

CISG UYGULAMASINDA TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI

*Arş. Gör. Tuba BİRİNCİ UZUN**

ÖZET

1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) kapsamında tarafların sözleşmeden doğan sorumluluğu, hukuki niteliği itibariyle bir kusursuz sorumluluktur. Antlaşmanın 74. maddesinin 1. cümlesinde “Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir.” denmektedir. Bu noktada, antlaşmanın tazminat sorumluluğu bakımından tam tazmin ilkesini benimsediği görülmektedir. Kusursuz sorumluluk ilkesi ile tam tazmin ilkesinin benimsenmesi dolayısıyla sözleşmeyi ihlal eden tarafın, ağır bir sorumluluk altına sokulması nedeniyle antlaşma, tazminat sorumluluğunu sınırlandırma ihtiyacı duymuştur. İşte antlaşmanın 74. maddesinin 2. cümlesi bu ihtiyacı karşılamaya yöneliktir. Buna göre sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, sözleşmeyi ihlal eden tarafın ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarı, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.

Anahtar Kelimeler

Viyana Satım Sözleşmesi, sözleşmenin ihlali, öngörülebilirlik ilkesi, tam tazmin, kusursuz sorumluluk.

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

ABSTRACT

Art. 74 CISG sets forth two basic principles concerning the recovery and the calculation of damages under the convention. The remedial system of the CISG is based on strict liability principle. The party in breach will therefore be liable for damages even if he was not negligent. In addition to this, the first sentence of the provision states that damages consist of a sum equal to the loss (including loss of profit) that the other party suffered as a consequence of the breach, which refers full compensation principle. The second sentence of the provision introduces the famous foreseeability principle which smooths the remedial system of the CISG based on strict liability and full compensation principles. Under this, the damages recoverable may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract as a possible consequence of the breach.

Keywords

CISG, breach of contract, foreseeability principle, full compensation, strict liability, damages.

GİRİŞ

1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), önemli bir uluslararası özel hukuk metni olmasının yanı sıra, başarılı bir yeknesaklaştırma çalışmasıdır¹. Antlaşmanın bir diğer özelliği ise dünya üzerinde uygulanmakta olan iki temel hukuk sistemini -*common law* ve *civil law* - ifa engelleri hukuku bakımından bir araya getirmiş olmasıdır². CISG, Türkiye bakımından 01.08.2011 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türk hukukunun bir parçası haline gelmiştir³. Bu nedenle antlaşmanın doğru anlaşılması hususu, Türk hukuku ve hukukçuları bakımından ayrıca önem taşımaktadır.

Bu antlaşma, uluslararası taşınır mal satım sözleşmelerine uygulanacak ulusal hukukun tespitine yönelik milletlerarası özel hukuk kuralları içeren bir antlaşma niteliğinde değildir⁴. Antlaşma hükümleri, uluslararası nitelik taşıyan taşınır mal satım sözleşmelerine uygulanacak maddi hukuk kurallarını

¹ **Will**, Michael R.: Milletlerarası Mal Satım Hukuku ve Milletlerarası Tahkim, 1. Baskı, Ankara 2002, s. 22; **Zeytin**, Zafer: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2011, s. 26.

² **Atamer**, Yeşim M.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul 2005, s. 281; **Saidov**, Djakhongir: The Law of Damages in the International Sale of Goods The CISG and Other International Instruments, Oregon 2008, s. 8.

