, s. 47; **HAMILTON/ RAU/ WEINTRAUB**, s. 666; **SLENKOVICH**, s. 3

<sup>886</sup> **ZUNDEL**, s. 994; **WEISKOPF**, s. 241

<sup>887</sup> **DUESENBERG**, s. 47; **ZUNDEL**, s. 994; **KULL**, s. 36-37

<sup>888</sup> **KULL**, s. 37

<sup>889</sup> **ZUNDEL**, s. 994; **PRANCE**, s. 470; **HAMILTON/ RAU/ WEINTRAUB**, s. 666; **HOLLAND**, s. 1, 3

iki doktrine de gerekçesinde yer vermiştir<sup>890</sup>. Mahkeme, şartlarda meydana gelen değişikliğin sözleşmeden doğan borcun ifasını elverişsiz bir duruma soktuğunu belirtmiştir<sup>891</sup>. Taraflar, sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilmesi için 60.000 \$'lık bir kayba uğranmış olması şartını koymuşlardır. Mahkeme, sözleşmeye koydukları bu şarttaki değer tahmini bir değer olduğunu kabul etmekle birlikte, bu miktarın üzerinde bir kayba katlanması durumu ortaya çıktığında; bu durumun, bir elverişsizlik oluşturacağını belirtmiştir<sup>892</sup>. Ayrıca, tarafların, ALCOA'nın maliyetleri ile toptan eşya satış fiyatı endeksi arasındaki farkın da bu kadar olmayacağına duydukları güvenin de tarafların sözleşmeyi yaparken dayandıkları temel olduğunu kabul etmiştir<sup>893</sup>.

Bu davada Essex, ALCOA'nın maliyetlerinin öngörülebilir olduğunu, bu yüzden de ALCOA'nın bu riski üstlenmiş olduğunu iddia etmiştir<sup>894</sup>. Mahkeme bir şeyin öngörülebilir nitelikte olmasının hatta tarafların sözleşmeyi hazırlarken yaptıkları görüşmelerde sözleşme ilişkisinin devam ettiği süre içinde söz konusu riskle karşılaşabileceklerini dile getirmiş olmalarına rağmen bunun, bu riskin üstlenildiği anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir<sup>895</sup>. Mahkeme ayrıca bu davada uyuşmazlık konusunu oluşturan maliyetlerdeki artışın 'ticarî anlamda öngörülemez' nitelikte olduğunu da eklemiştir<sup>896</sup>. Mahkeme, elverişsizlik doktrinini uygularken, geleneksel yaklaşıma uygun davranmış ve öngörülemeyen bir olayın beklenmeyen durum yaratmış olmasına dayanmıştır<sup>897</sup>. Sözleşmenin yapıldığı 1968'de 1973 yılında enerji fiyatlarının bu derece artacağına öngörülemeyeceğini belirtmiştir<sup>898</sup>. Mahkeme, sözleşmeye konulan fiyat ayarlama şartının amacının şirketi fiyat artışlarından korumak olduğunu, bu nedenle de sözleşmenin bu beklentiyi karşılamak üzere uyarlanmasının mümkün olması gerektiğini

---

<sup>890</sup> ZUNDEL, s. 996

<sup>891</sup> SLENKOVICH, s. 3

<sup>892</sup> DUESENBERG, s. 47; ZUNDEL, s. 996

<sup>893</sup> PRANCE, s. 470

<sup>894</sup> ZUNDEL, s. 996; McKENDRICK, Long Term Contracts, s. 330

<sup>895</sup> ZUNDEL, s. 996

<sup>896</sup> ZUNDEL, s. 997

<sup>897</sup> COLLINS, s. 167

<sup>898</sup> ZUNDEL, s. 1003

belirtmiştir<sup>899</sup>. İlk defa bu davayla mahkeme sözleşmeye müdahale ederek sözleşmedeki fiyat ayarlama şartı yerine yeni bir şart yazmıştır<sup>900</sup>.

Mahkeme, kararını güçlendirmek için amacın engellenmesi doktrininin de yararlanmıştır: Mahkeme, ALCOA'nın bu sözleşmeyi yaparken amacının kâr elde etmek olduğunu, ama yaşanan petrol darboğazı yüzünden artık bu amacına ulaşmasının engellenmiş olduğunu belirtmiştir<sup>901</sup>. Aslında her iki taraf da mahkemede, kendilerinin sözleşmeye koymuş oldukları tavan fiyatın uygulanmaya konmasının yeterli olacağını kabul etmiş olmalarına rağmen mahkeme böyle bir uyarlamaya gitmeyi yeterli görmemiştir. Ekonomik şartların, ALCOA'nın menfaatine olarak değişebileceğini dikkate almış ve bunun önüne geçecek şekilde yeni bir fiyat ayarlama şartı düzenlemiştir. ALCOA'nın elde edeceği kâr oranını da belirlemiştir<sup>902</sup>. Mahkeme bu tespitleri yaptıktan sonra haksızlığı ortadan kaldırmak için sözleşmenin tarafsız bir şekilde uyarlanması gerektiğine karar vermiştir ve sözleşmedeki fiyat endeksini uyarlamıştır<sup>903</sup>. Bu uyarlama sayesinde Essex'in sözleşmeden elde edeceği menfaati elde etmesi mümkün olmakta ve ALCOA'nın kaybı da tarafların sözleşmede kararlaştırmış oldukları sınırlar içinde kalmaktadır<sup>904</sup>.

Bu karar doktrinde, hâkimin tarafların yerine geçerek, sözleşmeyi uyarlamış olmasının sözleşmeye sadakat ilkesinin zedelenmesi anlamına geleceği düşüncesiyle çok eleştirilmiştir<sup>905</sup>.

---

<sup>899</sup> COLLINS, s. 167

<sup>900</sup> WALTER, s. 228

<sup>901</sup> DUESENBERG, s. 47

<sup>902</sup> DUESENBERG, s..50

<sup>903</sup> RAUH, s. 158

<sup>904</sup> ZUNDEL, s. 998

<sup>905</sup> ZUNDEL, s. 1008; WALTER, s. 259-260;

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### ULUSLARARASI TİCARÎ SATIMA UYGULANABİLECEK ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK DÜZENLEMELERİNDE MÜCBİR SEBEP ŞARTLARI ve BEKLENMEYEN DURUMLA KARŞILAŞTIRILMASI

#### § 11. VİYANA SATIM ANTLAŞMASI, UNIDROIT İLKELERİ VE AVRUPA SÖZLEŞME HUKUKU İLKELERİ'NİN HAZIRLANMA SÜREÇLERİ ve HUKUKÎ NİTELİKLERİ

##### I. Viyana Satım Antlaşması

XX inci yy. ın sonlarında başlayan ulusal ekonomilerin globalleşmesi sürecinde uluslararası ticaretin hacmi çok genişlemiştir. Bu durum, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına cevap verecek hukukî düzenlemeler hazırlanmasını gerekli kılmıştır. Bu nedenle bazı uluslararası antlaşmalar hazırlanmıştır. Bunlardan en önemlilerinden birisi Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'dır<sup>906</sup>. Bu Antlaşma doktrinde Viyana Satım Antlaşması olarak da adlandırılmaktadır. Biz de çalışmamızda bu ismi kullanmayı tercih ettik.

Uluslararası ticaret hukukunun yeknesak hâle getirilmesi amacıyla Birleşmiş Milletler 1966 yılında UNCITRAL<sup>907</sup> in (Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu) kurulmasına karar vermiş ve bu komisyon, ilk toplantısını 1968'de yapmıştır<sup>908</sup>. UNCITRAL'in bu ilk toplantısında uluslararası satımlar için Tek Tip bir hukuk yaratılması üzerinde çalışılması gerektiği büyük bir çoğunlukla

---

<sup>906</sup> **FERRARI**, Franco, 'Uniform Application and Interest Rates Under the 1980 Vienna Convention' *Cornel Review of Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (1995), Erişim: [http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/1\\_ferrari.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/1_ferrari.html) s. 1; **TİRYAKIOĞLU**, s. 105; **ATAMER**, Yeşim, *Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, İstanbul, 2005, s. 23; Viyana Satım Antlaşması'nın kabul edilmesini uygun bulan kanun tasarısı görüşülmek üzere şu anda meclis gündemine alınmış bulunmaktadır, [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi\\_sd.sorgu\\_yonlendirme?donem\\_kodu=23&Sirasayi\\_no=&Baslangic\\_Tarihi=&Bitis\\_Tarihi=&sorgu\\_kelime=](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/sirasayi_sd.sorgu_yonlendirme?donem_kodu=23&Sirasayi_no=&Baslangic_Tarihi=&Bitis_Tarihi=&sorgu_kelime=)

<sup>907</sup> United Nations Commission on International Trade Law; Erişim: <http://www.uncitral.org>

<sup>908</sup> **HONNOLD**, s.2-3

kabul edilmiştir<sup>909</sup>. Bu kararın ardından yürütülecek kanunlaştırma çalışmaları sırasında izlenecek yöntem konusunda bir tercih yapılması gerekmiş<sup>910</sup> ve yeni bir sözleşme hazırlanmasına karar verilmiştir.

Yeni bir metin hazırlayacak olan UNCITRAL'de dünyanın her bölgesinin temsili söz konusuydu ama çalışmaların kolay yapılabilmesi için komisyondaki toplam üye sayısı 36 ile sınırlandırılmıştır Komisyonda Afrika'dan 9, Asya'dan 7, Doğu Avrupa'dan 5, Latin Amerika'dan 6, Avustralya, Yeni Zelanda, Kanada, Amerika Birleşik Devletleri ve Batı Avrupa ülkelerinden 9 temsilci yer almakta ve böylece dünyanın bütün bölgeleri Komisyonda temsil edilmekteydi. Böylesine geniş bir temsil imkanı sağlanan Komisyonda görev yapan delegeler, uluslararası mal satımlarında en sık görülen problemlere en uygun çözümü bulmayı amaç edinerek mümkün olduğunca kendilerini, mensubu oldukları yasal sistemlerinin teorik engellerinden kurtarmaya çalışmışlardır<sup>911</sup>.

---

<sup>909</sup> Aslında mal satımları için yeknesak bir hukuk yaratma çalışmalarına UNIDROIT tarafından 1930'larda başlanmıştır. Bu amaçla başlatılan çalışmalar sonucunda 1964 yılında Satıma İlişkin Yeknesak Kanun; ULIS (Uniform Law for the International Sale of Goods) ve Mal Satımlarına İlişkin Sözleşmelerin Düzenlenmesine İlişkin Tek Tip Hukuk; ULF (ya da ULFC) (Uniform Law for the Formation of Contracts for the International Sale of Goods) adıyla iki sözleşme kabul edilmiş ve bu sözleşmeler 1972'de yürürlüğe girmiştir, (ERDEM, Ercüment, Uluslararası Mal Satımlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı, İzmir Barosu Dergisi, Y.54, S.1, Ocak-1989, s. 92; Maddi Menkul Malların Milletlerarası Satımı hakkında Yeknesak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi, TİRYAKİOĞLU, Bilgin, 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi, AÜHFD, 1989-1990, C.41; S.1-4, s.193; ATAMER, Yeşim, Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı, İstanbul Barosu Dergisi, C.69; S.10-11-12, 1995, s. 552). Ancak bu sözleşmeler dünya ticaretinde pek uygulama alanı bulamadıkları için etkinlik kazanamamışlardır (HONNOLD, Status, s. 2; TİRYAKİOĞLU, Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları, s. 193, LINDSTRÖM, s. 4).

<sup>910</sup> UNCITRAL'in Viyana Satım Antlaşması'nı hazırlarken takip edebileceği yöntemlerden ilki daha önce kabul edilmiş olan iki sözleşme (ULIS ve ULF) üzerinde iyileştirme çalışmaları yaparak yeni bir sözleşme hazırlanması olabilirdi diğeri ise; tamamen yeni bir metin hazırlanması olabilirdi. İzlenecek yöntemin belirlenmesi için üye devletlerin hükümetlerinden görüşleri soruldu ve alınan cevaplar yeni bir metin hazırlanmasının tercih edildiğini gösterdi. Üye devletler, daha önce hazırlanan bu iki sözleşmenin dünya çapındaki bütün hukuk sistemlerin temsilcilerinin katıldığı bir grup tarafından değil de daha ziyade Batı Avrupa devletlerinin hukuk sistemlerinin temsil edildiği bir çalışma grubu tarafından hazırlanmış olması nedeniyle bu çalışmalara güvenememekteydiler, HONNOLD, s. 3-5

<sup>911</sup> KASTELY, Amy, H.; The Right To Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention, 63 Washington Law Review, 1988, s. 608

10 Mart-11 Nisan 1980 tarihleri arasında Viyana'da toplanan altmış iki ülkenin temsilcilerinin ve bazı kuruluşların katılımıyla<sup>912</sup> yapılan diplomatik konferansın son günü, menkul malların uluslararası satımına ilişkin UNCITRAL'in hazırlamış olduğu Birleşmiş Milletler Antlaşması kabul edilmiştir<sup>913</sup>. Bu Antlaşma, on ülke tarafından onaylandıktan sonra 1 Ocak 1988'de yürürlüğe girmiştir<sup>914</sup>. Aralarında ABD, Avustralya, Kanada, Rusya Federasyonu, Çin Halk Cumhuriyeti, Almanya, Fransa, Hollanda gibi dünya ticaretinde önemli yere sahip olan ülkelerin de bulunduğu, 71 ülke tarafından kabul edilmiştir<sup>915</sup>. Viyana Satım Antlaşması'nın amacı, uluslararası satım sözleşmeleri için ortak bir hukuk yaratmaktır, dünya ticaretinin büyük bir kısmında uygulama alanı bulduğu ve ileride başka ülkeler tarafından da kabul edildiği takdirde daha geniş bir uygulama alanı olacak olan Antlaşma'nın bu amacının gerçekleştiği görülmektedir<sup>916</sup>.

Viyana Satım Antlaşması çok uluslu bir antlaşmadır<sup>917</sup>. Uluslararası bir satım sözleşmesinin taraflarının vatandaşı olduğu ülkeler, Viyana Satım Antlaşması'nın kendi iç hukuklarına dahil etmişlerse; o zaman, Viyana Satım Antlaşması, bu sözleşmeye doğrudan uygulanacaktır. Bunun dışında Kanunlar İhtilafı Kuralları vasıtasıyla bulunan hukuk da Viyana Satım Antlaşmasını bir iç hukuk kuralı hâline getirmişse uygulanır. Eğer taraflar isterlerse Viyana Satım Antlaşması'nın uygulanmamasını ya da kısmen uygulanmasını da kararlaştırabilirler. Antlaşmanın 6 ncı maddesinde bu imkân tanınmıştır. Taraflar, kendi ülkeleri, Viyana Satım Antlaşmasını kabul etmemiş olsa bile sözleşme serbestisi ilkesi gereği (emredici kurallara ve kamu düzenine aykırı olmadığı sürece) Viyana Satım

---

<sup>912</sup> Söz konusu kuruluşlar arasında Yatırım Bankası, Demiryolu Taşımacılığı Mekez Ofisi, Avrupa Konseyi, Avrupa Ekonomik Topluluğu, Özel Hukuka Dair Lahey Konferansı, Milletlerarası Ticaret Odası, UNIDROIT ve Dünya Bankası bulunmaktadır, **KASTELY**, s. 608; **HONNOLD**, s. 2,

<sup>913</sup> **KASTELY**, s. 608; **HONNOLD**, s. 1; **ATAMER**, CISG, s. 23

<sup>914</sup> **NDULO**, Muna, 'The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: A Comparative Analysis', 38 International Contract Law Quarterly, 1989; **LINDSTRÖM**, Niklas, 'Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods', Nordic Journal of Commercial Law, 2006, N. 1, s. 4

<sup>915</sup> Erişim: 24.07.2008, <http://www.uncitral.org>

<sup>916</sup> **SONDAHL**, Erika, 'Understanding the Remedy of Price Reduction-A Means to Fostering a More Uniform Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods', Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, V. 7, 2003, Erişim: 09.10.2006, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg.biblio/sondahl.html>, s. 2

<sup>917</sup> **BUND**, Jennifer, M.: Force Majeure Clauses: Drafting Advice For the CISG Practitioner, The Journal of Law and Commerce 17 N.2, Spring, 1998, s. 1

Antlaşması'nın kendi sözleşmelerine uygulanmasını kararlaştırabilirler. Antlaşma'da bunu engelleyici bir hüküm yoktur. Ancak böyle bir kararlaştırma, devletler özel hukuku anlamında bir hukuk seçimi sayılmaz, tarafların, ulusal hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak üzere, Viyana Satım Antlaşmasını, sözleşmelerinin hükmü hâline getirmeleri söz konusudur.

## II. Uluslararası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler (Unidroit İlkeleri)

UNIDROIT tarafından hazırlanan Uluslararası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler, uluslararası bir antlaşma niteliğine sahip değildir ve bu şekilde bir bağlayıcılığı yoktur<sup>918</sup>. UNIDROIT İlkeleri'ni hazırlayanlar, Viyana Satım Antlaşması'ndan farklı, ona alternatif oluşturabilecek bir düzenleme yapmak isterken farklılığı öncelikle İlkelerin bağlayıcı nitelikte olmamasında yaratmışlardır<sup>919</sup>. UNIDROIT İlkeleri, herhangi bir uyuşmazlığın tarafları, eğer bu ilkelerdeki düzenlemeyi, kendi uyuşmazlıklarının çözümü için uygun buluyorsa, onlara bu kurallardan yararlanma imkânı vermektedir. Aynı şekilde hakemler de uygun gördükleri takdirde uyuşmazlığın çözümünde bu ilkelerden yararlanabileceklerdir<sup>920</sup>.

Bizim, tez konumuz içerisinde UNIDROIT İlkelerine yer vermemizin sebebi, bazı satımlarda Viyana Satım Antlaşmasının uygulanamamasına rağmen bu ilkelerin uygulanma imkânının olmasıdır. Ayrıca bu ilkelerin uluslararası ticarete giderek yaygınlaşan bir uygulama alanı bulmasıdır. Birinci bölümde de açıklandığı üzere UNIDROIT İlkeleri uluslararası ticaret hukukunun bir parçasını oluşturmaktadır. UNIDROIT İlkeleri ile ilgili kararlara yer veren internetteki web sitesine<sup>921</sup> göre 2007 yılı sonuna kadar bu ilkeler, 165 uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında uygulanmıştır. Bu uyuşmazlıklardan 54'ü ulusal mahkemelerde görülmüştür.

<sup>918</sup> RABELLO, Alfredo, Mordechai/ LERNER, Pablo, 'The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Israeli Contract law', ULR, 2003-3 s. 608;

<sup>919</sup> BONELL, Michael Joachim, 'The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG-Alternatives or Complementary Instruments?' Erişim 18.08.2005 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ulr96.html> ,s.2

<sup>920</sup> FARNSWORTH, E. ALLAN, 'Closing Remarks', American Journal of Comparative Law, 1992, V.40

<sup>921</sup><http://www.unilex.info>



Henüz Türk mahkemeleri önünde görülen bir dava yoktur. 111 uyuşmazlık ise tahkimde çözüme kavuşturulmuş görülmektedir. Ancak tahkim kararlarının tamamının yayımlanmıyor olması sebebiyle aslında bu sayının daha fazla olduğu sanılmaktadır.

Bağlayıcılığı olmamasına rağmen böyle bir uluslararası düzenlemenin hazırlanmasına gerek duyulmuş olması şaşırtıcı gelebilir. Ancak Viyana Satım Antlaşması'nın 2 nci maddesinde bu Antlaşma'nın uygulanmayacağı satım sözleşmeleri sayılmıştır. Bu maddeye göre; Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz:

- (a) Kişisel veya ailevi ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması; meğerki satıcı, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmesin ve bilmesi gerekmesin.
- (b) Açık artırma yoluyla yapılan satımlar,
- (c) Cebri icra yoluyla veya diğer kanun yoluyla yapılan satımlar,
- (d) Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para,
- (e) Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı,
- (f) Elektrik satımı.

Uluslararası bir düzenlemeden yararlanmak isteyen taraflar Viyana Satım Antlaşmasını uygulayamayacakları durumlarda UNIDROIT İlkelerinden yararlanma imkânına sahip olacaklardır. Antlaşmanın 2 nci maddesindeki bu hüküm karşısında doktrinde, bir uçak satımında uluslararası bir düzenlemeden yararlanılmak istenildiğinde UNIDROIT İlkelerinin devreye girebileceği ileri sürülmüştür<sup>922</sup>.

---

<sup>922</sup> **BONELL**, Alternatives, s. 2; ancak kanımızca UNIDROIT İlkelerinden bu şekilde yararlanılabilmesi en azından Türk Hukukunda pek mümkün değildir. Çünkü uçak satımı ve gemi satımlarının ilgili sicillere tescil edilmeleri gerekmektedir. 5718 Sayılı yeni MÖHUK'nun 22 nci maddesinde taşıma araçları üzerinde aynı hak kazanımlarının sicilin bulunduğu yer hukukuna tâbi olacağı belirtilmiştir. Maddenin metni şöyledir: 1) Hava, deniz ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynı haklar, menşe ülke hukukuna tâbidir. 2) Menşe ülke hava ve deniz taşıma araçlarında aynı hakların tescil edildiği sicil yeri, deniz taşıma araçlarında bu sicil yeri yoksa bağlama limanı, raylı taşıma araçlarında ruhsat yeridir.

Viyana Satım Antlaşmasının 2 nci maddesinin (f) fıkrasında elektrik satımları Antlaşmanın kapsamı dışında bırakılırken, doktrinde petrol ve doğal gaz satımı için Antlaşmanın uygulanabileceği kabul edilmektedir. Ancak Türk hukukunda petrol satımı, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu ile, doğal gaz satımı, 4646 Sayılı Doğal Gaz Piyasası kanunu ile, LPG satışı 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol

Bundan başka Viyana Satım Antlaşması'nda bazı boşluklar, belirsizlikler ve şüpheli noktalar vardır. Bunların da UNIDROIT İlkelerinden yararlanılarak doldurulması imkânı vardır<sup>923</sup>. 2007 yılı sonun kadar UNIDROIT İlkelerinden bu şekilde yararlanılarak verilen 27 adet karar bulunmaktadır<sup>924</sup>.

UNIDROIT, merkezi Roma'da bulunan bir kuruluştur. Türkiye dahil 59 devlet bu kuruluşa üyedir. Bu kuruluşun yönetimi 1971 yılında uluslararası ticarî sözleşmelerin ilkelerinin hazırlanması için bir karar almıştır. Başlangıçta bu çalışma üç hukukçu tarafından yürütülmüştür. Çalışma komitesinde René David, Kara Avrupası hukukunu, Clive Schmitthoff, *common law*'u temsilen, Tudor Popescu da Sosyalist Blok ülkelerinin hukukunu temsilen görev yapmışlardır. Komite, ilk raporunu 1974'te hazırlamıştır. 1980'de farklı bölümlerin hazırlanması için özel bir grup bir araya gelmiştir ve bu grupta farklı hukuk sistemlerini temsilen daha fazla sayıda kişi görev almıştır. Bu grubun hazırladığı ilkeler 1994'te yayınlanmıştır<sup>925</sup>.

UNIDROIT İlkeleri'nin hazırlanmasında farklı ülkeden bir çok akademisyenin ya da hâkimin katkısı olmuşsa da bunlar yaşayan uluslararası ticaret hukukunun tek bir metinde kaleme alınması için çaba sarf etmişlerdir. Bu aşından UNIDROIT İlkeleri, Amerikan *Restatement* larına benzer<sup>926</sup>. UNIDROIT İlkelerini hazırlayanlar, kendi hukuklarındaki düzenlemelerin en iyi çözümleri içerdiğini ve o

---

Gazları Piyasası Kanunuyla özel olarak düzenlenmiştir. Bu durumda Viyana Satım Antlaşması yürürlüğe girecek olduğunda bile bu ürünlerin satışı *lex specialis* kuralı gereği Viyana Satım Antlaşmasına değil kendi özel kanunlarına tâbi olacaktır. Viyana Satım Antlaşmasının uygulama kapsamı dışında bırakılan elektrik satımına UNIDROIT İlkelerinin uygulanabileceği iddiası da Türkiye'den ihraç edilecek ve yurtiçine ithal edilecek elektrik satımları için geçerli olamaz. Çünkü elektriğin ihracatı ve ithalatı 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun hükümlerine tâbidir. Bu durumda Türk vatandaşlarının elektrik satımında UNIDROIT ilkelerinden yararlanabilmeleri ancak başka bir ülkedeki üretim tesisinden elde ettikleri elektriğin Türkiye dışında bir ülkeye satılması hâlinde, o da; ilgili ülkenin emredici kurallarına aykırı olmadığı takdirde mümkün olabilecektir.

<sup>923</sup> BONELL, Alternatives, s. 2

<sup>924</sup> <http://www.unilex.info>

<sup>925</sup> RABELLO/LERNER, s. 603-4; BONELL, Alternatives, s. 1

<sup>926</sup> BONELL, Alternatives, s.3; HARTKAMP, Principles, s. 108; uluslararası ticaret hukukunda yeknesaklaştırma çalışmalarının şimdiye kadar hep uluslar arası antlaşmalar, sözleşmeler ve model kanunlar vasıtasıyla yapılmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu kuralların uygulama alanı bulabilmeleri içinse iç hukuka dahil edilmeleri gerekmektedir. Bunun uzun bir hukukî süreç gerektiriyor olması, hukukun yeknesaklaştırılması konusunda farklı arayışlara girilmesine sebep olmuştur. Restatement lara başvurulması da bunu bir sonucudur, OĞUZ, Arzu, 'Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi', AÜHFD, C.49, S.1-4, 2000, s. 33

yüzden de UNIDROIT İlkeleri'ne alınması şeklinde bir çaba içine girmemişleridir<sup>927</sup>. Bir konuda uygun çözüm yolunun ne olduğu hususunda tereddüt yaşanırsa, hangi çözümün uluslararası ticaretin niteliklerine daha uygun olduğuna bakılarak, o çözüm yolu seçilmiştir<sup>928</sup>. Yapılan çalışma uluslararası doktrinde takdire şayan bulunmuş ve 'yasal düşüncenin globalleşmesi' için atılan çok önemli bir adım olarak değerlendirilmiştir<sup>929</sup>.

İlkelerin resmî metni; Amerikan *Restatement* larında olduğu gibi; her maddeyle ilgili bir şerhe ve bazı maddelerde örneklere yer verir. UNIDROIT İlkelerinin, Almanca, Fransızca, İtalyanca ve İspanyolca resmi metinlerini yayımlanmıştır. Bunun dışında İlkelerin, Rusça, Japonca, Arapça, Portekizce, Çince, Flemenkçe, İbranice<sup>930</sup>, Türkçe<sup>931</sup> ve başka dillere de çevirileri yapılmıştır<sup>932</sup>.

UNIDROIT İlkeleri, bütün sözleşme türleri için hükümler içerdiğinden Viyana Satım Antlaşması'nın konusuna giren sözleşmeler için de hükümler içerir. Her iki düzenlemenin hükümlerinin birbiriyle çelişmemesi için UNIDROIT İlkeleri, genellikle Viyana Satım Antlaşması'nda yer alan hususlarla paralel çözümler getirmektedir<sup>933</sup>. UNIDROIT İlkeleri'nin Viyana Satım Antlaşması'ndakinden farklı çözümler getirdiği hususlar istisnadır<sup>934</sup>.

UNIDROIT İlkeleri'nin uygulama alanı, Viyana Satım Antlaşmasınıninkinden daha geniştir: Viyana Satım Antlaşması, sadece satım sözleşmeleri ile ilgili hükümlere yer vermektedir oysa UNIDROIT İlkeleri, herhangi bir sözleşme tipine özgülenmemiş, sözleşme hukuku ile ilgili genel hükümlere yer verir. Bundan başka Viyana Satım Antlaşması'na taraf olmayan ülkelerdeki kişiler arasında yapılan bir sözleşmede tarafların uluslararası bir düzenlemeden yararlanmak istemeleri halinde

---

<sup>927</sup> **BONELL**, *Alternatives*, s. 3

<sup>928</sup> **RABELLO/LERNER**, s. 604

<sup>929</sup> **BONELL**, *Alternatives*, s. 4

<sup>930</sup> **RABELLO/LERNER**, s. 604

<sup>931</sup> İlkelerin Türkçe tercümesi Dayınlarlı tarafından yapılp basılmıştır, **DAYINLARLI**, Kemal, *Milletlerarası Ticarî İlişkilere İlişkin İlkeler*, Ankara, 2005

<sup>932</sup> **BLASE**, s. 2; **RABELLO/LERNER**, s. 604

<sup>933</sup> **BONELL**, *Alternatives*, s. 4; **HARTKAMP**, *Principles*, s. 119

<sup>934</sup> **BONELL**, *Alternatives*, s. 4, bir görüşe göre bu istisnaî durumlarda UNIDROIT İlkeleri'nin getirdiği çözümler daha olgunlaşmış kararlardır, **PERILLO**, 'Force Majeure', s. 4

uygulanma imkânı vardır. Böyle bir durumda taraflar açıkça UNIDROIT İlkeleri'nin uygulanmasını seçebilecekleri gibi taraflar, sözleşmelerinde uygulanacak hukuk olarak '*lex mercatoria*'yı veya 'hukukun genel ilkeleri'ni seçtikleri için de bu İlkeler uygulanabilir<sup>935</sup>. Viyana Satım Antlaşması'nın 6 ncı maddesine göre;

'Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler'.

Taraflar bu maddeden de yararlanarak Viyana Satım Antlaşması'nın bazı maddeleri yerine UNIDROIT İlkeleri'ndeki ilgili hükmün uygulanmasını kararlaştırabilirler. Ya da uyuşmazlığın tamamı için Viyana Satım Antlaşması yerine UNIDROIT İlkeleri'nin uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu sayede Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanlarında bile UNIDROIT İlkelerinin uygulanma imkânının yaratılması istenmiştir.

Viyana Satım Antlaşmasının Türk pozitif hukukuna dahil edilmesi durumunda tarafların uyuşmazlıklarına Antlaşma hükümlerinin değil de UNIDROIT İlkelerinin uygulanmasını kararlaştırmaları ancak sözleşme serbestisi ilkesi gereğince Türk pozitif hukukunun emredici kurallarını ihlâl etmemek kaydıyla geçerli olur. Burada tarafların sözleşme serbestisi ilkesine dayanarak böyle bir tercihte bulunmalarının devletler özel hukuku kuralları gereğince bir 'hukuk seçimi'olarak nitelendirilemeyeceğini birinci bölümde açıklamıştık. Eğer taraflar Viyana Satım Antlaşmasının 6 ncı maddesine dayanarak UNIDROIT İlkelerinin uygulanmasını ve uyuşmazlığın ulusal mahkemelerde çözümünü kararlaştırmışlarsa, o zaman bu seçimleri geçerli bir hukuk seçimi olmaz. Çünkü 5718 sayılı yeni MÖHUK'nun sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk başlıklı 24 üncü maddesine göre; taraflarca yapılacak hukuk seçimi ancak bir devlet hukuku olabilir. Ancak

---

<sup>935</sup> **BONELL**, Alternatives, s. 6; Bir İran Devlet Kuruluşuyla bir İngiliz firması arasında yapılan makine satımıyla ilgili bir sözleşmesinde taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak hukukun genel ilkelerini seçmişler ve taraflar arasındaki uyuşmazlık MTO'nun tahkim divanına geldiğinde hakemler, bu şekilde yapılan hukuk seçiminin dolaylı olarak UNIDROIT İlkeleri'ne yapılmış bir atuf olduğunu kabul etmişlerdir, **BONELL**, Alternatives, s. 11

eğer bu uyuşmazlık tahkimde çözüme kavuşturulacaksa, o zaman 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun 12 nci maddesinin (c ) fıkrası gereğince UNIDROIT İlkelerinin uygulanması mümkün olacaktır.

### III. Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri

Avrupa Birliğine üye devletlerin politik, sosyal ve ekonomik amaçları hemen hemen aynı olmasına rağmen, günümüzde Avrupa Birliği içerisinde borçlar hukuku alanında hukuk birliği sağlanabilmiş değildir. Avrupa Birliği'nde şu anda dört çeşit hukuk rejimi vardır. Bir defa her ülkenin kendisine ait bir borçlar hukuku sistemi vardır. Sonra Avrupa Birliği bazı özel sözleşme tipleri için ve geleneksel borçlar hukukunun özel alanları için çıkarmış olduğu direktifler vardır<sup>936</sup>. Bu direktifler, üye ülkelerde uygulanmaktadır. Üçüncü olarak Birliğin 23 üyesi Viyana Satım Antlaşması'na taraftır<sup>937</sup>. Avrupa Birliğine üye ülkelerin bazılarında yeknesak bir borçlar kanunu da bulunmamaktadır. Örneğin; İngiltere'de Kanal Adaları (Channel Islands) ve Man Adası<sup>938</sup> (Isle of Man)'nin kendilerine ait ayrı hukukları vardır. İspanya'da da çeşitli özerk bölgelerin kendi hukukları vardır. Ancak İspanya'daki özerk bölgelerin borçlar hukuku alanında da kendi kurallarını getirip getiremeyecekleri şu an için tartışmalı bir husustur<sup>939</sup>. Bu durum, Avrupa Birliği'nde sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti açısından karışıklığa sebep olmaktadır<sup>940</sup>.

Bu farklılığı ortadan kaldırmak ve ortak bir hukuk sistemi yaratmak için 1980 yılında bir komisyon kurulmuştur<sup>941</sup>. 1989'da Avrupa Parlamentosu'nda Avrupa Özel Hukuk Kanunu hazırlanması yönünde bir karar alınmıştır. Burada amaç, Ortak Pazarın daha rahat işleyebilmesi için borçlar hukuku gibi özel hukuk

---

<sup>936</sup> LANDO, Principles of European Contract Law, s. 575; SMITS, Jan, 'Diversity of Contract Law and the European International Market'in The Need For a European Contract Law, Empirical and Legal Perspectives, ed. SMITS, Jan, Groningen, 2005, s. 4

<sup>937</sup> Erişim, 23.06.2008, <http://www.uncitral.org>

<sup>938</sup> Erişim, 21.06.2008, [http://en.wikipedia.org/wiki/Isle\\_of\\_Man](http://en.wikipedia.org/wiki/Isle_of_Man)

<sup>939</sup> SMITS, s. 40

<sup>940</sup> LANDO, Principles of European Contract Law, s. 576

<sup>941</sup> LANDO, Principles of European Contract Law, s. 576; BLASE, Introduction, s. 2;

dallarında yeknesaklık sağlanmasıdır<sup>942</sup>. Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri, Avrupa Borçlar Hukukunun temelini oluşturmak üzere kaleme alınan bir model kanun niteliğindedir<sup>943</sup>. Ayrıca, hazırlanan bu ilkeler, üye devletlerin hepsi için yeknesak bir hukuk oluşturmanın yanı sıra ulusal hukukların modernize edilmesine de katkı da bulunmaktadır<sup>944</sup>.

Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri'ni hazırlayan komisyonda üye devletlerden gelen uygulamacılar ve akademisyenler ülkelerini temsilen görev yapmaktadırlar, ancak hükümetlerinden emir almamakta tamamen bağımsız bir şekilde çalışmaktadırlar<sup>945</sup>. Temsilciler, çalışmalarını sırasında kendi ulusal hukuklarındaki hukukî müesseseleri tartışmaya açmanın yanı sıra, birlik üyesi olmayan ABD'nin sözleşmeler ve tazminatla ilgili *restatement* larını ve Birleşmiş Milletlerin Viyana Satım Antlaşmasını ve UNIDROIT İlkelerini de incelemektedirler<sup>946</sup>. Avrupa SözleşmeHukuku İlkelerini hazırlayan komisyonun bazı üyeleri aynı zamanda UNIDROIT İlkelerini hazırlayan komisyonda da görev yapmışlardır<sup>947</sup>. Bu yüzden her iki düzenleme arasında paralellik vardır<sup>948</sup>. Avrupa Birliği'ne üye olan çoğu ülkenin, Viyana Satım Antlaşması'nı onaylamış ve iç hukuklarına dahil etmiş olduğunu belirtmiştik. Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri'ni hazırlayan komisyon, bu durumu dikkate alarak Viyana Satım Antlaşması'na paralel bir düzenleme yapılmasının uluslararası ticaretin bütün dünya'da aynı kurallara tâbi olması açısından faydalı olabileceğini görmüştür. Ancak, Komisyon, bazen Viyana Satım Antlaşması'ndan farklı kurallar getirmiştir. Çünkü Komisyon'un amacı o konuda 'en iyi kuralları' getirmektir ve Komisyon, Viyana Satım Antlaşması'nın kurallarının herhangi bir konuda yetersiz olduğunu düşündüğü zaman, kendi kurallarını

---

<sup>942</sup> Resolution Of 26 May 1989 OJEC NO. C. 158/401 OF June 26 1989 **LANDO**, Principles Of European Contract Law, s. 577

<sup>943</sup> **LANDO**, Principles of European Contract Law, s. 577; **OĞUZ**, Hukukun Birleştirilmesi, s. 35

<sup>944</sup> **LANDO**, Principles of European Contract Law, s. 577; **BLASE**, s. 2; **BACKHAUS**, s. 2; bu ilkelerin hazırlanış amaçları ve Amerikan Restatementları ile karşılaşması hususunda daha geniş bilgi için bkz. **OĞUZ**, Hukukun Birleştirilmesi, s. 52 vd.

<sup>945</sup> **LANDO**, Principles of European Contract Law, s. 580; **HARTKAMP**, Principles of Contract Law, s. 109

<sup>946</sup> **LANDO**, Principles of European Contract Law, s. 577; **BLASE**, s. 2; **BACKHAUS**, Richard, 'The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law', erişim, 18.08.2005, <http://www.ejcl.org/81/art81-2.html>, s.2

<sup>947</sup> **LANDO**, Principles of European Contract Law, s. 575; **HARKAMP**, Principles, s. 109; **CARR**, Indira/ **STONE**, Peter, International Trade Law, London, 2005, s.95

<sup>948</sup> **RABELLO/LERNER**, s. 609

koymuştur<sup>949</sup>. Ayrıca, Viyana Satım Antlaşması, sadece satım sözleşmesine ilişkin olduğu ve Avrupa İlkeleri'nde ise bütün borçlar hukukuna ilişkin düzenlemeler getirilmesi amaçlandığı için bu farklılığın olması da doğaldır<sup>950</sup>.

## **§ 12. UNIDROIT ve AVRUPA İLKELERİ ile KARŞILAŞTIRMALI OLARAK VİYANA SATIM ANTLAŞMASI'NDA MÜCBİR SEBEP**

### **I. Viyana Satım Antlaşması'nın Mücbir Sebep ile İlgili Maddesinin Temel Özellikleri**

Satım sözleşmelerinin ifasını mücbir sebep gibi etkileyen olaylar sık sık karşımıza çıkmaktadır ve böyle bir olayla karşılaşıldığında nasıl bir çözüm yolu bulunacağı da borçlar hukukunun en hassas konularından birini oluşturmaktadır<sup>951</sup>. Bu yüzden de Viyana Satım Antlaşması'nın 79uncu maddesinde, UNIDROIT İlkelerinin 7.1.7 nci maddesinde, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin 8:108 nci maddelerinde bu kavrama yer verilmiştir.

Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesi şöyledir<sup>952</sup>:

- (1) Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden veya sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulamaz.
- (2) Taraflardan birinin ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmekle görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak;
  - (a) Fıkra (1) uyarınca sorumluluktan kurtulmuş olduğu takdirde ve
  - (b) Görevlendirmiş olduğu kişiye fıkra 1 uygulanacak olsaydı o da sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde mümkündür.

<sup>949</sup> LANDO, Principles of European Contract Law, s. 581

<sup>950</sup> LANDO, Principles of European Contract Law, s. 581

<sup>951</sup> RAJA, s.3; TALLON, Denis; 'Article 79', Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan, 1987, s. 575,

<sup>952</sup> Maddenin çevirisinde 25.01.2005 tarihinde İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İÜHF Avrupa Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi ve İÜHF Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından Adalet Bakanlığına tevdi edilmiş olan metin esas alınmıştır, ATAMER, CISG, s. 507, metnin İngilizcesi Ek 2'de yer almaktadır.

- (3) Bu maddede öngörülen sorumluluktan muafiyet, engelin var olduğu dönem için geçerlidir
- (4) İfa etmeyen taraf, engeli ve bu engelin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır.
- (5) Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.

UNIDROIT İlkelerinin 7.1.7 nci maddesinin başlığı 'Force Majeure'dur. Maddenin metni şöyledir:

- (1)Ademi ifanın kendi kontrolü dışındaki bir engelden kaynaklandığını ve sözleşmenin yapılışı esnasında dikkate alması, onu önceden bildirmesi veya onun veya sonuçlarının üstesinden gelmesi kendisinden beklenemeyen borçlu, ademi ifanın sonuçlarından muaftır.
- (2)Engel ancak geçici olduğu zaman, muafiyet, sözleşmenin ifası üzerinde engelin sonuçlarını dikkate alırken makul bir süre esnasında etkili olur.
- (3) Borçlu alacaklıya engelin varlığını ve ifaya ilişkin tutumu üzerinde sonuçlarını tebliğ etmelidir. Engeli öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren makul bir sürede tebliğ muhataba ulaşmazsa borçlu, tebligatın alınmamasından doğan zarar nedeniyle tazminatla sorumlu olur.
- (4) Bu maddenin hükümleri tarafların, sözleşmeye son verme, yükümlülüklerinin ifasını askıya alma veya vadesi gelen bir meblağ için faiz ödenmesine zorlama haklarının kullanılmasına engel teşkil etmez<sup>953</sup>.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin 8:108 inci maddesinin başlığı: 'Bir Engel Nedeniyle Muafiyet'tir.

- (1) Taraflardan biri, borcunu ifa edememesinin, kendi kontrolü dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve sözleşme yapılırken bu engeli ya da doğuracağı sonuçları dikkate almasının, engelden kaçınmasının ya da üstesinden gelmesinin beklenemeyeceğini ispatlaması hâlinde sorumluluktan kurtulur

---

<sup>953</sup> **DAYINLARLI**, s. 114-5, maddenin İngilizcesi Ek 2'de yer almaktadır.



- (2) Engelin geçici olduğu durumlarda, bu maddenin getirdiği muafiyet engelin var olduğu süre boyunca geçerlidir. Ancak, eğer bu gecikme sözleşmenin esaslı ihlali anlamına geliyorsa, alacaklı sözleşmeyi sona erdirebilir.
- (3) İfade bulunamayan borçlu, durumdan haberdar olduktan makul bir süre sonra engelin varlığını ve bu engelin ifaya olan etkisinin ne olduğunu gösteren bir ihbarın alacaklıya ulaşmasını sağlamalıdır. Alacaklı, böyle bir ihbarın alınmamasından doğan her tür zararını tazmin edebilir
- (4) Bu maddenin hükümleri tarafların, sözleşmeye son verme, yükümlülüklerinin ifasını askıya alma ya da vadesi gelen meblağ için faiz ödenmesine zorlama haklarının kullanılmasına engel teşkil etmez<sup>954</sup>.

Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesi kaleme alınırken, ULIS'teki borçlunun sorumluluktan muafiyetini düzenleyen 74 üncü maddenin hazırlanışı sırasında tartışılan ve sonuca varılan bazı çözümlerden de yararlanılmıştır. Bu nedenle de; bu maddenin yorumlanışında ULIS'in 74 üncü maddesi de göz önünde bulundurulur<sup>955</sup>. Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinde, ulusal hukuklara özgü kavramlar olan ifanın engellenmesi, elverişsizlik<sup>956</sup> ya da *force majeure* kavramlarından hiçbiri doğrudan doğruya kabul edilmemiştir. Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinin kendisine özgü yapısı olan bir düzenleme olduğu kabul edilmektedir<sup>957</sup>. Zaten, sözleşmenin bir maddesinin sadece tek bir ulusal hukukun etkisi altında kaleme alınması, Antlaşmanın 7 nci maddesinin ilk fıkrasında yer alan Antlaşmanın uluslararası nitelikte olduğunu ve ona göre yorumlanması gerektiğini belirten hükme de aykırı olurdu<sup>958</sup>.

Bunun dışında, bu maddede, sonradan meydana gelen imkânsızlık ve emprevizyon kavramları arasındaki ayırım da belirtilmiş değildir. Oysa UNIDROIT

---

<sup>954</sup> Maddenin İngilizce metni için bkz. Ek2.

<sup>955</sup> LINDSTRÖM, s. 5

<sup>956</sup> Anglo-Amerikan hukukuna özgü olan ifanın engellenmesi ve elverişsizlik doktrinleri, tezin üçüncü bölümünde incelenmişlerdir.

<sup>957</sup> TALLON, s. 574

<sup>958</sup> HUDSON, s. 186; Antlaşmanın 7 nci maddesinin ilk fıkrası şöyledir: 'Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulamanın ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir'.

ve Avrupa İlkelerinde bu kavramlar arasında ayırım yapılmış ve bunlara farklı maddelerde yer verilmiştir.

## 1. Başlangıçtaki İmkansızlık

Viyana Satım Antlaşmasının 79 uncu maddesinin ilk fıkrasına göre; borçlunun sorumluluktan muaf olması için şu hususları ispatlaması gerekir:

- Borçlunun denetimi dışında oluşan bir engelin varlığını
- Bu engelin sözleşmenin yapıldığı tarihte normal olarak (reasonably) öngörülemediğini
- Bu engelin üstesinden gelmenin normal olarak mümkün olmadığını

Bu unsurlar, ilk defa Fransızların *Code Napoléon*'unda yer bulan '*force majeure*' kavramında da yer alan mücbir sebebin geleneksel unsurlarıdır<sup>959</sup>. Ancak Viyana Satım Antlaşması'nda sözleşme konusu borcun ifasının sözleşme yapılmadan önce bile imkânsız olduğu hallerin<sup>960</sup> de Antlaşmanın 79 uncu maddesinin kapsamı içinde değerlendirileceği düşünülecek olursa, bu maddenin düzenleme konusunun aslında klasik anlamdaki Fransızların *force majeure* kavramından farklı olduğu da görülür. Kanımızca bu noktada Anglo-Amerikan Hukukuna yaklaşıldığı görülmektedir. Çünkü Anglo-Amerikan hukukunda başlangıçtaki imkânsızlık sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına engel değildir.