³ Bu antlaşma, 14 Nisan 2009 tarih ve 27200 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 5870 sayılı kanun ile uygun bulunarak kabul edilmiştir. Antlaşmaya katılma belgesi, 07 Nisan 2010 tarih ve 27545 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 11 Mart 2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine tevdi edilmiştir. Antlaşma, CISG md.101 f.1 uyarınca Türkiye bakımından katılma belgesinin tevdi edildiği 01.08.2010 tarihinden itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde, 01.08.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴ **Zeytin**, Zafer: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasının Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme”, *BATİDER*, C.XXIV, S. 3, 2008, s. 230. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tiryakioğlu**, Bilgin: “11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi”, *AÜHFĐ*, S. 41, 1989-1990, s. 192-205.

düzenlemektedir⁵. Antlaşma uyarınca bir satım sözleşmesinin uluslararası olarak nitelendirilebilmesi için aranan şart, sözleşme taraflarının işyerlerinin farklı âkit ülkelerde bulunmasıdır⁶. Sözleşme taraflarının işyerlerinin farklı âkit ülkelerde bulunması halinde, antlaşma hükümleri doğrudan uygulama alanı bulur (md.1 f.1 b.a). Bununla birlikte, forum ülkesinin milletlerarası özel hukuk kurallarının bir âkit ülkenin hukukuna gönderme yapması halinde, antlaşma dolaylı olarak uygulama alanı bulur (md.1 f.1 b.b)⁷.

Antlaşma kapsamında bulunan konuları şu şekilde özetlemek mümkündür: sözleşmenin kurulması, sözleşmenin yorumlanması, satıcının sözleşmeden doğan yükümlülükleri, satıcının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde alıcının hakları, alıcının sözleşmeden doğan yükümlülükleri, alıcının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde satıcının hakları, hasarın intikali ve hem satıcı hem de alıcı bakımından uygulanabilecek ortak hükümler.

Antlaşma uyarınca taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde tazminat, her zaman başvurulabilecek bir hukuki yol olarak karşımıza çıkar. Tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler, antlaşmanın hem satıcı hem de alıcı bakımından uygulanabilecek ortak hükümler bölümünde yer almaktadır. Antlaşmanın 74. maddesi, tazminat sorumluluğuna ilişkin temel düzen-

⁵ **Bergsten**, Eric: “Methodological Problems in the Drafting of the CISG”, *CISG Methodology*, Eds: Janssen, Andre/Meyer, Olaf, Sellier European Law Publishers, 2009, s. 13.

⁶ **Erdem**, H. Ercümet: “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *BATİDER*, C.XVI, S. 3, 1992, s. 42. Antlaşmanın uygulanması bakımından aranan sözleşme taraflarının işyerlerinin farklı âkit ülkelerde bulunması koşulu, yazar tarafından *temel koşul* olarak ifade edilmektedir.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, Yeşim M.: “Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı”, *İBD* 1995, C.69, S. 10-11-12, s. 51-568; **Erdem**, Ercüment: “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, *İzmir Barosu Dergisi*, S. 54, 1989/1, s. 90-107; **Heiderhoff**, Bettina: “CISG’in Uygulama Alanı: Konu Bakımından” (Çeviren: Ajda Gençsoy), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim M. Atamer, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 25 vd.; **Toker**, Ali Gümrah: *Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyanalı Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, 1. Baskı, Ankara 2005, s. 27.

leme niteliğindedir. İlgili maddenin ikinci cümlesinde, “Söz konusu tazminat, ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak *öngördüğü* veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında *öngörmesi gerektiği* zararı aşamaz.”denmektedir. Buradan hareketle söz konusu tazminat sorumluluğunun, öngörülebilir zararlar ile sınırlı bir sorumluluk olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Tazminat sorumluluğunun öngörülebilirlik ilkesi ile sınırlandırılması ve tazmini talep edilen zararların öngörü testine tabi tutulması CISG uygulaması bakımından öne çıkan, dikkat çeken ve Türk hukuku bakımından alışık olmadığımız hususlardandır.