Viyana Satım Antlaşması'na göre, engel, sözleşmenin yapıldığı tarihte mevcut olabileceği gibi daha sonra da ortaya çıkabilir<sup>961</sup>. Sözleşmenin yapıldığı tarihte var

<sup>959</sup> TALLON, s. 578; HUDSON, s. 186; RIMKE, s. 3, 11

<sup>960</sup> UNCITRAL'in Sekreterlik yorumuna göre; örneğin bir gemide taşınmakta olan malın satımı için yapılan sözleşmenin kurulduğu anda geminin batmış olması hâli bu duruma örnek olarak gösterilmiştir.

<sup>961</sup> RAJA, s. 4; TALLON, s. 577; RIMKE, s.11 Sözleşme yapılırken var olan ifa imkansızlığı bir çok ulusal hukukta sözleşmeyi geçersiz kıldığı için böyle bir durum da Viyana Satım Antlaşması'nın 4(a)maddesi gereği sözleşmenin geçerliliği ile ilgili hususlardan olduğu için bu sözleşmenin hükümlerine değil, ilgili ulusal hukukun hükümlerine tabi olacağı için bazı tereddütler ortaya çıkabilirdi, ancak 79. maddenin hükmü bu tür tereddütlere fırsat vermeyerek ifa engelinin sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olması halinde bile bu durumun sözleşmenin ifasına engel teşkil edebileceğini kabul etmiştir, RIMKE, s. 11; bu durumun sözleşmenin geçersizliğine yol açacağı ve bu nedenle de Sözleşmenin 4(a) maddesi gereğince ulusal hukuklar tarafından değerlendirilmesi gerektiğine dair karşı görüş için bakınız, BRIDGE, Michael, The International Sale of Goods Law & Practice, Oxford, 1999, s. 8.01

olan bir engel eğer taraflarca biliniyorsa artık tarafların bu durumla ilgili bir muafiyet talepleri olamaz, ancak eğer sözleşmenin yapıldığı tarihte bu engelin varlığından tarafların haberleri yoksa o zaman 79. maddedeki muafiyetten yararlanılması mümkündür. Sekreterliğin yorumu da bu şekildedir. Bu konuya açıklık getirmek için Sekreterlik, gemide taşınmakta olan mallarla ilgili olarak yapılan satım sözleşmesinin yapıldığı tarihte geminin batmış olması örneğini vermiştir<sup>962</sup>.

UNIDROIT İlkelerinin dibacesine göre; sözleşmeden doğan borcun, sözleşme yapılırken mevcut olan ancak tarafların bilmedikleri bir engel nedeniyle yerine getirilememesi durumunda İlkelerin 7.1.7 nci maddesindeki mücbir sebebe ilişkin maddenin uygulanma imkânı yoktur, ama bu durumun İlkelerin 3.4 üncü maddesi anlamında bir hata olarak değerlendirilip, 3.5 inci maddesindeki hata nedeniyle butlan hükümlerinden yararlanma imkânının olacağı belirtilmiştir<sup>963</sup>.

Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri'nde de başlangıçtaki imkânsızlık durumunda mücbir sebebe ilişkin İlkeleri 8:108 nci maddesindeki muafiyetten yararlanılamaz, bu durumda 4:103 üncü maddeye dayanarak sözleşmeden dönme imkânı vardır<sup>964</sup>.

## 2. Ayıplı İfa

Antlaşmanın 79 uncu maddenin İngilizce metninde kullanılan 'ifada başarısız olunması'ifadesinin, 'ifa etmeme'nin içeriğini açıklamaya yetmediği ileri sürülmüş ve doktrinde hangi durumların bu kavramın içine girdiği hususunda bazı tartışmalar yaşanmıştır<sup>965</sup>.

Maddenin ilk fıkrasında yer alan; 'ifada başarısız olunması'ifadesinin içine hem ifanın hiç yapılmaması, hem borcun bir kısmının ifa edilememesi hem de

---

<sup>962</sup> TALLON, s. 577

<sup>963</sup> Erişim: 21.06.2008, <http://www.unilex.info>

<sup>964</sup> LIU, Chengwei, Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL, Erişim: 04.02. 2008, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html>, s. 312

<sup>965</sup> TALLON, s. 576; RIMKE, s. 11; Kanımızca, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından hazırlanarak 25.01.2005 tarihinde Adalet Bakanlığına verilen Türkçe çevirisinde kullanılan 'yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi'ifadesi bu tür tartışmaları önleyecek şekilde kaleme alınmıştır.

ayıplı ifa girer<sup>966</sup>. Satılan malın niteliklerinin karşı tarafın talep ettiği nitelikte olmaması halinde de ifada bulunulmamış olduğu kabul edilir<sup>967</sup>. Common Law hukuk sisteminin etkisindeki doktrindeki azınlık görüşüne göreyse; ayıplı ifa 79 uncu maddede bahsi geçen ifada bulunmama kavramının içine girmez<sup>968</sup>. Çünkü Common Law'da satım sözleşmesinden doğan malın teslimi borcu, bir garanti yükümlülüğüdür ve bu borç ayıptan âri ve tam olarak yerine getirilmediği sürece borç, yerine getirilmemiş sayılır. O yüzden de Anglo-Amerikan hukuk sisteminden gelen bir hukukçu için ayıplı ifada bulunan bir satıcının sorumluluktan kurtulma imkânının bulunması doğru bir çözüm değildir<sup>969</sup>.

Bu konu bir karara da konu olmuştur ve mahkeme, ayıplı ifada bulunan borçlunun durumunda da 79 uncu maddedeki muafiyetten yararlanmanın mümkün olduğu sonucuna varmıştır<sup>970</sup>.

---

<sup>966</sup> **TALLON**, s. 576; **RIMKE**, s. 11; **FLAMBOURAS**, Dionysios, 'Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108'[http://www.cish.law.pace.edu/cisg/text/Avrupa İkelericomp79.html](http://www.cish.law.pace.edu/cisg/text/Avrupa%20İkelericomp79.html), 6.6.2005, s. 4; **LIU**, Chengwei, 'Force Majeure, Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law (2 nd edition: Case annotated update -April 2005-), Erişim:02.06.2005, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/liu6.html> , s.5

<sup>967</sup> **TALLON**, s. 576; **RIMKE**, s. 11

<sup>968</sup> **JENKINS**, Sarah, Howard, 'Exemption for Nonperformance: UCC, CISG; UNIDROIT Principles- A Comparative Assesment', Tulane Law Review, V. 72, 1997-1998, 2023; **HONNOLD**, s.478; **LIU**, s.4

<sup>969</sup> **NICHOLAS**, Force Majeure and Frustration, s. 237; **SCHLECHTRIEM**, Peter, 'Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) Civil Panel VII, 24 Mart 1999, Index No. VIII ZR 121/98'15/16 Juristenzeitung (JZ) 794-797, s.23; 13 Ağustos 1999, Erişim:06.06.2006 <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html#a57>

<sup>970</sup> I- Alman Federal Mahkemesinin 24 Mart 1999'da 'Asma İlacı' Davasında Verdiği Karar Dava konusu olayda davacı Avusturya'da bir üzüm bağı sahibidir. Davacı, asmaların aşılama işlemi sırasında asmaları kurumaktan koruyan ve hastalık riskini de azaltan özel bir ilaç kullanmaktadır. Davacı bu ilacı yıllardır F.W. adlı davalı şirketten almaktadır. Davalı ise bu ilacı S. Werke GmbH şirketinden satın almaktadır. 18 Ocak 1994 tarihli mektubunda davacı davalıdan 5 ton asma ilacı satın almak istediğini bildirmiştir. 21 Ocak 1994'te davalı fiyatın kilo başına 5.43 Alman Markı olduğunu belirtmiştir. Davalı, 21 Ocak 1994 tarihinde siparişi vermiştir. İlacın üretimini yapan S. Werke firması davalının talebine uygun olarak, malı orijinal ambalajı içinde doğrudan alıcıya (davacı) göndermiştir. Gönderilen ilaç üretimi yeni yapılan bir ilaçtır ve doğrudan alıcıya gönderildiği için de satıcı (davalı) bu ilacı görmemiş ve ilacın niteliğini incelememiştir.

Davacı kendisine gönderilen ilacı kendi bağında kullandığı gibi bir kısmını da başka bağ sahiplerine satmıştır. 16. Haziran 1994 tarihinde davalıya kullanılan bağındaki asmaların bir bölümüne kullandığı ilacın asmalarına zarar verdiğini gönderilen ilacın ayıplı olduğunu belirtmiştir. Davacı dava açarak uğradığı zararın tazmin edilmesini istemektedir. Davalı, alıcının zararını karşılamayı reddetmektedir. Davalı asmaların don sebebiyle zarara uğradığını asma ilacının zarara sebep olmadığını ileri sürmüştür. Davalı ayrıca, kendisinin bir aracı olduğunu ve Viyana Sözleşmesinin 79 uncu maddesi gereği sorumlu tutulmaması gerektiğini, çünkü meydana gelen zararın kendi denetimi dışında gerçekleştiğini ileri sürmüştür. Bunun yanı sıra sözleşmeye koymuş olduğu sorumsuzluk şartı gereği de kendisine sorumluluk yüklenemeyeceğini ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi davayı

Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinin yasama süreci incelendiği zaman da aynı sonuca varılır. ULIS'teki muafiyetle ilgili 74 üncü maddede de ayıplı ifade bulunan satıcının da muafiyetten yararlanma imkânının olduğu açıktır. Viyana Satım Antlaşmasına esas teşkil eden 1978 tarihli New York Taslağında da muafiyetten yararlanacak kişi olarak gönderdiği malları iyi bir şekilde paketlemeyen satıcı örneği verilmiştir. O halde; sözleşmeyi hazırlayanların amacının 'tarafardan birinin herhangi bir borcunu ifade başarısız olması' kavramının içine ayıplı ifade bulunan satıcının da gireceği açıktır<sup>971</sup>. Ancak Amerikan doktrininde ayıplı ifade bulunan satıcının 79 uncu maddedeki muafiyetten yararlanamayacağını iddia eden yazarlar vardır<sup>972</sup>. Honnold, görüşünü 79 uncu maddenin 4 üncü fıkrasının ilk cümlesine dayandırmaktadır. Bu cümlede şöyle denilmektedir: 'Borcunu ifa edemeyen tarafın karşı tarafa engeli ve bu engelin ifayı ne şekilde etkileyeceğini bildirmesi gerekir'. Bu cümleden de anlaşılacağı üzere muafiyetten yararlanabilmek için bir ihbarda bulunmak gerekmektedir ve bu ihbarı borçlu, borcunu yerine getiremediği için yapmaktadır. Eğer ortada ayıplı da olsa bir ifa varsa, o zaman ihbara gerek yoktur ve 79 uncu maddenin muafiyet için öngördüğü şartlar gerçekleşmiş olmaz.

### 3. Beklenmeyen Durum

Eğer ortada bir cins borcu varsa borçlu bu maddedeki muafiyetten

---

reddetmiştir. Temyiz mahkemesi ilk derece mahkemesinin kararını yerinde görmemiş ve dosyayı yeniden görüşülmek üzere ilk derece mahkemesine iade etmiştir: Temyiz mahkemesinin iade etme gerekçeleri şunlardır: Davacının Viyana Sözleşmesinin 45(1)(b) maddesine ve bu maddeyle bağlantılı 74 ila 77 nci maddelerine dayanarak doğan zararının tazmin edilmesi yönünde bir talebi vardır. Bu tazminat sorumluluğundan Viyana Sözleşmesinin 79 uncu maddesine dayanarak kurtulması mümkün olamaz. Temyiz mahkemesi alıcıya gönderilen asma ilacının endüstriyel standartlara uygun olmadığını bilirkişi incelemesi yaptırarak tespit etmiştir. Bu yüzden davalının zararın sebebinin asma ilacı olmadığı yönündeki iddiasının asılsız olduğu anlaşılmıştır.

Temyiz mahkemesi davalının Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesi gereği sorumluluğunun olmadığı yönündeki iddiasını da yerinde görmemiştir. Çünkü davalı üretici firmaya asma ilacının siparişini kendisi vermiştir ve ilaçların alıcıya gönderilmesini kendisi istemiştir. Bu durumda davalı, meydana gelen zararın 79 uncu maddede bahsi geçen ifadeyle 'kendi denetimi dışında' gerçekleştiğini iddia edemez. Davalı ancak yeni üretilen bu ilacın uygun nitelikte bulunup bulunmadığına dair bütün testleri yaptırmış olsaydı, o zaman sorumluluktan kurtulabilirdi. Temyiz mahkemesi bu nedenle, davacının kendisine gönderilen ayıplı mal dan dolayı uğradığı maddi zararın karşılanması gerektiğine karar vermiştir. Bu karar Schlechtriem'in yazdığı bir makalede etraflıca incelendikten sonra uluslararası ticaret hukukunda emsal teşkil edecek, çok önemli bir karar olarak nitelendirilmiştir, **SCHLECHTRIEM**, Peter, Federal Supreme Court, s.23

<sup>971</sup> **SCHLECHTRIEM**, Federal Supreme Court, s. 21

<sup>972</sup> **HONNOLD**, s. 477 , **SCHLECHTRIEM**, Federal Supreme Court, s. 21

yararlanamaz. *Genera non pereunt*<sup>973</sup>. Borcun ifası daima mümkündür, ancak eğer borcun konusunu oluşturan mal dünya üzerinde sınırlı sayıda ise, örneğin tek bir ülkede ve az miktarda üretilen bir metal ise, o zaman farklı bir çözüm yolu bulmak gerekebilir<sup>974</sup>. Beklenmeyen durumun, 79 uncu maddenin kapsamına girip girmediği maddenin içeriğinde açıkça belirtilmiş olmadığı için<sup>975</sup> doktrinde bu konuda bazı tartışmalar yaşanmaktadır<sup>976</sup>. Bir görüşe göre; 79 uncu maddenin kapsamına beklenmeyen durum girmez<sup>977</sup>. Uluslararası ticaret hayatında aşırı ifa gücüne sebep olan beklenmeyen durumlarla da sık sık karşılaşılmaktadır. Bu yüzden birçok yazar, beklenmeyen durumun da 79 uncu maddenin kapsamı içinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>978</sup>.

## II. Viyana Satım Antlaşmasındaki Mücbir Sebep Hükümünün Uyuşmazlığa Uygulanmasının Ön Şartları

Herhangi bir uyuşmazlığa Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinin uygulanması talep edildiği zaman ilk olarak bazı şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılması gerekir. 79 uncu maddenin uygulanması için gerçekleşmesi gereken şartlar şunlardır: 1) Uyuşmazlık konusu sözleşmeye uygulanacak hukuk Viyana Satım Antlaşması mıdır? Ayrıca, bu sözleşme Viyana Satım Antlaşması'nın uygulama alanına girer mi? 2) Taraflar, yapmış oldukları sözleşmede Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinin uygulanmaması konusunda herhangi bir düzenleme yapmışlar mıdır? Taraflar arasındaki yerleşmiş uygulamadan böyle bir sonuca varmak mümkün müdür? 3) Yazılı delil getirme,

<sup>973</sup> TALLON, s. 581; RIMKE, s. 12; aksi görüşteki bazı yazarlar ise, cins borcunun konusunu oluşturan malın sözleşmeye özgülenmesinden sonra telef olması halinde borçlunun sorumluluktan kurtulabileceği görüşündedir, ENDERLEIN, Fritz/MASKOW, Dietrich, 'International Sales Law, United Nations Convention for International Sale of Goods, 1992, Erişim:13.02.2008, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>, s. 322

<sup>974</sup> TALLON, s. 582

<sup>975</sup> Bu madde kaleme alınırken, Norveç delegesi, sözleşme yapıldıktan sonra, şartlarda meydana gelen değişiklik sonunda, borcun ifasının imkânsız hâle gelmeyip de borcun ifasının borçludan beklenemeyecek kadar güçleştiği, durumların da 'engel' niteliğinde görülerek maddenin kapsamı içine alınması yönünde bir teklif getirmiş olmasına rağmen bu teklif, çalışma komisyonu tarafından reddedilmiş, ancak red gerekçesi açıklanmamıştır.

<sup>976</sup> ATAMER, CISG, s. 462

<sup>977</sup> JENKINS, s. 20, 25; TALLON, Hardship, s. 330; BUND, s. 2; RIMKE, s. 218

<sup>978</sup> SCHLECHTRIEM, Peter, 'Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG Scholars Discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hadrship, Avoidance, *Nachfrist*, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more' 18 Journal of Law & Commerce, 1999, s.236; RIMKE, s. 223

sözleşmenin ya da bildirimlerin yazılı olması gibi ulusal hukuktan gelen gerekliliklerin Viyana Satım Antlaşması altında herhangi bir rolü olabilir mi? 4) Ulusal hukukların butlan olarak değerlendirdikleri, hata ya da ifanın engellenmesi nedeniyle sona eren sözleşmelerin durumu bir geçerlilik sorunu olarak değerlendirilerek, uyuşmazlık konusu sözleşmeyi Viyana Satım Antlaşmasının kapsamından çıkarır mı? 5) Acaba Antlaşmadaki riskle ilgi hükümlerin sözleşmedeki özel şartlarla değiştirilmesi ya da kaldırılması mümkün müdür. Ancak bu soruların yanıtları verildikten sonra 79 uncu maddedeki muafiyetten yararlanmak için aranan unsurların var olup olmadıkları incelenebilir<sup>979</sup>.

### III. Mücbir Sebebin Unsurları

#### 1. Engel

Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesine göre; borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için kendi denetimi dışında kalan bir engel nedeniyle borcunu ifa edememiş olması gerekir. Bu maddede açıkça bir 'engel'ifadesi kullanılmıştır ve bu ifade şekli daha önceki ULIS'de kullanılan ve biraz daha subjektif bir ifade olan 'şartlar'ifadesinden farklıdır<sup>980</sup>.

Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinde yer alan bu ifade gereğince sadece harici şartlar<sup>981</sup> ya da objektif şartlar engel oluşturabilir<sup>982</sup>. 79 uncu maddenin kapsamına girecek engelleri tek tek saymak mümkün değildir<sup>983</sup>; ancak yaşanan doğal felâketler, savaş, isyan, ambargo, ihracat ya da ithalat yasağı gibi yasal engeller<sup>984</sup>, elkoyma<sup>985</sup>, terör saldırıları<sup>986</sup> malı taşıyan tırın kaybolması,

---

<sup>979</sup> HUDSON, s. 181-182

<sup>980</sup> TALLON, s. 579; NICHOLAS, 'Force Majeure and Frustration', s. 240; HONOLD, John, O.; Uniform Law for International Sales, 1999, The Hague, s. 477-478; RIMKE, s. 12; FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s.3; LINDSTRÖM, s. 6

<sup>981</sup> TALLON, s. 579; JENKINS, s. 2024; FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s.3; BETTO, s. 845

<sup>982</sup> RAJA, s. 4; RIMKE, s. 11; LINDSTRÖM, s. 6

<sup>983</sup> TALLON, s. 583; LINDSTRÖM, s. 6; bir görüşe göre; Viyana Satım Antlaşmasında 'engel' kavramı tam olarak açıklığa kavuşmuş olmadığı için GAFTA ve FOSFA gibi birliklerin hazırladıkları sözleşmelerde uygulanacak hukuk olarak Viyana Satım Antlaşması seçilmemektedir. (The CISG is infact often excluded by the parties. This is the case in many general conditions set by branch organisations such as FOSFA and GAFTA), SMITS, s. 34

<sup>984</sup> TALLON, s. 583; LIU, Remedies, s. 309; LINDSTRÖM, s. 6

<sup>985</sup> RAJA, s. 4

<sup>986</sup> LINDSTRÖM, s. 6

hırsızlık, sabotaj, genel grev ve genel enerji kesintisi<sup>987</sup> gibi... hususlar bu maddenin kapsamı içine girebilecek olaylardır.

Bu olayların daima muafiyetten yararlanma imkânı vereceğini baştan söylemek doğru olmaz. Örneğin sel gibi bir doğal felakete dayanarak sorumluluktan kurtulmak isteniyorsa, bunun, o bölgede yüzyıldan beri yaşanmamış nitelikte bir şiddette gerçekleşmesi gerekir<sup>988</sup>.

Bu tür olayların her somut olayda ifayı engelleyici bir etkisinin olup olmadığı incelenerek karar verilmelidir<sup>989</sup>. Borçlunun iflas etmesi, 79 uncu maddedeki muafiyetten yararlanmak için geçerli bir sebep oluşturmaz<sup>990</sup>. Bununla beraber eğer borçluya karşı haksız bir icra takibi başlatılmışsa ya da haksız bir takiple borçlunun iflası istenmişse bu olaylar, borçlunun borcunu yerine getirmesine engel teşkil eden olaylardan sayılır<sup>991</sup>.

Bundan başka, borçlunun kişisel ya da mesleki yetersizliği nedeniyle borcu ifa edemediği durumlarda; borçlunun üretim ya da finans gücüyle ilgili yaşadığı güçsüzlükler, borçlunun hastalanması, ölmesi, tutuklanması ya da borçlunun hammadde satın aldığı kişinin hammaddeyi vaktinde teslim edememesi ya da hammadde fiyatlarındaki artış engel olarak değerlendirilemez<sup>992</sup>. İşyeri grevi ve lokavt da borçlunun kontrolünde gerçekleşen olaylar oldukları için muafiyetin kapsamına girecek engellerden sayılmazlar<sup>993</sup>.

Bu konuda üzerinde en çok durulması gereken husus, fiyat artışlarının bir engel olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Bu sorunun yanıtı aynı zamanda beklenmeyen durumun 79 uncu maddenin kapsamına girip girmeyeceğinin de yanıtı olacaktır. Bugüne kadar fiyat artışlarının ifaya mani olan bir engel olduğu

---

<sup>987</sup> LIU, Remedies, s. 309

<sup>988</sup> MAGNUS, Ulrich, 'CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma', Milletlerarası Satım Hukuku, ed. ATAMER, Yeşim, İstanbul, 2008, s. 305

<sup>989</sup> LINDSTRÖM, s. 6; LIU, s. 309

<sup>990</sup> TALLON, s. 581

<sup>991</sup> TALLON, s. 581-582

<sup>992</sup> LIU, Remedies, s. 309

<sup>993</sup> ENDERLEIN/MASKOW, s. 322; LIU, Remedies, s. 328



iddiasıyla açılan davalarda varılan sonuç, fiyat artışlarının ticaret hayatında her zaman karşılaşılabilecek durumlar olması nedeniyle 79 uncu maddenin kapsamına girmeyeceği yönündedir<sup>994</sup>.

UNIDROIT İlkeleri'nin mücbir sebeple ilgili 7.1.7 nci maddesinde de Viyana Satım Antlaşması'ndaki yaklaşım benimsenmiş ve 'engel'ifadesi kullanılmıştır. Bu durumda UNIDROIT İlkeleri'nde de amaç; sadece objektif nitelikli engellerin borçluyu borcundan kurtarmasıdır. Bu anlamda satım konusu malın telef olması, doğal afetler, ihracat ya da ithalat yasağı getirilmesi, gibi olaylar UNIDROIT İlkeleri'ne göre de engel sayılır<sup>995</sup>.

İlkelerin Yorumunda da neyin engel olarak değerlendirilebileceğine örnek verilmiştir.

1-A, X ülkesinde bir üreticidir ve Y ülkesinde kamu hizmeti veren B adlı firmaya bir nükleer enerji istasyonu kurmayı üstlenmiştir. Sözleşme hükümlerine göre A, on yıl boyunca Amerikan Doları olarak ve New York'ta ödenmek üzere sabit fiyatla enerji santralının gereksinimi olan uranyumun tamamını tedarik etmeyi yüklenmiştir.

Beş yıl sonra Y ülkesinin hükümeti yabancı para değişimine ilişkin düzenlemeyi değiştirmiştir ve Y ülkesinin kendi parası dışındaki paralarla yapılan ödemeleri engellemiştir. Bu durum 7.1.7 nci maddenin kapsamına giren bir engel niteliğindedir<sup>996</sup>.

Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri'nin 8:108 inci maddesi'nde de aynı şekilde 'engel'ifadesi kullanılmıştır, ama engelin niteliği Avrupa İlkeleri'nin şerhinde açıklanmamıştır. Bu konuda; bir geminin batması ya da alıcının iflas etmesi örnek engeller olarak gösterilmiştir. Borçlunun iflas etmesi, borçlunun denetimi dışında

---

<sup>994</sup> CARR/ STONE, s. 93

<sup>995</sup> LIU, Remedies, s. 309

<sup>996</sup> UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts with Official Commentar (1994), Article 7.1.7, N. 1532-1534, Erişim: 20.06.2007, <http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1994.commented/7.1.7.html#1528>

gerçekleşen bir sebep olmadığı için doktrinde, iflas durumunda aslında muafiyetten yararlanma imkânının olmadığı kabul edilmektedir<sup>997</sup>. Bununla beraber Avrupa İlkeleri'nin şerhinde iflasın muafiyetten yararlanmak için bir engel olarak sayılmış olması, doktrinde İlkelerin sübjektif imkânsızlığa sebep olan olayların da bir engel olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bir görüş de ileri sürülmüştür<sup>998</sup>. Biz bu görüşe katılmıyoruz, çünkü Avrupa İlkeleri ifanın güçleşmesi ile ilgili bir hükme yer vermiştir; o halde iflas gibi sübjektif imkânsızlığa sebep olacak olayların o maddenin kapsamına girmesinin daha doğru olacağı kanısındayız.

## 2. Engelin Borçlunun Denetimi Dışında Gerçekleşmesi

Borçlunun ifasına mâni olan bir engelin ortaya çıkmış olması tek başına bu maddedeki muafiyetten yararlanmak için yeterli değildir. Borçlunun muafiyetten yararlanabilmesi için bu engelin borçlunun denetimi dışında gerçekleşmiş olması gerekir<sup>999</sup>. Borçlu kendi ihmalden ya da başka nedenlerden kaynaklanan kişisel yetersizliklerinden dolayı borcunu ifa edememişse muafiyetten yararlanamaz<sup>1000</sup>. Borçlunun hastalanması, tutuklanması ya da ölmesi bile onun borcundan muaf tutulmasını sağlamaz<sup>1001</sup>.

Tarafların muafiyetten yararlanabilmeleri için dürüstlük kuralına bile uygun davranmaları beklenir<sup>1002</sup>. Örneğin taraflardan birinin borcunu ifa edebilmek için devletten izin alması gerekiyorsa ve tarafın ihmali nedeniyle bu izin kendisine verilmemişse artık muafiyetten yararlanması mümkün değildir. Çünkü bu izni almak için gereken başvuruyu uygun şekilde yapmamıştır. Ya da eğer satım konusu mallar iyi paketlenmedikleri için bozulmuşlarsa burada da yine bir ihmal söz konusu olduğu için muafiyetten yararlanmak söz konusu olamaz<sup>1003</sup>.

---

<sup>997</sup> BACKHAUS, s. 2; LIU, Remedies, s. 309

<sup>998</sup> BACKHAUS, s. 2

<sup>999</sup> LINDSTRÖM, s. 8

<sup>1000</sup> HUDSON, s. 186; RAJA, s. 4; HONNOLD, s. 478; SOUTHERINGTON, Tom, Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html>, s. 25 LINDSTRÖM, s. 8

<sup>1001</sup> RAJA, s. 4; SOUTHERINGTON, s.25

<sup>1002</sup> TALLON, s. 578- 579

<sup>1003</sup> TALLON, s. 579

Görüldüğü gibi ‘borçlunun denetimi dışındaki engel’unsurunda Kara Avrupası hukukundaki kusur kavramıyla common law hukuk sisteminde imkânsızlık doktrininin bir unsuru olan ‘denetim’bir arada yer almıştır<sup>1004</sup>.

Bu fıkrada yer alan ‘borçlunun denetimi dışındaki engel’ifadesinden kastedilenin anlaşılabilmesi için borçlunun üretim ya da tedarikle ilgili organizasyonunda yaşanacak bir sorunun engel olarak nitelendirilemeyeceği, bu tür sorunların borçlunun denetim alanı içinde gerçekleştiği için bunların üstesinden gelme imkânının olduğu her zaman göz önüne alınmalıdır. Öyleyse borçlunun çalışanlarının<sup>1005</sup>, tedarikçisinin<sup>1006</sup> ya da üçüncü kişilerin<sup>1007</sup> borçlarını yerine getirmemeleri de bir engel sayılmayacaktır.

Teknik ekipmanların, üretimin ya da tedariğin sağlanması için gerekli finansal araçların da borçlunun denetiminde sayılan hususlar olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir<sup>1008</sup>.

Yukarıda da belirtildiği gibi, UNIDROIT İlkeleri’nde sözleşme yapıldığı sırada mevcut olan bir engelin, mücbir sebep hükümlerinin uygulanmasını sağlayacak nitelikte bir engel olmadığı kabul edilmiştir. Yine yukarıda belirtildiği gibi Avrupa İlkeleri de sözleşmenin yapıldığı sırada var olan bir engelin borçluyu, sorumluktan kurtaracak mücbir sebep niteliğinde bir engel sayılmaz.

Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri’nde mücbir sebebe dayanarak sorumluluktan kurtulabilmek için borçlunun kusuru ve sorumluluğunun bulunmaması gerekir. Eğer bir olay borcun ifasını engellemişse, ama eğer borçlu borcunu vadesinde ifa etseydi, bu olay borcun ifasını engellemeyecek idiyse o zaman borçlu, sorumluluktan kurtulamaz<sup>1009</sup>.

---

<sup>1004</sup> **MARCANTONIO**, Barrigan, J., ‘Unifying the Law of Impossibility’, *Hastings International & Comparative Law Review*, V.8, 1984-1985, s. 55

<sup>1005</sup> **HUDSON**, s. 186; **RAJA**, s. 4; **LINDSTRÖM**, s. 8

<sup>1006</sup> **RAJA**, s. 4; **CARR/STONE**, s. 93

<sup>1007</sup> **HUDSON**, s. 186; **RAJA**, s. 4

<sup>1008</sup> **RIMKE**, s. 12

<sup>1009</sup> **FLAMBOURAS**, *Comparative Remarks*, s.12

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'ne göre, İlkelerin 8:108 inci maddesindeki muafiyetten yararlanabilmenin şartlarını göstermek için verilen bir örnekte bir işletmenin işçileri, üretim şartlarını iyileştirecek yeni makinelerin alımı için greve gitmişlerdir. Üretim durmuş ve işletmenin sahibi olan borçlu, müşterilerine söz verdiği işleri vaktinde yetiştirememiştir. Bu durumda grev, borçlunun denetim alanı içinde gerçekleşmiş olduğu için borçlu, sorumluluktan kurtulamayacaktır<sup>1010</sup>.

Viyana Satım Antlaşması'nın 6 ncı maddesine dayanarak taraflar isterlerse engelin niteliği vs... gibi hususlarda farklı kurallar benimseyebilirler.

Eğer satıcı, kendi denetim alanı içinde kalan bir riske katlanmak istemiyorsa sözleşmeye koyacağı bir mücbir sebep şartıyla bu duruma karşı kendisini koruması gerekir<sup>1011</sup>.

### 3. Engelin Öngörülememesi

Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek çok kolay değildir. Çünkü teorik olarak her şey öngörülebilir ama sözleşmenin devam ettiği süre içerisinde bu tip bir olayla karşılaşılmayacağı düşünülebilir<sup>1012</sup>. Dikkat edilmesi gereken husus, somut olayda ortaya çıkan engelin borçlu tarafından öngörülüp öngörülemeyeceğidir<sup>1013</sup>.

Eğer borçlu, engeli öngörülebilir ve buna rağmen sözleşmeyi yaparsa o zaman böyle bir engelin ortaya çıkma riskini üstlenmiş olduğu kabul edilir<sup>1014</sup>. Eğer sözleşmede açıkça ya da zımni olarak yer alan bir şarta dayanarak bu engelin göz önüne alındığı anlaşılıyorsa o zaman bu engel nedeniyle ifayı yerine getiremeyen tarafın sözleşmenin yapıldığı tarihte bu engeli göz önüne almasının normal olarak beklenip beklenmeyeceğine bakılır.

Borçlunun söz konusu olayı öngörüp öngöremeyeceğinin tespiti yapılırken kriter olarak 'makul' kişi alınır. Buradaki makul bir kişinin bu olayı öngörüp,

<sup>1010</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 12

<sup>1011</sup> ATAMER, CISG, s. 459; LIU, Remedies, s. 313-4

<sup>1012</sup> GOODE, Roy, Commercial Law, London, 2004, 927

<sup>1013</sup> LINDSTRÖM, s. 9

<sup>1014</sup> TALLON, s. 579; RIMKE, s. 12; SOUTHERINGTON, s. 225

öngöremeyeceği dikkate alınır. Burada dayanılan ‘makul kişi’; ne ortaya çıkabilecek bütün felaketleri düşünen karamsar bir kişi ne de başına herhangi bir olumsuzluk gelebileceğini hiç aklına getirmeyen iyimser bir kişinin karakterine sahiptir. ‘Makul kişi’ düşünceleri bu ikisinin arasında olan ‘iyi aile babası’ niteliğinde bir kişidir<sup>1015</sup>. Bir de makul kişinin borçlu ile aynı iş kolunda faaliyette bulunan bir kişi olduğu farz edilmektedir<sup>1016</sup>. Bu da her somut olaya göre değerlendirilecek bir husustur<sup>1017</sup>.

*Atamer*’e göre de ticaret hayatında faaliyet gösteren mantıklı ve mâkul bir satıcının bu tür bir engelle karşılaşabileceğini tahmin etmesi ve yine de sözleşmeyi yapması durumunda satıcı borcun ifa edilmemesinden dolayı sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin; bir sel felâketine karşı gerekli önlemleri almayarak, mücbir sebep nedeniyle borcunu ifa edemeyeceğini beyan eden borçlu, borcundan kurtulamaz. Satıcının sözleşmenin akdi anında öngörebileceği bir engel söz konusu ise kendisinden beklenen; buna göre önlemlerini alması<sup>1018</sup> ve dilerse yaptığı sözleşmede bir sorumsuzluk kaydına yer vererek kendisini güvenceye almasıdır. Aksi takdirde engel, mücbir sebep teşkil etse bile sorumluluktan sıyrılması mümkün değildir. Tabii ki; burada borçlu bu olaya karşı koymak için gereken tedbirleri almamış olduğu için 79 uncu maddedeki muafiyetten yararlanamamaktadır. Karşı konulamazlık unsuru bir sonraki başlıkta incelenmektedir.

Viyana Satım Antlaşması’nın 79 uncu maddesindeki öngörememe tek başına engelin varlığına ilişkin değil, aynı zamanda bu engelin ne zaman ortaya çıkacağına da öngörülememesini içerir. Örneğin; Süveyş Kanalı davalarında gündeme gelen bir husus kanalın kapanma ihtimalinin var olduğunun ticaretle uğraşanlar tarafından bilindiği ancak bunun kesin olarak tarihinin tahmin edilememiş olmasıydı<sup>1019</sup>.

UNIDROIT İlkeleri’nin 7.1.7 nci maddesinin resmî şerhinde öngörülemezlik unsuruna şu örnek verilmiştir:

---

<sup>1015</sup> TALLON, s. 579-580

<sup>1016</sup> ATAMER, CISG, s. 459; LINDSTRÖM, s. 9

<sup>1017</sup> TALLON, s. 580; SOUTHERINGTON, s. 225

<sup>1018</sup> ATAMER, CISG, s. 460

<sup>1019</sup> TALLON, s. 580; RIMKE, s. 12

1-A, X ülkesinde bir üreticidir ve Y ülkesinde kamu hizmeti veren B adlı firmaya bir nükleer enerji istasyonu kurmayı üstlenmiştir. Sözleşme hükümlerine göre A on yıl boyunca Amerikan Doları olarak ve New York'ta ödenmek üzere sabit fiyatla enerji santralinin gereksinimi olan uranyumun tamamını tedarik etmeyi yüklenmiştir. Sözleşme yapıldıktan sonra şu farklı olaylar gerçekleşmiştir.

- (1) Beş yıl sonra dünya uranyum piyasası bir grup Teksaslı spekülâtörler tarafından ele geçirilmiştir. Uranyumun dünya piyasasındaki fiyatı sözleşmede belirlenenin on katına çıkmıştır A, uranyum sevkiyatı borcunu yine de yerine getirmek zorundadır, çünkü bu durum sözleşme yapılırken öngörülebilir bir risktir<sup>1020</sup>.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 8:108 inci maddesindeki muafiyetten yararlanabilmek için; borçlunun, sözleşmenin yapıldığı anda bu engeli göz önüne almasının makul olarak ondan beklenmemesi gerekir. Borçlu ya bu riski üstlenmiştir ya da engeli öngörememekte kusuru vardır<sup>1021</sup>. Borçlunun ne derece öngörülü olması gerektiği hususunda da yine ortalama bir insanın kriter alınması gerektiği kabul edilmektedir<sup>1022</sup>. Borçlunun çok karamsar birisi olmaması beklenir. Eğer borçlu sözleşmeyi yaparken herhangi bir engelin ortaya çıkma ihtimali olduğunu görmesine rağmen, bu durumda doğacak riske kimin katlanacağına ilişkin bir hüküm koymadan sözleşmesini yaparsa, o zaman bu engelin ortaya çıkma riskini üstlenmiş sayılır<sup>1023</sup>.

Bir bölgede tayfun şiddetinde fırtınalar görülmesine rağmen bunlar yılın belli bir döneminde görülüyorsa, o dönemin dışında bu bölgede yaşanan bir tayfunun öngörülemeyeceği kabul edilir<sup>1024</sup>.

<sup>1020</sup> UNIDROIT Commentary, 7.1.7., N. 1535

<sup>1021</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 12; BACKHAUS, s. 3

<sup>1022</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 12; BACKHAUS, s. 3

<sup>1023</sup> BACKHAUS, s. 3

<sup>1024</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 12

#### 4. Karşı konulamaz Nitelikte Olması

Yukarıdaki şartların hepsi gerçekleşmiş olsa bile bir de 'karşı konulamazlık'kriterinin gerçekleşmiş olması gerekir. Borçlunun, sözleşmeyi olumsuz etkileyecek her türlü etkiden kaçınması gerekir. Eğer sözleşmeyi olumsuz etkileyen bir durum meydana gelmişse, o zaman borçlunun, mümkün olduğunca çabuk bunun üstesinden gelmesi; yani bu durumu ortadan kaldırmak için gerekli adımları atması gerekir<sup>1025</sup>. Bir 'engelden kaçınmak'engelin ortaya çıkmasına mani olmak için elden gelen bütün tedbirleri almak demektir. 'Engelin üstesinden gelmek'ise; engelin yol açtığı sonuçların ortaya çıkmasına engel olmak anlamına gelir<sup>1026</sup>. Engelin üstesinden gelmeye örnek olarak Süveyş Kanalı davalarında yükün Süveyş Kanalı'nın kapanması üzerine Ümit Burnu'ndan dolaşarak götürülmesi gösterilebilir<sup>1027</sup>.

Tahkimde çözüme kavuşturulan bir uyuşmazlıkta, borçlu, 17 Ekim 1995 tarihli bir Rus tahkim kararında da sorumluluktan kurtulabilmek için ortaya çıkan engelin üstesinden gelmek için çaba sarf edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Karara konu olayda, alıcı, ödemeyi yapması için gerekli olan yabancı paraya sahip olmadığı gerekçesiyle sorumluluktan kurtulmak istemektedir. Mahkeme yabancı paranın bulunmamasının sözleşmede yer alan mücbir sebep şartına dahil edilemeyeceğini ve de alıcının ödemenin fiilen yapılabilmesi için gerekli tedbirleri almamış olduğuna karar vermiştir<sup>1028</sup>.

Borçlunun 79 uncu maddedeki muafiyetten yararlanabilmesi için sözleşmeyi etkileyen bu olumsuz durumu ortadan kaldırmak için bir çaba içine girmesi beklenir. Bu çaba, benzer şartlarda benzer bir kişiden göstermesi beklenebilecek makul bir çabadır<sup>1029</sup>. Borçlunun borcunu yerine getirmek için yapacağı harcamalar, makul bir harcama sınırını aştığında artık 79 uncu madde gereği borçlu borcundan kurtulur<sup>1030</sup>.

<sup>1025</sup> TALLON, s. 580; RIMKE, s. 12; LINDSTRÖM, s. 9

<sup>1026</sup> TALLON, s. 580

<sup>1027</sup> SOUTHERINGTON, s. 25

<sup>1028</sup> Rus tahkim kararı, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951017r1.html>

<sup>1029</sup> RIMKE, s.12; SOUTHERINGTON, s. 25; ATAMER, CISG, s. 461; LINDSTRÖM, s. 9-10; MAGNUS, s. 305, borçlunun makul bir çaba göstermesi yeterli kabul edilince beklenmeyen durumun da 79 uncu maddenin kapsamına girmesi mümkün olmaktadır.

<sup>1030</sup> LINDSTRÖM, s. 13

Uygulamada verilen kararlar da ‘makul çaba’kriterini destekler niteliktedir<sup>1031</sup>. Oysa Viyana Satım Antlaşması’nın Sekreteryaya şerhinde engelin üstesinden gelmek için borçlunun elindeki bütün gücü kullanması gerektiği belirtilmiştir<sup>1032</sup>.

Neyin üstesinden gelinip neyin üstesinden gelinemeyeceğinin tespiti zordur<sup>1033</sup>. Borçlunun ortaya çıkan engele karşı koymak için göstermesi gereken çabanın bir sınırı olduğu kabul edilmektedir. Bu sınıra ‘fedakârlık sınırı’da denilir<sup>1034</sup>. Bu sınır, imkânsızlık, emprevizyon ya da beklenmeyen durum kavramları arasındaki farkın da ortaya konulmasında ayırt edici rol oynar<sup>1035</sup>. Borcun ifasının ekonomik olarak aşırı derecede güçleşmesi ya da Alman doktrininde ifade edildiği şekliyle ‘ekonomik imkansızlık’ile denizin dibine düşen yüzük örneğinde olduğu gibi objektif imkânsızlığa eş değer ‘aşırı ifa güçlüğü’arasında da sadece bir nüans vardır. Borçlunun kendisinden beklenen makul çabayı gösterip göstermediğinin her somut olayın gereklerine göre değerlendirilmesi gerekir<sup>1036</sup>.

Eğer engel, vadeden çok kısa bir süre önce ortaya çıkmışsa bu durumun engelin üstesinden gelinmesini zorlaştıran bir durum olduğu kabul edilir<sup>1037</sup>.

#### **IV. Mücbir Sebep İlgili Özel Durumlar**

##### **1. Üçüncü Kişi Tarafından İfa Edilmeme**

###### **A) Genel Olarak**

Viyana Satım Antlaşmasınının 79 uncu maddesinin II nci fıkrasında şu hükme yer verilmektedir:

Taraflardan birinin ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak;

<sup>1031</sup> LIU, s. 13

<sup>1032</sup> SOUTHERINGTON, s. 25

<sup>1033</sup> TALLON, s. 581; RIMKE, s. 12; LINDSTRÖM, s. 9

<sup>1034</sup> LINDSTRÖM, s.10

<sup>1035</sup> TALLON, s. 581; RIMKE, s. 12

<sup>1036</sup> LINDSTRÖM, s. 10

<sup>1037</sup> LINDSTRÖM, s. 10



(a) Fıkra 1 uyarınca sorumluluktan kurtulmuş olduğu takdirde ve

(b) Görevlendirmiş olduğu kişiye fıkra 1 uygulanacak olsaydı o da sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde mümkündür.

79 uncu maddenin ikinci fıkrasında yer alan bu hüküm ULIS’de yer almayan yeni bir hükümdür<sup>1038</sup>. Bu fıkra üçüncü kişi durumundaki taşeron (alt müteahhidin) un fiillerine bağlı olarak borcun ifa edilememesini düzenlemektedir. Ticari hayatta taşerondan faydalanmanın giderek artmasının bir neticesi olarak; Viyana Satım Antlaşması’nda bu hususun da düzenlenmesine gerek görülmüştür. Ancak Antlaşma metninin ilk taslağında ‘taşeron’ifadesine yer verilmiş olmasına rağmen, bazı hukuk sistemlerinde bu kavrama yer verilmemiş olması ve bazı hukuk sistemlerinde ise, bu kavramın özel bir anlamda kullanılıyor olması sebebiyle Viyana Satım Antlaşması’nın son halinde bu kavrama yer verilmemiştir<sup>1039</sup>.

### ***B) Çifte Mücbir Sebep Şartı***

Viyana Satım Antlaşmasını hazırlayan delegeler, 79 uncu maddenin ikinci fıkrasının satıcının muafiyetten yararlanmasını kolaylaştıran bir hüküm mü yoksa zorlaştıran bir hüküm mü olduğu konusunda görüş ayrılıklarına düşmüşlerdir. Bazı delegeler, 79 uncu maddenin ikinci fıkrasının satıcının sorumluluktan kurtulmasını gereksiz yere kolaylaştıran bir hüküm olduğunu ileri sürerek karşı çıkmışlardır.

Aslında 79 uncu maddenin ikinci fıkrasındaki muafiyetten yararlanmak çok da kolay değildir. Çünkü 79 uncu maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde satıcının muafiyetten kurtulabilmesi için iki şart aranıyor. İlk olarak bir önceki paragraftaki muafiyet şartlarının gerçekleşmesi gerekiyor ve bundan başka (b) bendinde bir başka koşul daha getiriliyor: Üçüncü kişinin de kendisini sorumluluktan kurtarabilmesi için 79 uncu maddenin ilk fıkrasındaki muafiyet şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Burada ‘çifte mücbir sebep’olarak anılan bir durum söz

---

<sup>1038</sup> TALLON, s. 584; HONNOLD, s. 488

<sup>1039</sup> TALLON, s. 584; ATAMER, CISG, s. 472

konusudur<sup>1040</sup>. Bir örnekle açıklarsak: Satıcı ve alıcı, alıcının göndereceği talimatlara göre bazı makinelerin üretilip satılması konusunda anlaşmışlardır. Satıcı, bu malların üretimi konusunda ünlü ve güvenilir bir firma olan Electron adlı firmayla sözleşme yapmıştır. Electron firması vaktinde malları üretmediği için satıcı da alıcıya olan borcunu yerine getirememiştir. Bu olayda satıcı, malların üretimi için güvenilir bir firmayla bağlantı kurduğunu, ama onların malların üretimini vadesinde yetiştiremediklerini belirterek sorumluluktan kurtulamaz. Bu durum, Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının kapsamına girecek bir engel sayılmaz. Burada, satıcı, malların satımı konusunda üçüncü bir kişiyle sözleşme yapmış olduğu için sorumluluktan kurtulabilmesi, 79 uncu maddenin II nci fıkrasındaki şartların gerçekleşmiş olması şartına bağlıdır. Burada satıcının bağlantı kurmuş olduğu kişinin 79 uncu maddenin ilk fıkrası gereği kendi alacaklısı olan satıcıya karşı sorumluluktan kurtulması mümkün olmalıdır ki, satıcı da alıcıya karşı sorumluluktan kurtulabilsin. Bu durumda eğer elektron kendi iş yerini su bastığı için malları vaktinde teslim edememişse, 79 uncu maddenin ilk fıkrası gereği kendi alıcısına karşı sorumluluktan kurtulacağı için satıcı da alıcıya karşı 79 uncu maddenin II nci fıkrası gereği sorumluluktan kurtulur, ama Elektron'un borcunu yerine getirememesine engel olan olay, 79 uncu maddenin I inci fıkrasına girecek nitelikte bir engel değilse örneğin o tarihlerde yetişmesi gereken çok fazla sipariş nedeniyle mallar vaktinde teslim edilememişse o zaman artık satıcı da alıcıya karşı sorumluluktan kurtulamaz<sup>1041</sup>.

Delegeler arasında 79 uncu maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin tedarikçilere ve tedarikçilerin tedarikçilerine sorumluluktan muafiyet imkânı getirdiğini ileri sürenler vardı. Buna karşı görüşte olan delegeler, bu fıkra tedarikçilerden bahsedilmeyerek sorumluluktan kurtulma imkânını sadece alt sözleşnelere (subcontractors) vermek için fıkra 'üçüncü kişi' ifadesinin kullanılmasını istemişlerdir.

Bir Rus tahkim kararında ise satıcı, tedarikçisinin talep ettiği malları

<sup>1040</sup> SOUTHERINGTON, s. 25

<sup>1041</sup> HONNOLD, s. 486-7

göndermeyi kabul etmediği için alıcıya malları gönderemediğini bu yüzden sorumluluktan muaf olmayı talep etmiştir. Hakem heyeti satıcının sorumluluktan muaf olamayacağına karar vermiştir. Hakem heyeti gerekçe olarak satıcının tedarikçiden malı temin edememesinin satıcı tarafından öngörülemeyecek ya da üstesinden gelinemeyecek bir durum olmadığını göstermiştir<sup>1042</sup>.

### **C) Üçüncü Kişi**

Burada üçüncü kişi olarak nitelendirilen kişi sözleşmedeki borcun tamamının ya da bir kısmının ifası için tutulan (bağlı olunan) kişidir<sup>1043</sup>. Borçlunun çalışanları, görevlileri, işçileri borçlunun hâkimiyet alanına dahildir ve bu kişilerden sorumluluk her zaman 79 uncu maddenin I inci fıkrası içine girer. Tabiî ki, bu çalışanın bir işyerinde bir sabotaj yapması ya da başka bir şekilde borçluya bilerek zarar vermesi durumunda, borçlunun bu kişileri işe almadaki ihmâli ağır değilse bu kişilerin faaliyetlerinden sorumlu olmayacaktır<sup>1044</sup>. Oysa II nci fıkranın kapsamına giren üçüncü kişiler, borçlunun borcun yerine getirilebilmesi için faaliyetlerinden yararlandığı ve kendisinin bu kişiler üzerindeki denetiminin belirli bir sınırının olduğu kişilerdir<sup>1045</sup>. Bu kişilerin başında taşıyıcılar gelir<sup>1046</sup>. Bunun dışında neredeyse her ticarî satımda hizmetlerinden yararlanan banka, bu kişilerdendir, elektrik, doğalgaz gibi enerji aktarımını sağlayan kamusal hizmet sunan firmalar da bu kişilerdendir. Bu kişiler esas sözleşmenin taraflarından hukuken bağımsızdırlar<sup>1047</sup>. Bununla beraber borçludan ekonomik olarak da bağımsız olmalarına gerek yoktur<sup>1048</sup>.

---

<sup>1042</sup> Case Law on UNCITRAL texts, Int'l Comm. Arb. No.142, available in <http://cisgw3.law.pace.edu>,

<sup>1043</sup> TALLON, s. 584; RIMKE, s. 12

<sup>1044</sup> ENDERLEIN/MASKOW, s. 326

<sup>1045</sup> ATAMER, CISG, s. 474

<sup>1046</sup> ENDERLEIN/ MASKOW, s. 326; ATAMER, CISG, s. 472

<sup>1047</sup> Bu kişinin sözleşmenin taraflarından hukuken bağımsız olmasına rağmen ekonomik olarak bağımsız olmasının gerekmediği yönünde bkz. LIU, Remedies, s. 317

<sup>1048</sup> ENDERLEIN/MASKOW, s. 326

Ancak bu durum esas sözleşmenin tarafı durumundaki ana şirketin sahip olduğu tedarikçi firmalardan taşeron olarak yararlanılan sözleşmelerde bazı yorum problemlerine sebep olmaktadır<sup>1049</sup>.

Üçüncü kişi olarak taşıyıcıdan yararlanılması durumunda eğer satıcı malların *ex ship* alıcının işyerinin bulunduğu liman şehrinde teslimi konusunda alıcıyla anlaşmışsa o zaman taşıma süresi boyunca da satıcının sorumluluğu devam edecektir. Böyle bir durumda eğer mallar olağan taşıma risklerinden birinin yaşanması üzerine hasar görmüşlerse ve mallar hasar gördüğü için alıcının üretimi durmuşsa satıcı hem malların hasarı nedeniyle doğan zararı hem de üretimin durması nedeniyle uğranılan zararı karşılamak zorundadır. Eğer taşıma sırasında mallar olağan bir risk değil de 79 uncu maddenin I inci fıkrasının kapsamına girecek tayfun, ambargo gibi bir engel nedeniyle hasar görmüşse o zaman mallar taşıma süresince sigortalı olduğundan bu zarara satıcı katlanır, ama üretimin durması nedeniyle alıcının uğradığı zarardan sorumlu olmaz<sup>1050</sup>.

#### **D) Üçüncü Kişile Yapılan Sözleşmenin Hukukî Niteliği**

Burada esas sözleşme ile alt sözleşme arasında 'organik bir bağlantı' vardır<sup>1051</sup>. Üçüncü kişi ile sözleşme yapılmasının amacı satıcı ve alıcı

<sup>1049</sup> TALLON, s. 585

<sup>1050</sup> HONNOLD, s. 488

<sup>1051</sup> TALLON, s. 585; HONNOLD, s.488; RIMKE, s. 12 Zürih Ticaret Mahkemesi'nde görülen bir davada bu konu gündeme gelmiştir. Karara konu olayda İsviçre'deki alıcı İtalya'daki satıcıya bazı sanat broşürleri sipariş etmiştir. Broşürlerin alıcıya geç ulaşması sebebiyle alıcı dava açmıştır. Mahkemece yapılan incelemede satıcının malları göndermek için zamanında hazır ettiği anlaşılmıştır. Buna rağmen taşıyıcı, malları zamanında ulaştıramamıştır. Alıcı, bu durumdan satıcıyı sorumlu tutmak istemektedir. Çünkü alıcıya göre, taşıyıcı satıcının vekili durumundadır. Bu yüzden Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince; satıcının sorumlu tutulması gerekir. Taraflardan hiçbiri taşımanın satıcının borcu olduğunu iddia etmemektedir. Ancak taşıyıcının sebep olduğu riske hangi tarafın katlanacağı hususunda bir uyuşmazlık vardır. Satıcı sadece alıcıya yardım etmek amacıyla taşıyıcıyı bulduğunu, aslında böyle bir borcu olmadığını iddia etmektedir. Satıcı ise taşıyıcıyı bulma görevinin satıcıya ait olduğunu, bu yüzden de taşıyıcının fiillerinden satıcının sorumlu olduğunu belirtmiştir. Viyana Satım Antlaşması'nın 31 inci maddesi satıcının sevkiyat borcuyla ilgilidir. Bu maddede taşımayı gerektiren ve gerektirmeyen sözleşmeler ayrımı yapılmıştır. Bu maddede satıcının kendisinin malları alıcının iş yerine gönderme borcu olduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme yoktur. Eğer, bu konuda bir tereddüt oluşursa, satıcının böyle bir borç altına girmediği yönünde bir yorum yapılması gerektiği belirtilmiştir. Eğer malların taşınması gerekiyorsa, o zaman satıcının borcu sadece bunları göndermektir. Bir başka deyişle mallar satıcının iş yerinde elden çıkarılır. Satıcı malları taşıyıcıya teslim ettiği anda gönderme borcunu yerine getirmiş olur. Dolayısıyla taşıma sırasında meydana gelen hasardan da satıcı sorumlu değildir. Taşıyıcının malları göndermek amacıyla teslim ettiği taşıyıcı, Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki üçüncü kişi durumundaki satıcının vekili sayılmaz. Çünkü satıcı, bu kişiyi

arasındaki asıl sözleşmenin ifasıdır. Bu üçüncü kişi farklı türden sözleşmelere ve farklı türde müşterilere mal ya da hammadde sağlayan genel bir tedarikçi niteliğinde değildir<sup>1052</sup>. Bu malların belirli bir amaç için tedarik edilmeleri esas sözleşmeyle aradaki bağı oluşturur ve bu bağ olmadan da 79 uncu maddenin ikinci fıkrasındaki muafiyetten yararlanma imkanı olmaz<sup>1053</sup>. Daha açık bir ifadeyle eğer satıcı, taşeron durumundaki kişinin borcunu mücbir sebep nedeniyle yerine getirememesi sebebiyle alıcıya karşı esas sözleşmeden doğan borcunu ifa edememişse, borcundan muaf olmakta, ancak satıcı hammadde satın aldığı genel tedarikçi niteliğindeki bir kişinin deprem nedeniyle borcunu ifa edememesine bağlı olarak kendi borcunu ifa edemezse, o zaman muafiyetten yararlanmayacaktır. Honnold'a göre ise genel tedarikçiden ambargo nedeniyle mal alamama gibi istisnaî durumlarda da borçlu, borcundan kurtulabilmelidir<sup>1054</sup>. Ama yukarıda da belirttiğim gibi bu gibi durumlarda da satıcının muafiyetten yararlanabilmesi için bu malları başka bir yerden tedarik etmek için elinden geleni yapmış olması gerekir.

---

sözleşmeden doğan bir borcunun ifası için görevlendirmiş değildir, Zürih Ticaret Mahkemesinin 10 Şubat 1999 tarihli kararı, çev. JANAL, Ruth M. Erişim30.05.2006

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990210s1.html>, s. 2-12

<sup>1052</sup> TALLON, s. 584; JENKINS, 2022; BUND, s. 2; RIMKE, s. 12;

<sup>1053</sup> TALLON, s. 584; Konuyla ilgili olarak tahkimde verilen bazı kararlara örnek verecek olursak; : Milletlerarası Ticaret Odası'nın 1995'te verdiği 8128 sayılı kararına konu olayda Avusturyalı bir satıcı ile İsviçre'li bir alıcı arasında kimyasal gübre satımı konusunda bir sözleşme yapılmıştır. Satıcı malları zamanında teslim edememiştir. Gerekçe olarak da malları kendisine temin edecek olarak üçüncü kişinin malları temin edememiş olmasını göstermiştir. Satıcı bu gerekçeyle 79 uncu maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme dayanarak sorumluluktan kurtulmak istemiştir, ama hakem heyeti burada bu fıkranın şartlarının gerçekleşmediğini belirtmiştir, HONNOLD, s. 489

Ruya Federasyon'unda verilen bir karara konu olan olayda da Rus satıcı ile Alman alıcı arasında kimyasal madde satımı konusunda bir sözleşme yapılmıştır. Satıcı malları zamanında gönderememiştir. Alıcı malları, başka birisinden daha yüksek fiyat ödeyerek almak zorunda kalmıştır ve bu yüzden uğradığı zararı Rus satıcıdan tazmin etmek için ona dava açmıştır. Rus satıcı savunmasında kendisine malları üreten firmanın üretiminin beklenmedik bir şekilde durması nedeniyle malları zamanında teslim edemediğini açıklamıştır. Bu yüzden de 79 uncu maddenin ikinci fıkrasındaki muafiyetten yararlanmak istemiştir. Ancak hakem heyeti Rus satıcının bu tür bir engelle karşılaşabileceğini öngörmesi gerektiğini ya da bu engel ortaya çıktıktan sonra bunun üstesinden gelmesi gerektiğini belirterek, talebi reddetmiştir, RUSS. FED.:ARB, Int. Comm. Arb., Ch. Of Commerce, 155/199416.03.1995, HONNOLD, s. 489

Hamburg Ticaret Odasında 21.3.1996'da verilen bir karara konu olan olayda ise Hong-Kong'lu satıcı ile Alman alıcı arasında üretimi Çin'de yapılan malların satımı konusunda bir sözleşme yapılmıştır. Satıcı malları zamanında gönderememiştir ve gerekçe olarak da Çin'deki tedarikçisinin kişisel ve finansal sorunlar yaşıyor olmasını göstermiştir. Satıcı, 79 uncu maddenin ikinci fıkrasındaki muafiyetten yararlanmak istemiştir, ancak talebi reddedilmiştir. Finansal problemlerin tedarikçinin ülkesindeki genel ekonomik durumla ilgili olsa bile satıcının sorumluluk alanı içerisinde kabul edileceği belirtilmiştir CLOUT 166, UNILEX D. 1996-3,4 HONNOLD Alman Temyiz mahkemesi Asma İlacı davasında tedarikçinin ürettiği malın ayıplı olmasından dolayı satıcıyı sorumlu tutmuştur, çünkü tedarikçinin ayıplı mal üretmiş olması satıcının denetim alanı içinde gerçekleşmiştir, SCHLECHTRIEM, s. 23

<sup>1054</sup> HONNOLD, s.489

Örneğin; taraflar bir makinenin satımı konusunda bir sözleşme yapmışlardır ve satıcı makinenin bir parçasını üçüncü bir kişiye yaptırtmaktadır. Eğer satıcı, bu üçüncü kişi, makinenin parçasını süresi içinde getirmediği için makineyi zamanında teslim edemezse, 79 uncu maddeye dayanarak muafiyetten yararlanamaz. Muafiyetten yararlanabilmesi için bu üçüncü kişinin de makinenin parçasını zamanında teslim etmesine engel olan bir mücbir sebebin ortaya çıkmış olduğunu, örneğin fabrikasının bir deprem nedeniyle yıkıldığı için üretim yapamadığını ispatlaması gerekir<sup>1055</sup>. Eğer üçüncü kişi durumundaki taşeron kusuru sebebiyle borcunu ifa edemezse ve buna bağlı olarak da borçlu, sözleşmeden doğan borcunu ifa edemezse, artık, borcunu 'kendi denetimi dışında kalan bir sebep' nedeniyle ifa edemediği söylenemez<sup>1056</sup>.

Uluslararası ticari sözleşmelerde sık karşılaşılan bir durum da alıcının satıcıya taşeron olarak faydalanabileceği ve genellikle satıcının ülkesinde bulunan bir kişiyi tavsiye etmesi halidir. Örneğin, İzmir'deki bir tekstil firmasının diktiği kıyafetleri almak için talepte bulunan Almanya'daki bir alıcının dikilecek kıyafetlerin kumaşlarının Bursa'daki bir fabrikadan satın alınmasını istemesi hâlinde böyle bir durum söz konusudur. Bu durumda; her ne kadar taşeronun seçimi satıcı tarafından değil de alıcı tarafından yapılmış olsa da bu kişi teknik açıdan satıcının denetiminde sayılır ve satıcı ile alıcı arasındaki pazarlıkta satıcı tarafından göz önünde bulundurulmuş bir husustur<sup>1057</sup>.

---

<sup>1055</sup> **TALLON**, s. 584; Türk Hukukunda ise eğer borçlu borcunu ifa etmek için üçüncü kişiden yardım alıyorsa ve bu üçüncü kişi kendi borcunu zamanında yerine getiremediği için asıl borçlu da borcunu yerine getiremiyorsa, o zaman borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için aranacak kriter konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, borçlu borcun ifa edilememesinde yardımcı şahsın bir 'kusuru' olmadığını ispat ederse, o zaman kendisi de imkânsızlık hükümlerine dayanarak borcundan kurtulabilir. Bir diğer görüşe göre; Borçlar Kanunu'nun 100 üncü maddesinde kanun sorumluluk için 'kusur' aranmamıştır. O halde bu yardımcı kişilerin kusuru olmadan verdikleri zararlardan da sorumludur. Doktrindeki baskın görüşe ve Akıntürk'ün de kabul ettiği görüşe göreyse 'borçlu, yardımcı şahsın hareket tarzında kendisi bulunsaydı, bu hareket tarzı kendisi için dahi kusurlu sayılmayacak idiyse, bunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir', **AKINTÜRK**, Hasarın İntikâli, s. 47-48; **ŞENOCAK**, Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, 1995, s. 211; **HONNOLD**, s. 486-487

<sup>1056</sup> **TALLON**, s. 584

<sup>1057</sup> **TALLON**, s. 585; **ENDERLEIN/ MASKOW**, s. 328; Türk Hukuku'nda da alıcının satıcıya hizmetinden yararlanacağı bir taşeron tavsiye etmiş olması halinde, satıcının, bu taşeronun sebep olacağı zararlardan sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Çünkü satıcının, sözleşme yapılırken alıcının bu önerisini reddetme imkânı vardır. Eğer alıcı, satıcının borcunu ifa ederken üçüncü kişinin

Satıcı, kendisine seçmiş olduğu taşeronun salahiyyetli ve yetenekli bir kişi olduğunu ispatlamalıdır, aksi takdirde meydana gelen engelin öngörülemez ve kendi denetimi dışında meydana geldiğinden söz edilemez. Bir görüşe göre; taşeronun iflas etmesi nadiren de olsa satıcının sorumluluktan muaf tutulmasını sağlar<sup>1058</sup>.

Taşeronun borcunu ifa etmemesine bağılı olarak esas sözleşmedeki satıcının da alıcıya olan borcunu ifa edememesi durumunda sorumluluktan kurtulması sık rastlanan bir durum değildir ve satıcı, taşeronun fiillerini garanti eden kişi durumunda olduğundan sorumluluğı sona ermez. Ancak satıcı da uğradığı zarardan dolayı taşerondan talepte bulunma hakkına sahiptir<sup>1059</sup>.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde de banka ya da doğal gaz dağıtım şirketi gibi kamu hizmeti veren kuruluşların hizmetlerinden yararlanılması durumunda hizmetlerinden yararlanan bu üçüncü kişilerin borçlunun denetim alanında buldukları kabul edildiğinden onların bir eylemine ya da eylemsizliğine dayanarak borçlu, borcunu yerine getiremezse sorumluluktan muaf olamaz<sup>1060</sup>.

Örneğin doğal gaz dağıtım yapan devlete ait bir işletmede ülkedeki genel grev nedeniyle üretim durmuştur. Bu işletmeden satın aldığı doğal gazla üretim yapan, başka bir firmanın, tekstil üretimi, bu yüzden durursa ve müşterilerinin siparişlerini yetiştiremezse borcunu yerine getirememekten sorumlu tutulmaz. Çünkü borcunu ifa edememesinin sebebi olan genel grev, borçlunun denetimi dışında gerçekleşmiş bir olaydır<sup>1061</sup>.

Bu konuda verilen başka bir örnek de şöyledir: Eğer Fransız bankası olan (A), (B) adlı müşteriyle X ülkesindeki bir banka hesabına 15 Temmuz'a kadar bir miktar

---

fiilinden yararlanması konusunda ısrarcı olursa o zaman alıcının da sözleşmeye bu üçüncü kişiden sorumluluğı alıcıya ait olmak üzere yararlanacağına dair bir şart koyma imkânı vardır. Alıcı, bu duruma da razı olmadığı takdirde satıcının sözleşmeyi yapmama imkânı da vardır. Bütün bu imkânlara rağmen eğer satıcı, alıcının tavsiye ettiği üçüncü kişinin fiilinden yararlanırsa ve üçüncü kişinin fiilinden bir zarar doğarsa artık bu zarara satıcı katlanır, ŞENOCAK, s. 168

<sup>1058</sup> TALLON, s. 586

<sup>1059</sup> TALLON, s. 586

<sup>1060</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s.11

<sup>1061</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 12

paranın havale edilmesi konusunda bir anlaşma yapmışsa ve 18 Temmuz'da Fransa'yla X ülkesi arasında yapılacak bütün para transferleri yasaklanmışsa 15 Temmuz'a kadar transferi gerçekleştirilmeyen banka sorumluluktan kurtulamaz<sup>1062</sup>. Bu durumda borcunu yerine getirmemiş olan borçlu da sorumluluktan kurtulamaz, Avrupa İlkeleri'nin 8:108 inci maddesindeki muafiyetten yararlanamaz.

## 2. Engelin Geçici Süreli Olması

Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinin III üncü fıkrasında geçici süreli engelden söz edilmiştir. Fıkra şöyle denilmiştir: Bu maddede öngörülen sorumluluktan muafiyet engelin var olduğu dönem için geçerlidir.

Birçok ulusal hukuktan farklı olarak bu fıkra 'sözleşmenin hükümsüzlüğü'nden söz edilmemiş, borçlunun engelin devam ettiği süre sorumluluğunun olmayacağı belirtilmiştir<sup>1063</sup>.

Bu fıkraya göre; bu maddedeki muafiyet, deprem gibi bir engelle karşılaşıldığında; bunun etkilerinin devam ettiği süreyi de kapsar<sup>1064</sup>.

Bu düzenlemede, borçlunun, engel ortadan kalktıktan sonra, borcunu ifa etmek yükümlülüğünde olup olmadığı konusu ise düzenlenmemiştir. Doktrinde; engel ortadan kalktıktan sonra borçlunun borcunu yerine getirmesi gerektiği, çünkü 79 uncu maddede borçluya tanınan muafiyetin borcun ifa edilmemesinden doğan zarara ilişkin olduğu kabul edilmektedir. 79 uncu maddenin 5 inci fıkrasında açıkça belirtildiği üzere alacaklının zarar dışında kalan talepleri muafiyet kapsamında değildir, o halde eğer ortaya çıkan engel ifayı bir süreliğine engellemekteyse bu süre geçtikten ve engel ortadan kalktıktan sonra artık ifanın yerine getirilmesi gerekir<sup>1065</sup>. Örneğin ithalat ve ihracat yasaklarının geçici süreli olması halinde, bunlar ortadan kalktığı andan itibaren satıcının ifa etmesi gerekir. Satıcı, sadece bu

<sup>1062</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 12

<sup>1063</sup> HONNOLD, s. 490 Örneğin, İngiliz hukukunda borcun vaktinde ifa edilmemesi, ifada gecikilmesi halinde sözleşme ifanın engellenmesi ilkesi gereği sona erer, HUDSON, s. 188

<sup>1064</sup> ENDERLEIN/MASKOW, s. 331; LIU, Remedies, s. 318

<sup>1065</sup> SCHLECHTRIEM, Peter, Uniform Sales Law- The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 1986, s. 104 Erişim:17.10.2007, Erişim: 17.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-84.html> ; LINDSTRÖM, s. 14



dönemde oluşan gecikmeden dolayı sorumlu tutulmaz. Satıcının sorumluluktan tamamen kurtulabilmesi için kalıcı bir ifa engelinin bulunması gerekir. Alıcı, geçici ifa engeli sözleşmenin esaslı ihlâli anlamına gelmediği için sözleşmeden dönemiyor ya da esaslı bir ihlâl olmasına rağmen dönmek istemiyorsa alacaklı sözleşmeyle bağlı kalmaya devam eder ve engelin ortadan kalktığı andan itibaren yeniden sorumluluk doğar<sup>1066</sup>. Örneğin borçlu, işletmesi yandığı için borcunu yerine getirememiş ve işletmesini yeniden faaliyete geçirmesi iki yılını almış olabilir. Bu iki yıl içinde alacaklı, alacağını vaktinde elde edemediği halde, sözleşmeden dönmemişse iki yıl sonra borçlunun borcunu yerine getirmesi gerekir<sup>1067</sup>.

Geçici ifa imkânsızlığı durumunda alıcının ne kadar süre bu engelin ortadan kalkmasını bekleyeceği de önemli bir husustur. Alıcıyı gerektiğinde bu beklemeden kurtarabilmek için 79 uncu maddenin 5 inci fıkrasında yer alan ‘sözleşmeden dönme’ hakkı alıcı için büyük rahatlık sağlar<sup>1068</sup>. Şöyle ki; 1 Haziran’da ifa edilmesi gereken bir borç, mücbir sebep nedeniyle ifa edilememişse ve bu mücbir sebep teşkil eden olay 30 Haziran’da ortadan kalkmışsa, 30 Haziran’da alacaklı, bu ifayı kabul etmek istemeyebilir. Eğer ifadaki 1 aylık gecikme, Antlaşma’nın 25 inci maddesi gereği sözleşmenin esaslı ihlâli’ niteliğinde sayılırsa, o zaman alıcı Antlaşma’nın 49 uncu maddesine dayanarak sözleşmeden dönebilir<sup>1069</sup>. Yani engel, ortadan kalktıktan sonra ifada bulunulması; sözleşmede kararlaştırılmış olan yükümlülükten tamamen farklı bir yükümlülüğün ifası anlamına geliyorsa o zaman aksî yükümlülükten tamamen kurtulmak mümkün olacaktır<sup>1070</sup>. Viyana Satım Antlaşması’nın 79 uncu maddesinin 5 inci fıkrası da buna olanak tanır. Çünkü; bu fıkroda şu hükme yer verilmiştir: Bu maddedeki hiçbir hüküm tarafların her birinin bu sözleşmeye dayanarak zararı talep etmek dışındaki herhangi bir talep hakkını kullanmalarına engel değildir<sup>1071</sup>.

---

<sup>1066</sup> ATAMER, CISG, s. 473

<sup>1067</sup> LINDSTRÖM, s. 14

<sup>1068</sup> HONNOLD, s. 493

<sup>1069</sup> HONNOLD, s. 490

<sup>1070</sup> ATAMER, CISG, s. 473

<sup>1071</sup> BUND, s. 2; HONNOLD, s. 490

Geçici engel konusunda ULIS'in 74 üncü maddesinin II nci fıkrasında yer alan düzenlemeye göreyse; 'engel geçici süreli bile olsa; eğer bu gecikmeden sonra ifa edilecek olan borç, tarafların sözleşme yapılırken kararlaştırdıklarından ciddi anlamda farklı ise o zaman borçlunun borcundan kurtulacağı kabul edilir. Oysa Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasına göre; borcun aradan geçen süre içinde ciddi anlamda değiştiği kabul edilse bile borcunu ifa etmesi gerekir<sup>1072</sup>. Ama yukarıda da belirtildiği gibi bu durumda alıcının sözleşmeden dönme hakkı vardır.

UNIDROIT İlkeleri'nde de geçici süreli engelle ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlkelerin 7.1.7 inci maddesinin II nci fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: Engel ancak geçici olduğu zaman, muafiyet sözleşmenin ifası üzerinde engelin sonuçlarını dikkate alırken makul bir süre esnasında etkili olur.

İlkelerin yorumunda bu duruma ilişkin olarak verilen örnek şudur:

X ülkesinden bir doğal gaz boru hattının geçirilmesi için bir sözleşme yapılmıştır. Bu ülkedeki iklim şartları 1 Kasım 31 Mart tarihleri arasında çalışmaya imkan vermemektedir. Sözleşmeye göre işin bitiş tarihi 31 Ekim olarak belirlenmiştir, ancak komşu ülkede çıkan bir iç savaş nedeniyle bütün boruların bir araya getirilmesi mümkün olmamış ve işe başlama tarihi bir ay ertelenmiştir. Eğer bu durumun sonucu olarak işin tamamlanması işe tekrar başlanmasının mümkün olacağı gelecek bahara kadar erteleniyorsa, A işe başlanırken bir aylık bir gecikme olmasına rağmen beş aylık bir uzatma talebinde bulunma hakkına sahiptir<sup>1073</sup>.

Geçici engel konusunda Viyana Satım Antlaşması'ndan daha esnek bir düzenleme getirilmiştir. Engel ortadan kalktıktan sonra makul bir süre daha borçlu borcunu ifa edemezse sorumluluktan muaf olur<sup>1074</sup>.

---

<sup>1072</sup> NDULO, s, 21

<sup>1073</sup> UNIDROIT Principles, s. 170-171

<sup>1074</sup> HARTKAMP, A.S. 'The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' erişim, 02.10.2006 [http://tldb.uni.koeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=113000](http://tldb.uni.koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=113000), s. 8; LIU, Remedies, s. 307

Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri'nin mücbir sebeple ilgili 8:108 inci maddesinin II nci fıkrasında da geçici engelle ilgili bir düzenleme getirilmiştir. Bu fıkraya göre; Eğer engel geçici süreliyse engelin varlığını sürdürdüğü süre boyunca ifade bulunamayan taraf muafiyetten yararlanır. Bununla beraber bu engelin sebep olduğu gecikme borcun esaslı bir ihlâli olarak nitelendirilebiliyorsa, o zaman alacaklısı bu durumu esaslı bir ihlâl olarak kabul edebilir.

Avrupa SözleşmeHukuku İlkelerindeki bu hükümde, geçici engelin sonuçlarının etkileri bir süre devam etmişse bu süre boyunca da borcunu ifa edemeyen borçlunun borçtan muafiyeti kabul edilmiştir.<sup>1075</sup>

Bu durumu açıklamak üzere verilen bir örneği aktaralım: Bir ilaç deposundaki ham maddeler, depoyu su basması nedeniyle zarar görmüş ve kullanılamaz hale gelmişse depo sahibi, müşterilerinin siparişlerini vadelerinde teslim edemeyecek duruma düşebilir. Böyle bir durumda depo sahibi, depodaki suyun tahliye edilmesi işlemi için geçen süre dahil, bu sürenin geçmesinden sonra müşterilerine söz vermiş olduğu ürünlerin aynısını başka yerlerden temin etmek için de bir zaman harcayacaktır ve bu süre boyunca da depo sahibi borçlu sorumluluktan muaf sayılacaktır<sup>1076</sup>.

Bazı durumlarda ise; borcun geç ifa edilmesi, alacaklı için bir menfaat sağlamayacak olabilir. Bu tür durumlarda borcun geç ifası Avrupa İlkeleri'nin 8:108 inci maddesi uyarınca sözleşmenin esaslı bir unsuru ve esaslı bir ihlâli kabul edilebilir.

### **3. Engelin Borcun Bir Kısımına İlişkin Olması**

Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddenin üçüncü fıkrasında kısmî ifa konusunda açıkça bir hükme yer verilmemiştir<sup>1077</sup>. Ancak ticaret hayatında kısmî ifaya yol açan engellemeler de görülebilir. Örneğin; satıcı ile alıcı arasında nadir bir madenin satımı konusunda bir sözleşme yapılabilir. Ancak satıcının ülkesinde

<sup>1075</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 13; LIU, Remedies, s. 318

<sup>1076</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 13

<sup>1077</sup> HONNOLD, s. 491, RIMKE, s. 12-13; LIU, Remedies, s. 308

hükümet bir kanunla bu madenin satımına sınırlama getirebilir. Bu durumda satıcı söz verdiği miktar olan 1000 kg. yerine ancak 600 kg. maden teslim edebilir. Bu durumda satıcının alıcıya teslim edemediği 400 kg. maden için tazminat ödemek zorunda mı kalacağı yoksa 79 uncu maddedeki muafiyetten mi yararlanacağı sorusu akla gelebilir<sup>1078</sup>.

Böyle bir olay karşısında satıcı temin edemediği 400 kg. maden için tazminat ödemek zorunda kalmaz ve 79 uncu madde gereğince sorumluluktan kurtulur. Çünkü 79 uncu maddenin ilk fıkrasında ‘herhangi bir borcun ifası’ ifadesi kullanılmaktadır<sup>1079</sup>. Sözleşmenin 51 inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki hüküm de bu sonucu destekleyici niteliktedir. Bu fıkra hükmüne göre; eğer borcun bir kısmı gönderilmişse, o zaman ifa etmemeye ilgili olan sözleşme hükümleri borcun bu kalan kısmına uygulanır denilmekte ve bu hususa da bir açıklık getirilmektedir<sup>1080</sup>.

Bu tür kısmî ifa durumlarında alıcının çeşitli talep hakları olabilir<sup>1081</sup>: Örneğin; kalan 400 kg. lık kısmın da ifasını talep edebilir. Eğer satıcı bu talebi yerine getiremezse, o zaman 46 inci maddesinin 1 (a) ya da (b) fıkrasına dayanarak sözleşmeden dönebilir ve tazminat talep edebilir<sup>1082</sup>.

Alıcı 79 uncu maddenin 5 inci fıkrasına dayanarak doğrudan doğruya sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Bazen talep edilen maden ancak 1000 kg. olarak alınırsa bir kıymeti olabilir. Örneğin alıcı bu madeni aldıktan sonra başka bir kişiye satacak idiyse ve bu kişi de maden ancak 1000 kg. tutarındaysa almak istiyorsa, böyle bir durum söz konusudur. Ya da alınan maden ağır metal endüstrisinde üretimde kullanılacaktır, ama üretime girebilmek için ancak 1000 kg. madenin bir anda eritilmesi gerekiyor olabilir. Bu durumda da 600 kg.lık kısmî ifa alıcı için bir değer taşımayacaktır. İşte bu gibi durumlarda Antlaşma’nın 25 inci

---

<sup>1078</sup> HONNOLD, s. 491

<sup>1079</sup> BUND, s. 2; HONNOLD, s. 491

<sup>1080</sup> HONNOLD, s. 491; RIMKE, s. 12-13

<sup>1081</sup> HONNOLD, s. 492

<sup>1082</sup> HONNOLD, s. 492

maddesine göre, sözleşmenin esaslı şekilde ihlâli söz konusudur ve 51 inci maddenin 2 nci fıkrasına göre alıcının sözleşmeden dönme hakkı doğar<sup>1083</sup>.

Görüldüğü gibi, engelin borcun bir kısmına ilişkin olduğu kısmî imkânsızlık gibi durumlarda 79 uncu maddenin 5 inci fıkrasının uygulanması daha az tereddüt yaratmaktadır<sup>1084</sup>.

## **V. Mücbir Sebep İlgili Muafiyetten Yararlanmak İçin Gereken Şekli Unsurlar**

### **1. Bildirim Yükümlülüğü**

Viyana Satım Antlaşmasının 79 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasında şu hükme yer verilmiştir:

İfa etmeyen taraf, engeli ve bu engelin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği ya da bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içerisinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır.

Bu bildirim yapılmasının amacı sözleşmenin karşı tarafının borcun ifa edilememesinden doğacak olan sonuçların üstesinden gelebilmek için gerekli adımları atabilmesini sağlamaktır<sup>1085</sup>.

Viyana Satım Antlaşması'nda dürüstlük kuralı gereği bildirim yükümlülüğüne yer verilmiştir.. Uluslararası ticari uygulamanın gereği olarak kabul edilen bu durum tarafların yaptıkları sözleşmelerde de özel olarak yer verdikleri bir şarttır<sup>1086</sup>. Kanımızca bildirim yükümlülüğü, Antlaşma'nın 9 uncu maddesinin II nci fıkrası gereği, bir uluslararası teamül olarak da yerine getirilmesi

---

<sup>1083</sup> HONNOLD, s. 492

<sup>1084</sup> TALLON, s. 590

<sup>1085</sup> TALLON, s. 586; LIU, s. 24; ULIS'de çalışma komisyonundaki delegelerin teklifleri olmasına rağmen bildirim yükümlülüğüne yer verilmemişti. Bunun sebebi bildirim yükümlülüğü getirilirse, bazı sorunların yaşanacak olmasından çekinilmesiydi. Örneğin gerçekleşmesi muhtemel bir engelin varlığından karşı tarafın haberdar edilip edilmeyeceği, bu sorunlardan biriydi, HUDSON, S. 189

<sup>1086</sup> TALLON, s. 586; LIU, s. 24

gereken bir yükümlülüktür. Bildirim, engel kesin olarak ortaya çıkınca yapılmalıdır. Engel henüz ortaya çıkmadan yani bu engelden kaçınmak mümkün olduğu sürece bildirimde bulunma zorunluluğu yoktur<sup>1087</sup>. Yapılan bildirimde ortaya çıkan engelin geçici süreli mi yoksa sürekli bir engel mi olduğu, bu engelin edimin ifasını kısmen mi yoksa tamamen mi engellediğinin de belirtilmesi gerekir<sup>1088</sup>. Sekreteryaya şerhine göre; sözleşmenin taraflarından birinin ikame edim yoluyla borcunu yerine getireceği durumlarda da bildirim yükümlülüğü vardır. Şerhteki bu yorum, eleştirilmektedir, çünkü tarafların, sözleşme hükümlerinden farklı bir ifa şeklini kabul etme zorunlulukları yoktur<sup>1089</sup>. Ama bu ihbardan sonra alıcının ikame edimi kabul etmeme imkânı vardır.

Borcunu ifa edemeyecek olan taraf engelin varlığını ‘öğrendiği ya da öğrenmesi beklenen’ makul süre içerisinde karşı tarafa bildirimde bulunmalıdır<sup>1090</sup>.

Viyana Satım Antlaşması’nın 79 uncu maddesinin IV üncü fıkrasında bildirim ‘alınması’ ifadesi kullanılmıştır, böylece Antlaşma’nın 15 inci maddesindeki icap ve 18 inci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen kabul hükümleri ile uyumlu olan ‘varma teorisi’ kabul edilmiştir. Böylece bildirim ulaşmaması ya da hatalı ulaşmasından doğan sorumluluk, bildirimi yapan tarafa ait olmaktadır<sup>1091</sup>.

Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde; ifada bulunamayan taraf, süresi içerisinde bildirimde bulunmadığı için doğan zarardan sorumludur. Buradaki zarar, borcun ifa edilmemesinden doğan zarar değil, vaktinde ihbarda bulunulmamasından doğan zarardır<sup>1092</sup>. Bildirimde bulunulmaması ya da süresi içinde bildirim karşı tarafa ulaşmaması halinde sözleşmenin karşı tarafı gerekli

---

<sup>1087</sup> TALLON, S. 586

<sup>1088</sup> TALLON, s. 587; ATAMER, CISG, s. 474

<sup>1089</sup> TALLON, s. 587

<sup>1090</sup> TALLON, s. 587; ANDERSEN, Camilla Baasch, ‘Comparative Analysis’ Selected Notice Requirements under CISG, PECL and UNIDROIT Principles: CISG Arts. 39 & 26; UNIDROIT Principles Arts. 1.9, 3.14, 7.3.2.; PECL Arts. 1.303, 3.304, 4.112, 9.303, 13.104’, November 2004, Erişim: 11.01.2008, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/andersen2.html>, s 1; ATAMER, CISG, s. 474;

<sup>1091</sup> TALLON, s. 587

<sup>1092</sup> TALLON, s. RIMKE, s. 13; ATAMER, CISG, s. 474,

tedbirleri alamadığı için zarara uğrayabilir ve süresi içinde bildirimde bulunmayan tarafın da bu zararı karşılaması gerekir<sup>1093</sup>. Ancak ademi ifanın sebebi olan durum aynı zamanda bildirimde bulunmaya da engel oluşturduğu durumlarda örneğin; hem borçlunun işletmesinde uyulan, hem de posta hizmetlerinin yürütülmesine engel olacak bir genel grev durumunda ifada bulunamayan taraf, bildirimde bulunmama dan sorumlu olmaz<sup>1094</sup>.

Her ne kadar, Türk hukukunda bu konuda açık bir düzenleme mevcut değilse de doktrinde bu tür bir bildirim yükümlülüğünün bulunduğu, Medeni Kanun'un 2 nci maddesine dayanılarak kabul edilmektedir<sup>1095</sup>. Antlaşma'da bildirim şekli hususunda bir düzenleme yoktur. Bu konuda Viyana Satım Sözleşmesinin tavsiye Konseyi<sup>1096</sup> nin 2 numaralı kararına bakıldığında, ulusal mahkemelerin çoğunlukla telefonla yapılan bildirim geçerli görmedikleri anlaşılmaktadır<sup>1097</sup>. O halde taraflara telefonla yaptıkları bildirim ardından bir yazılı bildirimde daha bulunulması ispat kolaylığı sağlayacağı için tavsiye edilmektedir<sup>1098</sup>.

İfada bulunamayan ve 79 uncu maddedeki muafiyetten yararlanmak isteyen tarafın sözleşmenin karşı tarafına bu durumu bildirme yükümlülüğü İngiliz hukukunda bulunmayan bir yükümlülüktür<sup>1099</sup>. Çünkü engellenme ilkesi gereği sözleşme kendiliğinden sona eriyor.

Bu durumunun İngiliz hukukundaki ifanın engellenmesi doktriniyle Viyana Satım Antlaşmasının 79 uncu maddesindeki düzenleme arasındaki farklardan biri olduğu ileri sürülmektedir<sup>1100</sup>. Ancak Viyana Satım Antlaşmasında bildirim yükümlülüğüne uyulmazı, sorumluluktan muafiyetten yararlanmak için bir geçerlilik

<sup>1093</sup> TALLON, s. 586-587; RAJA, s. 4

<sup>1094</sup> TALLON, s. 587; ATAMER, CISG, s. 475

<sup>1095</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s.447; DURAL, s. 131

<sup>1096</sup> Antlaşmanın yorumunda ulusal mahkemelere yol göstermek ve Antlaşmanın yeknesak uygulanırlığını sağlamak için 2001 yılında bir tavsiye konseyi kurulmuştur, bu konuda bkz.

**FERRARI**, Uluslar arası İçtihat Hukuku, s. 50

<sup>1097</sup> CISG Advisory Council Opinion No. 2, Erişim: 11.06.2008,

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op2.html>

<sup>1098</sup> ANDERSEN, s. 3

<sup>1099</sup> HUDSON, s. 189; WHINCUP, s. 301

<sup>1100</sup> HUDSON, s. 189; TREITEL, s. 307

şartı oluşturmamaktadır. O halde İngiliz Hukukundaki müesseseden bu açıdan farkı yoktur.

UNIDROIT İlkeleri'nin 7.1.7 nci maddesinin III üncü fıkrasında da bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu hükme göre; borçlu alacaklıya engelin varlığını ve ifaya ilişkin tutumu üzerinde sonuçlarını tebliğ etmelidir. Engeli öğrendiği ya da öğrenmesi gerektiği andan itibaren makul bir sürede tebliğ, muhataba ulaşmazsa borçlu, tebligatın alınmamasından doğan zarar nedeniyle tazminatla sorumlu olur.

Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri'nin 8:108 inci maddesinin III üncü fıkrasında da Viyana Satım Antlaşması'ndakine benzer bir düzenleme getirilmiştir. Bu fıkra göre; ifada bulunamayan taraf, ortaya çıkan engeli ve bu engelin ifayı ne şekilde etkileyeceğine dair karşı tarafa bir ihbarda bulunulmalıdır. İfada bulunamayacak olan taraf bu durumu öğrendiği andan itibaren ya da öğrenmesi beklenen makul süre içinde karşı tarafça bu ihbarın alınmamış olmasından doğan her türlü zarardan sorumludur.

8:108 inci maddenin III üncü fıkrasında aslında İlkelerin bütün maddelerinin uygulanması sırasında dikkate alınması gereken iyiniyet borcundan doğan bir bildirim yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu bildirimle aslında alacaklının borcun ifa edilmemesinin doğuracağı olumsuz sonuçlardan kaçınabilmesi için bir imkân tanınmak istenmektedir. İhbar aynı zamanda geç ya da kısmî ifayla karşılaşacak olan alacaklının sözleşmeyi sona erdirmesi açısından da önemlidir<sup>1101</sup>.

Örneğin bir ilaç deposunu su bastığı için depoda bulunan ilaçların kullanılamaz hale gelmesi durumunda, depo sahibi, müşterilerinin siparişlerini zamanında teslim edemeyeceğini, yeniden ilaç temin etmek için ihtiyacı olan süreyi ve müşterilerine siparişleri olan ilaçları gönderebileceği tarihi bildirmesi gerekir<sup>1102</sup>.

Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri'nin 8:108 inci maddesinin III üncü fıkrasında düzenlenen bildirim yükümlülüğünün 'makul süre' içerisinde yerine

<sup>1101</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 14

<sup>1102</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 14



getirilmesi gerekir. Bu makul sürenin de kısa bir süre olması gerekir. Öyle durumlar olabilir ki; bildirim derhal yapılması gerekebilir. Engelin varlığının ve bu engelin doğurduğu sonuçların öğrenildiği ya da öğrenilmesi gereken zaman dilimi geçtikten sonra, makul süre içerisinde, karşı tarafın bu durumdan haberdar edilmesi gerekir. Eğer engelin ortaya çıktığı anda borçlu bunun doğuracağı sonuçları göremiyorsa, o zaman karşı tarafa önce ortaya çıkan engeli haber vermeli, ardından bu engelin doğuracağı sonuçlar anlaşıldığında da bu sonuçları haber vermelidir. Bu şekilde iki kez ihbarda bulunmak da dürüstlük kuralının bir gereğidir<sup>1103</sup>.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 1:303 üncü maddesi gereği yapılan ihbarın karşı tarafın eline geçmemesinin riski ifade bulunamayan satıcıya aittir<sup>1104</sup>.

Bu ihbarın yapılmamasından ya da makul süre içerisinde yapılmamasından alacaklının uğradığı ek zararı borçlunun tazmin etmesi gerekir<sup>1105</sup>. Engel gerçekleşikten sonra makul süre içerisinde alacaklıya bildirimde bulunulmazsa ve alacaklı da bu süre içerisinde başka birisiyle sözleşme yapma fırsatı varken bunu kaçırırsa bu zararı, satıcının karşılaması gerekir.