İşte bu çalışmada, antlaşma kapsamında söz konusu olan tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması konusu işlenecek ve bu noktada devreye giren öngörülebilirlik ilkesi ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle CISG uygulaması bakımından söz konusu olan tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasının mantığını kavrayabilmek, başka bir deyişle antlaşmanın neden tazminat sorumluluğunu sınırlandırma ihtiyacı duyduğunu anlayabilmek için CISG tazminat sisteminin genel özellikleri ve bu sistem içinde öngörülebilirlik ilkesinin yeri incelenecektir. Daha sonra öngörülebilirlik ilkesinin kavramsal boyutu, gelişimi ve unsurları ele alınacak; bu ilke kapsamında olduğu kabul edilen zarar kalemleri üzerinde durulacaktır. Sonuç bölümünde ise CISG uygulaması bakımından tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında yararlanılan öngörülebilirlik ilkesi, Türk-İsviçre sorumluluk hukukunun asli şartlarından bir başka deyişle kurucu unsurlarından olan illiyet bağı ve tazminatın hesaplanmasında dikkate alınan indirim sebepleri ile karşılaştırılacak ve benzerlikleri ile farklılıkları üzerinde durulacaktır.

I. ANTLAŞMA, TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN KAPSAMINI NEDEN ÖNGÖRÜLEBİLİR ZARARLAR İLE SINIRLI TUTMUŞTUR?

Antlaşma incelendiğinde ifa engellerine ilişkin düzenlemelerin Türk-İsviçre Borçlar Hukuku’ndan oldukça farklı olduğu anlaşılmaktadır. Antlaşmada Türk-İsviçre Borçlar Hukuku’nun aksine, sözleşmeye aykırılık hallerine göre bir ayırım yapılmamıştır. Başka bir deyişle sözleşmeye aykırılık

halleri; objektif imkânsızlık/sübjektif imkânsızlık, önceki imkânsızlık⁸/sonraki imkânsızlık⁹, temerrüt, ayıplı ifa (kötü ifa)¹⁰, *aliud* ifa¹¹ veya eksik ifa gibi ayırımlara tabi tutulmamıştır¹². Antlaşmada bunların hepsi, sözleşmenin ihlali (*breach of contract*) çatısı altında toplanmıştır¹³.

CISG ifa engelleri sisteminin bu şekilde formüle edilmesinde *common law* hukuk sistemi etkili olmuştur. Zira *common law* hukuk sisteminde borçlunun (satıcının), sözleşme ile üstlendiği borcu, ifa unsurlarına uygun olarak yerine getireceğini garanti ettiği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, borçlunun sözleşme ile üstlenmiş olduğu bütün yükümlülükler, birer garanti taahhüdüdür. Yani borçlu sözleşme ile borcunu ifa zamanında, ifa yerinde ve ifa konusuna uygun olarak yerine getireceğini garanti etmektedir. Dolayısıyla bu sistemde objektif/sübjektif imkânsızlık, önceki/sonraki imkânsızlık,

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Altunkaya**, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, 1.Baskı, Ankara 2005; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014, s. 1038; **Oğuzman**, Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 11. Baskı, İstanbul 2013, s.89 vd.; **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 14.Bası, Ankara 2011, s. 96 vd.; **Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 76.

⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Baçoğlu**, Başak: “Borcun İfasındaki İmkânsızlık”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, 1.Baskı, İstanbul 2013, s. 307-347; **Gündoğdu**, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014; Eren, Borçlar Hukuku, s. 1036 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 388 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 642 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, s. 246 vd.; **Tandoğan**, Haluk: Türk Mes’uliyet Hukuku, 1961 Tarihli Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010, s. 395 vd.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Aral**, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, 1. Baskı, Ankara 2011; **Oğuzman/Öz**, s.483 vd.; Eren, Borçlar Hukuku, s. 1047 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 646 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, s. 245 vd.; **Tandoğan**, s. 398 vd.

¹¹ **Acemoğlu**, Kevork: “Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.6, S.9, 1972, s. 19-29; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 915-916.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, Yeşim: “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, C.I, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 317-361; **Serozan**, Rona: “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku”, *İÜHFİM*, C. LVIII, S.1-2, 2000, s. 233.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sert**, Selin: Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul 2013.

temerrüt, ayıplı ifa, *aliud* ifa veya eksik ifa hallerinin hepsi sözleşmenin ihlali kapsamındadır. Ayrıca *common law* hukuk sisteminde asli veya tali yükümlülüklerin ihlal edilmesi hiçbir ayırım gözetilmeksizin sözleşmeye aykırılık teşkil eder¹⁴. Antlaşma bakımından da tıpkı *common law* hukuk sisteminde olduğu gibi yeknesak bir sözleşmeye aykırılık sistemi kabul edilmiştir. Bu yönüyle antlaşma, bizim hukukumuzdan önemli ölçüde farklılık gösterir.

Antlaşma bakımından satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde alıcının seçimlik hakları gündeme gelir¹⁵. Bunlar aynen ifa¹⁶, malın yenisi ile değiştirilmesi, maldaki ayıbın giderilmesi (md.46), sözleşmeden dönme¹⁷ (md.49) ve bedelin indirilmesidir (md.50). Antlaşma alıcıya, bu seçimlik haklarla birlikte veya tek başına tazminat talep etme hakkını (md.74-77) da vermektedir¹⁸. Böylelikle antlaşma, sözleşmenin ihlali halinde hukuki sonuçlar bakımından dörtlü bir ayırım yapmıştır.

¹⁴ **Atamer**, CISG, s. 282.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Welser**, Rudolf/**Welser**, Irene: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkanlar” (Çeviren: Akkayan Yıldırım, Ayça), *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S. 1-2, Aralık 2006, s. 145-164.

¹⁶ **Erdem**, H. Ercümet: “Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu”, *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim M. Atamer, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 105-163; **Başoğlu**, Başak: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, 1. Baskı, İstanbul 2012; **Baş**, Ece: “Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu”, *Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan*, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 623-656; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 1028; **Oğuzman/Öz**, s. 512 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 615 vd.; **Hatemi/Gökyayla**, s. 259; **Tandoğan**, s. 405.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdem**, H. Ercümet: “Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmeden Dönme”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, C. I, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 857-895; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 1119 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 481 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 655; **Hatemi/Gökyayla**, s. 260 vd.; **Tandoğan**, s. 406.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dayıoğlu**, Yavuz: CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Tazminat Talep Etme Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 2011; **Atamer**, Yeşim M.: “Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?”, *Prof. Dr. Aydın*

Civil law sisteminde sözleşmenin ihlali halinde temel talep, aynen ifa iken; *common law* sisteminde sözleşmenin ihlali halinde temel talep, tazminattır. Bununla birlikte, aynen ifanın talep edilmesi istisnai hallerde mümkündür¹⁹. Buradan hareketle alıcının seçimlik hakları arasında aynen ifa ve tazminat talebini bir arada zikreden antlaşmanın, *civil law* ile *common law* sistemleri arasında bir orta yol bulmaya çalıştığı sonucuna ulaşılmaktadır²⁰.

Antlaşma bakımından alıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde ise satıcının seçimlik hakları gündeme gelir²¹. Bunlar ifayı talep etme (satım bedelinin ödenmesi²², malların teslim alınması veya sözleşme ile kararlaştırılmış veya işin icabından kaynaklanan diğer yükümlülükleri ifa) sözleşmeden dönme (md.64), sözleşme uyarınca malların, şeklinin ve ölçüsünün alıcı tarafından belirlenmesi gerekiyorsa ve bu yükümlülük makul bir süre içinde yerine getirilmemişse, alıcının kendisi tarafından bilinebilecek ihtiyaçlarına göre bu belirlemeyi yapmasıdır (md.65).