## 2. İspat Yükü

Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesindeki muafiyetten yararlanmak isteyen tarafın 79 uncu maddenin I inci fıkrasındaki şartların gerçekleştiğini ispat etme yükümlülüğü vardır. Ademi ifanın sebebi üçüncü bir kişinin fiilinden kaynaklanıyorsa, bunu da yine borçlunun ispatlaması gerekir. Bu durum bazı güçlükler doğurabilir<sup>1106</sup>.

Rusya Federasyonu Sanayi ve Ticaret odasının 16 Mart 1995 tarihli 155/1994 sayılı kararında da ispatla ilgili bir konu gündeme gelmiştir. Karara konu olayda Rus satıcı ile Alman alıcı arasında yapılan satım sözleşmesinin konusu olan malları satıcı vaktinde alıcıya gönderememiştir. Bunun üzerine alıcının zararının karşılanması için açtığı davada satıcı 79 uncu maddeye dayanarak sorumluluktan

<sup>1103</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 14

<sup>1104</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 14

<sup>1105</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 14

<sup>1106</sup> TALLON, s. 586

muaf tutulmayı istemiştir. Satıcı, üretiminin kendi denetimi dışında aniden durması nedeniyle borcunu vaktinde yerine getiremediğini ileri sürmüştür, ancak mahkemede bu iddialarını ispatlayamamıştır. Bunun üzerine satıcının muafiyetten yararlanamayacağına karar verilmiştir<sup>1107</sup>.

İspat araçları *lex fori* ye göre belirlenir<sup>1108</sup>.

Türk hukukunda da Yargıtay'ın borcunu ifa edemeyen fakat mücbir sebep nedeniyle sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlunun bu durumu ispatlayamaması nedeniyle sorumluluktan kurtulamayacağına dair kararları vardır.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 8:108 inci maddesinin I inci fıkrasında da ispat yükümlülüğüne yer verilmiştir. Bu fıkra göre; taraflardan birisi, ifada bulunmamasının kendi kontrolü dışında ortaya çıkan bir engelden kaynaklandığını ve sözleşme yapılırken bu engelin makul olarak dikkate alınmasının, bu engelden kaçınılmasının ya da üstesinden gelinmesinin mümkün olmadığını ispatlaması halinde muafiyetten yararlanır.

## VI. Mücbir Sebebin Sonuçları

Anglo-Amerikan Hukukunda sözleşmeden doğan borcun mutlaka ifa edilmesi gerektiği, eğer borçlu, borcunu ifa edemezse mutlaka tazminat ödeme yükümlülüğünün olduğunu görmüştük. Sadece borçlunun borcunu ifa etmemesinin sebebi, ifanın engellenmesi doktrinine dayanıyorsa o zaman borçlu tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulmaktaydı.

Bu sayılan unsurların Viyana Satım Antlaşmasının 79 uncu maddesindeki düzenlemenin koşullarına çok benzediği, tazminat ödeme Borcunun da sona ermesi sebebiyle, sonuçlarının da benzediği ileri sürülmekte ve bu maddenin Anglo-Amerikan Hukukunun etkisinde kalınarak kaleme alındığı iddia edilmektedir.

<sup>1107</sup> Kararın tam metninin İngilizce tercümesi için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950316r1.html>

<sup>1108</sup> TALLON, s. 586

Bu benzerliklerine rağmen, Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinde düzenlenen muafiyet şartının İngiliz hukukundaki ifanın engellenmesi doktrininden farklı yönleri de vardır: Bir uyuşmazlığa İngiliz Hukuku'ndaki ifanın engellenmesi doktrini uygulanacak olursa, sözleşme bütünüyle sona erer. Oysa Viyana Satım Antlaşması'nda borçlu, eğer ortaya çıkan engel borcun bir kısmının yerine getirilmesine engel oluyorsa o zaman sadece yerine getiremediği borçtan muaf olup kalan borçlardan sorumlu olmaya devam etmektedir<sup>1109</sup>. Bir de eğer İngiliz hukuku uygulanacak olursa, sözleşmenin her iki tarafı da sözleşmeden doğan borçlarından kurtulurlar, oysa 79 uncu madde uygulandığında sadece ifade bulunamayan taraf sorumluluktan kurtulmaktadır<sup>1110</sup>.

Viyana Satım Antlaşmasının 79 uncu maddesindeki hükmün Anglo-Amerikan hukuk sisteminin etkisinde olduğunu kabul edenler, bu maddede *common law* hukuk sistemindeki 'muafiyet ilkesi'nin geçerli olduğunu ileri sürmektedirler. Yani sorumluluktan kurtulmak isteyen tarafın bu maddede sayılan gerekli muafiyet şartlarının gerçekleştiğini ispatlaması yeterlidir. Kara Avrupası hukuk sisteminde olduğu gibi kusursuzluğunu ispatlamak zorunda değildir<sup>1111</sup>. Ancak Kara Avrupası Hukuk sistemine tâbi olan Türk Hukukunda da borcunu yerine getirmeyen tarafın, sorumluluğu , gündeme geldiğinde; alacaklının, doğan zararın tazmini için borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükümlülüğü olmadığını daha önce belirtmiştik. Bu durumlarda borcunu yerine getirmeyen borçlunun, kusurlu olduğu bir karine olarak kabul edildiğinden, sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu, tıpkı Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinde de olduğu gibi sorumluluğunu kaldıran mücbir sebep, beklenmeyen durum ya da üçüncü kişinin kusuru gibi sebeplerin var olduğunu ispatlamak durumundadır<sup>1112</sup>. Bu durumda Viyana Satım Antlaşmasının 79 uncu

---

<sup>1109</sup> NICHOLAS, Barry, 'The Vienna Convention on International Sales Law' Law Quarterly Review, 1989, s. 235; HUDSON, s. 184, TREITEL, s. 307; GOODE, Commercial Law, s. 927; CARR/STONE, s. 93

<sup>1110</sup> HUDSON, s. 184; oysa satım konucu malın parça borcu ya da cins borcu olması durumunda malın mülkiyetinin mücbir sebep nedeniyle alıcıya geçirilemediği durumlarda, borçlunun borcunun sona ermesine rağmen alıcının para borcu sona ermez.

<sup>1111</sup> MASKOW, s. 664

<sup>1112</sup> Burada borçlunun müspet bir vakıa ispatlamak zorunda olduğuna dair bkz. ATALAY, s. 85

maddesindeki düzenlemenin Kara Avrupası Hukuk sistemine de benzediği söylenebilir.

Bir de eğer borçlu bu maddedeki muafiyet şartlarının gerçekleştiğini ispatlayamazsa, kusursuz olarak borcunu ifa edememiş olsa bile, örneğin hastalandığı için borcunu ifa edememiş olsa bile sorumluluktan kurtulamaz<sup>1113</sup>.

Bir görüşe göreyse; Viyana Satım Antlaşması'ndaki mücbir sebep şartı, Anglo-Amerikan hukuku'ndaki ifanın engellenmesi doktrininden ziyade Fransız hukukundaki *force majeure* e benzer. Çünkü Fransız hukukunda mücbir sebep gerçekleştiğinde sözleşme bir süre daha geçerli kalmaya devam eder ve eğer ifayı engelleyici olay ortadan kalkarsa o zaman, tıpkı 79 uncu maddede olduğu gibi borçlunun da ifa yükümlülüğü yeniden söz konusu olur<sup>1114</sup>.

Bu açıklamalar karşısında Viyana Satım Antlaşmasının sadece Anglo-Amerikan hukukunun ya da Kara Avrupası hukukunun etkisinde kalınarak kaleme alındığını söylemek mümkün değildir. Buradaki düzenleme yer yer Anglo-Amerikan Hukukundaki ifanın engellenmesi doktrinine yer yer de Kara Avrupası hukukundaki mücbir sebep kavramına benzer düzenlemeler içermektedir.

## **1.Tazminat Talep Hakkının Sona Ermesi**

Anglo-Amerikan Hukuku'nda sözleşmenin ihlâli halinde temel talep hakkı, tazminattır. Aynen ifa talebi ve sözleşmeden dönmeyi talep etme hakkı tâli nitelikli taleplerdir. Bu sistemde eğer sözleşmenin ihlâli ifanın engellenmesi nedeniyle olmuşsa yani borçluyu, borcun ihlâlinden sorumlu tutma imkânı yoksa o zaman alacaklının tazminat talep hakkı sona erer. Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinin I inci fıkrasında tazminat hakkının sona ereceğinin belirtilmesi, bu açıdan Anglo-Amerikan hukukuyla bir benzerlik gösterir.

Antlaşmanın 79 uncu maddesinin 5 inci fıkrasında tazminat talep hakkı dışındaki talep haklarının ise devam ettiği hükme bağlanmıştır. Mücbir sebep halinde

<sup>1113</sup> ATAMER, CISG, s. 454

<sup>1114</sup> GOODE, Roy, Commercial Law, London, 2004, s. 927-8

alıcıya bu geniş talep haklarının tanınıyor olması Anglo-Amerikan Hukuku'ndan farklılık yaratır. Çünkü Anglo-Amerikan Hukuku'nun temeli olan common law'da mücbir sebep benzeri bir kavram olan ifanın engellenmesi durumuyla karşılaştığında sözleşme tamamen sona erer ve alacaklının sadece karşı tarafın elindekileri iadesini talep hakkı vardır. Başka bir talep hakkı yoktur.

Tazminat talep hakkıyla ilgili bir husus da ifada bulunamayan tarafın cezaî şart ya da götürü tazminat<sup>1115</sup> ödeme borcunun akıbetinin ne olacağıdır.

Viyana Satım Antlaşması'nda cezaî şart ya da götürü tazminat konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Taraflar sözleşmelerinde borcun ifa edilmemesi durumunda cezaî şart ya da götürü tazminat ödenmesini kararlaştırmışlarsa bu şartların geçerliliği, Sekreteryâ Şerhine göre ilgili ulusal hukuka göre belirlenecektir<sup>1116</sup>. Eğer ilgili ulusal hukuka göre tarafların kararlaştırmış oldukları şartlar geçersizse o zaman zaten cezaî şart ya da götürü tazminatın ödenmeleri söz konusu olmayacaktır. Eğer kararlaştırılan bu şartlar ilgili ulusal hukuka göre geçerliyseler, o zaman tarafların niyetlerine bakmak gerekir<sup>1117</sup>. Taraflar, bu şartları, sözleşmenin ihlâli hâlinde ödenecek tazminat miktarının yerine kararlaştırmışlarsa Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinin I inci fıkrası gereği ödenmeyecekler, ama tazminatın yanında ödenmek üzere kararlaştırmışlarsa o zaman bu hükümdeki muafiyetin kapsamına girmeyip ödenmeleri gerekecektir<sup>1118</sup>.

Bazı hukuk sistemleri, borcun ifasını sağlamak için cezaî şartla ilgili düzenlemelerin geçerliliğini kabul ederken bazı sistemler kabul etmemektedirler. Örneğin Common Law<sup>1119</sup> ve Belçika Hukukunda cezaî şart, kamu düzenine aykırı bulunup geçersiz sayılırken<sup>1120</sup>; Amerika Birleşik Devletleri'nde UCC 2-718'de yerini bulan götürü tazminat geçerli sayılmaktadır<sup>1121</sup>.

---

<sup>1115</sup> ATAMER, CISG, s. 476

<sup>1116</sup> LIU, Remedies, s. 321; TALLON, s. 589; HUDSON, s. 190

<sup>1117</sup> ATAMER, CISG, s. 476

<sup>1118</sup> TALLON, s. 589; ATAMER, CISG, s. 476;

<sup>1119</sup> LIU, Remedies, s. 48

<sup>1120</sup> TALLON, Denis, Damages, Exemption Clauses, and Penalties, Erişim: 27.10.2007, [http://tldb.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid\\_129100](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid_129100), s. 682

<sup>1121</sup> LIU, Remedies, s. 48

Tarafların ödenmesini kararlaştırdıkları götürü tazminat genellikle borçlunun sorumlu olduğu durumlar için söz konusu olur, ama taraflar özel olarak mücbir sebep nedeniyle borcun ödenememesi durumunda bile götürü tazminat ödenmesini kararlaştırabilirler. Tabii ki tarafların bu düzenlemelerinin geçerliliği de ilgili ulusal hukuka göre tespit edilir<sup>1122</sup>.

## **2.Alacaklının Sahip Olduğu Talep Hakları**

### **A) Aynen İfa**

Viyana Satım Antlaşması'nın taraflara tanıdığı talep haklarından biri de Antlaşma'nın 46 ncı maddesinde düzenlenen aynen ifa talebidir. 79 uncu maddenin 5 inci fıkrasında, alıcının tazminat dışındaki diğer talep haklarını kullanabileceğinin belirtilmiş olmasının, alacaklının aynen ifa talebinde bulunabileceği anlamına da gelip gelmediği tartışmalıdır.

Öncelikle mücbir sebep gerçekleşikten sonra alacaklının ne gibi olasılıklarda aynen ifa talebinde bulunabileceği hususunu incelemek gerekir. Bazı durumlarda satıcının göndermiş olduğu mal, mücbir sebep nedeniyle ayıplı olabilir. Böyle bir durumla karşılaşan alıcı, satıcıdan tazminat talep edemeyecektir, ama aynen ifa talebinde bulunabilecektir. Bu durumda alıcı, malın tamir edilmesini ya da yenisi ile değiştirilmesini isteyebilecektir<sup>1123</sup>.

Mücbir sebep nedeniyle borcun ifası gecikebilir. Böyle bir durumda da alacaklı, borçludan tazminat talep edemez. Bu durumda aynen ifa talebinden yararlanmak isteyen alıcı, mücbir sebebin etkisi geçtikten sonra borcun ifasını talep edebilir<sup>1124</sup>.

Doktrinde tartışmalı olan husus ise; Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinin 5 inci fıkrasıyla alacaklıya tanınmış olan aynen ifa talebinin, sözleşme konusu malın telef olması gibi fiilî imkânsızlık durumlarında da söz konusu olup

---

<sup>1122</sup> LIU, Remedies, s. 49

<sup>1123</sup> ENDERLEIN/ MASKOW, s. 333; ATAMER, CISG, s. 478

<sup>1124</sup> ATAMER, CISG, s. 478

olmayacağıdır. Tartışmaların sebebi, ULIS'in 74 üncü maddesinde ve Avrupa İlkeleri'nin 8:101 inci maddesinde mücbir sebep gerçekleştiğinde tazminat talebinin yanı sıra aynen ifa talebinin de sona ereceğinin ve UNIDROIT İlkeleri'nin 7.2.2 nci maddelerinde fiilî imkânsızlık halinde aynen ifa talebinin söz konusu olmayacağına açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, Viyana Satım Antlaşması'nda bu şekilde bir açıklayıcı hükme yer verilmemiş olmasıdır. Aslında 79 uncu madde kaleme alınırken Norveç ve Alman delegeleri, bu maddedeki muafiyet şartları gerçekleştiğinde, bu durumun hukukî sonucunun, borcun sona ermesi olması için bir teklifte bulunmuşlardır, ama onların bu teklifleri reddedilmiştir. Bu maddedeki muafiyetin hukukî sonucunun borcun sona ermesi olarak düzenlenmesi durumunda borca bağlı fer'i alacakların da talep edilemeyeceğinden çekinilmiştir<sup>1125</sup>.

Doktrinde fiilî imkânsızlık hâlinde aynen ifa talebinde bulunulamayacağı, çünkü alacaklı bu talepte bulursa da alacağına kavuşamayacağı kabul edilmiştir<sup>1126</sup>, ama pratikteki bu sonuca hukukî dayanak bulmak için doktrinde çeşitli tartışmalar yaşanmıştır<sup>1127</sup>.

Bu teorik tartışmalar sırasında doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre fiilî imkânsızlık halinde aynen ifa talebinin gündeme gelmemesi için 79 uncu maddenin 5 inci fıkrasının dar yorumlanması gerekir<sup>1128</sup>. Bir diğer görüşe göreyse, Antlaşmanın 7 nci maddesinin I inci fıkrasındaki dürüstlük kuralı, böyle bir talepte bulunulmasına engel teşkil eder<sup>1129</sup>.

Atamer'e göre, ifası imkânsız hale gelmiş olan bir malın ifasının talep edilemeyeceği, Antlaşma'nın 7 nci maddesinin II nci fıkrası anlamında Antlaşmanın temelinde yatan genel bir ilke olarak kabul edilebilir<sup>1130</sup>.

---

<sup>1125</sup> ATAMER, CISG, s. 315; LIU, Remedies, s. 321

<sup>1126</sup> RIMKE, s. 13

<sup>1127</sup> TALLON, s. 588; HUDSON, s. 190

<sup>1128</sup> TALLON, s. 589

<sup>1129</sup> ATAMER, CISG, s. 371

<sup>1130</sup> ATAMER, CISG, s. 370-2

Viyana Konferansı'nda bu konu tartışılırken oluşan genel kanı, ifası, fiziksel olarak imkânsız hâle gelmiş olan bir edimin ifasının talep edilmesinin bir fayda sağlamayacağından, böyle bir durumda aynen ifa talebinde bulunulamayacağıydı<sup>1131</sup>. Doktrinde de fiilî imkânsızlık halinde ifa talebinde bulunulamayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla da tartışmanın teorik yönü ağır basmaktadır<sup>1132</sup>.

Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri'nin 8:101 inci maddesinin 2 nci fıkrasına göre; eğer borçlu, İlkelerin 8:108 inci maddesinde bahsi geçen bir engel nedeniyle borcunu yerine getiremezse, o zaman aynen ifa ve tazminat talep hakları dışındaki diğer talep haklarını kullanabilir. Avrupa İlkeleri, getirdiği bu düzenlemeyle Viyana Satım Antlaşması'nda imkânsızlık durumunda aynen ifa talebinde bulunulup bulunulamayacağı tartışmasının kendisinde de yaşanmasını önlemiştir. Ancak İlkelerin düzenlemesi de doktrinde başka bir tartışma yaratmıştır. Bu tartışma da; ortaya çıkan engelin borcun ifasını geçici bir süre için engellemesi durumunda aynen ifanın talep edilip edilemeyeceği hususundadır. Burada da şu çözüme varılır; engelin var olduğu süre içinde aynen ifa talebinde bulunulamaz, ama engel ortadan kalkınca aynen ifada bulunulabilir<sup>1133</sup>.

UNIDROIT İlkeleri'nde ise, mücbir sebep durumunda alacaklının sahip olduğu talep hakları belirlenirken, Viyana Satım Antlaşması ve Avrupa İlkeleri'nden daha esnek farklı bir sistematik izlenmiştir. Kullanılmayacak talep haklarının neler olduğu sayılmamış bunun yerine 7.1.7 nci maddenin 4 üncü fıkrasında başvurulabilecek talep haklarının neler olduğu sayılmıştır<sup>1134</sup>. Bu haklar, sözleşmeye son verme, yükümlülüklerin ifasını askıya alma ve vadesi gelen meblağ için faiz ödenmesine zorlamadır. UNIDROIT İlkelerinin Resmî şerhinde 7.1.7 nci maddenin kapsamına giren engellerin genellikle ifayı geçici bir süre engelledikleri, bu engelin etkileri ortadan kalkıncaya kadar borçluya ifada bulunması için ek süre verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

---

<sup>1131</sup> TALLON, s. 588; HUDSON, s. 190

<sup>1132</sup> ZIEGEL, s. 4; ATAMER, CISG, s. 371

<sup>1133</sup> LIU, Remedies, s. 323

<sup>1134</sup> LIU, Remedies, s. 323



## ***B) Sözleşmeden Dönme***

Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesinin 5 inci fıkrasının alıcıya tanıdığı bir diğer hak da sözleşmeden dönme hakkıdır. Sözleşmeden dönme hakkı Antlaşma'nın 81 inci maddesinde düzenlenmiştir.

Viyana Satım Antlaşmasının V inci ayrımı, 'Sözleşmenin Ortadan Kaldırılmasının Sonuçları'<sup>1135</sup> başlığını taşır ve altındaki ilk madde olan 81 inci maddenin hükmü şöyledir:

- (1) Sözleşmenin ortadan kaldırılması, tazminat yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla her iki tarafı da sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerden kurtarır. Sözleşmenin ortadan kaldırılması, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin sözleşme hükümlerini veya sözleşmenin ortadan kaldırılması sonrasında tarafların haklarını ve borçlarını düzenleyen diğer sözleşme hükümlerini etkilemez.
- (2) Sözleşmeyi tamamen veya kısmen ifa eden taraf, sözleşme uyarınca ifa ettiklerinin veya ödediklerinin iadesini karşı taraftan talep edebilir. Her iki taraf da iade borcu altında ise, edimlerin aynı anda ifa edilmesi gerekir.

Sözleşmeden dönülmesi halinde satıcı, malı teslim etme borcundan kurtulurken alıcı da bedeli ödeme borcundan kurtulacaktır<sup>1136</sup>. Antlaşmanın 73 üncü maddesine göre; eğer malların bir kısmının gönderilmemesi durumunda olduğu gibi sözleşmeden kısmen dönme söz konusuysa o zaman satıcı, malın o kısmını gönderme borcundan kurtulurken, alıcı da o kısım için bedel ödeme borcundan kurtulur. Antlaşmanın 81 inci maddesinin I inci fıkrasına göre; tarafların tazminat

---

<sup>1135</sup> Burada 'sözleşmenin ortadan kaldırılması' gibi genel bir ifadenin kullanılmış olmasının sebebi, Antlaşmayı hazırlayanların, farklı hukuk sistemlerinin hepsinin kabul edeceği bir üst kavram kullanmayı tercih etmeleridir. Oysa burada aslında bizim hukukumuzdaki 'sözleşmeden dönme' düzenlenmektedir, **ATAMER**, CISG, s. 394

<sup>1136</sup> **LOOKOFSKY**, s.167

talep etme hakları olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda taraflar 75 inci maddeye dayanarak tazminat talep edebilirler. Ancak Antlaşmanın mücbir sebebe ilişkin 79 uncu maddesi, tazminat talep hakkını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle de 79 uncu maddenin beşinci fıkrasına dayanarak dönme hakkını kullanan taraf, dönmeye dayanarak tazminat talep edemez, ancak tazminat dışında dönme nedeniyle sahip olduğu diğer haklarını kullanabilir.

UNIDROIT İlkeleri'nin 7.3.1 ve Avrupa İlkeleri'nin 9:301 ve devamındaki maddelerde de taraflardan birinin borcunu yerine getirmemesi üzerine diğer tarafın sözleşmeyi sona erdirme hakkı düzenlenmiştir.

Viyana Satım Antlaşması'na göre; mücbir sebep gerçekleşince sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen alacaklı, bu hakkını kullanabilmek için karşı tarafa dönme beyanında bulunmalıdır. UNIDROIT İlkelerinin 7.3.2 nci maddesine göre de sözleşmeyi sona erdirmek için karşı tarafa beyanda bulunmak gerekir. Avrupa İlkeleri'nde ise, mücbir sebep gerçekleşince sözleşmenin kendiliğinden sona erdiği hukuk sistemlerindeki düzenlemeler örnek alınmıştır, herhangi bir beyana gerek olmadan sözleşme kendiliğinden sona erer. Viyana Satım Antlaşması'ndan farklı olarak UNIDROIT İlkeleri'nde satım konusu mal, satılmış ya da kendi kusuruyla telef olmuş olsa bile dönme hakkı kullanılabilir<sup>1137</sup>.

#### **a) İade Talebi**

Viyana Satım Antlaşmasının 82 nci maddesi şöyledir:

(1) Alıcının, teslim aldığı malları, teslim aldığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade etmesi imkânsızlaşmışsa, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya satıcıdan ikame mal talep etme hakkı düşer.

(2) Önceki fıkra hükmü aşağıdaki hallerde uygulanmaz:

---

<sup>1137</sup> SCHLECHTRIEM, Peter, 'Termination and Adjustment of Contracts', European Journal of Law Reform, V.1, N. 3, 1999, s. 307

- (a) malların iade edilmesinin veya teslim alındığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade edilmesinin imkânsızlaşması alıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa;
- (b) Mallar veya malların bir bölümü 38. maddeye dayalı olarak yapılan muayene sonucunda ziya'a veya hasara uğramışsa; veya
- (c) Mallar veya malların bir bölümü sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya tespit edilmesi gerektiği tarihten önce ticarî faaliyetin olağan seyri içinde satılmış veya olağan kullanım kapsamında alıcı tarafından tüketilmiş veya şekil değiştirmişse

Bu maddenin lafzından çıkan anlam; dönme hakkının kullanılabilmesi için malların 'teslim alındıkları andaki duruma esaslı surette yakın durumda' iade edilmesinin bir ön şart olduğudur. Eğer mallar, satıcının bunları geri almasının beklenemeyeceği kadar değişmiş ya da kötüleşmişse o zaman bu iade talebini satıcı kabul etmek zorunda değildir. Satıcının sözleşmeyi ihlâl etmesi durumunda eğer alıcının elindeki mallar satıcıya iade edemeyeceği kadar kötüleşmişse alıcı, dönme hakkını kullanamamasına rağmen, tazminat ya da fiyattan indirim talep etme haklarını kullanabilir.

UNIDROIT İlkeleri'nin 7.3.6 ncı maddesinde iadenin ne şekilde yapılacağı açıklanırken malların 'aynen iadesi mümkün olmazsa veya uygun olmazsa, makul görünürse iade parasal değer olarak yerine getirilmelidir' hükmüne yer verilmiştir. UNIDROIT İlkeleri'nde iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandığı kabul edilir. Eğer ifade bulunulan kişi bundan bir menfaat elde edememişse yani ortada bir zenginleşme yoksa o zaman iadeye de gerek yoktur<sup>1138</sup>. Para iadesi için Viyana Satım Antlaşması'ndan daha geniş bir imkân tanımıştır.

Avrupa İlkeleri'nin 9:309 uncu maddesinde de sözleşmeyi sona erdirmek isteyen tarafın, karşı tarafa vermiş olduğu şeyin aynen iadesi mümkün değilse bunun yerine bedelini de alabileceği belirtilmiştir. Avrupa İlkeleri'nin şerhine göre; bazen

---

<sup>1138</sup> SCHLECHTRIEM, Termination, s. 312

mallar kullanıldığı için ya da zarar gördükleri için iadeleri mümkün olmayabilir. Böyle bir durumda Avrupa İlkelerini hazırlayanlar, sözleşmeden dönülmesi üzerine malın bedeli ödenmeden karşı tarafta kalmasının yaratacağı adaletsizliğin önüne geçmek için malın parasal değerinin iadesini istemişlerdir. İade edilecek bedel, zenginleşme oranıdır. Yani malı elinde bulunduran kişi bu malı elde etmek için ödediği bedeli değil de bu maldan sağladığı menfaatin oranı kadar para iadesi yapacaktır.

Viyana Satım Antlaşması ve Avrupa İlkeleri iade yükümlülüğünün dönme hakkının kullanımındaki yeri açısından farklı sistemlere sahiptir. Viyana Satım Antlaşması'nın 82 nci maddesi, mallar iade edilmese bile sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesini kabul etmektedir. Avrupa İlkeleri ise, sözleşmeden dönme hakkı kullanıldığında taraflardan birinin kendi edimini yerine getirip de karşı alacağı alamadığı durumlarda iadeyi bir ön şart olarak kabul etmektedir. Bu yerine getirilen menfaat 9:307 nci madde gereği bir miktar para, 9:308 gereği iadesi mümkün diğer menfaatler ya da 9:309 gereği kullanılan mal ya da hizmet gibi iadesi mümkün olmayan menfaatler olabilir. Avrupa İlkeleri'nin 9:309 uncu maddesi iadeyle ilgili bir hükümdür, ama sadece iade edilecek tutarın nasıl hesaplanacağını düzenlemektedir. UNIDROIT İlkeleri'nin 7.3.6 ncı maddesinin 1 inci fıkrasındaki düzenleme de aynı paraleldedir.

Örneğin Türkiye'deki satıcı ile Almanya'daki alıcı arasında birinci sınıf Afyon mermeri satışı için bir sözleşme yapılmıştır. Mermerlerin parası peşin olarak ödenmiş ve mermerlerin art arda teslimi kararlaştırılmıştır. İlk parti mal gönderildikten sonra, Afyon mermerinin ihracatı yasaklanmıştır. Bunun üzerine satıcı, alıcıya kalan parti malları gönderemeyeceğini bildirmiştir. Alıcı, bu mermerleri Almanya'da içinde çok sayıda konutun bulunduğu bir sitenin inşaatı için kullanacaktır. Sitedeki evlerin içinde kullanılan malzemenin aynı olması gerekmektedir. Bu nedenle de gönderilmiş ve inşaatla kullanılmış olan ilk parti mermerin üzerine diğer evlerde de kullanacağı yeni mermerleri yapıştırması gerekmektedir. Mermerlerin yerinden sökülmesi inşaatlara zarar vereceği için alıcıya iade edilmeleri de mümkün değildir.

Olayda satıcı, Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesi gereği borcunu yerine getirememekten sorumlu olmayacak ve bu nedenle de tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulacaktır. Alıcı ise, kendi menfaatine daha çok uyduğu için 79 uncu maddenin 5 inci fıkrasının hükmü gereği sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyecektir. Burada alıcı, malları satıcıya iade edemeyecek olmasına rağmen dönme hakkını kullanma imkânına sahiptir, çünkü mallar, 'olağan kullanım kapsamında alıcı tarafından tüketilmiş'tir. Malların bu şekilde tüketilmiş olmasının sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına engel olmayacağı da Antlaşmanın 82 nci maddesinin 2 fıkrasının ( C) bendinde açıklanmıştır.

Bu olayda dikkat edilmesi gereken husus, alıcının mallardan bir fayda sağlamadığı halde bunların bedelini ödemek zorunda kalıp kalmayacağıdır. Avrupa İlkelerinin 9:309 uncu maddesine göre; alıcının elde ettiği bir menfaat olmadığı için bunun bedelini de ödemek zorunda değildir. Ancak Viyana Satım Antlaşmasındaki iadeyle ilişkin 82 nci maddesinin yorumlanmasında bu maddeden yararlanılamaz, çünkü her iki düzenlemenin sözleşmeden dönme müessesesini ele alış şekilleri farklıdır<sup>1139</sup>.

Antlaşma'da sözleşmeden dönme sonrasında iadeyle ilgili boşluk bulunan hususlardan biri de iade edilecek malların sözleşmeden dönme beyanında bulunulduktan sonra telef olması durumudur. Kanımızca malın bedelinin iadesinin ödenmesi teklif edilerek sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi gerekir, çünkü Antlaşma'nın 84 üncü maddesinin II inci fıkrasındaki aynen iade yerine 'parasal karşılık' iadesinin burada da uygulanması gerekir.

Antlaşmadaki bu boşlukların, ilgili ulusal hukuka göre doldurulmasının doğru bir çözüm olmayacağı ileri sürülmüştür. Çünkü, Antlaşmada iade yükümlülüğünün, imkânsızlık ya da elverişsizlik nedenleriyle engellenmesi durumları özel olarak düzenlenmiştir. (Antlaşmanın 82 ve 84 (2) (b) maddeleri).

---

<sup>1139</sup> MAZZOTTA, Guide to Article 82 Comparison with Principles of European Contract Law (PECL), Match-up of CISG Article 82 with PECL Article 9-309, Erişim: 09.04.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp82.html#er.s.3>

Eğer iade edilecek mallar telef olmuşsa ya da hasar görmüşlerse, bu durumda iadeyi talep eden satıcının, tıpkı malı alıcıya teslim etme borcunu yerine getirmediğinde alıcının sahip olduğu talep haklarının aynısına sahip olması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>1140</sup>.

Antlaşmada iade borçlusunun elindeki maldan bir menfaat elde etme borcu olduğunu gösteren herhangi bir düzenleme yoktur. Bu nedenle de elde edilmesi ihmal edilen menfaatle ilgili olarak Antlaşma'da bir boşluk olduğuna dair iddia yersizdir<sup>1141</sup>.

#### **b) Maldan Elde Edilen Yararın İadesi**

Birçok hukuk düzeninin de kabul edilen bir kuralı, Viyana Satım Antlaşması da kabul etmiştir. Buna göre; taraflardan birisi elinde bulunan malı ya da parayı karşı tarafa iade ederken bunlardan elde ettiği semereleri de karşı tarafa iade etmek zorundadır<sup>1142</sup>. Antlaşmanın 84 üncü maddesine göre;

(1) Satıcı semeni geri ödeme borcu altında ise, bu meblağın kendisine ödendiği tarihten itibaren faizini de ödemesi gerekir.

(2) Aşağıdaki hallerde alıcı, mallardan ya da malların bir bölümünden elde ettiği yararların karşılığını satıcıya ifa borcu altındadır:

(a) alıcı malların tamamını veya bir bölümünü iade etmekle yükümlü ise; veya

(b) malların tamamen veya kısmen iade edilmesinin veya tamamen veya kısmen teslim alındığı andaki duruma yakın bir durumda iade edilmesinin imkansızlaşmasına rağmen alıcı sözleşmeyi ortadan kaldırmış veya satıcıdan ikame mal teslim etmesini talep etmişse.

Diğer yandan alıcının da, malları iade etmenin yanı sıra, bundan elde ettiği bütün yararların karşılığını ödemesi gerekmektedir. Antlaşma, yararların aynen değil, bunların maddi karşılığının iade edilmesini öngörmüştür. Özellikle 84 üncü

<sup>1140</sup> SCHLECHTRIEM, s. 108, karşı görüş için bkz. HUBER, s. 494-5

<sup>1141</sup> SCHLECHTRIEM, s. 108

<sup>1142</sup> VILUS, , Jelena, 'Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer' International Sale of Goods, ed. SARCEVIC, Petar/ VOLKEN, Paul, Dubrovnik Lectures, Ocena (1986), Erişim: 17.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vilus.html>, s. 10

maddenin II nci maddesi bunu göstermektedir. Para karşılığı ödenmesi gereken yararlar öncelikle medeni veya tabii semerelerdir. Yani satım konusu canlıların yavruları, yünü, sütü gibi değerlerin karşılığı ile; satım konusunun kiralanması, çoğaltılması, lisansının devredilmesi gibi yöntemlerle elde edilmiş olan maddi kazançtır. Bunun yanı sıra bilfiil alıcının malı kullanmasının karşılığı da ödenmek zorundadır. Ancak maldan herhangi bir yarar elde edilemeyen hallerde bir karşılık ödenmesi gerekmediği gibi, maldan semere elde edilmesi ihmal edilmiş olması halinde de 84 üncü madde çerçevesinde bir sorumluluk söz konusu olmayacaktır<sup>1143</sup>.

Doktrinde, alıcının, yapmış olduğu harcamaların değerini, iade etmesi gereken yararların değerinden düşebilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>1144</sup>.

Alıcının, kendisine teslim edilenleri iade etmesi mümkün değilse veya ancak teslim edildiği durumdan esaslı surette farklılaşmış şekilde iade etmesi imkânı varsa, 82 nci maddenin I inci fıkrası uyarınca dönme hakkını kullanma imkânı yoktur. Ancak yine aynı maddenin 2 nci fıkrasında ilk fıkradaki genel kuralın istisnalarına yer verilmiştir. Bu hallerde önem kazanan bir nokta, alıcının, örneğin telef olan bu mal yerine elde etmiş olduğu bir ikame değer varsa bunun ne olacağıdır. İşte 84 üncü maddenin II nci fıkrasının (b) bendinde bu sorun üzerinde durulmaktadır. Buna göre alıcının, malın yerini alan bütün değerleri, yani tazminat veya sigorta ödemelerini satıcıya vermesi veya buna ilişkin taleplerini ona temlik etmesi gerekir. Kuşkusuz alıcı, bu hallerde de kendi yapmış olduğu harcamaları, örneğin sigorta primlerini mahsup edebilecektir. Eğer alıcının malı iade edememesinin sebebi, Antlaşmanın 82 nci maddesinin II nci fıkrasının (c) bendinde ele alınmış olan hallerden biri ise, yani malların veya bir bölümünün sözleşmeye aykırılığının tespit edildiği veya tespit edilmesi gerektiği tarihten önce ticari faaliyetin olağan seyri içinde satılmış olması ise, bu durumda ilgili satıştan alıcının elde etmiş olduğu bedelin iade edilmesi gerekecektir. Bu hallerde de ilk alıcının, sözleşmeye aykırılık nedeniyle muhatap kaldığı ikinci alıcının talepleri (semenin tenzili, tazminat, vs...) sonucu yapmak zorunda kaldığı harcamalarını mahsup etme imkânı olacaktır<sup>1145</sup>.

---

<sup>1143</sup> SCLECHTIEM, Uniform Sales Law, s. 108; ATAMER, CISG, s. 423

<sup>1144</sup> ATAMER, CISG, s. 423

<sup>1145</sup> ATAMER, CISG, s.424

### c) İade Edilecek Semen İçin Faiz Ödenmesi

Bir satım sözleşmesinde satım bedelinin peşin olarak ödenmesinden sonra, fakat mallar alıcıya teslim edilmeden önce 79 uncu maddenin kapsamı içine giren bir engel nedeniyle malların teslim edilmesi mümkün olmamışsa alıcı, karşı tarafa ödemiş olduğu bedeli ve faizini Viyana Satım Antlaşması'nın 78 inci maddesi gereği talep edebilecektir. Viyana Satım Antlaşmasının 78 inci maddesindeki hüküm şöyledir: *'tarafardan biri semeni veya muaccel diğer bir meblağı ödemezse diğer taraf, 74 üncü madde uyarınca talep etme hakkına sahip olduğu tazminata halel gelmeksizin, bu meblağ üzerinden faize hak kazanır'*. Bu maddede faiz oranı belirlenmiş olmadığı için doktrinde bu maddenin Antlaşmanın en tartışmalı hükümlerinden biri olduğu kabul edilmektedir<sup>1146</sup>. Doktrinde faiz oranının miktarı ve tespit edilmesi konusunda farklı görüşler ileri sürülmekte mahkemelerde ve tahkimde verilen kararlarda da farklı yöntemlerle tespit edilen farklı oranlar uygulanmaktadır<sup>1147</sup>. Doktrinde ileri sürülen görüşlerden birine göre; talep edilecek faiz oranı alıcının ulusal hukukuna göre tespit edilmelidir<sup>1148</sup>. Çünkü sözleşmeyi ihlâl etmemiş olan alıcının uğradığı kaybın karşılanması gerektiği, bu kaybın da ancak alıcının ulusal hukukunun uygulanmasıyla karşılanabileceği ileri sürülmektedir. Doktrinde bu görüşe yöneltilen ciddi eleştiriler de vardır. Alıcının ülkesindeki faiz oranının satıcının ülkesindekinden yüksek olması durumunda satıcının elindeki parayı, bulunduğu yerde faize yatırarak değerlendirseydi elde edeceği toplam bedelin daha fazlasını alıcıya ödemesi için herhangi bir gerekçe bulunamayacağı ileri sürülmüştür<sup>1149</sup>. Alıcının fiili zararının zaten 74 üncü

<sup>1146</sup> MAZZOTTA, Francesco, G., 'CISG Articles 78 and 84 (1) and their PECL Counterparts', October 2004, Erişim: 15.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp78.html>. 2

<sup>1147</sup> FERRARI, s. 3; THIELE, Christian, 'Interest on Damages and Rate of Interest Under Article 78 of the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods', 2 Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration (1998), Erişim: 17.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/thiele.html>, s. 5 EISELEN, s. 3; MAZZOTTA, s. 2

<sup>1148</sup> THIELE, s. 5; EISELEN, Sieg, 'Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 78 of the CISG', Erişim: 15.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni78.html> s. 3

<sup>1149</sup> ATAMER, CISG, s. 422



maddeye göre talep edilebileceği kabul edilmektedir<sup>1150</sup>. Bazı yazarlar ise; 78 inci maddedeki düzenlemenin haksız olarak elde edilen menfaatlerin karşıladığını ve o nedenle de faiz oranının borçlunun iş merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre belirlenmesi gerektiğini iddia etmişlerdir<sup>1151</sup>. Bir başka görüşe göreyse; faiz oranının semenin ödeneceği para türüne bağlanmasının daha doğru olacağı ileri sürülmüştür<sup>1152</sup>. Ancak bu görüşü kabul etmenin bir sakıncası vardır, o da şudur: Euro gibi para birimleri, sadece tek bir ülkeye bağlı olmadığı için Euro üzerinden ödeme yapılması durumunda faiz oranının tespit edilmesi zorlaşır<sup>1153</sup>. Bir başka görüşe göreyse, \_ödeme yerindeki faiz oranı uygulanmalıdır<sup>1154</sup>. Bir diğer görüşe göreyse, uygulanacak faiz oranının uluslararası satımda uygulanan adetlere göre belirlenmesi gerekir. Bu durumda LIBOR uygulanabilir<sup>1155</sup>. Bazı mahkemeler ise; UNIDROIT İlkelerinde belirlenmiş olan (7.4.9) faiz oranını, Viyana Satım Antlaşması'nın 78 inci maddesindeki faiz oranını tespit ederken de uygulamışlardır<sup>1156</sup>.

Bazı ulusal hukuklara göre; faiz talep etmek yasaktır. Ancak Viyana Satım Antlaşmasında açıkça bir düzenleme yapılarak faiz talep edileceğinin belirtilmiş olması nedeniyle ulusal hukukta yasaklanmış olmasına rağmen Viyana Satım Antlaşması'nın uygulandığı uyuşmazlıklarda faiz talep edilmelidir<sup>1157</sup>. Bu durumda faiz oranını belirlemek için ulusal hukuka bakılamayacağından uluslararası ticaret uygulamasında geçerli olan faiz oranı uygulanır<sup>1158</sup>.

Bileşik faiz talep edilip edilemeyeceği de tartışmalı bir husustur. 78 inci maddede bu konuda açıkça bir düzenlemeye yer verilmemiştir, ama bileşik faiz talep edilemeyeceği ileri sürülmektedir<sup>1159</sup>.

---

<sup>1150</sup> EISELEN, s. 3

<sup>1151</sup> EISELEN, s. 3

<sup>1152</sup> THIELE, s. 5; EISELEN, s. 3

<sup>1153</sup> EISELEN, s. 3

<sup>1154</sup> EISELEN, s. 3

<sup>1155</sup> THIELE, s. 6

<sup>1156</sup> MAZZOTTA, s. 2

<sup>1157</sup> FERRARI, Specific Topics, s. 6; MAZZOTTA, s. 2

<sup>1158</sup> FERRARI, Specific Topics, s. 6

<sup>1159</sup> MAZZOTTA, s. 2; MAGNUS, s. 297

78 inci maddede yer alan ‘muaccel diğer meblağ’ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin de ulusal hukuklar tarafından belirleneceği ileri sürülmektedir<sup>1160</sup>.

Doktrindeki baskın görüş ise, fazin uyuşmazlığa bakan mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla bulduğu ulusal hukukta geçerli olan fazi oranının uygulanması gerektiği yönündedir<sup>1161</sup>.

Dönme sonrasında bedelin geri ödenmesi istendiğinde bu bedelin ödendiği tarihten başlayarak faiz işletilir<sup>1162</sup>.

İadenin nerede yapılacağı konusunda da Antlaşmada boşluk vardır<sup>1163</sup>.

#### **d) Kendisine İade Talebi Yöneltilen Tarafın İflasının İstenmiş Olması**

UNCITRAL’in şerhinde tarafların iade yükümlülüklerinin uluslararası mal satışının dışında kalan sebeplerle de sınırlandırılabilmesi belirtilmiştir. Eğer her iki taraftan birisi, iflas etmişse ya da hakkında icra takibi yapılmaktaysa bu kişiye yöneltilen iade talebi, malvarlığında değişiklik yaratacak bir hak olarak ya da malların paylaşımında bir öncelik hakkı vermez. Döviz denetimi kanunları ya da malların ya da fonların değişimi konusunda getirilen diğer sınırlamalar da yabancı ülkede bulunup da mallarının iadesini isteyen kişi için malların iadesi konusunda bir sınırlama getirir<sup>1164</sup>. Şerhe göre; bu ve buna benzer sınırlamalar iade talebinin uygulanmasının kısıtlamaktadır, ama iade talebine ilişkin taraflar arasında var olan hakkın geçerliliğini etkilememektedir<sup>1165</sup>.

Viyana Satım Antlaşmasınının 83 üncü maddesine göre; sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını veya satıcıdan ikame mal talep etme hakkını 82. maddeye göre kaybeden alıcı, sözleşmede ve bu Antlaşmada tanınan diğer bütün imkânlardan yararlanma hakkını muhafaza eder. Bu demektir ki; alıcının 45. maddeye göre

<sup>1160</sup> MAZZOTTA, s. 2

<sup>1161</sup> FERRARI, s. 3; BEHR, s.14, 18; THIELE, s.5

<sup>1162</sup> MAGNUS, s. 298

<sup>1163</sup> SCHLECHTRIEM, s. 108

<sup>1164</sup> UNCITRAL tarafından hazırlanan Commentary to the Draft Convention, s. 176-177

<sup>1165</sup> VILUS, s. 10

tazminat talep etme hakkı, 46. maddeye göre tamirat talep etme hakkı ve 50 nci maddeye göre; fiyattan indirim talep etme hakkı vardır<sup>1166</sup>.

**e) Dönme Hakkının Kullanılmasının Cezaî Şart ve Diğer Talep Haklarına Etkisi**

Bazı hukuk sistemlerinde sözleşmenin ortadan kaldırılması, o sözleşmeden doğan bütün hakları ve borçları da sona erdirmektedir. Antlaşmada bu durumun önüne geçmek için 81 inci maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesinde sözleşmenin ortadan kaldırılmasının bu Antlaşma anlamında sözleşmeden doğan bütün borçların ve hakların da sona erdirilmesi anlamına gelmediği açıklanmıştır. Böylece, sözleşmeden doğan cezaî şart ya da götürü tazminat talep etme hakkı doğrudan doğruya sona ermemektedir.