Antlaşma uyarınca sözleşmenin satıcı veya alıcı tarafından ihlal edilmesi halinde tazminat talep etme hakkı dahil seçimlik hakların kullanılabilmesi için satıcının veya alıcının kusurlu olması gerekmez. Antlaşma kapsamında tarafların sözleşmeden doğan sorumluluğu, hukuki niteliği itibariyle kusursuz sorumluluktur. Sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsenmesi, antlaşmanın borçlunun sözleşme ile üstlenmiş olduğu bütün yükümlülükleri, birer garanti taahhüdü olarak değerlendirmesinden kaynaklanmaktadır. Bu ilke çerçevesinde, satıcı gerek sözleşmeyi geç ifa etmesi gerekse sözleşmeye uygun olmayan mal teslim etmesi

Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 487-510; **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 1035; **Oğuzman/Öz**, s. 472 vd.; **Kılıçoğlu**, s. 618 vd.; **Tandoğan**, s. 414 vd.

¹⁹ **Baş**, s.629; **Baçoğlu**, Aynen İfa Talebi, s. 17; **Pearce**, David/**Halson**, Roger: "Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, No. 1 (2008), s. 75.

²⁰ **Atamer**, CISG, s. 291.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kanışlı**, Erhan: CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, 1. Baskı, İstanbul 2013.

²² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaya**, Cansu: CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu, 1. Baskı, İstanbul 2012.

veya başka bir şekilde sözleşmeyi ihlal etmiş olması halinde kusurlu olsun veya olmasın alıcının bundan dolayı uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Böylece taraflar, sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ifasına ilişkin olarak sıkı bir sorumluluk altına sokulmuştur. Tarafların sözleşmeden doğan sorumluluğu bakımından kusursuz sorumluluk öngören bu antlaşmada, bu noktada yine *common law* sisteminin etkisi hissedilmektedir²³.

Kusursuz sorumluluk ilkesi kapsamında, tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ifasına ilişkin olarak ağır bir sorumluluk altına sokulması ve borçlunun sözleşme ile üstlenmiş olduğu bütün yükümlülüklerin, birer garanti taahhüdü olarak değerlendirilmesi nedeniyle antlaşma, tazminat sorumluluğunu sınırlandırma ihtiyacı duymuştur. İşte antlaşmanın 74. maddesi bu ihtiyacı karşılamaya yöneliktir. Bu madde uyarınca sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, sözleşmeyi ihlal eden tarafın ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarı, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.

Görüldüğü üzere sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğu, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulduğu anda öngörebildiği veya öngörmesi gerektiği zararlar ile sınırlıdır. Bu noktada önemle belirtilmelidir ki öngörülebilirlik ölçütü, tazminat sorumluluğunun tespitine ilişkin olmayıp, varlığı tespit edilen bir sorumluluğun sınırlandırılmasında başvuru olan bir ölçüttür²⁴. Tazminat sorumluluğunun tespitinden sonra tazmini talep edilebilecek zarar kalemlerinin ve miktarlarının tespiti aşamasında öngörülebilirlik testi yapılacak ve talep edilebilecek zarar kalemleri ile miktarları bu ölçüte göre belirlenecektir²⁵.

²³ **Atamer**, CISG, s.291.

²⁴ **Schlechtriem**, Peter/**Butler**, Petra: UN Law on International Sales, The UN Convention on the International Sale of Goods, Berlin 2009, s. 210; **Demirelli**, Korhan: “11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal Satışı Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması İmalatçının Akdi Sorumluluğunda Uygulama Alanı Bulabilir mi?”, *İzmir Barosu Dergisi*, C. 56, S. 4, 1991, s. 63; **Dayıoğlu**, s. 122.

²⁵ **Atamer**, CISG, s. 441; **Dayıoğlu**, s. 122-123.

Öngörülebilirlik ölçütü bir sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu (*possible consequences*) olabilecek zararlardan dolayı sözleşmeyi ihlal eden tarafın sorumluluğunu önceden sınırlandırmaktadır²⁶. Öte yandan sözleşmeyi ihlal eden tarafın yükümlülüklerini kusurlu bir şekilde ihlâl etmiş olması halinde dahi öngörülebilirlik ölçütü esas alınacaktır. Bu noktada önemle belirtilmelidir ki öngörülebilirlik, sözleşmenin kurulduğu an esas alınarak tespit edilir. Oysa kusurun varlığına ilişkin bir değerlendirme, ancak yükümlülüğün ihlal edildiği ana göre belirlenir²⁷.

Öngörülebilirlik ilkesiyle amaçlanan, tarafların sözleşme ilişkisine girerken muhtemel ekonomik riskleri bilmesi ve bunları göze alarak borç ilişkisine girmesidir²⁸. Bununla birlikte öngörülebilirlik ölçütü sayesinde sözleşme taraflarından her biri, karşı tarafın bilemeyeceği riskler ve özel durumlar hakkında diğerini bilgilendirmeye teşvik etmektedir. Öngörülebilirlik ilkesi aynı zamanda taraflar arasındaki bilgi akışının ve işbirliğinin gerçekleştirilmesi amacına da hizmet etmektedir²⁹.

II. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK KAVRAMI

Öngörü, bir işin ilerisini kestirme veya bir işin nasıl bir yol alacağını önceden anlayabilme ve ona göre davranma olarak tanımlanmaktadır³⁰. Uygulamaya ve doktrine bakıldığında önceleri öngörülebilirlik kavramı yerine, *hesaba katma*³¹ kavramının kullanıldığı görülmektedir³². Antlaş-

²⁶ Bu ilkenin belirsizliğine yöneltilen eleştiriler için bkz. **Hendy**, J.: "Limiting the Uncertainty of Foreseeability", *The Modern Law Review*, Vol. 32, No. 4 (Jul., 1969), s. 438 vd.

²⁷ **Atamer**, CISG, s.441; **Dayıoğlu**, s. 123.

²⁸ **Saidov**, s. 119; **Atamer**, CISG, s. 441; **Dayıoğlu**, s. 123; **Ulus**, Ayşe Elif: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlanmasında Öngörülebilirlik İlkesi, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 134; **Bingöl**, İtir F.: Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, 1. Baskı, Ankara 2011, s. 126.

²⁹ **Atamer**, CISG, s. 442, dn. 864; **Dayıoğlu**, s. 123.

³⁰ Güncel Türkçe Sözlük, 08.04.2014 tarihinde <http://www.tdk.gov.tr> adresinden erişilmiştir.

³¹ *to have reason to know*.

manın 74. maddesinde tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında başvuru- rulan öngörülebilirlik ilkesi, sürpriz bir şekilde ilk defa antlaşma ile ortaya çıkan bir ilke değildir. Aksine bu ilkeyi incelediğimizde kaynağını Roma hukukundan aldığı görülür³³.

Tazminat sorumluluğunun öngörülebilir zararlar ile sınırlandırılması düşüncesi, Fransız hukukçu *Du Moulin* tarafından 1546 yılında yayınlanan bir çalışmada temellendirilmiştir³⁴. Bu ilkeyi daha sonra bir başka Fransız hukukçu *Pothier*, tekrar ele almış ve sözleşmenin ihlali halinde borçlunun ancak sözleşmenin kurulması anında öngördüğü zararlardan sorumlu tutula- bileceğini savunmuştur³⁵.

Bu gelişmeler ışığında öngörülebilirlik ilkesine, 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nda yer verilmiştir. Bu kanunun 1150. maddesi uyarınca borçlu, kasten olmamak üzere sözleşmeyi ihlal etmiş olması halinde, ancak sözleşmenin kurulması anında öngördüğü veya öngörebileceği zararlardan sorumludur³⁶.

19. yüzyılın başlarında İngiliz ve Amerikan mahkemelerinin de yukarı- rıda anılan gelişmelerden etkilendiği görülmektedir. Amerika'da öngörüle- bilirlik ilkesi ilk defa 1839 yılında New York Eyalet Yüksek Mahkemesi

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Louisiana Civil Code of 1870, Art. 1934; *Czarnikow Ltd. v. Koufos (The Heron II)*; [1966] 2 Q.B.695, 730 (C.A.).