Dönme hakkının kullanılmasından sonra sözleşmede yer alan hukuk seçimi şartı, tahkim,<sup>1167</sup> sorumsuzluk şartı<sup>1168</sup> ya da benzeri şartlar da geçerliliklerini korumaktadır<sup>1169</sup>. Antlaşmanın 81 inci maddesine dayanarak sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde sözleşmeden doğan bütün borçların sona ermiyor olması, Antlaşmadaki sözleşmeden dönmeye ilişkin düzenlemenin, sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kaldırılması anlamına gelmediğini gösterir<sup>1170</sup>. UNIDROIT İlkeleri'nin 7.3.5 inci maddesinin 3 üncü ve Avrupa İlkeleri'nin 9:305 maddesinin 2 nci fıkrasında da sözleşmenin sona erdirilmesinden sonra da varlığını devam ettiren haklar olduğu belirtilmiştir. Her üç düzenlemelerde de bu tür maddelere yer verilmesinin amacı sözleşmenin bütünüyle ortadan kaldırılmasını engellemek olduğu açıktır<sup>1171</sup>. Türk hukukunda da dönme *ex nunc* etkilidir.

---

<sup>1166</sup> **VILUS**, s. 10; eskiden common law'da iade edilecek bedel için faiz ödenmesi söz konusu değildi, ancak günümüzde artık bu, mümkündür, **ZIEGEL**, Jacob, S., Report to the Uniform Law Congerence of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1981, Erişim: 17.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel84.html>, s.1

<sup>1167</sup> **SCHLECHTIEM**, 107; **VILUS**s. 10; **HONNOLD**, s. 504; **LOOKOFKY**, Joseph , The 1980 United Nations Convention on Contracts for The International sale of Goods, Erişim: 23.04.2004 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>, s. 167; **ATAMER**, CISG, s. 418

<sup>1168</sup> **ATAMER**, CISG, s. 418

<sup>1169</sup> **VILUS**, s. 9; **ATAMER**, CISG, s. 418; Bir görüşe göreyse, bunlar 'geçerlilik'ile ilgili sorunlardır ve geçerlilikle ilgili hususlar da ulusal hukukların hükümlerine tabidirler, **LOOKOFKY**, s.168

<sup>1170</sup> **SCHLECHTRIEM**, s. 107; **ATAMER**, CISG, s. 418

<sup>1171</sup> **VILUS**, s. 257

Eğer taraflardan birisi sözleşmeden doğan borcunu tamamen ya da kısmen ifa etmişse sözleşme ortadan kaldırıldığında kendisinin ifa ettiği edimi karşı taraftan talep edebilir. Kural olarak; sözleşmeyi ihlal eden taraf, kendisinin ve karşı tarafın iade masraflarına katlanır<sup>1172</sup>.

İadenin nerede yapılacağı konusunda ise Antlaşma'da boşluk vardır<sup>1173</sup>. İfa, yerinin taraflar arasındaki sözleşmenin şartlarına göre belirlenmesi gerekir<sup>1174</sup>.

Eğer sözleşmenin karşı tarafı, elde ettiği edimi aynen iade edemiyorsa, o zaman Viyana Satım Antlaşmasınının 82 nci maddesine göre; bu edimin bedeli talep edilecektir.

Viyana Satım Antlaşması'nın 81, 82, 83, 84; UNIDROIT İlkeleri'nin 7.3.6 ve Avrupa İlkeleri'nin 9:306, 9:307 ve 9:308 inci maddelerinde dönme sonrası iadeye ilişkin hükümler yer almaktadır.

### **C) Faiz**

Viyana Satım Antlaşması'nın 78 inci maddesinde şu hükme yer verilmiştir: *'Taraflardan biri semeni veya muaccel diğer bir meblağı ödemezse diğer taraf, 74 üncü madde uyarınca talep etme hakkına sahip olduğu tazminata hanel gelmeksizin, bu meblağ üzerinden faize hak kazanır'*. Bu maddeden anlaşılan husus, faiz talebi için aranan tek şartın, borç tutarının muaccel olması ve talep tarihine kadar da ödenmemiş olmasıdır. Bu maddeye göre; ödeme yapılmamasının geçerli bir sebebinin olup olmadığı önem taşımaz<sup>1175</sup>. Ayrıca temerrüt faizi talep etmek için karşı tarafa temerrüt ihtarında bulunmaya da gerek yoktur<sup>1176</sup>. Daha önce sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında iade bedeline faiz işletilmesi konusunu anlatırken belirtildiği üzere, Viyana Satım Antlaşmasında faiz oranının tespit edilmemiş olması doktrinde çok eleştirilmektedir.

<sup>1172</sup> LOOKOFKY, Article 81, s. 107

<sup>1173</sup> SCHLECHTRIEM, s. 107

<sup>1174</sup> SCHLECHTRIEM, s. 108

<sup>1175</sup> MAGNUS, s. 296

<sup>1176</sup> MAGNUS, s. 297

Viyana Satım Antlaşmasında faiz oranı belirtilmediği için uygulamada bu boşluğun UNIDROIT hükümleriyle doldurulduğu da görülmektedir. Viyana Uluslararası Tahkim Merkezinin SCH 4318 ve SCH 4366 sayılı 15 Haziran 1994 tarihli birbiriyle bağlantılı kararlarına konu olan uyuşmazlık bir satım sözleşmesinden doğmuştur. Sözleşme Avusturyalı satıcı ile Alman alıcı arasında yapılmıştır. Sözleşmeye Viyana satım Antlaşması uygulanmaktadır. Viyana Satım Antlaşmasının 78 nci maddesine dayanarak faiz ödenmesi gündeme gelmiştir, ancak Antlaşmanın bu maddesinde faiz oranı gösterilmediği için hakemler, bu boşluğu UNIDROIT İlkelerini uygulamak suretiyle doldurmuşlardır. UNIDROIT İlkelerinin 7.4.9 uncu maddesinin (2) nci fıkrasındaki hüküm uygulanmıştır. Buna göre; hakemler faiz oranını: ‘Faiz oranı, ödemenin yapılması gereken yerdeki ödeme parası için geçerli olan kısa vadeli banka faiz oranıdır’. Hakem heyeti, UNIDROIT İlkelerindeki bu hükmün tam tazmin ilkesine dayandığını, Viyana satım Antlaşmasında da tam tazmin ilkesinin kabul edilmiş olması sebebiyle faiz konusundaki boşluğun UNIDROIT İlkelerindeki hükümle doldurulmasını tercih ettiklerini belirtmişlerdir<sup>1177</sup>.

Doktrinde çoğunluğun kabul ettiği görüşe göre ise uyuşmazlığa bakan mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla bulunduğu ulusal hukukta geçerli olan faiz oranı uygulanır<sup>1178</sup>. Bu hukuk MÖHUK’nun 24 üncü maddesinin IV üncü fıkrasına göre; karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukukudur. Örneğin; Türkiye’deki satıcıyla Almanya’daki alıcı arasında konfeksiyon ürünleri satışı ile ilgili bir sözleşme yapılmış olsun. Alıcı malın bedelini peşin ödemiştir. Sözleşmede CIF INCOTERMS 2000 Hamburg klotuna yer verilmiştir. Ancak malları taşıyan gemi yolda batmıştır. Taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Alman Hukukunu seçmişlerdir. Bu durumda Viyana Satım Antlaşması, Almanya tarafından kabul edildiği için bu uluslararası satıma da Alman hukukunun bir parçası haline gelen Viyana Satım Antlaşması uygulanacaktır. Bu durumda Viyana Satım Antlaşmasının 79 uncu maddesindeki şartlar gerçekleşmişse uyuşmazlık konusu bu olayda satıcı sorumluluktan

---

<sup>1177</sup> KRONKE, s. 17

<sup>1178</sup> FERRARI, s. 3; BEHR, s. 14, 18; THIELE, s. 5

kurtulacaktır. Alıcı bu durumda Viyana Satım Antlaşmasının 79 uncu maddesinin 5 inci fıkrası gereği ödemiş olduğu semeni faiziyle birlikte geri almak isteyecektir. Bu durumda talep edeceği faiz oranının hangi ülkenin hukukuna göre belirleneceği kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla bulunur. Almanya 1980 tarihli Roma Konvansiyonuna da taraf bir ülkedir. Roma Konvansiyonuna göre böyle bir durumda uygulanacak hukuk satıcının hukukudur. Bu durumda uygulanacak faiz Türk hukukuna göre belirlenecektir.

#### ***D) Bedelden İndirim***

Eğer satıcı, alıcıya ayıplı mal göndermişse ve alıcıda malı elinde tutmak, sözleşmeden dönmek istemiyorsa bedelden indirim hakkını kullanabilir.

Antlaşmanın 50 nci maddesinin ilk cümlesine göre; ‘malların sözleşmeye uygun olmaması halinde semen ödenmiş olsun ya da olmasın alıcı semeni, fiilen teslim edilen malların teslim anındaki değeri ile sözleşmeye uygun malların aynı andaki değeri arasındaki farkla orantılı olarak indirebilir’.

Malların sözleşmeye uygun olup olmadığı ise; Antlaşmanın 35 inci maddesine göre belirlenir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre; ‘satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek zorundadır’.

Antlaşmanın 35 inci maddesi dikkate alındığında; üç parti halinde gönderilmesi gereken satım konusu malların ilk partisi gönderildikten sonra eğer bir ihracat yasağı getirildiği için daha sonraki partilerin sevkıyatı yapılamıyorsa o zaman sözleşmeyle kararlaştırılan malın miktar olarak daha azı gönderildiği için ortada bir ayıplı ifa vardır ve semenden indirim yapılabilir. Eğer ilk parti sevkıyatı alan alıcı, daha sonraki sevkıyatları alamadığı için elindeki ilk parti sevkıyatın mallarını da ekonomik olarak değerlendiremiyorsa o zaman Antlaşmanın 73 üncü maddesine dayanarak sözleşmeden dönme hakkı da vardır.

Örneğin, Almanya'daki bir inşaat şirketi inşa edeceği evlerin içinde yer döşemesi olarak Afyon mermeri kullanmayı taahhüt etmiş olabilir. Üç parti halinde gönderilecek olan mermerlerin ilk partisi gönderildikten sonra Türkiye'de yurt dışına mermer ihracatı yasaklanmış olsun. Bu durumda alıcının inşaatında kullanmak üzere Afyon mermeri tedarik etme imkânı kalmamış olur. Viyana Satım Antlaşmasının 79 uncu maddesine göre; satıcının mermer teslim etme borcu sona ermiştir. Alıcı, satıcıdan tazminat talep edemeyecektir. Bu durumda alıcı eğer kalan mermerleri başka bir ülkeden tedarik etmeye karar verirse, o zaman 79 uncu maddenin 5 inci fıkrası gereği sadece ilk parti mermerin değerini semen olarak öder. Antlaşmanın 50 nci maddesine göre burada semenden bir indirim yapma hakkı vardır. Ama eğer gönderilen mermerler kullanılmış olmasına rağmen inşa edilecek evlerin hepsine birörnek mermer döşenmesi planlanmışsa ve evlerin alıcılarına da bu, taahhüt edilmişse artık müteahhit kullanılan mermerleri söktürüp yerine başka mermerler döşetecektir. Bu durumda mermerleri söktürmek için de bir masraf yapacaktır. Acaba bu söktürme işi için yaptığı masrafları, Türkiye'deki alıcıdan talep etme hakkı var mıdır? Antlaşmanın 45 inci maddesinin II nci fıkrasına göre; 'alıcı diğer hukukî imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez'<sup>1179</sup>. Bu madde göz önünde bulundurulduğunda mermerlerin sökülmesi için yapılan masrafların alıcıdan tazminat olarak talep edilebileceği görülmektedir. Oysa, 79 uncu maddede açıkça tazminat talep edilemeyeceği belirtilmiştir. Buradaki tazminat kavramının içine cezaî şart dahil her türlü tazminat talebi girdiği için olayımızda da 79 uncu madde uygulandığı için mermerlerin sökülmesi için yapılan masraflar alıcıdan talep edilemeyecektir.

Antlaşmanın 41 inci maddesine göre; 'satıcı üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden ari mallar teslim etmek zorundadır...'. Bu durumda satım konusu malın üzerinde üçüncü kişinin bir hakkı olması ve satıcının malı alıcıya devretmiş olması halinde de alıcı tıpkı 35 inci maddedeki fiziki ayıplarda olduğu gibi satıcıdan bedel indirimi talep edebilir<sup>1180</sup>.

<sup>1179</sup> Schweizerisches Bundesgericht (Supreme Court), Switzerland, 28, October, 1998, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=382&step:Abstract>, SONDAHL, s. 16

<sup>1180</sup> SONDAHL, s. 7

Alıcı, gönderilen mallar sözleşmede kararlaştırılan niteliğe uygun olmasa da bunları kullanır ve satıcıdan da mallardaki ayıp nedeniyle bedelden indirim talep eder<sup>1181</sup>. Eğer, alıcının bedelden indirim yapma teklifini satıcı kabul etmezse o zaman uyuşmazlığın çözümü için mahkemeye ya da hakeme başvurulur. Böyle bir durumda ise fiyat indirimi, artık bir talep olmaktan ziyade bir itiraz niteliğini kazanmaktadır<sup>1182</sup>.

Malın bedelinin maldaki ayıp oranında düşük ödenmesi, Roma hukukunda *actio quanti minoris* olarak bilinen bir talep hakkıdır<sup>1183</sup>. Bu talep hakkı Kara Avrupası hukukunda bilinmesine rağmen common law'da bilinmez<sup>1184</sup>. Common law hukuk düzeninde fiyattan indirim yerine tazminat talebi söz konusu olur<sup>1185</sup>. Antlaşmanın 50 nci maddesinde düzenlenen bedelden indirim hakkı, bir tazminat ya da takas (set-off) hakkı değildir<sup>1186</sup>.

Fiyattan yapılacak olan indirim, maldaki ayıbın oranına göre belirlenir. Malın fiyatı, malın teslim edildiği ana göre tespit edilir<sup>1187</sup>. Bu şu demektir, alıcının fiyattan indirim talep ettiği anda malın piyasa fiyatı artmış ya da düşmüş olsa

---

<sup>1181</sup> WILL, Michael, 'Article 50', The International sales Law, ed. BIANCA/BONELL, Milan 1987, Erişim: 20.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb50.html>, s. 370; VANTO, Jarno, 'Remarks on the Manner in which the Principles of European Contract Law may be used to Interpret or Supplement Article 50 of the CISG' Erişim: 15.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp50.html>, s. 3

<sup>1182</sup> VANTO, s. 3

<sup>1183</sup> NICHOLAS, 225; GÄRTNER, s. 2; LIU, Price Reduction, for Non-Conformity: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law' Erişim: 12.07.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei2.html>, s. 1; Roma Hukukunda, *actio quanti minoris* davası şehir pazarlarındaki köle ve sığır satışlarında malın gizli bir ayıbının olması halinde açılan bir davaydı. Satıcı, satım konusu malda bir ayıp olduğunu alıcıya söylememiş ve alıcının da bu ayıbı satım sırasında fark etmemiş olması gerekirdi. Alıcı, satım bedelini ödedikten sonra maldaki ayıbı fark edince ya ödediği bedelden bir indirim yapılması ya da sözleşmenin sona erdirilmesi için bu davayı açardı, SONDAHL, s. 3, 14

<sup>1184</sup> LOOKOFSKY, s.126; GÄRTNER, s. 2; LIU, Price Reduction, s. 2; SONDAHL, s.2; SHIN, Chang-Sop, 'Declaration of Price Reduction Under the CISG Article 50 Price Reduction Remedy', Journal of Law and Commerce, V. 25, 2005-2006, s. 349

<sup>1185</sup> SHIN, s. 349; Tazminat talebi dışında, İngilizlerin Emtia Satışı Kanununun (Sales of Goods Act-SOGA) 30 (1) ve 53 (1) (a) maddelerinde de bedelden indirime benzeyen hükümler bulunmaktadır, ancak bu maddelerdeki düzenleme ile Antlaşmanın 50 nci maddesindeki bedelden indirime ilişkin düzenleme arasında fark vardır; Antlaşmadaki bedel indirimine ilişkin hüküm uluslararası ticaretin niteliklerine daha uygundur, GÄRTNER, s. 4, 11

<sup>1186</sup> GÄRTNER, s. 2

<sup>1187</sup> ZIEGEL, Report to the Uniform Law, Article, 50, s. 1; VANTO, s. 3



bile indirim malın o anki değerine göre değil, teslim anındaki değerine göre belirlenecektir<sup>1188</sup>. Bu gibi durumlarda alıcının fiyattan indirim yerine zararının giderilmesini talep etmesi, menfaatine daha uygun olabilir<sup>1189</sup>, ama 79 uncu maddeye göre tazminat talep etme imkânı olmadığı için alıcı fiyat indirimiyle karşılanamayan bir zarara uğramış olsa bile bunun tazminini talep edemeyecektir<sup>1190</sup>.

Örneğin, satıcı, 1 Nisan'da alıcıya 100.000 \$ değerinde 1 inci sınıf Hollanda peyniri göndermeyi taahhüt etmiş olsun. Alıcı, bir yiyecek firmasıdır ve mallar 'Ex Ship'<sup>1191</sup> alıcının ülkesindeki bir limanda 1 Haziran'da teslim edilecektir. ( Bu gönderi şekline göre taşıma sırasındaki hasar satıcıya aittir). Satıcı normal şartlarda teslimat tarihinde malların varma limanına ulaşacağı şekilde malları göndermiştir. Mallar gemiye yüklendikten ve gemi seferine başladıktan sonra, beklenmeyen politik karışıklıkların sebep olduğu silahlı çatışmalar nedeniyle geminin güzergâhı üzerindeki bir kanal, deniz trafiğine kapatılmış ve gemi iki ay süreyle bu kanalda mahzur kalmıştır. Gemideki soğutma sistemi, eğer planlanan şekilde yolculuk tamamlanabilseydi peynirlerin bozulmadan teslim edilmesini sağlayacak kapasitedeydi. Ancak Kanal bölgesindeki sıcak hava koşullarına uzun bir süre dayanabilecek kapasitede değildi. Gemi, 1 Ağustos'ta boşaltma limanına vardığında peynir bozulmaya başlamıştı ve artık 4 sınıf peynir kalitesindeydi. Taraflar arasındaki sözleşme yapılırken 1 sınıf Hollanda peynirinin fiyatı ile aynı peynirin teslim tarihindeki fiyatı arasında değişme olmamıştı. Teslim edilen 4 üncü sınıf peynirin fiyatı ise 20.000 \$ dı. Alıcı, artık sadece garnitür olarak kullanabileceği bu peyniri teslim almayı kabul etti. Malların sevkiyatında yaşanan gecikme ve gelen peynirin kullanılabilir duruma getirilmesi için geçen sürede alıcının işletmesindeki üretimin durması nedeniyle alıcı 15.000 \$ da ayrıca zarara uğramıştı<sup>1192</sup>.

---

<sup>1188</sup> SCHLECHTRIEM, s. 79; VANTO, s. 3

<sup>1189</sup> VANTO, s. 3

<sup>1190</sup> WILL, s. 373

<sup>1191</sup> Sanırım burada DES (Delivered Ex Ship) kastedilmektedir. Bu durumda satıcı, malları varış limanında gemi bordasında alıcıya sunulmaya hazır hale getirdiğinde teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılır, ŞANLI/EKŞİ, s. 141

<sup>1192</sup> HONNOLD, s.335-336

Bu örnekteki durum Antlaşma'nın 79 uncu maddesinde düzenlenen mücbir sebebe yönelik güzel bir örnektir. Böyle bir durumla karşılaşan alıcı, satım sözleşmesinin Antlaşmanın 25, 49 (1) ve 79(5)'deki hükümlerine dayanarak sözleşmeden dönebilir. Olayımızda alıcı, malları kabul etmiş, sözleşmeden dönme hakkını kullanmamıştır. Bu durumda teslim edilen düşük kalitedeki peynir için ödemesi gereken bedel ne olacaktır?<sup>1193</sup>

Alıcıya teslim edilen 4 üncü sınıf peynirin değeri 20.000 \$'dır. Bu nedenle alıcının ödeyeceği bedel de bu kadardır.

Eğer sözleşmenin yapıldığı 1 Nisan ile teslim tarihi olan 1 Ağustos tarihi arasında bu peynirin her sınıfının fiyatı iki katına çıkmıştır. Teslim tarihinde birinci sınıf peynirin fiyatı 200.000 \$ ve dördüncü sınıf peynirin bedeli 40.000 \$ olmuştur. Bu durumda, alıcının ödeyeceği bedel ne olacaktır? Alıcının ödeyeceği bedel, fiyat artışından etkilenmeyecektir. Teslim edilen peynirler, sözleşmede kararlaştırılmış olan bedelin 1/5'i değerindedir. Bu durumda da alıcının ödeyeceği bedel, başlangıçta sözleşmede kararlaştırılmış olan 100.000 \$'ın 1/5'i olan 20.000 \$'dır<sup>1194</sup>. Aynı miktarda dördüncü sınıf peyniri teslim tarihi olan 1 Ağustos'ta alacak olsa alıcının ödemesi gereken bedel 40.000 \$ olduğu için burada alıcının haksız bir kazanç sağladığı düşünülebilir, ancak eğer teslim tarihinde fiyat artmış ve mallarda kalitelerinde bir düşme olmadan teslim edilebilseydi, o zaman da alıcı piyasa değeri 200.000 \$ olan peynire sadece 100.000 \$ ödeyerek sahip olabilecekti.

Doktrinde konuyla ilgili olarak verilen başka bir örnek de şöyledir: (S), Meksika'da ünlü bir taco restoranı işletmektedir. California'da bir gece klübü işleten (Z) bir gün Meksika'da (S)'nin restoranında yediği tacoları çok beğenmiş ve kendi gece klübünde de bu tacoları satmak istemiş ve 5 Mayıs'ta vereceği özel bir davet için bu tacolardan 1000 adet sipariş etmiştir. (S) ve (Z) tacoların tanesi 1 \$'dan satışı için anlaşmışlardır. Anlaşmayı yaptıktan sonra (Z) aslında 1 \$'ın yüksek bir fiyat olduğunu, çünkü kendisinin 4 tacoyu 1\$'a sattığını oysa şimdi tanesini 1\$'a satın aldığını düşünmüştür. Taraflar, tacoların 5 Mayıs günü, öğleden sonra saat

<sup>1193</sup> HONNOLD, s. 336

<sup>1194</sup> HONNOLD, s. 336-337

5:30'da teslim edilmesi konusunda anlaşmışlardır. (S) 5 Mayıs günü tacoları paketlemiş ve 4:40'da Meksika'dan A.B.D.'e doğru yola çıkmıştır. Normal şartlarda aradaki mesafe 30 dakikadır. (S) sınıra vardığında, uyuşturucu kaçakçılığına karşı sınırda alarma geçilmiş olduğu için gümrükteki her araç tek tek arandıktan sonra geçiş izni verilmiş ve (S)'nin malları (Z)'nin adresine ulaştırması iki buçuk saat sürmüştür. Geçen süre içerisinde de tacolar soğumuştur. (Z), gümrükte yaşanan olayın (S)'nin kontrolü dışında gerçekleştiğini bildiği için herhangi bir tazminat talebi olmamıştır. Tacoları sıcak servis yapabilmek için (Z) iki adet mikrodalga fırın satın almış ve bunlar için 120 \$'dan fazla para ödemiştir. Oysa (Z) gecenin sonunda 4 adet tacoyu 1\$'a satmaktadır. Bu nedenle (Z), zararının daha fazla artmasını önlemek için mikro dalga fırınları alarak tekrar masraf yapmak yerine, fiyattan indirim yapabilir. Sözleşmeden dönülmesi, (S) için de uygun olurdu, çünkü o da Meksika'da sıcak tacoların dört tanesini 1\$'a satmaktadır. Bu durumda (Z)'nin ödeyeceği indirimli bedel (S) için de makul olacaktır<sup>1195</sup>.

Antlaşmanın 50 nci maddesine dayanarak bedelden indirim yapılmasını talep edebilmek için satıcının maldaki ayıbı gidermeyi teklif etmemiş olması ya da bu teklifin alıcı tarafından reddedilmemiş olması gerekir. Ancak bu ön şart 79 uncu maddenin uygulama alanı içinde yerini nasıl alır? Kanımızca 79 uncu maddenin ilk fıkrasında taraflardan birinin yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin sebebinin mücbir sebepten kaynaklandığını ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Bu durumda satıcının malı sözleşmede kararlaştırılan niteliğe uygun olarak teslim etmemesinin sebebi de bir mücbir sebepten kaynaklanıyorsa, o zaman satıcı malı ayıpsız ile değiştirmeyi, eksik kalan kısmını tamamlamayı ya da malları onarmayı önerebilir. Eğer satıcı, maldaki ayıba rağmen bu ayıbı ortadan kaldırmaya yönelik herhangi bir talepte bulunmazsa o zaman alıcı maldaki ayıp oranında bedelden indirim yapabilir.

---

<sup>1195</sup> TUÑÓN, Arnau, Muriá, The *Actio Quanti Minoris* and Sales of Goods Between Mexico and the U.S.: An Analysis of the Remedy of Reduction of the Price in the UN Sales Convention, CISG Article 50 and its Civil Law Antecedents, Pace Essay Submission, June, 1998, Erişim, 15.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/muria.html>, s. 18

Doktrindeki baskın görüşe göre; bedelden indirim yapabilmek için karşı tarafa bildirimde bulunmaya gerek yoktur<sup>1196</sup>. Bu, alıcının tek taralı beyanıyla kullanılabilen<sup>1197</sup> yenilik doğurucu bir haktır<sup>1198</sup>. ULIS'te kullanılan 'alıcı, bedelden indirim yapılmasını talep edebilir' ifadesi bu maddede 'alıcı, bedelden indirim yapabilir' şeklinde değiştirilmiştir<sup>1199</sup>. Antlaşmanın 46 ncı maddesindeki aynen ifa ve 49 uncu maddesindeki sözleşmeden dönme talepleri için öngörülmuş olan 'makul süre' içinde talep hakkının kullanılması kuralı, bedelden indirim hakkının kullanımı için söz konusu değildir<sup>1200</sup>.

### **§ 13. VİYANA SATIM ANTLAŞMASI'NDA BEKLENMEYEN DURUMUN YERİ**

Doktrinde, Viyana Satım Antlaşması'nda beklenmeyen durumla ilgili bir düzenlemeye yer verilip verilmediği çok tartışmalı bir konudur. Borçlunun ifada bulunmaması durumunda sorumluluktan kurtulabilmesi, Antlaşma'nın 79 uncu

---

<sup>1196</sup> SHIN, s. 351-352; Karşı görüş için bkz. SCHLECHTRIEM, s. 79; konuyla ilgili bir kararda Alman mahkemesi bedelden indirim yapabilmek için bunun karşı için karşı tarafa bildirimde bulunulması gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu olayda İsveçli satıcı ile Alman alıcı arasında kömür satışına ilişkin bir sözleşme yapılmıştır. Kömürün teslim yeri eski Yugoslavya'dır. Malı teslim aldıktan sonra alıcı, kömürün düşük kaliteli olduğunu ileri sürerek semeni ödememiştir. Davacı uyuşmazlığı mahkemeye taşımış ve satım bedelinin ödenmesini talep etmiştir. Davaya bakan mahkeme, alıcının bedelden indirim yapmasının mümkün olamayacağını, çünkü bedelden indirim yapacağını karşı tarafa bildirmemiş olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, Antlaşmanın 50 nci maddesine göre; bedelden indirim yapmak için bir ihbar yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir. Antlaşmanın 50 nci maddesinde bir ihbar yükümlülüğünden bahsedilmemiş olmasına rağmen mahkemenin bedelden indirimin ön şartı olarak ihbar yükümlülüğünü araması aslında madde metnine aykırıdır. Mahkeme, muhtemelen, sözleşmeden dönme için aranan ihbar yükümlülüğünün kıyas yoluyla bedelden indirim hakkının kullanılmasında da uygulanmasının doğru olacağı düşüncesiyle hareket etmiştir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için karşı tarafa bir bildirimde bulunulmasının nedeni, bu sırada karşı tarafın ifada bulunmasını önlemektir. Bedelden indirim yapılması için ise, böyle bir ihbarda bulunmaya gerek yoktur, çünkü bedelden indirim ayıplı ifa halinde söz konusu olur ve ayıplı ifada bulunulduğunda da alıcının bunu karşı tarafa bildirmesi gerekir. Antlaşmanın 39 uncu maddesine göre; zaten malların ayıplı olduğuna dair bir ihbar yapılmaktadır, bu ihbarın ardından alıcının sahip olduğu seçimlik haklardan birini kullanacağı aşikârdır. Yapılan ayıp ihbarından sonra bedelden indirim hakkının kullanılabilmesi için yeni bir ihtarda bulunmaya gerek yoktur, SHIN, s. 351-352

<sup>1197</sup> ENDERLEIN, Fritz, 'Rights and Obligations of the Seller under the CISG Convention on Contracts for the International Sale of Goods', Dubrovnik Lectures, ed. SARCEVIC, Petar/VOLKEN, Paul, Ocena, 1996, Erişim: 21.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein1.html>, s.33

<sup>1198</sup> TUÑÓN, s. 11

<sup>1199</sup> TUÑÓN, s. 11

<sup>1200</sup> SONDAHL, s. 3

maddesindeki şartların gerçekleştiğini ispatlamasına bağlıdır. Daha önce de belirtildiği gibi 79 uncu maddenin sağladığı muafiyetten yararlanabilmek için objektif nitelikli bir engelin varlığı aranmaktadır.

Beklenmeyen durumlarda ise ortaya çıkan engelin sübjektif nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bu yüzden de beklenmeyen durumun 79 uncu maddenin kapsamı içinde değerlendirilemeyeceği doktrinde dile getirilmektedir<sup>1201</sup>.

Bu bağlamda ticaret hayatında daima karşılaşılabilen fiyat artışlarının 79 uncu maddenin kapsamına girecek bir engel olarak değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Bununla beraber meydana gelen fiyat artışı, aşırı bir ifa güçlüğü yaratıyorsa bu durumda 79 uncu maddedeki muafiyetten yararlanılabileceği kabul edilmektedir<sup>1202</sup>. Örneğin bütün dünyada nadir bulunan bir maddenin hammadde olarak kullanıldığı bir ürünün satımı söz konusu ise, bu hammaddenin elde edilmesinin güçleşmesi nedeniyle fiyatının aşırı derecede artması durumunda satıcının yaşanan bu beklenmeyen gelişme karşısında borcunu yerine getirememesi durumunda 79 uncu maddedeki muafiyetten yararlanabilmesi gerekir<sup>1203</sup>. Ancak şu ana kadar beklenmeyen durum niteliğindeki fiyat artışının 79 uncu maddenin kapsamına girdiği yönünde bir karar verilmemiştir. Bu konuyla ilgili en bilinen karar olan Monza kararında da mahkeme, sözleşmenin kurulmasından sonra fakat ifadan önce sözleşme konusu malın değerinin %30 artmasını 79 uncu maddedeki muafiyetten yararlanmayı sağlayacak ifaya mani bir engel olarak değerlendirmemiştir<sup>1204</sup>.

Fiyat artışının 79 uncu maddenin kapsamına gireceğini kabul eden yazarlar bile, 79 uncu maddenin tüm sonuçlarının beklenmeyen duruma da uygulanıp uygulanamayacağı konusunda görüş birliğine varmış değillerdir. Antlaşmada bu

---

<sup>1201</sup> JENKINS, s. 20, 25; TQALLON, Hardship, s. 330; BUND, s. 2; RIMKE, s. 218

<sup>1202</sup> HUDSON, s. 179-180; SCHLECHTRIEM, s. 102; HONNOLD, s. 484- 485; ATAMER, CISG, s. 464; LINDSTRÖM, s. 7; ki Alman doktrininde bu durum ekonomik imkânsızlık olarak da adlandırılır.

<sup>1203</sup> HONNOLD, s. 485

<sup>1204</sup> ATAMER, CISG, s. 464

konuda bir boşluk olduğu kabul edilmektedir. Bu boşluğun nasıl doldurulacağı hususunda ise doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Viyana Satım Antlaşması'nın 7 nci maddesinin II nci fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular, Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.

Bu hüküm dikkate alındığında beklenmeyen durumla ilgili boşluğun ilgili ulusal hukukun kurallarına göre doldurulması ihtimali gündeme gelir. Bu çözümün tatmin edici sonuçlarının olmayacağı kabul edilmektedir. Çünkü her ulusal hukukta beklenmeyen durum konusunda özel bir düzenleme yer almayabileceği gibi, özel bir düzenleme olan hukuklarda da beklenmeyen durumun hukukî sonuçları farklı olabilmektedir. Bu durumda Viyana Satım Antlaşması'nın hükümlerinin uygulanması gereken beklenmeyen durumla ilgili bir uyumsuzluğun çözümü farklı ulusal hukuklarda farklı olabileceğinden Antlaşma'nın yeknesak uygulanmasından uzaklaşmış olunur<sup>1205</sup>. Oysa Viyana Satım Antlaşması'nın 7 nci maddesinin I inci fıkrasında Antlaşmanın yeknesak uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Nitekim beklenmeyen durumla ilgili boşluğun bu şekilde doldurulmasının son çare '*ratio legis*' olarak gündeme gelebileceği kabul edilmektedir<sup>1206</sup>.

Antlaşma'daki beklenmeyen durumla ilgili boşluğun UNIDROIT İlkeleri'ndeki beklenmeyen durum hükümleriyle doldurulabileceği de ileri sürülmüştür<sup>1207</sup>. Antlaşma'da bu görüşü destekleyecek bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda, beklenmeyen durumla karşılaşıldığında UNIDROIT İlkeleri'nden ya

---

<sup>1205</sup> TALLON, s. 594; RIMKE, s. 219; ATAMER, s. CISG, s. 465

<sup>1206</sup> FERRARI, Franco, 'Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler', Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, ed. ATAMER, Yeşim, İstanbul, 2008, s. 80-1

<sup>1207</sup> BONELL, Alternatives, s. 6-7; PERILLO, 'Force Majeure', s.9; RIMKE, s. 221; Karşı görüş için bkz. SOUTHERINGTON, s. 32

da Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinden ancak taraflar bu İlkelerin tamamlayıcı olarak uygulanmasını kararlaştırmışlarsa yararlanılabilmektedir<sup>1208</sup>.

Beklenmeyen durumla ilgili boşluğun modern borçlar hukukunda benimsenen kurallara göre doldurulması gerektiği<sup>1209</sup> yönündeki görüş de her hukukçunun modern çözümlerin kendi ulusal hukukunda mevcut olduğu inancına sahip olacağı ve farklı ulusal hukukların uygulanmasının da yeknesaklığı bozacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>1210</sup>.

Uluslararası satımda beklenmeyen durum sık sık karşılaşılabilecek olaylardandır. Uluslararası satım sözleşmelerinde yeknesak bir uygulama getirmek isteyen Viyana Satım Antlaşması gibi iddialı bir düzenlemeyi kaleme alanların bu durumu göz önünde tutmamış olmalarını düşünmek doğru olmaz. Kanımızca Viyana Satım Antlaşması'nı hazırlayanlar, Antlaşma'nın beklenmeyen durumlarla karşılaştığında da bu duruma bir çözüm getirebileceğini kabul etmişlerdir. Antlaşmanın 7 inci maddesinin II nci fıkrasında da bu Antlaşmadaki boşlukların yine Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere göre çözüleceği belirtilmiştir.

Doktrindeki bir görüşe göre; beklenmeyen durumla karşılaştığında da Antlaşma'nın 79 uncu maddesinin uygulanması gerekir<sup>1211</sup>. Kanımızca da değişen durumlar aşırı ifa güçlüğü düzeyine ulaştığı takdirde bu durumu objektif anlamda bir engel olarak değerlendirmek mümkün olmalı ve Viyana Satım Antlaşması'nın 79 uncu maddesindeki hüküm uygulanmalıdır.

Bir görüşe göre; Viyana Satım Antlaşması'nda hakimin sözleşmeyi uyarlaması ile ilgili açıkça bir düzenlemeye yer verilmemesi nedeniyle bunun mümkün olmadığı kabul edilmektedir<sup>1212</sup>. Tek çarenin fesih olduğu ileri

---

<sup>1208</sup> LINDSTRÖM, s. 24-25

<sup>1209</sup> HONNOLD, s. 481

<sup>1210</sup> TALLON, s. 595; RIMKE, s. 221

<sup>1211</sup> RIMKE, s. 223; DRAETTA, s. 349, yazara göre, 79 uncu maddenin lafzında; borçlunun engele 'makul' olarak karşı koyamayacak olmasının yeterli görülmesi, bir başka deyişle maddede mutlak karşıkonulamazlık değil de; nisbî karşıkonulamazlık ölçütünün getirilmiş olması beklenmeyen durumun da bu madde kapsamına alınmasını sağlar.

<sup>1212</sup> TALLON, s. 592; JENKINS, s.20, 25; BUND, s. 2; RIMKE, s. 218

sürülmektedir<sup>1213</sup>. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü uluslararası ticarette tarafların öncelikli amacı sözleşmeyi ayakta tutmak ve eğer bunu başaramıyorlarsa son çare olarak sözleşmeyi sona erdirmektir. ‘*Favor contractus*’ olarak da anılan bu ilke Antlaşmanın genel ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir<sup>1214</sup>.

Antlaşmadaki beklenmeyen durumla ilgili boşluğun dürüstlük kuralıyla doldurulması gerektiği; borçludan, borcunu yerine getirmesinin, dürüstlük kuralı gereği beklenemeyecek kadar güçleştiği durumlarda da Antlaşma’nın 79 uncu maddesindeki mücbir sebebe ilişkin hükmün uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüş de şu gerekçeyle eleştirilmiştir; eğer dürüstlük kuralı, uluslararası ticarette emprevizyon teorisinin yasal dayanağı gibi kabul edilecek olursa, Antlaşma’nın yeknesak uygulanmasından yine uzaklaşılacaktır<sup>1215</sup>. Ancak kanımızca; dürüstlük kuralı, uluslar arası ticaretin en vazgeçilmez prensiplerinden olduğundan ve Viyana Satım Antlaşmasının 7 inci maddesinin I inci fıkrasında da bu Antlaşmanın yorumunda ‘...milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir’denilerek bu imkân tanınmıştır. Bu düşüncemizi destekler nitelikte doktrinde de dürüstlük kuralının sadece boşlukların doldurulması sırasında başvurulacak bir araç olmayıp aynı zamanda sözleşme boyunca tarafların uymaları gereken Antlaşmanın genel ilkelerinden biri olduğu kabul edilmektedir<sup>1216</sup>.

Bu gerçeği göz ardı edemeyeceğimize göre; tarafların 79 uncu maddenin 5 nci fıkrasına göre sahip olabilecekleri bedelden indirim gibi hakları kullanabilmeleri gerekir.

Viyana Satım Antlaşması’nın 79 uncu maddesiyle ilgili çok az sayıda karar

---

<sup>1213</sup> TALLON, s. 592

<sup>1214</sup> FERRARI, Uluslar arası İçtihat Hukuku, s. 78

<sup>1215</sup> TALLON, s. 593; RIMKE, s. 224, ayrıca Viyana Satım Antlaşmasının dürüstlük kuralını, her iki tarafın da sözleşme boyunca uymaları gereken bir kural olarak görmediği ve dürüstlük kuralının Antlaşma’nın 7 nci maddesinin I inci fıkrası gereği sadece sözleşmenin yorumlanması sırasında dikkate alınacak bir kural olduğu, tarafların sözleşme boyunca dürüstlük kuralına uyma yükümlülüklerinin olmadığı da ileri sürülmüştür, LANDO, Principles of European Contract Law, s. 8

<sup>1216</sup> Viyana Satım Antlaşmasının 16 ncı maddesinin II nci fıkrasının (b) bendinde olduğu gibi Antlaşma’da yer alan bir çok hükmün dürüstlük kuralının özel bir uygulama alanını oluşturduğu ifade edilmiştir, FERRARI, Uluslararası İçtihat Hukuku, s. 64-5;



vardır. 1989'da MTO'nın tahkim divanında verilen bir karara konu olan uyuşmazlık Mısırlı bir alıcıyla Yugoslavyalı bir satıcı arasında yaşanmıştır. Verilen kararda dünya piyasalarında demir fiyatlarının %13 oranında artmasının öngörülemeyen ve anî bir değişiklik olmayıp esaslı bir değişiklik de sayılamayacağını belirterek satıcının borcunu ifa etmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>1217</sup>.

Şu ana kadar verilen kararlarda fiyat artışı ya da başka bir beklenmeyen durumunun 79 uncu maddenin kapsamına girecek kadar ağır bir engel olduğunu tespit eden bir karar bulunmamaktadır. Bundan sonra verilecek ilk karar bu açıdan çok önem taşımaktadır. Mahkemenin kararını verirken hangi yasal gerekçeye dayanacağı doktrindeki tartışmalara yeni bir yön verebilir<sup>1218</sup>. Biz, bir olayın beklenmeyen durum olarak nitelendirilmesi yapılırken ulusal hukukların etkisinde kalmak istemeyen hakimlerin ve hakemlerin UNIDROIT ve Avrupa SözleşmeHukuku İlkelerine bakacaklarını düşündüğümüz için aşağıda bu düzenlemelerdeki beklenmeyen duruma ilişkin hükümleri incelemeye çalışacağız.

Viyana Satım Antlaşmasındaki beklenmeyen durum ile ilgili boşluğun, bizim katıldığımız görüşe göre; UNIDROIT ya da Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri ile doldurulmasının mümkün olmayacağını yukarıda açıklamıştık. Burada kastettiğimiz husus, uyuşmazlığa baka hâkim ya da hakemin, bu kuralları, yol gösterici olarak incelemeleridir. Nitekim bugüne kadar verilen birçok kararda, hakemler, verdikleri kararın uluslar arası ticaretin niteliklerine uygun olduğunu belirtmek düşüncesiyle UNIDROIT İlkelerinde de aynı sonuca ulaşılabileceğini belirtmişlerdir<sup>1219</sup>.

---

<sup>1217</sup> Case Law on UNCITRAL texts (Egypt v. Yugo), Int'l Comm. Arb. No.6281 (1989), available in <http://cisgw3.law.pace.edu>,

<sup>1218</sup> TALLON, s. 592

<sup>1219</sup> FERRARI, Uluslararası İctihat Hukuku, s. 80

## § 14. UNIDROIT İLKELERİNDE VE AVRUPA SÖZLEŞME HUKUKU İLKELERİNDE BEKLENMEYEN DURUM

### I. Genel Olarak

UNIDROIT İlkelerinin beklenmeyen durumla ilgili maddesi, herhangi bir ulusal hukuktan etkilenmediği gibi herhangi bir uluslararası düzenlemeden de etkilenmemiştir. Beklenmeyen durumla ilgili madde kaleme alınırken uluslararası ticarî uygulama dikkate alınmış ve buna uygun bir düzenleme yapılmıştır<sup>1220</sup>.

UNIDROIT İlkelerinin 6.2.2 maddesi 'öngörülemeyen durumun tanımı' başlığını taşımaktadır. Madde şöyledir:

Edimlerin dengesini temelinden değiştiren olayların meydana gelmesi halinde öngörülmeyen durum vardır; ya borçların ifasının maliyeti artmıştır ya da karşı edimin değeri azalmıştır ve

- (a) Bu olaylar, sözleşmenin yapılışından sonra meydana gelmiş veya zarara uğrayan tarafça o zaman anlaşılmıştır;
- (b) Mağdur olan taraf sözleşmenin yapılması esnasında, böyle olayları makul olarak dikkate alamamıştır;
- (c) Bu olaylar mağdur tarafın kontrolü dışında oluşmuş ve
- (d) Bu olayların riskini mağdur olan taraf üstlenmemiştir<sup>1221</sup>.

İlkelerin resmî şerhinde bu maddeyle ilgili olarak şu açıklamalar yer almaktadır: Bu maddede açıklanan beklenmeyen durum sözleşmenin dengesini değiştiren durumlar olarak ifade edilmiştir ve bir olayın bu madde anlamında

<sup>1220</sup> FARNSWORTH, Closing Remarks, s. 701

<sup>1221</sup> Article 6.2.2 (Definition of hardship)

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and

a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;  
b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;  
c) the events are beyond the control of the disadvantaged party, and  
d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party', DAYINLARLI, s. 103-4

beklenmeyen durum olarak nitelendirilebilmesi için bu maddenin (a) dan (d)'ye kadar olan alt başlıklarındaki özellikleri taşıması gerekir<sup>1222</sup>.

Maddenin yorumunda 'sözleşmenin dengesindeki esaslı değişiklik' ifadesinden de ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre; kural olarak 6.2.1 gereği şartlardaki değişim, sözleşmenin ifasına engel olmaz ve sözleşmenin dengesinde esaslı bir değişiklik olmadığı sürece beklenmeyen durumun varlığından söz edilemez. Durumun 'esaslı' değişiklik oluşturup oluşturmadığı ise somut olayın gereklerine göre değerlendirilir. Borcun ifasının taraflardan biri için aşırı derecede güçleştiği durumlarda sözleşmenin dengesinde esaslı bir değişiklik olduğu kabul edilir<sup>1223</sup>. Eğer ifanın para olarak kesin miktarının tespiti mümkünse, o zaman %50 oranında ya da daha fazla orandaki bir değişiklikliğin 'esaslı' bir değişiklik oluşturduğu kabul edilir<sup>1224</sup>.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 6:111 inci maddesindeki beklenmeyen durum düzenlemesi 'Hal ve şartların Değişmesi' başlığını taşır. Hüküm şöyledir:

1) Bir taraf, ifa maliyetinin artması veya karşı edimin değerinin azalması nedeniyle ifa daha pahalıya mal olsa bile, kendi vecibelerini yerine getirmek zorundadır.

2) Bununla birlikte hâl ve şartların değişmesi sebebiyle sözleşmenin ifası taraflardan biri için aşırı maliyetli olursa, taraflar sözleşmenin uyarlanması konusunda müzakere yapmak veya sözleşmeyi feshetmek zorundadır.

Şu Şartla ki:

<sup>1222</sup> UNIDROIT Principles, Commentary, s.14

<sup>1223</sup> Borçlar Kanunu Tasarısının 'Aşırı İfa Güçlüğü' başlığını taşıyan 137 nci maddesinde de aynı düşüncenin hâkim olduğu görülmektedir. Tasarının 137 nci madesinin metni şöyledir:

'Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır'.

<sup>1224</sup> 'Sözleşmenin dengesinde esaslı değişiklik' ifadesi aslında Türk hukukunda karşılığı kolayca anlaşılabilir bir kavramdır. Burada doktrinde 'işlem temelinin çökmesi' durumu olarak ifade ettiğimiz, hâkimin sözleşmeye müdahalesini gerekli kılabilecek kadar ciddi değişiklikler akla gelir.

- (a) Hâl ve şartların değişmesi sözleşmenin yapılışından sonra meydana gelmiş,
- (b) Sözleşmenin yapılışı zamanında hâl ve şartların değişmesi olasılığı makul olarak hesaba katılmamış, ve
- (c) Sözleşme gereğince mağdur tarafın hâl ve şartların değişmesi riskine katlanması talep edilemez olmalıdır.

3)Eğer makul bir süre içinde taraflar bir anlaşmaya varmamış ise, mahkeme:

(a)Belli bir tarihte ve şartlarda sözleşmeye son verebilir; veya

(b) Hâl ve şartların değişmesinden doğan kâr ve zararları doğru ve hakkaniyete uygun biçimde, taraflar arasında dağıtmak suretiyle sözleşmeyi uyarlayabilir

Mahkeme, her iki hâlde de iyiniyete aykırı olarak müzakere yapılmasının reddedilmesi veya müzakerelerin bir tarafa vermiş olduğu zarar nedeniyle tazminata hükmedebilir<sup>1225</sup>.

Avrupa SözleşmeHukuku İlkelerinin 6:111 nci maddesinde dikkat çeken husus, değişen durumlar nedeniyle doğan zararın taraflardan sadece birinin üzerinde bırakılmayarak taraflar arasında paylaşılmasıdır. Değişen şartlar nedeniyle bir zarar doğduğunda, mahkeme öncelikle sözleşmede risk dağılımı ile ilgili bir şart olup olmadığına bakacaktır. Eğer böyle bir şart yoksa, o zaman bu masraflara kimin katlanacağına mahkemenin karar vermesi gerektiği kabul edilmiştir. İlkeler’de bu hususta modern bir yaklaşım benimsenmekte ve mahkemelere sözleşme serbestisi ve sözleşmelerin kutsallığı ilkelerinin çok katı bir şekilde uygulanmasının olumsuz sonuçlarını hafifletme imkânı tanınmaktadır<sup>1226</sup>.

## II. Beklenmeyen Durumun Unsurları

### 1. Sözleşmenin Dengesinde Değişiklik Olması

---

<sup>1225</sup> **DAYINLARLI**, Kemal, ‘Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri’, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006, s. 361

<sup>1226</sup> **FLAMBOURAS**, Comparative Remarks, s. 18

Hem UNIDROIT İlkelerinde hem de Avrupa SözleşmeHukuku İlkelerinde beklenmeyen durumdan söz edilebilmesi için sözleşmenin dengesinde değişiklik olması gerektiği kabul edilmektedir. Sözleşmenin dengesindeki değişiklik UNIDROIT İlkelerinde borcun ifasının maliyetinin artması ya da elde edilecek karşı edimin değerinde azalma olması şeklinde ifade edilmiştir. Borcun ifasının maliyetinin artması, üretim için gerekli olan hammadde fiyatlarının aniden artmasından kaynaklanabilir. Elde edilecek değer azalması ise, enflasyon nedeniyle para alacağının değerinin düşmesi ya da İngiliz Hukukunda Taç Giyme davalarından *Krell v. Henry* davasında olduğu gibi amacın engellenmesi gerekir<sup>1227</sup>. Amacın engellenmesi durumundan bahsedilebilmesi için sözleşmenin karşı tarafının da sözleşmenin hangi amaçla yapıldığını biliyor olması ya da bilmesi beklenmelidir<sup>1228</sup>.

Avrupa SözleşmeHukuku İlkelerinde ise, bu durum aşırı derecede güçleşmeyle açıklanmaya çalışılmıştır. Avrupa SözleşmeHukuku İlkelerinin 6:111 inci maddesinin ilk fıkrasında önemsiz güçleşmelerin bu maddenin kapsamına girmeyeceği belirtilirken *pacta sunt servanda* ilkesi vurgulanmaktadır. Buradaki güçleşmenin, eğer borçlu borcunu yerine getirecek olursa, onun yıkımına yol açacak kadar ciddi olması beklenir<sup>1229</sup>. Bu durumda borçlunun iflası da bu madde kapsamına girebilecektir. Bu güçleşmenin, Avrupa SözleşmeHukuku İlkelerinin 8:108 inci maddesinde düzenleme konusu yapılan mücbir sebepteki gibi bir ‘engel’ olması aranmamaktadır. Mücbir sebebin unsuru olarak görülen engel, çoğu kez, borcun ifasının imkânsız hâle getiren durumlardır<sup>1230</sup>. Borcun ifasına mâni olan bir durumla karşılaşıldığında bunun bir engel mi yoksa bir güçleşme mi olduğuna mahkeme karar verecektir. Bu tespiti yapmak her zaman kolay değildir. Bu zorluğu göstermek amacıyla Türk hukukunda da verilen klasik bir örnek vardır:

<sup>1227</sup> UNIDROIT Principles, s. 148

<sup>1228</sup> UNIDROIT Principles, s. 148; MASKOW, s. 662; Türk hukukunda da borçlunun, ‘amacın engellenmesi’ olarak nitelendirdiğimiz bu gibi durumlarda, sözleşmeyi sona edirebilmesi için Borçlar Kanununun 24 üncü maddesinin I inci fıkrasının 4 üncü bendi gereği; sözleşmenin karşı tarafının sözleşmenin yapılış amacını bilmesi beklenir.

<sup>1229</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s.19

<sup>1230</sup> BACKHAUS, s. 5

Sözleşme konusu olan yüzük denize düşmüştür. Yüzük çok derinde olduğu için yüzüğü denizin dibinden bulup çıkarmak tekniğin ulaşılmış olduğu bu günkü seviyeyle mümkün olmasına rağmen, büyük bir masraf gerektiriyorsa bu masrafları yapmak borçlunun ekonomik olarak yıkımına sebep olabilir. Böyle bir durumda mahkemenin bu durumu İlkelerin 8:108 inci maddesine giren bir engel, ya da 6:111 inci maddesine giren bir güçleşme mi olduğu konusunda karar verirken İlkelerin 1.106 ıncı maddesinde düzenleme konusu yapılan dürüstlük kuralından yardım alınabilir<sup>1231</sup>. Kanımızca söz konusu yüzük satımından elde edilecek kârın çok üstünde bir masraf yapılması, hiçbir makul borçlunun arzu edeceği bir şey olmayacağından aslında sözleşmedeki dürüstlük ilkesi gereği borcun ifasının imkânsızlaştığı kabul edilebilir. Mahkeme, bir olayı, aşırı derecede güçleşme ya da imkânsızlık olarak nitelendirirken borçlunun mâli gücünü dikkate almadan durum değerlendirmesi yapar<sup>1232</sup>. Avrupa SözleşmeHukuku İlkelerinin 6:111 inci maddesindeki hükümden yararlanabilmek için bir diğer şart da tıpkı UNIDROIT İlkelerinde olduğu gibi karşı edimin değerinde azalma olmasıdır. Eğer edimlerden birinin ifası *ab initio* aşırı derecede güç ise; o zaman sözleşmenin yeniden müzakere edilmesine gerek olmadan devam edeceği ileri sürülmüştür<sup>1233</sup> herhalde burada İlkelerin 4:109 uncu maddesinde düzenlenen bir aşırı faydalanma durumunun olmaması gerekir. Eğer taraflardan birinin, tıpkı *Krell v. Henry* davasında olduğu gibi sözleşmeden elde edeceği bir menfaat kalmazsa, bu durumda da elde edilecek edimin değerinde azalma olduğu gerekçesiyle bu maddenin hükümlerinden yararlanma imkânı vardır.

## 2. Öngörülemezlik

UNIDROIT İlkelerinin 6.2.2 nci maddesinin (b) fıkrasında meydana gelen olayların, mağdur olan tarafça normal şartlarda göz önüne alınamayacak olması

<sup>1231</sup> Avrupa SözleşmeHukuku İlkelerinin 1:106 ıncı maddesindeki hüküm şöyledir: Yorum ve borçluların Doldurulması

1) Bu İlkeler, amaçlarına uygun olarak yorumlanacak ve tamamlanacaktır. Özellikle, iyiniyetin, akdî ilişkilerdeki emniyetin ve uygulamadaki yeknesaklığın geliştirilmesine özen gösterilmelidir.

2) Bu İlkelerin uygulama kapsamına giren fakat onlar tarafından açıkça çözüme kavuşturulmayan sorunlar, mümkün olduğu ölçüde, İlkelerin esinlendiği fikirlere göre çözüme kavuşturulacaktır. Aksi halde, milletlerarası özel hukuk kurallarının tayin ettiği hukuk sistemi uygulanacaktır.,

DAYINLARLI, Ole Lando İlkeleri, s. 341

<sup>1232</sup> BACKHAUS, s. 6

<sup>1233</sup> BACKHAUS, s. 7

gerektiği belirtilmiştir. Bunu açıklayan bir örnek de verilmiştir<sup>1234</sup>. Bu örneğe göre; A ile B, B'ye gelecek beş yıl için X ülkesinden ham petrol tedarik etmek üzere sözleşme yaparlar. Sözleşme yapılırken bölgedeki hassas politik durum dikkate alınmaz. Sözleşme yapıldıktan iki yıl sonra komşu ülkede karşıt fraksiyonlar arasında bir savaş çıkar. Bu savaş dünya enerji krizine sebep olur ve petrol fiyatları ciddi şekilde artar. Bu durumda A'nın beklenmeyen duruma dayanma hakkı yoktur, çünkü petrol fiyatlarında bu tür bir artış olabileceği öngörülebilir bir durumdur.

Aynı maddenin (d) fıkrasına göre de beklenmeyen durum nedeniyle sözleşmede mağdur olan tarafın bu riskleri üstlenmemiş olması gerekir. İlkelerin yorumunda bu durumu açıklamak üzere şöyle bir örnek verilmiştir: A, deniz sigortacılığında ihtisaslaşmış bir sigorta şirkettir ve savaş ya da ihtilal riski taşıyan sözleşmeler yapan müşterilerinden ek sigorta primi istemektedir. Çünkü o bölgede yakın zamanlarda çıkan üç savaş ve isyanın ardından artan riski karşılamak istemektedir. Ancak A'nın sözleşmede değişiklik yaparak bu ek primi istemeye hakkı yoktur, çünkü her üç ülkede aynı zamanda savaş ve isyan çıkmış olsa bile sigorta şirketlerinin bu riski üstlenmeleri beklenir<sup>1235</sup>.

Avrupa SözleşmeHukuku İlkelerinin 6:111 nci maddesinin uygulanabilmesi için de sözleşme yapıldığı sırada şartlarda bu tür bir değişikliğin meydana geleceğinin makul olarak öngörülememesi gerekir. Eğer aynı sözleşmeyi orta zekâda başka bir insan (reasonable person) yapsaydı, şartlarda bu tür değişiklikler olabileceğini öngörebiliyorsa o zaman bu maddedeki muafiyetten yararlanma imkânı yoktur. Bu durum sözleşme özgürlüğü ve sözleşmenin kutsallığı ilkelerine sadık kalınması sonucunu doğurur. Eğer taraflardan biri şartlarda bir değişiklik olabileceğine dair bir riskin varlığından haberdarsa ya da bu riskten haberdar olması bekleniyorsa o zaman bu riske yönelik tedbirleri de alması beklenir. Bu tedbirleri almayan kişinin hukuken tanınan muafiyetten yararlanması mümkün değildir.

<sup>1234</sup> UNIDROIT ve Avrupa SözleşmeHukuku İlkelerindeki her hükmün yorumunda olduğu gibi beklenmeyen durumla ilgili maddelerinin yorumunda da madde metnine, sekreteryaya şerhlerine ve şerhte verilen örneklerin üçüne birden bakılarak yorum yapılması gerekir, **LOOKOFSKY**, Hardship, s. 3

<sup>1235</sup> UNIDROIT Principles, s. 149

Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri'nin 6:111 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan imkândan yararlanabilmek için aranan koşullardan sonuncusu da değişen şartlardan olumsuz şekilde etkilenen tarafın bu değişikliklere katlanmak zorunda olmamasıdır. Uygulamada muafiyetten yararlanmak için bu koşulun sağlanmış olduğunun ispatlanması diğer şartlara göre daha zordur. Çünkü sözleşmelerin pek azında, riskle ilgili bir şarta yer verilmektedir. Bu durumlarda, tarafların aralarındaki sözleşmede risk dağılımının ne şekilde olduğunu ispatlayabilmeleri beklenir.

Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri'nin şerhine göre; muafiyetten yararlanmak isteyen taraf, riski açıkça üstlenmişse ya da sözleşme future piyasalardaki bir satım sözleşmesi gibi spekülâtif bir sözleşmeysen o zaman meydana gelen riske katlanılması gerekir.<sup>1236</sup>

### III. BEKLENMEYEN DURUMUN SONUÇLARI

UNIDROIT Prensiplerinin 6.2.3 ncü maddesi öngörülemeyen Durumun Sonuçları başlığını taşımaktadır: Maddedeki hüküm şöyledir:

- (1) Sözleşmenin sarsılması halinde mağdur taraf müzakerelerin yeniden açılmasını isteyebilir: Talep geciktirmeden ve gerekçeli olarak yapılmalıdır
- (2) Talep tek başına mağdur tarafa yükümlülüklerinin ifasını askıya alma hakkı vermez.
- (3) Makul bir süre içinde taraflar arasında mutabakat olmazsa, biri veya diğeri mahkemeye müracaat edebilir
- (4) Sözleşmeyi sarsan öngörülemeyen bir halin mevcut olduğu sonucuna varan mahkeme, eğer onu makul bulursa:

a)Tespit edeceği tarih ve şartlarda sözleşmeye son verebilir; veya

<sup>1236</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 20; BACKHAUS, s. 8



b) Edimlerin dengesini yeniden tesis etmek için sözleşmeyi uyarlayabilir.

UNIDROIT İlkelerinin bu maddesinin resmî şerhinde şöyle denilmektedir:

Beklenmeyen durum, sözleşme şartlarının dengesinde esaslı bir değişiklik meydana getirmişse, bu maddenin 1 inci fıkrası mağdur olan tarafı, sözleşmenin orijinal maddeleri üzerinde değişen durumlara uyarlamak üzere karşı tarafı müzakereye çağırmaya yetkili kılar.

Bunu açıklamak üzere verilen örnek şöyledir: X ülkesindeki A inşaat firması, Y ülkesindeki B adlı devlet kuruluşuyla bu ülkede bir işletmenin inşası için götürü bedelle ödeme yapmak üzere anlaşmıştır. Bu iş için kullanılacak makinelerin çoğunun yurt dışından gelmesi gerekmektedir. Y ülkesinde beklenmeyen bir devalüasyon meydana gelmiştir ve ödemenin de bu ülkenin parasıyla yapılacağı kararlaştırılmış olduğu için makinelere ödenecek olan bedel bir anda %50 oranında artmıştır. Bu durumda A'nın B'yi sözleşmede kararlaştırılan orijinal fiyatı değişen şartlara uyarlamak için müzakereye çağırmaya hakkı vardır<sup>1237</sup>.

Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nin 6:111 inci maddesinin III üncü fıkrasında da taraflara şartlarda meydana gelen değişiklikler üzerine sözleşmeyi müzakere etmeleri yükümlülüğü getirilmektedir.

Dürüstlük kuralı gereği, değişen şartlardan olumsuz etkilenen tarafın makul bir süre içerisinde bu durumu görüşmek üzere karşı tarafla bir müzakereye başlaması beklenir. Eğer değişen şartlar karşısında sözleşmenin karşı tarafı sözleşmeyle bağlı kalmak istiyorsa, o zaman o da müzakereleri başlatabilir. Bu müzakerelerin iyiniyetle sürdürülmesi gerekir, yani müzakerelerin gereksiz yere uzatılmaması ya da gereksiz yere kesilmemesi gerekir. Eğer taraflardan biri üçüncü

---

<sup>1237</sup> UNIDROIT Principles, s. 151; Brazilya hukuku gibi bazı hukuklarda beklenmeyen durumla karşılaşıldığında sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması mümkün değildir. Türk Pozitif hukukundahâkim görüşe göre. Medenî Kanununun 2 nci maddesine dayanarak sözleşmelerin uyarlanma imkânı vardır. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısında bu konu özel olarak düzenleme alını bulmaktadır.

bir kişiyle aynı konuda sözleşme yaptıktan sonra hâla müzakerelere devam ediyorsa, o zaman bu tarafın kötünietli olduğu söylenebilir. Taraflar arasındaki her türlü uyuşmazlığın müzakereler sırasında gündeme getirilmesi dürüstlük kuralının bir gereğidir<sup>1238</sup>.

Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri'nin 6:111 inci maddesinin III üncü fıkrasında tarafların müzakerede bulunmaları bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Müzakere talebinin reddedilmesi ya da müzakerelerin kötünietli olarak kesilmesinden doğan zararın tazmin edilmesi gerekir. Bu tazminat her iki taraftan da istenebilir<sup>1239</sup>.

## 1. Müzakere Talebi

UNIDROIT İlkelerinin 6.2.3 üncü maddesinin II inci fıkrasına göre; mağdur olan tarafın müzakere talebinde bulunması onun ifada bulunmamasını haklı göstermez. Müzakere talebinde bulunma ifa etmeme hakkı verecek olursa, bunun kötüye kullanılabileceğinden çekinilmiştir. Ancak çok istisnai durumlarda ifada bulunmama haklı görülebilir<sup>1240</sup>.

Bu istisnaya işaret etmek için UNIDROIT'nın şerhinde verilen bir örnekte; A, B ile fabrika inşa etmek için bir sözleşme yapar. Fabrika X ülkesinde kurulacaktır ve sözleşme yapıldıktan sonra X ülkesi hükümeti yeni güvenlik düzenlemeleri getirir. Bu yeni düzenleme nedeniyle fabrikanın kuruluşu için bazı ek cihazlara ihtiyaç duyulur. Bu durum A'nın ifasını çok sıkıntıya sokarak sözleşmenin dengesinde esaslı bir değişiklik yaratmaktadır. A'nın değişen şartları değerlendirmek üzere müzakere talep etme hakkı vardır ve bunun yanı sıra değişen şartlara göre fiyatların ne olacağı kararlaştırılmadığı sürece, A ek cihazların sevkiyatı borcunu yerine getirmeyebilir<sup>1241</sup>.

<sup>1238</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 20

<sup>1239</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 20

<sup>1240</sup> UNIDROIT Principles, s. 153

<sup>1241</sup> UNIDROIT Principles, s.153

### ***A) Müzakere Talebinin Gecikmeden Yapılması***

UNIDROIT İlkelerin 6.2.3 üncü maddesinin I inci fıkrasına göre; müzakere talebinin beklenmeyen durum olduğu iddia edilen olayın meydana gelmesinden sonra mümkün olduğunca çabuk yapılması gerekmektedir. Müzakere talep etmek için kesin bir tarih vermek zordur. Bu süre her olayın şartlarına göre farklılık arz eder<sup>1242</sup>. Örneğin, şartların aşamalı olarak değiştiği durumlarda müzakere talep etmek için daha uzun bir süre geçebilir.

Müzakere talebinin ‘gereksiz (undue) bir gecikme olmadan’ yapılması şartına uyulmamış olması, mağdur olan tarafın müzakere talebinde bulunma hakkını ortadan kaldırmaz. Ancak müzakere talebindeki gecikme, beklenmeyen durumun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitini güçleştirebilir<sup>1243</sup>.

İlgili hükümde müzakere talebinde bulunurken müzakere gerekçelerinin de belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu, karşı tarafın müzakere talebinin haklı olup olmadığını anlamasını sağlaması açısından önemlidir. Bu anlamda tam olmayan bir müzakere talebi, müzakere sebeplerin gösterilmeye gerek olmayacak kadar açık olduğu durumlar dışında zamanında yapılmamış farz edilir<sup>1244</sup>. Müzakere talebinde müzakere gerekçelerinin gösterilmemiş olması, geçerli bir mazereti olmamasına rağmen gecikerek müzakere talebinde bulunmuş olmakla aynı sonuçları doğurur<sup>1245</sup>.

### ***B) Taraflar Arasındaki Sözleşmede Yer Alan Fiyat Ayarlama Şartının Müzakerede Bulunma Hakkına Etkisi***

UNIDROIT İlkelerine göre; sözleşmede fiyat ayarlama şartına yer verilmişse, o zaman bu hususta müzakerede bulunmaya gerek yoktur. Örneğin yukarıda verilen örnekteki sözleşmede kullanılan malzeme ve işçi ücretlerindeki artışın otomatik

<sup>1242</sup> Bu talebin yapılabileceği makul sürenin 14 günle 1 ay arasında değişebileceğini gösteren yargı kararları için bkz. **ANDERSEN**, s. 3

<sup>1243</sup> **UNIDROIT Principles**, s. 152

<sup>1244</sup> **UNIDROIT Principles**, s. 152-153

<sup>1245</sup> **UNIDROIT Principles**, s. 152

olarak fiyatlara yansıtılacağına dair bir şart bulunsaydı, o zaman müzakere talebinde bulunmaya gerek olmazdı.

Buna rağmen, bu tür bir durumda bile, eğer sözleşmede yer verilen uyarılama şartı bu olayda gerçekleşen beklenmeyen duruma sebep olan olayı özel olarak düzenlenememişse, o zaman müzakere talebine engel olunamaz.

UNIDROIT İlkelerinin yorumunda bu istisnaî durumun nasıl ortaya çıkabileceğini gösteren bir örneğe yer verilmiştir: Taraflar, sözleşmelerinde bir fiyat ayarlama şartına yer vermişlerdi. Sözleşmenin taraflarından A'nın maliyetlerindeki artış Y hükümetinin yeni bir güvenlik düzenlemesi yapmasından kaynaklanmıştır. Bu durumda A'nın sözleşmenin karşı tarafını değişen şartları değerlendirmek üzere müzakereye davet etme hakkı vardır<sup>1246</sup>.

### ***C) Müzakere Talebinin Dürüstlük Kuralına Uygun Olması***

UNIDROIT İlkelerinin bu maddesinde ayrıca belirtilmemiş olmasına rağmen mağdur olan tarafın müzakere talebinin ve her iki tarafın görüşmeleri sırasında İlkelerin 1.7 nci maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ve 5.3 üncü maddesinde yer alan işbirliği ilkelerine uygun davranılması gerekir<sup>1247</sup>. Böylece mağdur olan tarafın meydana gelen olayın beklenmeyen durum olarak nitelendirileceğine dair samimi bir inancı olması, beklenmeyen durum iddiasıyla müzakere talebinde bulunarak kendisine geçici bir menfaat sağlama amacının olmaması gerekir<sup>1248</sup>. Aynı şekilde müzakere talebi yapıldıktan sonra her iki tarafın da görüşmelere yapıcı şekilde katılmaları, özellikle herhangi bir engellemeden kaçınmaları ve bütün gerekli bilgiyi aktarmaları gerekir<sup>1249</sup>.

<sup>1246</sup> UNIDROIT Principles, s. 152

<sup>1247</sup> UNIDROIT Principles, s. 153

<sup>1248</sup> UNIDROIT Principles, s. 153; RAMBERG, s. 53

<sup>1249</sup> UNIDROIT Principles, s. 153; konuyla ilgili ilginç bir Fransız mahkeme kararına konu olayda değişen durumlar nedeniyle sözleşmedeki denge, borçlunun yıkımına neden olacak kadar ciddi şekilde bozulmuştur. Böyle bir durumda müzakere talebini reddeden tarafı, mahkeme dürüstlük kuralına dayanarak doğan zararı tazmin etmeye mahkum etmiştir, FUCCI, s. 23

## 2. DAVA AÇMA HAKKI

UNIDROIT İlkelerin 6.2.3 üncü maddesinin üçüncü fıkrası; tarafların müzakerelerde bir sonuca varamamaları durumunda taraflardan her ikisinin de mahkemeye başvurma hakkı bulunduğunu düzenlemektedir. İlkelerin şerhinde, bu durumun ya sözleşmenin mağdur olmayan karşı tarafının müzakere talebini reddetmesinden ya da müzakerelerde her iki tarafın da iyiniyetle hareket etmelerine rağmen olumlu bir sonuca varılamamış olmasından kaynaklanacağı belirtilmiştir. Mahkemeye başvurmak için beklenmesi gereken süre, somut olayın gereklerine göre değişir<sup>1250</sup>. UNIDROIT İlkelerinin 6.2.3 üncü maddesinin dördüncü fıkrasına göre; olayın bir beklenmedik durum teşkil ettiğini bulan mahkeme birkaç farklı şekilde karar verebilir.

Avrupa SözleşmeHukuku İlkeleri'nin 6:111 inci maddesinin III üncü fıkrasında müzakerelerden sonuç alınamazsa her iki tarafın da uyuşmazlığı mahkemeye taşıyabileceği belirtilmiştir. Tarafların, müzakerelerden ümitlerini kestikleri en son aşamada mahkemeye başvurmaları beklenir. Mahkemenin söz konusu uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için sözleşmeyi uyarlama ya da sona erdirmeye yetkisi vardır. Mahkemenin ilk amacı sözleşmeyi ayakta tutmak olduğundan eğer bir umut ışığı görürse, taraflardan sözleşmeyi bir kez daha müzakere etmelerini isteyebilir. Mahkeme, uyuşmazlığın çözümünü sağlayabilmek için kendi ulusal hukukunun tanımadığı yöntemlere bile başvurabilir. Örneğin taraflara yardım etmesi için medyatör atayabilir. Eğer müzakereler başarısız olursa mahkeme III üncü fıkranın b bendi gereği kendisi bir çözüm bulur<sup>1251</sup>.

Sözleşmenin maddeleri yeniden düzenlenirken sözleşmenin tarafları arasındaki ekonomik dengenin yeniden sağlanması amaçlanmaktadır ve sonradan şartlarda meydana gelen değişikliğin sebep olduğu ekstra masrafların taraflar arasında eşit bir şekilde dağılmasının sağlanması gerekir. Değişen koşullar

<sup>1250</sup> UNIDROIT Principles, s. 154

<sup>1251</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 20

nedeniyle ortaya çıkan bu ekstra masraflara sadece taraflardan birinin katlanmaması gerekir.

Konuyla ilgili olarak şöyle bir örnek verilmiştir: Bir şehrin belediyesi, şehre elektrik sağlanması için özel bir şirketle anlaşmaya varmıştır. Elektrik üretiminde kullanılan kömürün fiyatının aniden artması nedeniyle elektrik maliyetinin fiyatı da artmıştır. Kömür fiyatlarının artışından dolayı elektrik fiyatındaki artışa tek başına alıcı şehrin değil, bu artışın bir kısmına satıcı firmanın da katlanması gerekir.

Borcun ifasının tamamen imkânsız hâle geldiği durumlar hariç, beklenmeyen durumdan kaynaklanan riskin paylaşılması gerekir.

Mahkemenin sahip olduğu bu geniş yetkiler sınırsız değildir. Mahkeme, sözleşmenin şartlarını düzenleyebilir, ama sözleşmenin tamamını yeniden yazamaz. Mahkemenin sözleşmenin maddelerinde yaptığı değişiklik de taraflara yeni bir sözleşme yapmalarını empoze edecek şekilde olmamalıdır. Örneğin yukarıdaki örnekte elektrik satımı yapan firmaya mahkeme üretimini kömürle değil de petrolle yapması şeklinde bir öneri getiremez<sup>1252</sup>.

Böyle bir durumda mahkemenin getirebileceği tek çözüm yolu sözleşmenin sona erdirilmesidir. Eğer taraflar sözleşmenin şartlarında bir düzenleme yapmak konusunda herhangi bir çözüme varamazlarsa, sonuçta genellikle mahkeme sözleşmeyi sona erdirir. Mahkeme sözleşmeyi sona erdireceği tarihi belirlerken, sonradan meydana gelen değişikliklerin mağdur ettiği tarafın, bir kez de; çözüm arayışları sırasında mağdur edilmesini önlemek gerekir. Eğer sözleşmenin karşı tarafı müzakere talebini kabul etmekte ya da sözleşmenin sona erdirilmesi teklifini kabul ederken hatalı olursa mağdur olan taraf bir kez daha mağdur edilmiş olur.

Eğer müzakereler başarısız olursa taraflardan biri inisiyatifi eline alıp sözleşmenin tek yanlı olarak sona erdirildiğini beyan edebilir. Eğer karşı taraf bunu kabul etmezse mahkeme kabul etmeyen tarafın bu davranışında haklı olup

---

<sup>1252</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 21

olmadığına karar verecektir. Ödenecek tazminatın miktarı da bu tarihe göre belirlenecektir<sup>1253</sup>.

#### **A) Mahkemenin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi**

UNIDROIT İlkelerinin 6.2.3 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasının (a) bendine göre; müzakerelerden sonuç alınamayınca, mahkeme, sözleşmeyi sona erdirebilir<sup>1254</sup>. Fakat buradaki sona erme İlkelerin 7.3.1 inci maddesinde açıklanan taraflardan birinin edimini ifa etmemesi nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesi ile aynı sonuçları doğurmaz. Mahkeme, kendi tespit ettiği şartlarla ve tarihte sözleşmeyi sona erdirir. Eğer tarflar sözleşmelerinde yer verdikleri beklenmeyen durum şartında, sözleşmeden dönülmesi durumunda tarafların sahip oldukları hak ve yükümlülükleri düzenlemişlerse, o zaman öncelikle bu hüküm uygulanır<sup>1255</sup>.

#### **B) Mahkemenin Sözleşmeyi Uyarlaması**

UNIDROIT İlkelerinin 6.2.3 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasının (b) bendine göre; mahkeme, sözleşmenin dengesini sağlamak amacıyla sözleşmeyi değişen şartlara uyarlayabilir. Uyarlamayı yaparken mahkeme, her iki tarafın da kayıplarını iyi değerlendirmek zorundadır. Fiyat ayarlamasını gerektiren bir beklenmeyen durumla karşılaşıldığında mahkeme, tarafların hangisinin bu sözleşmenin riskini taşıdığını, ifayı geç de olsa kabul edecek tarafın bunda hâla bir menfaati olup olmadığını dikkate aldıktan sonra gerekli görürse, parasal kaybın tamamının ödenmesine gerek olmadığına da karar verebilir<sup>1256</sup>.

UNIDROIT İlkelerin yorumunda bu konuyla ilgili olarak şu örnek verilmiştir: A, bir ihracatçıdır ve X ülkesindeki ithalatçı B'ye üç yıl boyunca bira satmayı üstlenmiştir. Sözleşmenin yapılmasından iki yıl sonra X ülkesinde alkol satımını ve tüketimini yasaklayan bir yasa yürürlüğe girmiştir. B, derhal durumun bir beklenmeyen durum oluşturduğunu belirterek A'yı müzakereye davet etmiştir. A, ortada bir beklenmeyen durum olduğunu kabul etmekte, fakat B'nin önerdiği değişiklik teklifini reddetmektedir. Bir ay süren müzakerelerden sonuç alınamayınca B mahkemeye başvurmuştur. Eğer B'nin çok düşük fiyatla da olsa

<sup>1253</sup> FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 21

<sup>1254</sup> RAMBERG, s. 50

<sup>1255</sup> FUCCI, s. 28

<sup>1256</sup> UNIDROIT Principles, s. 154

birayı bir komşu ülkeye satma imkanı varsa, o zaman mahkeme sözleşmeyi ayakta tutmakla beraber sözleşmede ilk kararlaştırılmış olan fiyatı düşürmeye karar verebilir. Eğer B'nin böyle bir imkanı yoksa mahkemenin bulacağı en uygun çözüm yapılmakta olan sevkiyatın parası da B'ye ödenmek şartıyla sözleşmeyi sona erdirmektir<sup>1257</sup>.

---

<sup>1257</sup> UNIDROIT Principles, s. 155



## SONUÇ

Roma Hukukundan bu yana temel bir hukuk kuralı olarak kabul edilen ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi gereği, sözleşme ile borç altına giren taraflar, borçlarına sadık olmak, sözleşmenin gereğini yerine getirmek zorundadırlar. Fakat bazen, sözleşmenin yapıldığı andan sonra meydana gelen birtakım olumsuz gelişmeler nedeniyle, borcun ifası, taraflardan birisi ya da her ikisi için aşırı derecede güçleşebilir ya da imkânsız hâle gelebilir.

Borcun ifasını aşırı derecede güçleştirebilecek ya da imkânsız kılabilen olan bu olumsuzluklar arasında yer alan mücbir sebep kavramı, tezimizde ele aldığımız esas konudur. Ancak bu kavramı sadece uluslararası ticari satım sözleşmeleri çerçevesinde değerlendirdik. Konuyu uluslararası ticari satım sözleşmeleri düzeyinde değerlendirmemiz, Türk Hukukunun bu konuya bakışı kadar, bazı yabancı hukuk düzenlerinin ve birtakım uluslararası metinlerin de bakışını ortaya koymamızı gerektirdi.

Hemen belirtelim ki, ulusal hukukların mücbir sebep kavramına bağladığı sonuçlar birbirinden farklı olduğu gibi, aynı hukuk düzeninde dâhi zamanla farklılaşmıştır. Uluslararası ticaret hayatında da, yakın zamana kadar, mücbir sebebe bağlanan sonuç, sözleşmenin sona ermesi iken; son zamanlarda, taraflar mücbir sebeple karşılaştıklarında bile, sözleşmenin sona ermesinden ziyade, sözleşmeyi yeniden müzakere ederek mümkünse uyarılma yoluyla ayakta tutmayı tercih etmektedirler. Taraflar da sözleşmelerinde yer verdikleri özel mücbir sebep şartlarında bunu yeğlemektedirler.

Türk Hukukunda, mücbir sebep kavramını ve sonuçlarını genel olarak hükme bağlayan bir düzenleme mevcut olmadığından, bu kavram, doktrin ve mahkeme kararlarıyla geliştirilmiştir. Ancak, Ülkemizde, mücbir sebep konusunda yazılmış ilk monografik eserde benimsenen ve Yargıtay'ın 1980 yılındaki kararında bile kabul ettiği, mücbir sebebin daima borcun ifasını imkânsız kılacağı ve sözleşmenin kendiliğinden sona ereceğine ilişkin görüşün, terk edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Çünkü mücbir sebep hukukî bir olaydır. Bir olayı mücbir sebep olarak nitelendirebilmemiz için bazı unsurları içermesi gerekir. Örneğin tarafların böyle bir olayın gerçekleşeceğini öngörememeleri gerekir, bu olayın borçlunun dışında gerçekleşmesi gerekir, borçlunun bu olaya karşı koyamaması ya da bu olaydan kaçınmaması gerekir. Bütün bu unsurlar, mücbir sebebin borçlunun kusuruna yer vermeyen ve borçlunun dışında gerçekleşen ve borçlunun borcunu ifa etmemesini haklı kılacak kadar önemli bir olay olduğunu ortaya koymaya yarar. Böyle bir olay sonucunda belki borçlunun elindeki satım konusu mal telef olmuş olabilir ve borçlu borcunu mücbir sebepten kaynaklanan imkânsızlık nedeniyle yerine getiremeyebilir. Ancak aynı olay borçlunun teslim etmeyi taahhüt ettiği malın hasara uğramasına da sebep olabilir ve bu durumda ifanın imkânsızlığından söz edilemez. Eğer mal, alıcıya hasarlı olarak teslim edilmişse, mücbir sebep nedeniyle borcun ayıplı ifa edilmesi söz konusu olur. Eğer bu olay, malın alıcıya vaktinde teslim edilmesine engel olursa, o zaman da mücbir sebep, borçlunun temerrüdüne yol açmış olur. Görülüyor ki; mücbir sebebin yegâne sonucu borcun ifasının imkânsız hâle gelmesi ve bu yüzden borcun kendiliğinden sona ermesi değildir.

Karşılaştırmalı Hukukta mücbir sebep kavramına yüklenen anlamı ortaya koymaya çalışırken, İngiliz ve Amerikan Hukuklarını inceledik. Bu seçimimizin bir sebebi, bu ülkelerin uluslar arası ticaretteki büyük payı, diğer sebebi ise, Kara Avrupası ülkelerindeki mücbir sebep kavramını tanımamalarıydı. Bu kavramın yerine, İngiliz Hukukunda ifanın engellenmesi doktrini adı altında, sonuçları Kara Avrupası ve Türk Hukukundaki mücbir sebep kavramının sonuçlarına çok benzeyen bir doktrin yaratılmıştır. Bu doktrine göre, ifanın engellenmesine sebep olacak olaylar, Türk Hukukunda mücbir sebep olarak nitelendirdiğimiz olaylarla büyük benzerlik göstermekle beraber sonuçları Türk Hukukundan oldukça farklıdır. İfanın engellenmesi doktrini *common law*'da doğduktan sonra uygulamada yeterince adaletli çözümler getirmediği gerekçesiyle çok eleştiri almış, bu eleştirileri bertaraf edebilmek için bir kanun çıkarılmış, ancak doktrinde bu kanunda öngörülen çözümlerin bile yeterli olmadığı dile getirilmiştir.

İngiliz Hukukunda ifanın engellenmesi doktrininin, yazılı hukuktan yardım alınmasına rağmen (1943 tarihli Hukukî Reform Kanunu- The Law Reform Frustrated Contracts Act), adaletsiz sonuçları tam olarak ortadan kaldırılamamıştır. İfanın engellenmesi doktrininin bugün bile bazı belirsizlikleri, boşlukları bulunmaktadır. Bu nedenle de hukukçular, sözleşme yapan taraflara ileride sözleşmeden doğan borçlarını yerine getirmelerini engelleyecek ya da güçleştirecek olaylarla karşılaşmaları durumunda; kendi menfaatlerini koruyabilmek için özel bir mücbir sebep şartına yer vermelerini tavsiye etmektedirler.

Aynı sorunu karşılamak üzere Amerikan Hukuku'nda ise, elverişsizlik doktrini (doctrine of impracticability) geliştirilmiştir. Bu doktrine göre, beklenmeyen bir durum nedeniyle borçlunun borcunu ifa etmesinin ticarî olarak makul sayılmayacağı durumlarda borçlu, borcundan kurtulur. İngiliz Hukukundaki ifanın güçleşmesi doktrini çerçevesinde, ifanın engellenmesi borcun sona ermesine sebep olmazken, Amerikan Hukukunda elverişsizlik doktrinine göre borç sona ermektedir.

Tez konumuzla ilgili en önemli uluslararası belgelerden biri, Menkul Malların Uluslararası Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'dır (Viyana Satım Antlaşması). Bu Antlaşmanın mücbir sebeple ilgili düzenlemesi de, ticaret hayatındaki bu gelişmeye uygun olarak, mücbir sebebin mutlaka borcun sona ermesine sebep olmayacağını, sözleşmenin ayakta kalmaya devam edeceğini ve karşı tarafın borçludan farklı talep haklarının olabileceğini hükme bağlamıştır. Viyana Satım Antlaşması'nın bu maddesinde (m. 79), hem Anglo-Amerikan Hukuku'nun hem de Kara Avrupası Hukuku'nun etkisi vardır. Türkiye henüz Viyana Satım Antlaşması'na taraf olmamıştır, ancak yakın bir tarihte olacağı beklenmektedir.

Tezimizde incelemiş olduğumuz diğer uluslararası düzenlemeler olan; Uluslararası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDOIT İlkeleri ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'nde de genelde Viyana Satım Antlaşması'ndakine benzer hükümlere yer verilmiştir.

Anglo-Amerikan Hukukunun etkisiyle bugün uluslar arası ticarete yapılan sözleşmelerde, mücbir sebep ya da beklenmeyen durum şartlarına yer verilmesi gelenek haline gelmiştir. Bu şartlar, sözleşmenin devamı süresince, tarafların karşılaşabilecekleri ifayı engelleyici ya da güçleştirici olayların neler olabileceğini, bunların sözleşmeye etkisini ve böyle bir durumda tarafların müzakere yükümlülüklerinin olup olmadığı gibi hususları içermektedir.

Ancak tarafların sözleşmelerinde yer verdikleri özel mücbir sebep şartları bile, bazen, bu konuda yaşanabilecek uyuşmazlıkları ortadan kaldırmak için yeterli olamamaktadır. Bu durum, özellikle, Anglo-Amerikan hukuk sistemine özgü bir sözleşme metninin imzalanması ve ardından da bu sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak Kara Avrupası Hukukuna dahil bir ulusal hukukun seçilmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Örneğin, tarafların mücbir sebep oluşturacağını kabul ettikleri olayları sözleşmede saymış oldukları durumlarda, bu sayılanların dışında bir olayın mücbir sebep oluşturduğu iddiasıyla karşılaşılabılır. Bunun tam tersi bir durum olarak tarafların sözleşmelerinde saydıkları bir olayın, tarafların yaşadıkları olayda mücbir sebep oluşturmayacağı iddia edilebilir. Ya da taraflar sözleşmelerinde borçlunun mücbir sebep hâlinde de sorumlu olacağına ilişkin genel bir şart koyarlarsa bu şartın geçerliliği sorunu gündeme gelebilir.

Bu uyuşmazlıkların çözümü, somut olaya uygulanacak hukuka göre değişecektir. Örneğin Anglo-Amerikan Hukuku, tarafları, sözleşmede yer verdikleri şartla bağlı tutar. Uyuşmazlığa Türk Hukukunun uygulanacağı durumlarda ise, Medenî Kanununun 2 nci maddesindeki dürüst davranma yükümlülüğü, bir emredici kural olarak, sözleşme hükümlerinden önce uygulama alanı bulur. Bu durumda sözleşmede yer verilen mücbir sebep şartında yer almayan ancak taraflardan birinin mücbir sebep oluşturduğunu iddia ettiği bir olayda, hâkim, borcun ifasının, dürüstlük kuralı gereği borçludan beklenemeyecek bir hâle gelip gelmediğini inceleyerek, bu olayın da mücbir sebep (ya da beklenmeyen durum) olarak nitelendirilmesine karar verebilir. Aynı şekilde, taraflar, sözleşme serbestisi ilkesi gereği; borçlunun, mücbir sebep durumunda bile borcunu yerine getirmesine dair sözleşmede bir şarta yer verebilirler. Taraflar, sözleşmelerinde böyle bir şarta yer verirken aslında ileride

bir mücbir sebeple karşılaşp karşılaşmayacaklarını bilemezler. Karşılaşabilecekleri mücbir sebebin sözleşmelerini ne şekilde etkileyeceğini de tahmin edemezler. Çoğu kez, sözleşmelerine böyle bir şart koymalarındaki amaç, önemsiz engellerle karşılaşıldığında borcun sona erdirilmemesini sağlamaktır. Ancak ileride karşılaşılan mücbir sebep durumunda; borcun ifa edilmesi, borçlunun ekonomik olarak mahvına sebep olacaksa, sözleşmede yer verilen bu şartın borçlunun kişilik haklarını ihlâl ettiği kabul edilir. Böyle bir durumda, alacaklının, sözleşmedeki mücbir sebep şartına dayanarak alacağını talep etmekte ısrarcı olması, aynı zamanda Medenî Kanununun 2 nci maddesinin II nci fıkrasındaki hakkın kötüye kullanılması yasağına da aykırı olur. Uyuşmazlık yargıya intikal ettiğinde, hâkim bu şartın kişilik haklarını ihlâl ettiği kanaatine varırsa, Borçlar Kanununun 19 uncu maddesi gereği, şartın geçersizliğine karar verecektir. Sonrasında sözleşmenin uyarlanması ya da sona erdirilmesi mümkündür.

Uluslararası ticarî tahkimde, tarafların, sözleşmede yer verdikleri özel şartta, mücbir sebep olarak saydıkları bir olayın, gerçekte mücbir sebep olmadığı iddiasında bulunmaları, hakemler tarafından dikkate alınmamakta ve basiretli bir tacirin kendisini zor duruma düşürecek bir şartı sözleşmeye koymayacağı dile getirilmektedir.

Bir uluslararası ticari satım sözleşmesinde tarafların sözleşmelerinde böyle bir şartta yer vermiş ve sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak da Türk Hukukunu seçmiş olmaları durumunda ise, bu iddia dinlenmeye değer görülür. Bu şartı kaleme alırken tarafların iradesi, sözleşmeden doğan borçlarının ifasını ciddî şekilde etkileyen, engelleyen ya da imkânsız hâle getiren olaylara karşı kendilerini garanti altına almaktır. Bu nedenle de meydana gelen bir olayın, mücbir sebep oluşturacak kadar ciddî bir olay olup olmadığını, bu konuda taraflar anlaşamadığında hâkimin (ya da hakemin) tespit etmesi gerekecektir. Çünkü borcun ifasını engellemeye yetecek kadar ciddî olmayan bir olay, sırf sözleşmedeki şartta yer alıyor diye borçluyu sorumluluktan kurtaramaz. Borcunu, sözleşmedeki şartta yer almasına rağmen gerçekte bir mücbir sebep olarak değerlendirilemeyecek bir olaya dayanarak yerine getirmeyen kişi kötü niyetli sayılır. Borçlunun, bu şekilde davranması,

Medenî Kanununun 2 nci maddesinin II nci fıkrasındaki hakkın kötüye kullanılmaması yükümlülüğüne aykırı olur.