³³ 531 yılında Roma'da kabul edilen anayasada benimsenen ve sorumluluğun en fazla uğranılan zararın iki katına tekabül eden miktara kadar sınırlandırılmasını amaçlayan *ad duplum* ilkesinin, öngörülebilirlik ilkesinin temelini oluşturduğu düşünülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ferrari**, Franco: "Hadley v Baxendale, Foreseeability under Article 74 CISG", *Contract Damages Domestic and International Perspectives*, Edited by Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington, Hart Publishing, Oregon 2008, s. 317.

³⁴ Carolus Molinaeus, *Tractatus de eo quod interest*, 1546 (Naklen: **Ferrari**, 53 Louisiana L. Rev., March 1993, s. 1264).

³⁵ *Oeuvres de Pothier* (Paris, Thomine & Fortic, 1821), 181: "le debiteur nest tenu que des dommages et interets qu'on a pu prévoir, lors du contrat, que le creancier pourrait souffrir de l'inexécution de l'obligation; car le debiteur est cense ne s'etre soumis qu'a ceux-ci" (Naklen: **Ferrari**, 53 Louisiana L. Rev. , March 1993, s. 1263).

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu, md.1150: "Le debiteur n'est tenu que des dommages et interets qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point parson dol que l'obligation n'est point executée".

tarafından verilen *Blanchard v Ely*³⁷ kararında dikkate alınmıştır. İngiltere’de ise öngörülebilirlik ilkesi, ilk kez 1854 yılında verilen *Hadley v. Baxendale*³⁸ kararında ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir. Bu karar, *common law* hukuk sisteminde, tazminatın öngörülebilir zararlarla sınırlandırılması noktasında ilke kararı olarak uygulanmaya başlanmıştır³⁹.

Karara konu olayı şu şekilde özetlemek mümkündür. İngiltere’nin Gloucester şehrinde bir un değirmeni sahibi olan Hadley, değirmen milinin kırılması üzerine mili onarılması için Greenwich’te bulunan imalatçısına göndermeye karar verir. Değirmen sahibi Hadley, kırık milin imalatçıya gönderilmesi için bir taşıma şirketi ile anlaşır. Taşıma şirketi değirmen milini beş gün gecikme ile imalatçıya teslim eder. Bu süre zarfında yedek mil bulunmadığından değirmende un imalatı durur. Bunun üzerine değirmen sahibi, bu süre içerisinde uğradığı kâr kaybının (yaklaşık 300 İngiliz Sterlini) tazmini talebiyle taşıma şirketinin müdürü olan Baxendale aleyhine dava açar. İlk derece mahkemesi, davacının talebini kısmen reddederek davalının davacıya 50 İngiliz Sterlini ödemesine karar verir. Bunun üzerine davacı, temyiz yoluna başvurur. Temyiz mahkemesi, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde zarara uğrayan tarafın ancak hayatın normal akışına uygun nitelikteki zararlarının tazmin edilebileceğine; hayatın normal akışı içinde davacının yedek bir değirmen milinin olması gerektiğine; sözleşmenin ihlali halinde meydana gelen zarar kalemlerinin tazmin edilebilmesinin sözleşmenin kurulduğu anda bu zarar kalemlerinin taraflar bakımından sözleşme ihlâlinin olası sonucu (*probable consequence*) olarak hesaba katılmış veya katılabilecek olmasına bağlı olduğuna; bu çerçevede sözleşmenin kurulduğu anda değirmen milinin eksikliğinden ötürü un imalatının tamamen duracağını davalı tarafından bilinmediğine; davacının talep ettiği zararın öngörülebilir olmadığına; bu nedenle davalının bu zararın tamamından sorumlu

³⁷ *Blanchard v Ely*, 34 Am Dec 250 (NY 1839).