## BİBLİYOGRAFYA

- ADAMS, John/ BROWNSWORD, Roger : Key Issues in Contract, London, 1995
- ADAMS, John/BROWNSWORD, Roger : Understanding Contract Law, IV.ed., London, 2004 ( Anılış: Understanding Contract Law)
- AKINCI, Ziya : Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara, 1994
- AKINCI, Ziya : Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir, 1996 (Anılış: İnşaat Sözleşmeleri)
- AKINCI, Ziya : Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003 (Anılış: Milletlerarası Tahkim)
- AKINTÜRK, Turgut : Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara, 1966
- AKYAZAN, Sıtkı : ‘Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilmeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme’ BATİDER, C. VII; 1973
- ALİBABA, Arzu : Milletlerarası Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, yayınlanmamış doktora tezi, Ankara, 2005, s. 191, Erişim: 23.06.2008 <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/fulltext/2156.pdf>
- ALNIAK, M. İlhan : Mesuliyetten Kurtulma Kayıtları (Ademi Mesuliyet Mukaveleleri), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1970, C. XXXV, S.1-4
- ALTAŞ, Hüseyin : Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara, 2002
- ALTUNKAYA, Mehmet : Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005
- ANDERSEN, Camilla Baasch : ‘Comparative Analysis’ Selected Notice Requirements under CISG, PECL and UNIDROIT Principles: CISG Arts. 39 & 26; UNIDROIT Principles Arts. 1.9, 3.14, 7.3.2.; PECLArts. 1.303, 3.304, 4.112, 9.303, 13.104’, November 2004, Erişim: 11.01.2008, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/andersen2.html>
- ARAL, Fahrettin : Türk Borçlar Hukukuna Göre Kötü İfa,

- Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1985
- ARAL, Fahrettin : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, V. Bası, Ankara, 2003
- ARAT, Ayşe : Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006
- ARBERK, Ömer : Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara, 2005
- ARKAN, Sabih : Ticarî İşletme Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2001
- ARSEBÜK, Esat : Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumî Esasları-I, Ankara, 1937
- ARSLANLI, Halil : 'Ticarî Bey'de Hasar' İÜHFM, C. XIII, 1947
- ASANTE, Samuel, K. B. : 'Stability of Contractual Relations in the Transnational Investment Process' International and Comparative Law Quarterly, V. 28, 1979
- ASLAN, Yılmaz/ ŞENYÜZ, : İşletme Hukuku, Bursa, 2005
- Doğan/ ERGÜN, Mevci
- ATALAY, Oğuz : Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001
- ATAMER, Yeşim : Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı, İstanbul Barosu Dergisi, C.69, S.10-12, 1995
- ATAMER, Yeşim : 'Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı, Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m. 183'ün Farklı Okunması Gereği' Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000 (Anılış: Hasarın İntikali Anı)
- ATAMER, Yeşim : Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005 (Anılış: CISG)
- ATYAH, P.S. : An Introduction to the Law of Contract, Oxford, 1995
- AUDIT, Bernard : 'The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria', in Lex Mercatoria and Arbitration, ed. Carbonneau, Thomas E., 1998, Erişim: 18.08.2005, [www.cisg.law.pace/cisg/biblio/audit.html](http://www.cisg.law.pace/cisg/biblio/audit.html)
- BACKHAUS, Richard : 'The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law'



- Erişim, 18.08.2005,  
<http://www.ejcl.org/81/art81-2.html>
- BAKTIR, Selma : Ticari İşletme Hukuku, İzmir, 2004  
BAŞTUĞ, İrfan : Borçlar Hukuku 'Genel Hükümler',  
İzmir, 1977
- BEALE, Hugh/DUGDALE, T. : 'Contracts Between Businessmen:  
Planning and the Use of Contractual  
Remedies', British Journal of Law &  
Society 1975, V.II
- BEALE, Hugh/ HARTKAMP, : Cases, Materials and Text on Contract  
Arthur/ KÖTZ, Hein/ TALLON, Law, Oxford, 2002  
Denis
- BEATSON, J. : Anson's Law of Contract, 28. Bası,  
Londra, 2004
- BECKER, H. : Obligationrecht, I. Abteilung, Art.1-183,  
Bern, 1941 (Anılış: Obligationenrecht)
- BECKER, H. : İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, VI. Cilt, I  
Kısım, Fasikül III, Çev. TOLUN, Osman,  
Ankara, 1969
- BEHR, Volker : 'The Sales Convention in Europe: From  
Problems in Drafting to Problems in  
Practice', 17 Journal of Law and  
Commerce (1998), Erişim: 17.10.2007,  
[http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/  
behr.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/behr.html),
- BERGER, Klaus, Peter : 'International Arbitral Practice and the  
UNIDROIT Principles of International  
Commercial Contracts', American  
Journal of Comparative Law, V. 46
- BERKİ, Şakir : Borçlar Hukuku Umumî Hükümler,  
Ankara, 1961
- BERKİN, Necmeddin, M. : 'Senedle İspata İmkân Bırakmayan  
Mücbir Sebeb ve Fevkalâde Haller',  
İÜHFİM, C. XXXV, S.1-4, İstanbul, 1970
- BERMAN, Harold, J. : 'Excuse for Nonperformance in the Light  
of Contract Practices in International  
Trade', 63 Columbia Law Review, 1963
- BERMAN, Harold, J./ KAUFMAN, : 'The Law of International Commercial  
Colin Transactions (Lex Mercatoria)' Harvard  
International Law Journal, V. 19, 1978
- BERNARDINI, Piero : 'International Arbitration and A-National  
Rules of Law', ICC International Court  
of Arbitration Bulletin V. 15/N.2, Fall  
2004
- BETTO, Jean-Georges : 'International Arbitration Awards Digest-  
Force Majeure, Principles, Usages, Lex  
mercatoria-Incoterms' IBLJ, N.7, 2002
- BİLGE, Necip : Borçlar Hukuku Dersleri Hususî Borç

- BİNGÖL, Fatma Itr : Münasebetleri, Ankara, 1958
- BİRSEN, Kemâleddin : Lex Mercatoria, yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2001
- BLASE, Friedrich : Borçlar Hukuku Dersleri, Borçların Umumî Hükümleri, Birinci Kitap, III. Bası, İstanbul, 1954
- BLASE, Friedrich : 'Leaving the Shadow for the Test of Practice-On the Future of the Principles of European Contract Law, 3- The Success Story of the UPICC' erişim: 03.07.2001, <http://www.jus.uio.no/lm/leaving.the.shadow.of.pecl.1999.friedrich.blase/3.html>
- BLASE, Friedrich : 'Leaving the Shadow for the Test of Practice-On the Future of the Principles of European Contract Law' 1. Introduction', Erişim: 03.07.2001, <http://www.jus.uio.no/lm/leaving.the.shadow.of.pecl.1999.friedrich.blase/1.html> (Anlış: Introduction)
- BLAUROCK, Uwe : 'The Law of Transnational Commerce', in The Unification of International Commercial Law, Baden-Baden, 1998
- BONELL, Michael, Joachim : 'Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts', 40 American Journal of Comparative Law, 1992 (Anlış: Unification of Law)
- BONELL, Michael, Joachim : 'The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and CISG-Alternatives or Complementary Instruments?', 26 ULR 1996 Erişim 18.08.2005 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ulr96.html> (Anlış: Alternatives)
- BONELL, Michael, Joachim : 'Do We Need a Global Commercial Code?', Erişim, 18.08.2005
- BRADGATE, Robert/ WHITE : Commercial Law, London, 2000
- Fidelma,
- BRIDGE, Michael : The International Sale of Goods Law & Practice, Oxford, 1999
- BRIDGE, Michael : 'Good Faith in Commercial Contracts' Good Faith in Contract Concept and Context, ed. BROWNSWORD, Roger/ HIRD, Norma, J./ HOWELLS, Geraint, (Anlış: Good Faith); Ashgate, 1999

- BUCHER, Eugen : Kaufvertrag im Allgemeinen (OR 184),  
Erişim: 10.05.2007,  
[http://www.eugenbucher.ch/pdf\\_files/Bucher\\_ORBT\\_03.pdf](http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/Bucher_ORBT_03.pdf) (Anlış: Kaufvertrag)
- BUCHER, Eugen : Schweizerisches Obligationenrecht,  
Allgemeiner Teil, Erişim: 10.05.2007,  
[http://www.eugenbucher.ch/pdf\\_files/Bucher\\_ORAT\\_23.pdf](http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/Bucher_ORAT_23.pdf),
- BURROWS, Andrew/PEEL, Edwin : Commercial Remedies Current Issues and  
Problems, Oxford, 2003
- BUND, Jennifer, M. : Force Majeure Clauses: Drafting Advice  
for the CISG Practitioner' The Journal of  
Law and Commerce, 17, N.2, 1998
- BURCUOĞLU, Haluk : Son Mahkeme Kararları ve Yargıtay  
Kararları Işığında Hukukta Beklenmeyen  
Hal ve Uyarlama Taşınmaz Kirası  
Sözleşmelerinde ve Dövize Endeksli  
Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama  
Uygulaması, İstanbul, 1995
- BUSSY, André : İsviçre Hukukunda Sebepsiz  
Zenginleşmenin (Haksız İktisap) Umumî  
şartları Üzerinde bir İnceleme, İstanbul,  
1947 (çev. GÜRSOY, Kemal Tahir)
- BUZ, Vedat : 'Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri  
Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması',  
İ. ÖZTRAK'a Armağan, Ankara, 1994
- BUZ, Vedat : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden  
Dönme, Ankara, 1998 (Anlış: Dönme)
- CANSEL, Erol : Mücbir Sebep, şartları, B.K. 117, T.K.  
645, *clausula rebus sic stantibus*, Ankara  
Barosu Dergisi. (5), 1953
- CARR, Indira/ STONE, Peter : International Trade Law, London, 2005
- CHEN-WISHART, Mindy : Contract Law, New York, 2005
- CHUAH, J.C.T. : Law of International Trade, London,  
2005
- CHUKWUMERİJE, Okezie : Choice of Law in International  
Commercial Arbitration, Westport, 1994
- COLLINS, Hugh : Regulating Contracts, New York, 1999
- COOP, Gragam/ GOUIFFÈS, Laurent : 'Arbitration and Pricing Mechanisms in  
International Gas Sale Contracts', Erişim:  
20.06.2008,  
[http://www.gasandoil.com/OGEL/sample\\_s/freearticles/article\\_64htm](http://www.gasandoil.com/OGEL/sample_s/freearticles/article_64htm),
- CREMADES, Bernardo, : 'The New Lex Mercatoria and the  
M./PLEHN, Steven, L. Harmonization of the Laws of  
International Commercial Transactions'  
Boston University Law Journal, V. II,  
Issue II, Spring 1983

- ÇAVUŞOĞLU, Ahmet, Erdinç : ‘Mücbir Sebep Kapsamında Grev’, Sosyal Güvenlik Dünyası, Y.1, S.1, Temmuz-Eylül, 1998
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt : ‘Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri’, MHB, S. 2, Y. 9, 1989
- DALHUISEN, Jan : Dalhuisen on International Commercial Financial and Trade Law, Oregon, 2004
- DAVID, René : ‘Frustration of Contract in French Law’ Journal of Comparative Legislation & International Law, V. 28, 1946
- DAYINLARLI, Kemal : Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler, 2. Bası, Ankara, 2005
- DAYINLARLI, Kemal : ‘Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri’, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006 (Anılış: Ole Lando İlkeleri)
- D’ARCY, Leo/ MURRAY, Carol/ CLEAVE, Barbara : Schmitthoff’s Export Trade, London, 2000
- DECLERCQ, P.J.M. : ‘Modern Analysis of the Legal Effect of Force Majeure Clauses in Situations of Commercial Impracticability’, Journal of Law and Commerce, V.15, 1995-1996
- DE LY, Filip : Law and Practice of Drafting International Contracts, International Business Law Journal, N.3/4, 2002
- DERYAL, Yahya : Ticaret Hukuku, Trabzon, 2005
- DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre : Sorumluluk Hukuku (Çev. ÖZDEMİR, Salim), Ankara, 1983
- DIAMOND, L., Aubrey : ‘Force majeure and Frustration Under International Sales Contracts’, Force Majeure and Frustration of Contract, ed. McKENDRICK, Ewan, London, 1991
- DOBSON, Paul : Charterworth’s Business Law, London, 1997
- DOĞAN, Fatih : ‘INCOTERMS 2000 Tarihi Gelişimi-Geçerlilik Kaynağı-Münferit Klotlar-Son Değişiklikler’, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. YaşGünü Armağanı [Birinci Cilt], İstanbul, 2002
- DOĞANAY, İsmail : ‘Sözleşme Yapıldıktan Sonra Devalüasyon Sebebiyle Para Değerinde Meydana Gelen Büyük Değişiklikler, Akdin Yerine Getirilmesine Mani Olur mu?’ Yargıtay Dergisi, Ekim, 1975, C.1, S.4 (Anılış:Devâlüasyon)

- DOĞANAY, İsmail : Ticarî Alım-Satım Akdi ve Nevileri, II. Bası, Ankara, 2003
- DOUDKO, Alexei, G. : 'Hardship in Contract: The Approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia' Uniform Law Review, 2000-3
- DOMANIÇ, Hayri : Ticaret Hukukunun Umumî Esasları, İstanbul, 1970
- DRAETTA, Ugo : 'Hardship and Force Majeure Clauses in International Contracts', International Business Law Journal, N.3/4, 2002
- DURAL, Mustafa : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul, 1976
- DUESENBERG, Richard, W. : ' "Impossibility"; It Isn't Good Code Language', Journal of Law and Commerce, V.1, 1981
- DUXBURY, Robert : Contract in a Nutshell, II. Bası, London, 1991
- EDİS, Seyfullah : Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 1963
- EDİS, Seyfullah : Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, III. Bası, Ankara, 1987
- EISELEN, Sieg : 'Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 78 of the CISG', Erişim: 15.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni78.html>,
- EKŞİ, Nuray, : 'Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı' MHB, Y. 12; S.1-2, 1992
- El-Hassan, Abd El-Wahab Ahmed : 'Freedom of Contract, the Doctrine of Frustration, and Sanctity of Contracts in Sudan Law and Islamic Law' Arab Law Quarterly, 1985, N.1
- ELLIOT, Catherine/QUINN, : Contract Law, 2003  
Frances
- ELLIOT, Catherine/QUINN, : English Legal System, London, 2004  
Frances (English Legal System)
- ENDERLEIN, Fritz : 'Rights and Obligations of the Seller under the CISG Convention on Contracts for the International Sale of Goods', Dubrovnik Lectures, ed. SARCEVIC, Petar/VOLKEN, Paul, Ocena, 1996, Erişim: 21.10.2007  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/>

- [enderlein1.html](#)
- ENDERLEIN, Fritz/ MASKOW, Dietrich : International Sales Law, United Nations Convention for International Sale of Goods, 1992, Erişim: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>
- ERDEM, Ercüment : ‘Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı’, İzmir Barosu Dergisi, Y.54, S.1, Ocak-1989
- ERDEM, Ercüment : SİF Satışlar- CIF Sales, İstanbul, 1999 (Anılış: SİF Satışlar)
- ERDEM, Ercüment : Denizaşırı Satış Olarak FOB Satış, BATIDER, Aralık 1996, C.XVIII, S.4’ten ayrı bası (Anılış: Denizaşırı Satış)
- ERDEM, Bahattin, Bahadır : ‘INCOTERM’in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği’ MHB, S.1-2, Y.10, 1990 Doç. Dr. Özer Eskiuyurt’un Anısına Özel Sayı (Anılış: ERDEM, B.B.)
- EREN, Fikret : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975 (Anılış: Uygun İlliyet Bağı)
- EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul, 2003
- ERIKSEN, Eivind : Terrorism and Force Majeure in International Contracts’, Bond Law Review, V.16, Issue 2, 2004
- ERMAN, Hasan : İstisna Sözleşmesinde Beklenmeyen Haller (BK m. 365/II), İstanbul, 1979
- ERTEN, Ali : Sorumsuzluk Şartları, Ankara, 1977
- ERÜRTEN, Bahir Mazhar : Açıklamalı, Uygulamalı, İçtihatlı Dış Ticaret Hukuku İhracat Sözleşmeleri ve Tatbikatı, İstanbul, 1991
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan : ‘Umulmayan Hal, Mücbir Neden ve Grev’, Ankara İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Bülteni, ASnkar, 1 (2), 1969 (Anılış: Umulmayan Hal)
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan : Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara, 1970
- FALCIOĞLU, M. Özgür : ‘Elektronik Satımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler’, İnternet ve Hukuk, derleyen, ATAMER, Yeşim, İstanbul, 2004
- FARNSWORTH, E. Allan : ‘On Trying to Keep One’s Promises: The

- Duty of Best Efforts in Contract Law' University of Pittsburgh Law Review, V. 46:1, 1984-1985
- FARNSWORTH, E. Allan : 'Closing Remarks', American Journal of Comparative Law, 1992, V.40 (Anılış: Closing Remarks)
- FERRARI, Franco : 'Uniform Application and Interest Rates Under the 1980 Vienna Convention' Cornell Review of Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1995), Erişim: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/1ferrari.html>
- FERRARI, Franco : 'Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing' 15 Journal of Law and Commerce (1995), Erişim: 27.10.207, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/2ferrari.html>, (Anılış: Specific Topics)
- FERRARI, Franco : 'Uluslararası İctihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler', Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, ed. ATAMER, Yeşim, İstanbul, 2008 (Anılış: Uluslararası İctihat Hukuku)
- FEYZİOĞLU, Feyzi, Necmeddin : Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, C.I, İstanbul, 1967
- FEYZİOĞLU, Feyzi, Necmeddin : Borçlar Hukuku Umumî Hükümler, C.II, İstanbul, 1969
- FEYZİOĞLU, Feyzi, Necmeddin : Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileir) C. I, İstanbul, 1980 (Anılış: Özel Borç İlişkileri)
- FLAMBOURAS, Dianysios : Remarks on the Manner in Which the PECL May Be Used to Interpret or Supplement Article 79 CISG' Erişim: 06.06.2005 <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-79.html>
- FLAMBOURAS, Dionysios : 'Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108, (Mayıs, 2002) (Anılış: Comparative Remarks) Erişim: 06.06.2005 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html>, 6.6.2005 (Anılış: Comparative Remarks)

- FLEURIS, Béatrice : 'Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts', Erişim: 20.06.2008, [www.iquesta.com/Memories-Theses/Droit/Telecharger-Memoire-force-majeure-and-hardship-clauses-im-international-commercial-contracts-84.html](http://www.iquesta.com/Memories-Theses/Droit/Telecharger-Memoire-force-majeure-and-hardship-clauses-im-international-commercial-contracts-84.html),
- FONTANE, Gabriele : Höhere Gewalt im Dokumentenakkreditivgeschäft, Frankfurt, 2001
- FREEMAN, Paul : 'Lex mercatoria: its Emergence and Acceptance as a Legal Basis for the Resolution of International Disputes' The Arbitration and Dispute Resolution Law Journal, V.6, 1997
- FRICK, Joachim; G. : Arbitration and Complex International Contracts, The Hague, 2001, Erişim: 23.06.2008, Erişim: [books.google.com.tr/boks?isbn=9041116621](http://books.google.com.tr/boks?isbn=9041116621)
- FUCCI, Frederick, R. : 'Hardship and Changed-Circumstances as Grounds for Adjustment or Non-Performance of Contracts Practical Considerations in International Infrastructure Investment and Finance', April 2006, Erişim: 25.06.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fucci.html>,
- FUNK, Fritz : Borçlar Kanunu Şerhi I Umumî Hükümler, (Çev. VELDET, Hıfzı/SELEK, Cemal Hakkı), İstanbul,
- FURMSTON, M. P. : Law of Contract, Newyork, 2007
- GÄRTNER, Annette : 'Britain and the CISG: The Case for Ratification-A Comparative Analysis with Special Reference to German Law', Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), 2000-2001, Erişim: 14.06.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gartner.html>,
- GAUCH, Peter/ SCHLUEP, Walter, R./ JÄGGI, Peter : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Gemeinsames Skriptum, Band II, Zurich, 1981
- GAUCH, Peter/ AEPLI, : Schweizerisches Obligationenrecht



- Viktor/CASANOVA, Hugo : Allgemeiner Teil (Art 1-183), Zürich, 1989
- GERHARDT, Gregory/ LEISINGER, Benjamin : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Fragen und Antworten, Bern, 2005
- GIGER, Marcel : Die vom Gläubiger Verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Bern, 1992
- GILETTE, P. Clayton/ WALT, Steven, D. : Sales Law, Domestic & International, New York, 2002
- GILMORE, Grant : The Death of Contract, Michigan, 1995
- GIOVANOLI, Silvio : 'Zufall und Höhere Gewalt im Schweiz Rechte' Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge Band 54., Basel, 1935
- GOODE, Roy : Commercial Law in the Next Millenium, Sweet & Maxwell, 1998
- GOODE, Roy : 'Usage and its Reception in Transnational Commercial Law' International Commercial and Consumer Law, ed. ZIEGEL, Jacob, Oxford, 1998 (Anlış: Transnational Commercial Law)
- GOODE, Roy : Commercial Law, III. Ed., London, 2004
- GÖKTÜRK, Hüseyin, Avni : Türk Hususî Hukukunda Müçpir Kuvvet ve Fevkalâde Haller, Adliye Ceridesi, Nisan, 1936
- GOLDMAN, Berthold : 'The Applicable Law: General Principles of Law- the Lex Mercatoria', Contemporary Problems in International Arbitration, ed. LEW, Julian, D.M., Dodrecht, 1987
- GÖĞER, Erdoğan : Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), Ankara, 1977
- GÖNENSAY, A. Samim : Mukavelenin Hâkim Tarafından Tadil veya Feshi' Cemil Birsel'e Armağan, İstanbul, 1939
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah, Pulat : Hukukî Mesuliyet Bakımından Müçbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Üçüncü Bası, Ankara, 1977
- GRAW, Stephan : An Introduction to the Law of Contract, Sidney, 1990
- GUHL, Theo : Das Schweizerische Obligationenrecht, mit Einschliss des Handels- und Wertpapierrechts, Zurich, 1980
- GUHL, Theo :
- GÜRİZ, Adnan : Hukuk Başlangıcı, Ankara, 1987
- GÜRPINAR, Damla : Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir, 2006
- GÜRSOY, Kemal Tahir : Hususi Hukukta *Clausula Rebus Sic Stantibus* (Emprevizyon Nazariyesi),

- Ankara, 1950
- HAIGH, P. Simon : Contract Law in an E-Commerce Age, Dublin, 2001
- HAMILTON, Robert, W./ RAU, Alan Scott/WEINTRAUB, Russel, J. : Cases and Materials on Contracts, St. Paul, 1992
- HARTKAMP, Arthur : Principles of Contract Law, in Towards a European Civil Code, ed. HARTKAMP, Arthur/ HESSELINK, Martijn/ HONDIUS, Ewoud/ Joustra, Carla/ PERRON, Adgar du, The Hague, 1998 (Anılış: Principles of Contract Law)
- HARTKAMP, A.S. : 'The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' erişim, 02.10.2006 [http://tldb.uni.koeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=113000](http://tldb.uni.koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=113000)
- HAVUTÇU, Ayşe : Tam İki tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir, 1995
- HAVUTÇU, Ayşe : Açık İçerik Denetim Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir, 2003 (Anılış: Genel İşlem Şartları)
- HAVUTÇU, Ayşe : Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara, 2005 (Anılış: Üreticinin Sorumluluğu)
- HAY, Peter : 'Frustration and its Solution in German Law' American Journal of Comparative Law, V.10, 1961
- HEARN, Patrick : Successful Negotiation of Commercial Contracts, London, 1979
- HERMANN, Adolf, H. : International Trade Terms Standard Terms for Contracts for the International Sale of Goods, London, 1994
- HOLLAND, Kent : 'Entitlement to Contract Reformation to Recover Inflation Costs Exceeding Inflation Factor Specified by GMP Contract', Erişim: 23.06.2007, <http://www.constructionrisk.com/newsletter/articles/newsletter07-04.htm>
- HONNOLD, John, O. : The Sales Convention: Background, Status, Application, 8 J.L. & Com., 1,1 (1988)
- HONNOLD, John, O. : Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention, III. Bası, 1999 ; Erişim:

- 06.06.2005  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html> (Anılış: Uniform Law)
- HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WIEGEND/Wolfgang : Baseler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationrecht I, Art 1-529, Basel, 2003
- HORN, Norbert : 'Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and in International Law' in Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance, ed. HORN, Antwerp, 1985 Erişim: 28.9.2007, [http://tldb.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=113700&pubwithme...](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=113700&pubwithme...)
- HORN, Norbert, : 'The Use of Transnational Law in the Contract Law of International Trade and Finance', in The Practice of Transnational Law, ed. BERGER, Klaus, Peter, The Hague, 2001
- HUDSON, A.H. : 'Exemptions and Impossibility Under the Vienna Convention', Force Majeure and Frustration of Contract, ed. McKENDRICK, Ewan, London, 1991
- HUGUENIN, Claire : Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 2006
- İMRE, Zahit : Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1949
- İMRE, Zahit, : 'Türk Medenî Hukukuna Göre Hâkimin İktisadî Meseleler Karşısında Durumu (Türk Medenî Kanununun Değiştirilmesinde Zorunluluk Var mı?)' Prof. Dr. K. Fikret Arık'a Armağan, Ankara, 1973 (Anılış: Hâkimin İktisadî Meseleler Karşısında Durumu)
- İNAL, Tamer : 'Mücbir Sebeplerin Oluşum Unsurları', Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara, 1997 (Anılış: Mücbir Sebep)
- İNAL, Tamer : Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul, 2004
- İNAL, Tamer : Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul, 2004 (Anılış: Borca Aykırılık)
- İNAN, Ali Naim : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Kitabı, III. Bası, Ankara, 1984
- JENKINS, Sarah, Howard : 'Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles- A Comparative Assesment' Tulane Law Review, V. 72, 1997-1998
- KALPSÜZ, Turgut : Ticarî Satışta İfa Mahalli, Ankara, 1960

- (Anılış: İfa Mahalli)
- KALPSÜZ, Turgut : Denizaşırı Satışlar (Giriş-Boşaltmada Satışlar), Ankara, 1967
- KAPLAN, İbrahim : Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, II. Bası, Ankara, 2007
- KARAHAN, Sami : Ticarî İşletme Hukuku, Konya, 2006
- KARAHASAN, Mustafa, Reşit : Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Öğreti ve Yargıtay Kararları, İlgili Mevzuat, II. Cilt, İstanbul, 2003
- KARAYALÇIN, Yaşar : ‘Para Değerinde Değişmeler-Yabancı Sermaye ve Anonim Şirketlerde Aynî Pay’, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70 inci Yaş Armağanı, Ankara, 1975
- KARAYALÇIN, Yaşar : Özel HUKUKDA Meseleler ve Görüşler ‘hukukî Mütalâalar’ (1975-1983) II, Ankara, 1983
- KARAYALÇIN, Yaşar : İstisna Akdi-Enflasyon Riski-Fiyat Farkı-Kararname-Sözleşme İle Farklı Çözüm-Aşırı Enflasyon Riski’ Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler ‘Hukukî Mütalâalar’ (1988-1991), IV, Ankara, 1992 (Anılış: Enflasyon Farkı)
- KASTELY, Amy, H. : ‘The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention’, 63 Washington Law Review, 1988
- Lütfü, DALAMANLI/ KAZANCI, Faruk/ KAZANCI, Muharrem : İlmî ve Kazâî İçtihatlarla Borçlar Kanunu, C.II, İstanbul, 1990
- KELLER, Alfred : Haftpflicht im Privatrecht, Bern, 1979
- KELLER, Max/LÖRTSCHER, Thomas : Kaufrecht Eine Systematische Darstellung, Zürich, 1980
- KELLER, Max / LANDMANN, Valentin, N. J. : Haftlichtrecht, Zürich, 1980
- KEMP, Karen, : ‘Applying the Hardship Clause’, Journal of Energy Nat. Resources L. 1983
- KELLER, Max/ SCHAUFELBERGER, Peter : Das Schweizerische Schuldrecht, Band III Ungerechtfertigte Bericherung, Basel, 1982
- KENNEDY, : CIF Mukaveleler, İstanbul, 1972 (çev. TEKİL, Müjde)
- KILIÇOĞLU, Ahmet : ‘Depremin Borç İlişkilerine Etkisi’, ABD, Yıl: 56, 1999/2-3
- KILIÇOĞLU, Ahmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, VIII. Bası, Ankara, 2007 (Anılış: Borçlar Hukuku)
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan : ‘Millerlerarası Ticarete Hakemlerin Lex Mercatoria’yı Uygulamasından

- KOCAYUSUFAŞAOĞLU, Necip : Kaynaklanan Sorunlar', İÜHFM, C. LXIV, S.1, 2006
- KOFFMAN, Laurence/ : Borçlar Hukuku Dersleri, Birinci Fasikül, II. Bası, İstanbul, 1985
- MACDONALD, Elizabeth : The Law of Contract, Edinburgh, 2004
- KOLO, Abba : 'Renegotiation and Contract Adaptation in the International Investment Projects: Applicable Legal Principles & Industry Practices', Erişim: 20.06.2008, [http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article\\_49.htm#\\_ftn150](http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_49.htm#_ftn150)
- KONARSKI, Hubert : 'Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice' International Business Law Journal, N.4, 2003
- KRONKE, Herbert : UNIDROIT Principles of International Contracts Role in International Dispute Resolution, SEMinar co-sponsored by the Chamber of Commerce of Santiago and the Center for Arbitration and Mediation (CAM), Santiago, 13 June, 2007, Erişim:20.06.2008  
[www.ccs.cl/html/eventos/2007/doc/Santiago%20PICC%2013%20June%202007.ppt](http://www.ccs.cl/html/eventos/2007/doc/Santiago%20PICC%2013%20June%202007.ppt)
- KULL, Andrew, : 'Mistake, Frustration, and the Windfall Principle of Contract Remedies' 43 Hastings L. J. 1 (1991-1992)
- KÜÇÜKYALÇIN, Arzu : Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AÜHFD, C.53, S.4, Y.2004
- LANDO, Ole : 'The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration', I.C.L.Q., V. 34, N.4, 1985 (Anılış: Lex Mercatoria)
- LANDO, Ole : 'Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?' 40 American Comparative Law Quarterly, 1992 (Anılış: Principles of European Contract Law)
- LANDO, Ole : 'Non-Performance (Breach) of Contracts', Towards a European Civil Code, ed. HARTKAMP, Arthur/HESSELINK, Martijn/ HONDIUS, Ewoud/ JOUSTRA, Carla/ PERRON,

- LEBOULANGER, Philippe : Edgar du, The Hague, 1998  
: 'Some Issues in ICC Awards Relating to State Contracts' ICC International Court of Arbitration Bulletin V. 15/No.2-Fall, 2004
- LEWIS, Harold, Alexandder : 'Allocating Risk in Take-or- Pay Contracts: Are Force Majure and Commercial Impracticability The Same Defence?', Southwestern Law Journal, V.42, 1988-1989
- LINDSAY, G., C : LBC Nutshell Contracts, Londra, 1984  
LINDSTRÖM, Niklas : Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law, 2006 N.1
- LIU, Chengwei : 'Force Majeure Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law [2 nd edition: Case annotated update(April 2005)]' Erişim: 02.06.2005  
<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/liu6.html>,
- LIU, Chengwei : 'Price Reduction for Non-Conformity: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law' Erişim: 12.7.2007,  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei2.html> (Anılış: Price Reduction)
- LIU, Chengwei : Remedies for Non-Performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL, Erişim: 04.02. 2008,  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html>
- LOOKOFSKY, Joseph : The 1980 United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods, Erişim: 23.04.2004  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky.html>
- LOOKOFSKY, Joseph : 'Impediments and Hardship in Internaitonal Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", Erişim:27.06.2008  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky17.html> (Anılış: Hardship)
- LOOKOFSKY, Joseph/HERTZ : Ketilbjørn, Transnational Litigation and Commercial Arbitration, New York, 2004
- LORENZ, Werner : 'Contract Modification as a Result of Change of Circumstances', Good Faith and Fault in Contract Law, ed.

- BEATSON, Jack/FRIEDMANN, Daniel, Oxford, 2002
- MAGNUS, Ulrich : ‘CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma’, Milletlerarası Satım Hukuku, ed. ATAMER, Yeşim, İstanbul, 2008
- MARCANTONIO, Barrigan, J. : ‘Unifying the Law of Impossibility’, Hastings International & Comparative Law Review, V.8, 1984-1985
- MARMURSZTEJN, Muriel : ‘Force Majeure Clauses of an Oil Company’s Upstream Agreements: A Review’, Internatioanl Business Law Journal, N.7, 1998
- MARTIN, A. : Borçlar Kanunu Şerhi Hukuku Medeniye Akitleri, C.II, İstanbul, 1931, çev. CEVAT, Ahmet
- MASKOW, Dietrich : ‘Hardship and Force Majeure’ American Journal of Comparative Law, 1992, V. 40, N. III
- MAZZOTTA, Francesco, G. : ‘ CISG Articles 78 and 84 (1) and their PECL Counterparts’ , October 2004, Erişim: 15.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp78.html>
- McINNIS, F.A. : ‘Frustration and Force Majeure in Building Contracts’ Force Majeure and Frustration of Contract, ed. McKENDRICK, Ewan, London, 1991
- McKENDRICK, Ewan : ‘The Consequences of Frustration-The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943’, Force Majeure & Frustration of Contract, McKENDRICK, Ewan, London, 1991
- McKENDRICK, Ewan : ‘The Consequences of Frustration-The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943’, Force Majeure and Frustration of Contract, ed. McKENDRICK, Ewan, London, 1991 (Anılış: The Consequences of Frustration)
- McKENDRICK, Ewan : ‘The Regulation of Long-Term Contracts in English Law’ ed. BEATSON, Jack/FRIEDMANN, Daniel, Good Faith and Fault in Contract Law, Oxford, 2002 (Anılış: Long-Term Contracts)
- MELIS, Werner : ‘Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration’ Journal of International

- Arbitration, N.1, 1984
- METZGER, Michael, B. / MALLOR, Jane, P./BARNERS, A. James/ BOWERS, Thomas/ PHILLIPS, Michael, J. : Business Law and Regulatory Environment, Concepts and Cases, Borton, 1998
- MILLER, Fred, H. : Sales and Leases of Goods in a Nutshell, 4. ed., St. Paul, 2003
- MAZOTTA, Francesco, G. : Guide to Articles 78 & 84 (1) and their PECL counterparts, 2004, Erişim: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp78.html>,
- MOSS, Giuditta, Cordero : ‘Harmonised Contract Clauses in Different Business Cultures’, Conference on Private Law and the Many Cultures of Europe’, University of Helsinki, 27-29.08.2006, Erişim: 19.11.2007, [http://www.jus.uio.no/ifp/anglo-project/moss\\_helsinki\\_keynote.pdf](http://www.jus.uio.no/ifp/anglo-project/moss_helsinki_keynote.pdf)
- MURRAY, John, S./ RAU, Alan Scott/ SHERMAN, Edward, S. : Arbitration, New York, 1996
- NICHOLAS, Barry : ‘Rules and Terms- Civil Law and Common Law’, 48 Tulane Law Review, 946, 1973-1974 (Anılış: Rules and Terms)
- NICHOLAS, Barry : ‘Fault and Breach of Contract’ in Good Faith and Fault in Contract Law ed. BEATSON, Jack/ FRIEDMANN, Oxford, 2002 (Anılış: Fault and Breach)
- NICHOLAS, Barry : ‘Force Majeure and Frustration’, The American Journal of Comparative Law, V.27, 1979 (Anılış: Force Majeure and Frustration)
- NICHOLAS, Barry : ‘The Vienna Convention on International Sales Law’ Law Quarterly Review, 1989
- JIN, Ning : ‘The Status of lex Mercatoria in International Commercial Arbitration’, The American Rev. Of International Arbitration, V. II, N. II, 1996
- NDULO, Muna : ‘The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: A Comparative Analysis’, 38, International Contract Law Quarterly, 1989
- ODEKE, Ademuni : Law of International Trade, London, 1999
- OFTINGER, Karl : Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabi Tahavvül (*Clausula Rebus Sic Stantibus*)



- çev. DAVRAN, B. (Anılış: Clausula Rebus Sic Stantibus), İHFM, 1942 C.VIII, S.3-4
- OFTINGER, Karl : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Ester Band: Allgemeiner Teil, Zürich, 1973
- OFTINGER, Karl : Bundersgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich, 1973 (Anılış: Bundesgerichtspraxis)
- OĞUZ, Arzu : ‘Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi’, AÜHFD, C.49, S.1-4, 2000 (Anılış: Hukukun Birleştirilmesi)
- OĞUZ, Arzu : Lex Mercatoria, Ankara, 2004
- OĞUZMAN, Kemal : Medenî Hukuk Dersleri, İstanbul, 1985
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005
- OLGAÇ, Senai : Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu Genel Hükümler, C.I, II. Bası, İstanbul, 1969
- OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhem : Das Obligationenrecht Bundesgesetz, Eser Halbband : Art.1-183, Zurich, 1929
- OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhem (çev. AYİTER, Ferit) (Anılış: İsviçre Borçlar Hukuku) : İsviçre Borçlar Hukuku Şerhi, (Madde 110-183), Ankara, 1950
- ÖZTAN, Fırat : Kıymetli Evrak Hukuku, II. Bası, Ankara, 1997
- PARKER, Michael : ‘Force Majeure in EC Law’, Force majeure and Frustration of Contract, ed. McKENDRICK, Ewan, London, 1991
- PEJOVIC, Caslav : ‘Civil Law and Common Law: Two Different Paths Leading to Same Goal’, Victoria University of Wellington Review, V., 32, 2001
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, PERILLO, Joseph, M. : ‘UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: The Black Letter Text and a Review’ Fordham Law Review, V.63, 1994
- PERILLO, Joseph, M. : ‘Force Majeure and Hardship Under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts’, Tulane Journal of International & Comparative Law, Vol.V, 1997 (Anılış: Force Majeure)
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi : Ticari İşletme Hukuku, XI. Bası, İstanbul, 2006
- POROY, Reha/TEKNİALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, VII. Bası, İstanbul, 1997

- PRANCE, Norman, R. : ‘Commercial Impracticability: A Textual and Economic Analysis of Section 2-615 of the Uniform Commercial Code’, Indiana Law Review, V. 19, N.2, 1986
- PUELINCKX, A.H : ‘Frustration, Hardship, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances-A Comparative Study in English, French, German and Japanese Law’ Journal of International Arbitration, 1986(3)
- QC, Julian, D. M./ MISTELIS, Loukas, A./ KRÖLL, Stefan, M. : Comperative International Commercial Arbitration, The Hague, 2003
- RABELLO, Alfredo Mordechai/ LERNER, Pablo, : ‘The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Israeli Contract Law’, ULR, 2003-3
- RAJA, Patricia : ‘Unexpected Events Affecting the Performance of the Contract’, Erişim: 24.07.2000  
<http://themis.wustl.edu/ibll/Contract/W23/raja.htm>
- RAMBERG, Jan : International Commercial Transactions, Paris, 1997
- RAUH, Theo : ‘Legal Consequences of Force Majeure Under German, Swiss, English and United States’ Law’ Denver Journal of International Law & Policy V.25:1, 1996-1997
- RAYNER, Sue : ‘A Note on Force Majeure in Islamic Law’ Arab Law Quarterly, 1991, N.6
- REİSOĞLU, Seza : Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları, Ankara, 1961
- REİSOĞLU, Safa : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ondokuzuncu . Bası, İstanbul, 2006
- RIMKE, Joern : ‘Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice With Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts’ Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1999-2000, Erişim: 06.06.2005  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>
- ROGERS, Justice Andrew : Frustration and Estoppel’ in Force Majeure and Frustration of Contract, McKENDRICK, Ewan, London, 1991
- ROMERO, Eduardo Silva : ‘The Dialectic of International

- Arbitration Involving State Parties  
Observations on the Applicable Law in  
State Contract Arbitration' ICC  
International Court of Arbitration  
Bulletin Vol. 15/No.2-Fall 2004
- ROSS, Lester : 'Force Majeure and Related Doctrines of  
Excuse in Contract Law of the People's  
Republic of China', Journal of Chinese  
Law, N.5, 1991
- RUSTAD, Michael : The Concepts and Methods of Sales,  
Leases and Licenses, North Carolina,  
1998
- SAMUEL, Geoffrey : Law of Obligations and Legal Remedies,  
London, Sydney, 2001
- SCHLECHTRIEM, Peter : Uniform Sales Law- The UN Convention  
on Contracts for the International Sale of  
Goods, Vienna, 1986, s. 104, Erişim:  
17.10.2007,  
[http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/  
schlechtriem-84.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem-84.html)  
( Anliş: Uniform Sales Law)
- SCHLECHTRIEM, Peter : 'Federal Supreme Court  
(Bundesgerichtshof) Civil Panel VII, 24  
Mart 1999, Index No. VIII ZR  
121/98'15/16 Juristenzeitung (JZ) 794-  
797, 13 Ağustos 1999, Erişim:06.06.2006  
[http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/sch  
lechtriem.html#a57](http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html#a57) (Anliş: Federal  
Supreme Court)
- SCHLECHTRIEM, Peter : 'Transcript of a Workshop on the Sales  
Convention: Leading CISG Scholars  
Discuss Contract Formation, Validity,  
Excuse for Hadrship, Avoidance,  
*Nachfrist*, Contract Interpretation, Parol  
Evidence, Analogical Application, and  
much more' 18 Journal of Law &  
Commerce, 1999 ( Transkript of a  
Workshop)
- SCHLECHTRIEM, Peter, : 'Termination and Adjustment of  
Contracts', European Journal of law  
Reforem, V.1, N. 3, 1999 (Anliş:  
Termination)
- SCHMIEDLIN, Stefan : Frustration of Contract und Clausula  
Rebus Sic Stantibus Eine  
Rechtvergleichende Analyse, Basel, 1985
- SCHULIN, Hermann/VOGT, : Tafeln zum Schweizerischen  
Nedim, Peter Obligationanrecht, Allgemeiner Teil ohne

- SCHULIN, Hermann/ Nedim Peter, VOGT, : Deliktsrecht, Zürich, 1980  
: Tafeln zum Schweizerischen Obligationenrecht II Besonderer Teil ohne Arbeitsrecht, Zürich, 1983 (Anılış: Besonderer Teil)
- SCHWARZ, Andreas : Mukayeseli Hukuk Zaviyesinden İngiliz Borçlar Hukukunun Ana Hatları, Ankara, 1941 (Anılış: İngiliz Borçlar Hukuku)
- SCHWARZ, Andreas, B. : Harbin Hususî Akitler Üzerindeki Tesiri, Ankara, 1944
- SCHWARZ, Andreas, B. : 'Satış Akdinde Hasarın İntikâli', AÜHFD, 1947, C.IV, S.1 (Anılış: Satış Akdinde Hasar)
- SEALY, L.S./ HOOLEY, R.J.A. : Commercial Law, Text, cases and Materials, Edinburgh, 2003
- SELDEN, Barton, S. : 'Lex Mercatoria in European and U.S. Trade Practice: Time to Take a Closer Look', [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1137629](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1137629)
- SELİÇİ, Özer : İdare Hukuku Alanında Sorumluluk, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler, III. Sempozyumu, Ankara 12/13 Mayıs 1979, İstanbul, 1980 (Anılış: Mücbir Sebep)
- SELİÇİ, Özer : 'Seçimlik Borçların İfası', İÜHFM, C.XXXIV, S.1-4, İstanbul, 1969
- SEROZAN, Rona : Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975
- SEROZAN, Rona : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 1998 (Anılış: İfa Engelleri)
- SEROZAN, Rona : 'Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi-Kronolojik açıdan ayrımlı olguları ortak bir rejime bağlama denemesi' Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000 (Anılış: Edimler Arası Dengesizlik)
- SEROZAN, Rona : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2002 (Anılış: Özel Bölüm)
- SEROZAN, Rona : Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü', Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004 (Anılış: Çözülme)
- SEVİĞ, Vedat, R. : Borçlanma Ehliyetini Yöneten Kanun (Türkiye ile Almanya, Çekoslovakya, Fransa, İngiltere ve İsviçre'de) MHAD,

- SEVİĞ, Vedat, R. : Y. 10, S. 13, 1976  
: ‘Akitlere Uygulanacak Olan Kanun Sorunu’, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul, 1999 (Anlış: Akitlere Uygulanacak Kanun)
- SHIN, Chang-Sop : ‘Declaration of price Reduction Under the CISG Article 50 Price Reduction Remedy’, Journal of Law and Commerce, V. 25, 2005-2006
- SLENKOVICH; Keith : ‘Cost Increases for Construction Materials-An Overview of the Legal Issues’, Erişim: 24.03.2007, [http://www.constructionweblinks.com/Resources/Industry\\_Reports\\_Newsletters/Jul\\_31\\_2006/cost.html](http://www.constructionweblinks.com/Resources/Industry_Reports_Newsletters/Jul_31_2006/cost.html),
- SMIT, Hans, : ‘Frustration of Contract: A Comparative Attempt at Consolidation’, Columbia Law Review, V. 58, Nr.3, 1958
- SMITS, Jan : ‘Diversity of Contract law and the European Internal Market’, in The Need For a European Contract Law, Empirical and Legal Perspectives, ed. SMITS, Jan, Grningen, 2005
- SONDAHL, Erika : ‘Understanding the Remedy of Price Reduction-A Means to Fostering a More Uniform Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods’, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, V. 7, 2003, Erişim: 09.10.2006, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg.biblio/sondahl.html>
- SORNARAJAH, M. : ‘Supremacy of the Renegotiation Clause in International Contracts’, Journal of International Arbitration, 1988
- SOUTHERINGTON, Tom : Impossibility of Performance and Other Excuse in International Trade Erişim: 06.06.2005 <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html>
- SÖZER, Bülent, : Elektronik Sözleşmeler, İstanbul, 2002
- SPANOGLE, John, A. : ‘The Arrival of International Private Law’, George Washington Journal of International Law & Economics, V. 25, 1991
- STOECKER, Christoph, W. O. : ‘The Lex Mercatoria: To What Extent does it Exist?’, Journal of International

- STONE, Richard : Arbitration, V.7, N.I, March, 1990  
: Principles of Contract Law, 2.ed. London, 2000
- STROHBACH, Heinz : 'Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts and Arbitration, The East German Approach', Journal of International Arbitration, 1983
- SUNGURBEY, İsmet : Medeni Hukuk Sorunları, C. I, İstanbul, 1973
- SUNGURBEY, İsmet : Medenî Hukuk Sorunları, C. V. İstanbul, 1984 (Anılış: Cilt V)
- SUR, Melda : Grev Kavramı, İzmir, 1987
- ŞANLI, Cemal : Milletlerarası Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986
- ŞANLI, Cemal : 'Uluslararası Ticari ve Ekonomik Uyuşmazlıkların Arabuluculuk (ADR) Yöntemi ile Çözümlemesi ve MTO' nun ADR Kuralları', MHB, Yıl, 22; S.1, 2002
- ŞANLI, Cemal : Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2005 (Anılış: Uluslararası Ticarî Akitler)
- ŞANLI, Cemal/ EKŞİ, Nuray : Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul, 2005
- ŞENER, Hami, Oruç : 'Ticari Defterlerin ve Belgelerin Saklanması, Ziyai, Zayi Belgesi, Böyle Bir Belgenin Alınması ve Alınmamasının Hüküm ve Sonuçları' DEÜHFD, C.6, S.1, 2004
- ŞENOCAK, Zarife : Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, 1995
- TALLON, Denis : 'Article 79', Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Milan, 1987
- TALLON, Denis, : 'Hardship', Towards a European Civil Code, The Hague, 1998 (Anılış: Hardship)
- TALLON, Denis : Damages, Exemption Clauses, and Penalties, Erişim: 27.10.2007, [http://tldb.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid\\_129100](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid_129100) (Anılış: Damages)
- TANDOĞAN, Halûk : Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet), Ankara, 1961
- TANDOĞAN, Halûk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, İstanbul, 1988 (Anılış: Özel Borç İlişkileri)
- TAYLOR, Richard, D. : Law of Contract, Oxford, 1998

- TEKİL, Fahiman : Borçlar Hukuku, İstanbul, 1980 (Anılış: Borçlar Hukuku)
- TEKİL, Fahiman : Deniz Hukuku, İstanbul, 1998
- TEKİNALP, Gülören : Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 8. Bası, İstanbul, 2004,
- TEKİNAY, Selâhattin, Sulhi : Borçların İfası, İhlâli, Sona Ermesi ve Özel Nevîleri, İstanbul, 1967 (Anılış:Sona Erme)
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi : İçtihat Tahlili, MHAD, Yeni Seri, Y.1, S. 2, 1968 (Anılış: İçtihat Tahlili)
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Hâluk/ALTOP, Atilla TEOMAN, Ömer : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, VII. Bası, İstanbul, 1993
- TEOMAN, Ömer : Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukukî Mütalâalar, Kitap:5, 1992-1993, Ankara, 1995
- TEOMAN, Ömer : Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukukî Mütalâalar, Kitap: 8, Ankara, 1998 (Anılış:Kitap 8)
- THIELE, Christian : 'Interest on Damages and Rate of Interest Under Article 78 of the U.N. Convention on Contracts fo the International Sale of Goods', 2 Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration (1998), Erişim: 17.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/thiele.html>
- THOMPSON, James, E., : 'Force Majeure: The Contextual Approach of the Court of Justice', Common Market Law Review, V.24, 1987
- TİFTİK, Mustafa : Tehlike Sorumluluğunun Ayırıcı Özellikleri ve Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural ile Düzenlenmesi Sorunu, II. Bası, Erzurum, 1997
- TILLOTSON, John : Contract Law in Perspective, London, 1985
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin : 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satışlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi, AÜHFD, 1989-1990, C.41, S.1-4 (Anılış: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara, 1996)
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin : Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1996

- TODD, Paul : Cases and Materials on International Trade Law, London, 2003
- TOKER, Gümrah : 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara, 2005
- TRAKMAN, Leon, E. : 'Declaring Force Majeure: Veracity or Sham?' Erişim: 20.02.2008, [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=leon\\_trakman](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=leon_trakman)
- TREITEL, G.H. : Frustration and Force Majeure, London, 2004
- TUNÇOMAĞ, Kenan : 'Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler', İÜHFM, C. XXXII, S. 1, İstanbul, 1966 (Anılış: Muamelenin Temeli ile ilgili Objektif Görüşler)
- TUNÇOMAĞ, Kenan : Borçlar Hukuku C.I-Genel Hükümler, İstanbul, 1972 (Anılış: Borçlar Genel)
- TUÑÓN, Arnau, Muriá : The *Actio Quanti Minoris* and Sales of Goods Between Mexico and the U.S.: An Analysis of the Remedy of Reduction of the Price in the UN Sales Convention, CISG Article 50 and its Civil Law Antecedents, Pace Essay Submission, June, 1998, Erişim, 15.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/muria.html>
- ULUOCAK, Nihâl : Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul, 1989
- ULUSAN, İlhan : İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul, 1984
- UPEX, Robert/BENNET, Geoffrey : Davies on Contract, IX ed., London, 2004
- UYGUR, Turgut : Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. V, Ankara, 2003
- ÜNAL/Mehmet/ARAL, Fahrettin/BAŞPINAR, Veysel/KOCAAĞA, Köksal : Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, II. Bası, Ankara, 2003
- VANDAL, Frank : Strict Liability, NY, 1989
- van HOUTTE, Hans : 'Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda' in Gaillard ed. Transnational Rules in International Commercial Arbitration' ICC Publ. Nr. 480,4) Paris, 1993, Erişim: 28.09.2007, <http://tldb.uni->



- [koeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=117300&pubwithme...](http://www.koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=117300&pubwithme...) (Anılış: Pacta sund servanda)
- Van HOUTTE, Hans : The Law of International Trade, London, 1995
- VANTO, Jarno : ‘Remarks on the Manner in Which the Principles of European Contract Law may be used to Interpret or Supplement Article 50 of the CISG’, 2003, Erişim: 15.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp50.html>
- VILUS, Jelena : ‘Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer’ International sale of Goods, ed. SARCEVIC, Petar/ VOLKEN, Paul, Dubrovnik Lectures, Ocena (1986), Erişim: 17.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vilus.html>
- Von TUHR, Andreas : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich, 1974
- von TUHR, Andreas/ ESCHER, Arnold : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zürich, 1974
- von TUHR, Andreas : Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı, C.1-2, çev. EDEGE, Cevat, Ankara, 1983 (Anılış: Borçlar Hukuku)
- WALTER, Paula : ‘Commercial Impracticability in Contracts’ St John’s Law Review, V.61, 1986-1987
- WEINER, Jarrod : ‘The “Transnational” Political Economy: A Framework for Analysis’, Erişim: 19.02.2004 <file:///C:/WINDOWS/Desktop/WeinerTransnational%20Political%20Economy.htm>
- WEISKOPF, Nicholas, R. : ‘Frustration of Contractual Purpose-Doctrine or Myth?’, St John’s Law Review, V.70, 1996
- WHINCUP, Michael, H. : Contract Law and Practice, the English System and Continental Comparisons, The Hague, 2001
- WIENER, Jarrod : ‘The “Transnational” Political Economy: A Framework for Analysis’, Erişim 19.02.2004, <file:///C:/WINDOWS/Desktop/We'nerTransnat'onal%20Pol't'cal%20Economy/htm>
- WILKINSON, Vanessa L.D. : ‘The New Lex Mercatoria Reality or Academic Fantasy?’ Journal of

- International Arbitration, V. 12, N.2, 1995
- WILL, Michael : 'Article 50', The International sales Law, ed. BIANCA/BONELL, Milan 1987, Erişim: 20.10.2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/will-bb50.html>
- WOELKI-BOELE, Katharina : 'Principles and Private International Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and The Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts', ULR, 1996-4
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi : Ticari İşletme Hukuku, XI. Bası, İstanbul, 2006
- YAVUZ, Cevdet : Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989 (Anılış: Satıcının Satılanın Ayıplarından Sorumluluğu)
- YAVUZ, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2000 (Anılış: Borçlar Özel)
- YAVUZ, Cevdet : 'Yargıtay Kararları Işığında Alıcının Satılanın Ayıpları Sebebiyle Sözleşmeden Dönmesi ve Hükümleri', Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, 2004
- YELPAALA, Kojo : Choice of Law and Forum Clauses in International Transactions in Common Law Jurisdictions' ed. YELPAALA, Kojo/ RUBINA-SAMMARTANO, Mauro/ CAMPBELL, Denis, Drafting and Enforcing Contracts in Civil and Common Law Jurisdictions, Deventer, 1986
- ZEVKLİLER, Aydın : Medenî Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara, 1989 (Anılış: Medenî Hukuk)
- ZEVKLİLER, Aydın : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2001 (Anılış: Borçlar Genel)
- ZEVKLİLER, Aydın : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 7. Bası, Ankara, 2002
- ZEVKLİLER, Aydın/ AYDOĞDU, Murat : Tüketicinin Korunması Hukuku, III. Bası, Ankara, 2004
- ZIEGEL, Jacob, S. : The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives, Erişim: 26.09.2007,

- <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ziegel6html>,  
ZIMMERMANN, Reinhard : The New German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives, New York, 2005  
ZUNDEL, Michael : 'Equitable Reformation of Long- Term Contracts- The 'New Spirit' of ALCOA' Utah Law Review, N. 4; 1982

## **SÖZLÜKLER**

- GIFIS, Steven : H., Barron's legal Guides Law Dictionary, New York, 2003  
HORNBY, A.S./COWIE, : Oxford Dictionary, London, 1982  
A.P./GIMSON, A.C.  
OVACIK, Mustafa : İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, II. Bası, Ankara, 1986  
YILMAZ, Ejder : Hukuk Sözlüğü, Ankara, 1985

## **YABANCI KARARLAR**

- English Reports : V. 82 King's Bench Division  
English Reports : V. 122 King's Bench Division  
Zürich Ticaret Mahkemesinin 10 Şubat 1999 tarihli kararı, çev. JANAL, Ruth M. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/990210s1.html>, 30 Mayıs 2006  
Italy 14 January 1993 District Court Monza -Nuova Fucinati v. Fondmentall International, çev. MICHELINI, Alessandra, ICC Award No. 8486,-1996 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>  
Stokholm Ticaret Odasının Tahkim Enstitüsünün Verdiği 2001-117/1999 Sayılı Kararı  
Sapphire .International .Petroleums .Ltd. v. National .Iranian Oil Company [http://tldb.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=261600&pubwithmeta=ja&pubwithtac=ja&page=pub\\_show\\_document.php](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=261600&pubwithmeta=ja&pubwithtac=ja&page=pub_show_document.php),  
Karahah Bodas Company, L.I.c., Plaintiff-appellee, v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara United States Court of Appeals, Fifth Circuit.-335 F. 3d 357, Erişim: 20.06.2008, <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F3/335/357/515753>

## **DiĞER BELGELER**

- CISG Advisory Council Opinion No. 2 : Erişim:20.05.2008  
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op2.html>  
Guide to CISG Article 79 Secretariat Commentary : Erişim:04.10.2006  
<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/seco>

- Mücbir Sebep ve Beklenmeyen Hal [mm/secomm-79.html](http://www.unidroit.org/instruments/commercial-law/secomm-79.html)  
Milletlerarası Ticaret Odasının 421 sayılı  
Yayını
- Techniques for Covering the Risk of Exchange : Erişim: 04.03.2007 <http://www.eur-export.com/anglais/apptheo/finance/rischange/clauseindexa.htm>
- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts with Official Commentar (1994), : Article 7.1.7, N. 1532-1534, <http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.international.commercial.contracts.principles.1994.commented/7.1.7.html#1528> (Anılış: UNIDROIT Commentary)

## EKLER

### ***EK 1-Metin İçerisinde Yer Verilen Başlıca Hükümler***

#### **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması' nın 79 unucu maddesi<sup>1258</sup>:**

- (6) 1) Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden veya sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulamaz.
- (7) Taraflardan birinin ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmekle görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak;
- (a) Fıkra (1) uyarınca sorumluluktan kurtulmuş olduğu takdirde ve
- (b) Görevlendirmiş olduğu kişiye fıkra 1 uygulanacak olsaydı o da sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde mümkündür.
- (8) Bu maddede öngörülen sorumluluktan muafiyet, engelin var olduğu dönem için geçerlidir
- (9) İfa etmeyen taraf, engeli ve bu engelin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır.
- (10) Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez<sup>1259</sup>

---

<sup>1258</sup> Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulduğuna Dair Kanun Tasarısı (Esas NO. 1/338) 01.08.2006'da Meclis gündemine alınmıştır, Adalet Bakanlığının raporu beklenmektedir, Erişim:[http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun\\_tasarisi\\_sd.sorgu\\_\\_sonuc?taksim\\_no=1&kullanici\\_id\\_5772018&sonuc\\_sira:608](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.sorgu__sonuc?taksim_no=1&kullanici_id_5772018&sonuc_sira:608)

<sup>1259</sup>Maddenin çevirisinde 25.01.2005 tarihinde İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İÜHF Avrupa Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi ve İÜHF Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından Adalet bakanlığına tevdi edilmiş olan metin esas alınmıştır

**UNIDROIT İlkelerinin ‘Force Majeure’ başlıklı 7.1.7 nci maddesinin metni<sup>1260</sup>:**

(1)Ademi ifanın kendi kontrolü dışındaki bir engelden kaynaklandığını ve sözleşmenin yapılışı esnasında dikkate alması, onu önceden bildirmesi veya onun veya sonuçlarının üstesinden gelmesi kendisinden beklenemeyen borçlu, ademi ifanın sonuçlarından muaftır.

(2)Engel ancak geçici olduğu zaman, muafiyet, sözleşmenin ifası üzerinde engelin sonuçlarını dikkate alırken makul bir süre esnasında etkili olur.

(3) Borçlu alacaklıya engelin varlığını ve ifaya ilişkin tutumu üzerinde sonuçlarını tebliğ etmelidir. Engeli öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren makul bir sürede tebliğ muhataba ulaşmazsa borçlu, tebligatın alınmamasından doğan zarar nedeniyle tazminatla sorumlu olur.

(4) Bu maddenin hükümleri tarafların, sözleşmeye son verme, yükümlülüklerinin ifasını askıya alma veya vadesi gelen bir meblağ için faiz ödenmesine zorlama haklarının kullanılmasına engel teşkil etmez.

**UNIDROIT İlkelerinin ‘Öngörülemeyen Durumun Tanımı’ başlıklı 6.2.2 nci Maddesi nin Metni<sup>1261</sup>:**

Edimlerin dengesini temelinden değiştiren olayların meydana gelmesi halinde öngörülmeven durum vardır; ya borçların ifasının maliyeti artmıştır ya da karşı edimin değeri azalmıştır ve

- (a) Bu olaylar, sözleşmenin yapılışından sonra meydana gelmiş veya zarara uğrayan tarafça o zaman anlaşılmıştır;
- (b) Mağdur olan taraf sözleşmenin yapılması esnasında, böyle olayları makul olarak dikkate alamamıştır;
- (c) Bu olaylar mağdur tarafın kontrolü dışında oluşmuş ve
- (d) Bu olayların riskini mağdur olan taraf üstlenmemiştir.

<sup>1260</sup> Metnin çevirisinde UNIDROIT’ nın resmi web sitesinde yer alan Türkçe tercüme esas alınmıştır, **DAYINLARLI**, Kemal, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler, Ankara, 2005, Erişim: 12.04.2008: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>

<sup>1261</sup> **DAYINLARLI**, s. 103-4

**Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin ‘Bir Engel Nedeniyle Muafiyet’ Başlıklı 8:108 inci maddesinin metni<sup>1262</sup>:**

- (5) Taraflardan biri, borcunu ifa edememesinin, kendi kontrolü dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve sözleşme yapılırken bu engeli ya da doğuracağı sonuçları dikkate almasının, engelden kaçınmasının ya da üstesinden gelmesinin beklenemeyeceğini ispatlaması halinde sorumluluktan kurtulur
- (6) Engelin geçici olduğu durumlarda, bu maddenin getirdiği muafiyet engelin var olduğu süre boyunca geçerlidir. Ancak, eğer bu gecikme sözleşmenin esaslı ihlali anlamına geliyorsa, alacaklı sözleşmeyi sona erdirebilir.
- (7) İfade bulunamayan borçlu, durumdan haberdar olduktan makul bir süre sonra engelin varlığını ve bu engelin ifaya olan etkisinin ne olduğunu gösteren bir ihbarın alacaklıya ulaşmasını sağlamalıdır. Alacaklı, böyle bir ihbarın alınmamasından doğan her tür zararını tazmin edebilir
- (8) Bu maddenin hükümleri tarafların, sözleşmeye son verme, yükümlülüklerinin ifasını askıya alma veya vadesi gelen bir meblağ için faiz ödenmesine zorlama haklarının kullanılmasına engel teşkil etmez.

**Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri’nin ‘Değişen Durumlar’ başlığını taşıyan 6:111 inci maddesi:**

- (1) Taraflardan her biri, sözleşmeyle üstlenmiş olduğu borcun, ifası, ifa maliyeti arttığı ya da karşı edim alacağının değeri düştüğü için güçleşmiş olsa bile borcunu yerine getirmek zorundadır.
- (2) Bununla beraber, eğer borcun ifası, beklenmeyen bir durum nedeniyle aşırı derecede güçleşirse, taraflar, sözleşmeyi uyarlamak ya da sona erdirmek üzere sözleşmeyi müzakere etmek zorundadırlar; eğer
  - (a) beklenmeyen durum sözleşmenin yapılmasından sonra meydana gelmişse
  - (b) söz konusu beklenmeyen durumun sözleşme yapılırken dikkate alınması makul olarak mümkün değilse ve

---

<sup>1262</sup> Metnin çevirisi tarafımızdan yapılmıştır, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinin tüm maddelerinin çevirisi için bkz.**DAYINLARLI**, Kemal, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri, Dayınlarlı Yayınları, Ankara, 2005

(c) beklenmeyen durumun mağdur ettiği taraf sözleşme yapılırken bu riski üstlenmemişse.

(3)Eğer taraflar, makul bir süre içerisinde müzakerelerden sonuç alamazlarsa, mahkeme,

(a) tarihini ve şeklini kendisi belirlemek üzere sözleşmeyi sona erdirebilir ya da

(b) beklenmeyen durumdan doğan kâr ve zararı taraflar arasında adil ve eşit bir şekilde dağıtmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirebilir.

Her iki durumda da mahkeme, dürüstlük kuralına aykırı olarak müzakere talebini reddeden ya da müzakereleri yarıda bırakan tarafın bundan doğan zararı karşılamasına hükmedebilir.

### **Hükümlerin İngilizce Orijinal Metinleri:**

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)<sup>1263</sup>

Article 79

(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.

(2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:

(a) he is exempt under the preceding paragraph; and

(b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him

(3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exist

---

<sup>1263</sup> <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/treaty.html>



- (4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt.
- (5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.

### **Principles of International Commercial Contracts (PICC)<sup>1264</sup>**

#### *Article 7.1.7 (Force Majeure)*

- (1) Non-performance by a party is excused if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to avoid or overcome it or its consequences.
- (2) When the impediment is only temporary, the excuse shall have effect for such period as is reasonable having regard to the effect of the impediment on the performance of the contract.
- (3) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on its ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, it is liable for damages resulting from such non receipt.
- (4) Nothing in this article prevents a party from exercising a right to terminate the contract or to withhold performance or request interest on Money due.

#### **Article 6.2.2 (Definition of hardship)<sup>1265</sup>**

There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminish, and

---

<sup>1264</sup> DAYINLARLI, s. 115-6

<sup>1265</sup> DAYINLARLI, s. 103-4

- a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract;
- b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract;
- c) the events are beyond the control of the disadvantaged party, and
- d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party

**Principles of European Contract Law (PECL) Article 8:108: (Excuse Due to an Impediment)**

(1) A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its

control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences.

(2) Where the impediment is only temporary the excuse provided by this Article has effect for the period during which the impediment exists. However, if the delay amounts to a fundamental non-performance, the creditor may treat it as such.

(3) The non-performing party must ensure that notice of the impediment and of its effect on its ability to perform is received by the other party within a reasonable time after the non-performing party knew or ought to have known of these circumstances. The other party is entitled to damages for any loss resulting from the non-receipt of such notice<sup>1266</sup>.

**PECL Article 6:111: Change of Circumstances**

(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished.

---

<sup>1266</sup> Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu, Erişim:  
[http://frontpage.cbs.dk/law/commission\\_on\\_european\\_contract\\_law/](http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/)

(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that:

(a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract,

(b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and

(c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear.

(3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may:

(a) end the contract at a date and on terms to be determined by the court ; or

(b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.

In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.

**Türk Borçlar Kanunu Tasarısı<sup>1267</sup> nın ‘Aşırı İfa Güçlüğü’ başlığını taşıyan 137 nci maddesinin metni şöyledir:**

*‘Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara*

<sup>1267</sup> Borçlar Kanunu Tasarısı, Esas no. 1/499, 22 Ocak 2008’de Meclis gündemine alındıktan sonra Adalet Komisyonuna gönderilmiştir, halen Adalet Komisyonundadır, [http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun\\_tasarisi\\_sd.onerge\\_bilgileri?kanunlar\\_sira\\_no=60358](http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanun_tasarisi_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=60358)

*uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır’.*

## **EK 2-ULUSLARARASI TİCARÎ TAHKİMDE HAKEMLERİN ULUSLARARASI TİCARET HUKUKUNU UYGULADIKLARI KARARLARDAN ÖRNEKLER**

### **1. MTO’nın 8486 Sayılı Kararında UNIDROIT İlkelerine Yapılan Atıf**

MTO’nın tahkim divanının 1996 yılında verdiği bu kararına konu olayda Türk alıcı ile Hollandalı satıcı arasında bir uyuşmazlık çıkmıştır. Taraflar, sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukukun Hollanda hukuku olacağını kararlaştırmışlardır. Taraflar arasında kesme şeker üretiminde kullanılan bir makinenin kuruluşu için yapılmış bir sözleşme vardır. Sözleşme kurulduktan sonra Türk alıcı ödenmesi gereken bedelin ilk kısmını ödemekten kaçınmıştır. Türk alıcı, piyasalarda kesme şeker olan talebin aniden düşmüş olmasını ödeme yapmamasına gerekçe olarak göstermiştir. Tarafların aralarında sözleşmenin uyarlanması konusunda yapmış oldukları görüşmeler başarısız kalmıştır. Bunun üzerine Hollandalı satıcı sözleşmeden dönerek zararının ödenmesini talep etmiştir. Taraflar sözleşmelerinde uygulanacak hukukun Hollanda Hukuku olacağı konusunda bir hükme yer vermişlerdir. Türk alıcı yaptığı savunmada Hollanda Medenî Kanununun 6.258 inci maddesinde yer alan beklenmeyen durum şartına dayanmak istemiştir.

Davalının bu talebini reddeden mahkeme, beklenmeyen durumdan bahsedebilmek için taraflar arasındaki sözleşme dengesinin esaslı şekilde bozulması gerektiğini belirtmiştir. Bu olayda olduğu gibi borcun ifasının maliyetinin artmış olmasının beklenmeyen durumdan yararlanmak için yeterli olmayacağını belirtmiştir. Hakem heyeti bu sonuca ulaşırken sadece Hollanda Medenî Kanununun 6.258 inci maddesindeki hükme dayanmakla kalmamış, UNIDROIT İlkelerinin 6.2.1 inci

maddesinde yer alan beklenmeyen durumla ilgili düzenlemeden de yararlanmışır. Hakem heyetinin bu şekilde UNIDROIT İlkelerine de atıf yapması haklı bulunmuştur. Çünkü UNIDROIT İlkeleri uluslararası ticarî sözleşmeler alanında etkili olan yaklaşımı göstermektedir. Uluslararası ticari bir uyuşmazlık olan bu uyuşmazlığa da Hollanda hukuku uygulanırken varılan çözümün, UNIDROIT İlkelerine de uygun olduğunu belirtmek, verilen kararın, uluslararası ticaretin gereklerine ne kadar uygun olduğunu da göstermiş ve güven vermiş olmaktadır<sup>1268</sup>.

## **2. MTO'nun 10346 Sayılı Kararında UNIDROIT İlkelerine Yapılan Atıf**

Karara konu olayda Kolombiyalı iki firma elektrik satışı konusunda bir sözleşme yapmışlardır. Sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmede için davacı sözleşmenin ihlalden doğan zararının karşılanması için dava açmıştır. Davalı ise, savunmasında taraflar arasındaki sözleşmenin ilgili kamu kurumuna tescil ettirilmediği için geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Sözleşmede uyuşmazlık durumunda Kolombiya Hukuku' nun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Uyuşmazlık MTO tahkim divanına taşınmıştır. Burada hakem heyeti, uyuşmazlığa Kolombiya hukukunu ve MTO'nun Tahkim kurallarının 17/2 nci maddesine dayanarak sözleşme hükümlerini ve konuyla ilgili ticari örf ve adet kurallarını uygulamayı uygun görmüştür. Hakemler, uyuşmazlığa Kolombiya hukukunu uygulayarak taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olmadığına, çünkü sözleşmenin tescil ettirilmesinin taraflarının sadece birine ait olmayan müşterek bir borç olduğuna karar vermiştir. Hakem heyeti, bu kararın UNIDROIT İlkelerinin 5.3 üncü maddesinde yer alan taraflar arasında işbirliği yükümlülüğü ile ilgili maddenin ve 1.7 nci maddesindeki düzenlemeye aykırı olduğunu da belirtmiştir. Böylece, hakem heyeti ulusal bir hukukun uygulanması sonucunda verilmiş olan bu kararın 'modern uluslararası ticaret hukuku'na da uygun olduğunu ortaya koymuştur<sup>1269</sup>.

---

<sup>1268</sup> ICC Award No. 8486, Uniform Law Review, 1999-1, s. 168

<sup>1269</sup> ICC Award No:10346, Aralık 2000, ULR, 2003-3, s.762

### 3. MTO'nun 5713 Sayılı Kararında Viyana Satım Antlaşması' nın Uygulanması

MTO'nun tahkim divanında 1989 yılında karara bağlanan olayda taraflar, 1979 yılında bir satım sözleşmesi yapmışlardır. Alıcı kendisine gönderilen malların istenen nitelikte olmadığını iddia etmiştir. Malın ayıplı olduğunun karşı tarafa uygun süre içinde bildirilmiş olup olmadığı hususunda problem çıkmıştır. Hakem heyeti genelde kabul edilen kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak sözleşmeye uygulanacak hukukun satıcının ulusal hukuku olduğunu bulmuştur. Ancak hakem heyeti uyuşmazlığın çözümü için uygulanacak bu ulusal hukukun ayıbın ifası için çok kısa bir süre tespit etmiş olduğunu ileri sürmüş ve ulusal hukuku uygulamamıştır. Bunun yerine Viyana Satım Antlaşmasının ilgili maddelerini uygulamıştır<sup>1270</sup>. Hakem heyeti, uyuşmazlığa Viyana Satım Antlaşmasını uygulamasının sebebinin, bu Antlaşmanın, söz konusu uyuşmazlık konusu ile ilgili ticarî gelenekleri gösteriyor olmasına bağlamıştır<sup>1271</sup>.

Hakem heyetinin Viyana Satım Antlaşmasına atıf yapması uluslararası ticaret hukukunun niteliği ile ilgili bazı soruları da akla getirmiştir. Örneğin bu satım sözleşmesinin yapıldığı tarihte ULIS yeknesak kuralları imzalanmıştı. Söz konusu uyuşmazlığa Viyana Satım Antlaşmasının değil de ULIS'in uygulanmasının daha uygun olup olmayacağı tartışılmıştır. Ancak ULIS, imzalandığı 1964 tarihinden bu uyuşmazlığın konusu olan satım sözleşmesinin yapıldığı 1979'a kadar geçen süre içerisinde sadece 8 ülke tarafından kabul edilmişti. Bu yüzden de hakem heyeti, uyuşmazlığın çıktığı tarihte daha geniş bir kabul gören Viyana Satım Antlaşmasının ticari gelenekleri daha iyi yansıttığını kabul etmiş ve bu düşünceyle hareket etmiş olabilir<sup>1272</sup>.

<sup>1270</sup> 1990 XX ICCA Yearbook 70; Jarvin, Collection of ICC Arbitral Awards, V.II, s.223, naklen **GOODE**, Transnational Commercial Law, s. 22

<sup>1271</sup> **GOODE**, Transnational Commercial Law, s. 22; **BETTO**, Jean-Georges, 'International Arbitration Awards Digest, Force Majeure-Principles, Usages, Lex Mercatoria-Incoterms' IBLJ, N.7, 2002, s. 845

<sup>1272</sup> **GOODE**, Transnational Commercial Law, s. 23

#### **4. MTO'nun 233 Sayılı Kararında Uluslararası Ticaret Hukukunun Uygulanması**

Bazen taraflarca uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak seçilen hukukta söz konusu uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak düzenlemeler bulunmayabilir. MTO'nun tahkim divanında 1992 yılında verilen 233 numaralı kararda uyuşmazlık konusu olayın tarafları, uygulanacak hukuk olarak Mısır hukukunu seçmişlerdi, ama Mısır Hukuku'nda bu uyuşmazlığı sonuca bağlayacak bir düzenleme bulunmadığı için hakemler 'uluslararası ticaret hukuk' un uygulanmasının en iyi çözüm olacağına karar vermişlerdir<sup>1273</sup>.

#### **5. Stokholm Ticaret Odasının 2001-117/1999 sayılı Kararında UNIDROIT İlkeleri' nin Uygulanması**

Karara konu olayda iki Çinli ve bir Avrupalı şirket teknolojik işbirliği ve teknoloji değişimi konularında bir sözleşme yapmışlardır. Taraflar arasındaki sözleşmede sıkı bir gizlilik şartına ve rekabet etmeme şartına yer verilmiştir. Avrupalı şirket, Çinli şirketlerden birini sözleşmede yer alan bu şartlara uymadığı için sözleşmenin ihlâlinden doğan zararının tazminini istemiştir. Sözleşmede uyuşmazlıkların Stokholm Ticaret Odasının Tahkim Enstitüsü tarafından çözüleceğine dair bir şart vardır.

Taraflar arasındaki sözleşmede uygulanacak hukuk konusunda belirsizlik vardır. Davacı uyuşmazlığa tahkim yeri hukuku ve tarafsız hukuk durumunda olması nedeniyle İsveç Hukuku'nun uygulanmasını ya da karakteristik edim olan lisansın verildiği yer olan Lüksemburg Hukuku' nun uygulanması gerektiğini iddia etmektedir. Davalı ise, sözleşmenin yapıldığı yer ve sözleşmeden doğan borcun büyük bir kısmının ifa yeri olan Çin hukukunun uygulanması gerektiğini iddia etmektedir.

Hakemler, Stokholm Ticaret Odasının Tahkim Enstitüsü' nün Tahkim Kurallarının 24(1) inci maddesine göre; *'taraflar arasında uygulanacak hukuk konusunda bir anlaşma yoksa hakem heyeti kendisinin en uygun bulduğu hukuku*

---

<sup>1273</sup> **GOODE**, Transnational Commercial Law, s. 31

*uygular'* kuralını uygulamışlardır. Hakem heyeti, bu uyuşmazlığa herhangi bir ulusal hukuku uygulamaktan kaçınmıştır. Bunun yerine uluslararası ticarete önemli yere sahip olan ülkelerin kabul ettiği uluslararası kodifikasyonların kurallarını uygulamayı uygun bulmuştur. Uluslararası kodifikasyonlar içinde Viyana Satım Antlaşması sadece satım sözleşmesi ile ilgili olduğundan ve diğer düzenlemeler de bu uyuşmazlığın konusu olan lisans sözleşmesine doğrudan doğruya uygulanma imkânına sahip olmadığı için uygulanabilecek düzenleme olarak geriye bir tek UNIDROIT İlkeleri kalmaktadır. Hakem heyeti UNIDROIT İlkelerinin çok yaygın bir uygulaması olduğunu, bütün gelişmiş ülkelerde olmasa bile bu ülkelerin çoğunun ticari ilişkilerine hakim olan temel İlkelerin bir yansıması niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Bu yüzden hakem heyeti uyuşmazlığa UNIDROIT İlkelerinin uygulanmasını uygun bulmuştur. UNIDROIT İlkelerinin çözüm bulamadığı hususlarda ise İsveç Hukuku gibi tarafsız bir hukukun düzenlemelerinden yararlanılabileceğine karar vermiştir<sup>1274</sup>.

## **6.Lozan Ticaret Odasının 17 Mayıs 2002 Tarihli Kararında UNIDROIT İlkelerinin Uygulanması**

Karara konu olan uyuşmazlığın taraflarından biri Türk, diğeri Batı Hint Adalarındandı. Aralarındaki sözleşme oldukça karmaşık bir tedarik sözleşmesiydi. Taraflar, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak sözleşmelerinde birbiriyle çelişen 2 hukuk seçimi yapmışlardı. Bunlar İsviçre ve İngiliz Hukuklarıydı. Uyuşmazlığa bakan hakemler, taraflara uyuşmazlığın UNIDROIT İlkelerine göre çözüme kavuşturulmasını önermişlerdir.Taraflar da UNIDROIT İlkelerinin seçmiş oldukları iki hukukta da ortak olan ilkeleri içerdiklerine ikna olmuş ve bu öneriyi kabul etmişlerdir<sup>1275</sup>.

---

<sup>1274</sup> Stokholm Ticaret Odasının Tahkim Enstitüsünün verdiği 2001-117/1999 sayılı kararı, ULR 2003-3

<sup>1275</sup> KRONKE, Herbert, UNIDROIT Principles of International Contracts Role in International Dispute Resolution, Seminar co-sponsored by the Chamber of Commerce of Santiago and the Center for Arbitration and Mediation (CAM), Santiago, 13 June, 2007, Erişim:20.06.2008  
[www.ccs.cl/html/eventos/2007/doc/Santiago%20PICC%2013%20June%202007.ppt](http://www.ccs.cl/html/eventos/2007/doc/Santiago%20PICC%2013%20June%202007.ppt) , s.8



## **EK 2-ULUSLARARASI TİCARÎ TAHKİMDE HAKEMLERİN ULUSLARARASI TİCARET HUKUKUNU UYGULADIKLARI KARARLARDAN ÖRNEKLER**

### **1. MTO'nun 8486 Sayılı Kararında UNIDROIT İlkelerine Yapılan Atıf**

MTO'nun tahkim divanının 1996 yılında verdiği bu kararına konu olayda Türk alıcı ile Hollandalı satıcı arasında bir uyuşmazlık çıkmıştır. Taraflar, sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukukun Hollanda hukuku olacağını kararlaştırmışlardır. Taraflar arasında kesme şeker üretiminde kullanılan bir makinenin kuruluşu için yapılmış bir sözleşme vardır. Sözleşme kurulduktan sonra Türk alıcı ödenmesi gereken bedelin ilk kısmını ödemekten kaçınmıştır. Türk alıcı, piyasalarda kesme şeker talebin aniden düşmüş olmasını ödeme yapmamasına gerekçe olarak göstermiştir. Tarafların aralarında sözleşmenin uyarlanması konusunda yapmış oldukları görüşmeler başarısız kalmıştır. Bunun üzerine Hollandalı satıcı sözleşmeden dönerek zararının ödenmesini talep etmiştir. Taraflar sözleşmelerinde uygulanacak hukukun Hollanda Hukuku olacağı konusunda bir hükme yer vermişlerdir. Türk alıcı yaptığı savunmada Hollanda Medenî Kanununun 6.258 inci maddesinde yer alan beklenmeyen durum şartına dayanmak istemiştir.

Davalının bu talebini reddeden mahkeme, beklenmeyen durumdan bahsedebilmek için taraflar arasındaki sözleşme dengesinin esaslı şekilde bozulması gerektiğini belirtmiştir. Bu olayda olduğu gibi borcun ifasının maliyetinin artmış olmasının beklenmeyen durumdan yararlanmak için yeterli olmayacağını belirtmiştir. Hakem heyeti bu sonuca ulaşırken sadece Hollanda Medenî Kanununun 6.258 inci maddesindeki hükme dayanmakla kalmamış, UNIDROIT İlkelerinin 6.2.1 inci maddesinde yer alan beklenmeyen durumla ilgili düzenlemeden de yararlanmıştır. Hakem heyetinin bu şekilde UNIDROIT İlkelerine de atıf yapması haklı bulunmuştur. Çünkü UNIDROIT İlkeleri uluslararası ticarî sözleşmeler alanında etkili olan yaklaşımı göstermektedir. Uluslararası ticari bir uyuşmazlık olan bu uyuşmazlığa da Hollanda hukuku uygulanırken varılan çözümün, UNIDROIT

İlkelerine de uygun olduğunu belirtmek, verilen kararın, uluslararası ticaretin gereklerine ne kadar uygun olduğunu da göstermiş ve güven vermiş olmaktadır<sup>1276</sup>.

## **2. MTO'nun 10346 Sayılı Kararında UNIDROIT İlkelerine Yapılan Atıf**

Karara konu olayda Kolombiyalı iki firma elektrik satışı konusunda bir sözleşme yapmışlardır. Sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmediği için davacı sözleşmenin ihlalden doğan zararının karşılanması için dava açmıştır. Davalı ise, savunmasında taraflar arasındaki sözleşmenin ilgili kamu kurumuna tescil ettirilmediği için geçersiz olduğunu iddia etmiştir. Sözleşmede uyuşmazlık durumunda Kolombiya Hukuku'nun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Uyuşmazlık MTO tahkim divanına taşınmıştır. Burada hakem heyeti, uyuşmazlığa Kolombiya hukukunu ve MTO'nun Tahkim kurallarının 17/2 nci maddesine dayanarak sözleşme hükümlerini ve konuyla ilgili ticari örf ve adet kurallarını uygulamayı uygun görmüştür. Hakemler, uyuşmazlığa Kolombiya hukukunu uygulayarak taraflar arasındaki sözleşmenin geçersiz olmadığına, çünkü sözleşmenin tescil ettirilmesinin taraflarının sadece birine ait olmayan müşterek bir borç olduğuna karar vermiştir. Hakem heyeti, bu kararın UNIDROIT İlkelerinin 5.3 üncü maddesinde yer alan taraflar arasında işbirliği yükümlülüğü ile ilgili maddenin ve 1.7 nci maddesindeki düzenlemeye aykırı olduğunu da belirtmiştir. Böylece, hakem heyeti ulusal bir hukukun uygulanması sonucunda verilmiş olan bu kararın 'modern uluslararası ticaret hukuku'na da uygun olduğunu ortaya koymuştur<sup>1277</sup>.

## **3. MTO'nun 5713 Sayılı Kararında Viyana Satım Antlaşması'nın Uygulanması**

MTO'nun tahkim divanında 1989 yılında karara bağlanan olayda taraflar, 1979 yılında bir satım sözleşmesi yapmışlardır. Alıcı kendisine gönderilen malların istenen nitelikte olmadığını iddia etmiştir. Malın ayıplı olduğunun karşı tarafa uygun süre içinde bildirilmiş olup olmadığı hususunda problem çıkmıştır. Hakem heyeti genelde kabul edilen kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak sözleşmeye uygulanacak hukukun satıcının ulusal hukuku olduğunu bulmuştur. Ancak hakem

---

<sup>1276</sup> ICC Award No. 8486, Uniform Law Review, 1999-1, s. 168

<sup>1277</sup> ICC Award No:10346, Aralık 2000, ULR, 2003-3, s.762

heyeti uyuşmazlığın çözümü için uygulanacak bu ulusal hukukun ayıbın ifası için çok kısa bir süre tespit etmiş olduğunu ileri sürmüş ve ulusal hukuku uygulamamıştır. Bunun yerine Viyana Satım Antlaşmasının ilgili maddelerini uygulamıştır<sup>1278</sup>. Hakem heyeti, uyuşmazlığa Viyana Satım Antlaşmasını uygulamasının sebebinin, bu Antlaşmanın, söz konusu uyuşmazlık konusu ile ilgili ticarî gelenekleri gösteriyor olmasına bağlamıştır<sup>1279</sup>.

Hakem heyetinin Viyana Satım Antlaşmasına atıf yapması uluslararası ticaret hukukunun niteliği ile ilgili bazı soruları da akla getirmiştir. Örneğin bu satım sözleşmesinin yapıldığı tarihte ULIS yeknesak kuralları imzalanmıştı. Söz konusu uyuşmazlığa Viyana Satım Antlaşmasının değil de ULIS'in uygulanmasının daha uygun olup olmayacağı tartışılmıştır. Ancak ULIS, imzalandığı 1964 tarihinden bu uyuşmazlığın konusu olan satım sözleşmesinin yapıldığı 1979'a kadar geçen süre içerisinde sadece 8 ülke tarafından kabul edilmişti. Bu yüzden de hakem heyeti, uyuşmazlığın çıktığı tarihte daha geniş bir kabul gören Viyana Satım Antlaşmasının ticarî gelenekleri daha iyi yansıttığını kabul etmiş ve bu düşünceyle hareket etmiş olabilir<sup>1280</sup>.

#### **4. MTO'nun 233 Sayılı Kararında Uluslararası Ticaret Hukukunun Uygulanması**

Bazen taraflarca uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak seçilen hukukta söz konusu uyuşmazlığı çözüme kavuşturacak düzenlemeler bulunmayabilir. MTO'nun tahkim divanında 1992 yılında verilen 233 numaralı kararda uyuşmazlık konusu olayın tarafları, uygulanacak hukuk olarak Mısır hukukunu seçmişlerdi, ama Mısır Hukuku'nda bu uyuşmazlığı sonuca bağlayacak bir düzenleme bulunmadığı için hakemler 'uluslararası ticaret hukuk' un uygulanmasının en iyi çözüm olacağına karar vermişlerdir<sup>1281</sup>.

<sup>1278</sup> 1990 XX ICCA Yearbook 70; Jarvin, Collection of ICC Arbitral Awards, V.II, s.223, naklen **GOODE**, Transnational Commercial Law, s. 22

<sup>1279</sup> **GOODE**, Transnational Commercial Law, s. 22; **BETTO**, Jean-Georges, 'International Arbitration Awards Digest, Force Majeure-Principles, Usages, Lex Mercatoria-Incoterms' IBLJ, N.7, 2002, s. 845

<sup>1280</sup> **GOODE**, Transnational Commercial Law, s. 23

<sup>1281</sup> **GOODE**, Transnational Commercial Law, s. 31

## 5. Stokholm Ticaret Odasının 2001-117/1999 sayılı Kararında UNIDROIT İlkeleri' nin Uygulanması

Karara konu olayda iki Çinli ve bir Avrupalı şirket teknolojik işbirliği ve teknoloji değişimi konularında bir sözleşme yapmışlardır. Taraflar arasındaki sözleşmede sıkı bir gizlilik şartına ve rekabet etmeme şartına yer verilmiştir. Avrupalı şirket, Çinli şirketlerden birini sözleşmede yer alan bu şartlara uymadığı için sözleşmenin ihlâlinden doğan zararının tazminini istemiştir. Sözleşmede uyuşmazlıkların Stokholm Ticaret Odasının Tahkim Enstitüsü tarafından çözüleceğine dair bir şart vardır.

Taraflar arasındaki sözleşmede uygulanacak hukuk konusunda belirsizlik vardır. Davacı uyuşmazlığa tahkim yeri hukuku ve tarafsız hukuk durumunda olması nedeniyle İsveç Hukuku'nun uygulanmasını ya da karakteristik edim olan lisansın verildiği yer olan Lüksemburg Hukuku' nun uygulanması gerektiğini iddia etmektedir. Davalı ise, sözleşmenin yapıldığı yer ve sözleşmeden doğan borcun büyük bir kısmının ifa yeri olan Çin hukukunun uygulanması gerektiğini iddia etmektedir.

Hakemler, Stokholm Ticaret Odasının Tahkim Enstitüsü' nün Tahkim Kurallarının 24(1) inci maddesine göre; '*taraflar arasında uygulanacak hukuk konusunda bir anlaşma yoksa hakem heyeti kendisinin en uygun bulduğu hukuku uygular*' kuralını uygulamışlardır. Hakem heyeti, bu uyuşmazlığa herhangi bir ulusal hukuku uygulamaktan kaçınmıştır. Bunun yerine uluslararası ticarete önemli yere sahip olan ülkelerin kabul ettiği uluslararası kodifikasyonların kurallarını uygulamayı uygun bulmuştur. Uluslararası kodifikasyonlar içinde Viyana Satım Antlaşması sadece satım sözleşmesi ile ilgili olduğundan ve diğer düzenlemeler de bu uyuşmazlığın konusu olan lisans sözleşmesine doğrudan doğruya uygulanma imkânına sahip olmadığı için uygulanabilecek düzenleme olarak geriye bir tek UNIDROIT İlkeleri kalmaktadır. Hakem heyeti UNIDROIT İlkelerinin çok yaygın bir uygulaması olduğunu, bütün gelişmiş ülkelerde olmasa bile bu ülkelerin çoğunun ticari ilişkilerine hakim olan temel İlkelerin bir yansıması niteliğinde olduğunu

belirtmiştir. Bu yüzden hakem heyeti uyuşmazlığa UNIDROIT İlkelerinin uygulanmasını uygun bulmuştur. UNIDROIT İlkelerinin çözüm bulamadığı hususlarda ise İsveç Hukuku gibi tarafsız bir hukukun düzenlemelerinden yararlanılabileceğine karar vermiştir<sup>1282</sup>.

## **6. Lozan Ticaret Odasının 17 Mayıs 2002 Tarihli Kararında UNIDROIT İlkelerinin Uygulanması**

Karara konu olan uyuşmazlığın taraflarından biri Türk, diğeri Batı Hint Adalarındandı. Aralarındaki sözleşme oldukça karmaşık bir tedarik sözleşmesiydi. Taraflar, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak sözleşmelerinde birbiriyle çelişen 2 hukuk seçimi yapmışlardı. Bunlar İsviçre ve İngiliz Hukuklarıydı. Uyuşmazlığa bakan hakemler, taraflara uyuşmazlığın UNIDROIT İlkelerine göre çözüme kavuşturulmasını önermişlerdir. Taraflar da UNIDROIT İlkelerinin seçmiş oldukları iki hukukta da ortak olan ilkeleri içerdiklerine ikna olmuş ve bu öneriyi kabul etmişlerdir<sup>1283</sup>.

---

<sup>1282</sup> Stokholm Ticaret Odasının Tahkim Enstitüsünün verdiği 2001-117/1999 sayılı kararı, ULR 2003-3

<sup>1283</sup> KRONKE, Herbert, UNIDROIT Principles of International Contracts Role in International Dispute Resolution, Seminar co-sponsored by the Chamber of Commerce of Santiago and the Center for Arbitration and Mediation (CAM), Santiago, 13 June, 2007, Erişim:20.06.2008  
[www.ccs.cl/html/eventos/2007/doc/Santiago%20PICC%2013%20June%202007.ppt](http://www.ccs.cl/html/eventos/2007/doc/Santiago%20PICC%2013%20June%202007.ppt) , s.8