³⁸ *Hadley v. Baxendale*, 9 Ex. 341= 156 E.R. 1404.

³⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Faust**, Florian: “Hadley v. Baxendale-an Understandable Miscarriage of Justice”, 15 *Journal of Legal History*, 1994, s. 41-72; **Perloff**, Jeffrey M.: “Breach of Contract and the Foreseeability Doctrine of Hadley V. Baxendale”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 10, No. 1 (Jan., 1981), s. 39-63.

tutulamayacağına karar verir⁴⁰. Karar, bugün dahi bir ilke kararı olarak etkisini sürdürmektedir⁴¹.

Sonuç olarak Fransız Hukukunda gelişen bu ilke, *common law* hukuk sistemi tarafından da benimsenmiştir. Bununla birlikte 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun 116. maddesi de borçlunun tazminat sorumluluğunun öngörülebilir zararlar ile sınırlandırılmasına ilişkindir. Ancak 1911 yılında yapılan değişiklik ile bu ilke terk edilmiştir⁴². Öte yandan Türk hukuku bakımından, antlaşmanın 74. maddesinde kabul edildiği şekliyle sözleşmenin ihlali halinde, sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğunun öngörülebilir zararlar ile sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir⁴³.

III. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİNİN UNSURLARI

A. Öngörülebilirlik Gereken Kişi

Burada sorun, antlaşma uyarınca tazmin edilebilir zararların tespitinde kimin öngörüsünün dikkate alınacağı noktasında toplanmaktadır⁴⁴. Antlaşmanın 74. maddesi uyarınca sözleşme ihlalinin muhtemel sonuçlarını öngörmesi gereken kişi, sözleşmeyi ihlal eden taraftır.

Antlaşmanın bu noktada *common law* hukuk sisteminden ayrıldığı iddia edilmektedir. Zira *common law* hukuk sisteminde, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde tazmin edilebilir zararların tespitinde, sözleşmenin her iki tarafının da öngörüsü dikkate alınmaktadır. Başka bir deyişle tazminat sorumluluğu, her iki tarafın -hem alıcının hem de satıcının- öngördüğü veya öngörmesi gerektiği zararlarla sınırlandırılmıştır⁴⁵. Antlaşmanın 74. maddesinde ise öngörülebilirlik, yalnızca sözleşmeyi ihlal eden taraf bakımından dikkate

⁴⁰ *Hadley v. Baxendale*, 9 Ex. 341= 156 E.R. 1404.

⁴¹ **Atamer**, CISG, s. 443.

⁴² **Atamer**, CISG, s. 444, dn. 878.

⁴³ **Dayıoğlu**, s. 127; Öngörülebilirlik ilkesi ile uygun nedensellik bağı ve müterafik kusur kurumlarının karşılaştırılması noktasında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ulus**, s. 37 vd.

⁴⁴ **Ulus**, s.111.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Hadley v. Baxendale*, 9 Ex. 341= 156 E.R. 1404.

almaktadır. Yani sözleşmeyi ihlal eden taraf, yalnızca kendisinin öngördüğü veya öngörmesi gerektiği zararlardan sorumludur⁴⁶.

Doktrinde, *common law* hukuk sistemi ile antlaşma arasındaki bu farklılığın uygulama bakımından değişik sonuçlara yol açmadığı ifade edilmektedir⁴⁷. Zira mahkemelerin üzerinde durduğu nokta, sözleşmeyi ihlal eden tarafın zararı öngörmüş olup olmadığıdır⁴⁸. Çünkü zarar görenin kendi işini ve buna ilişkin şartları sözleşmeyi ihlal eden taraftan daha iyi bildiği ve alıcının öngöremediği bir zararın satıcı tarafından öngörülemediği kabul edilmektedir⁴⁹. Buradan hareketle sözleşme ihlalinden doğan zararın her iki taraf bakımından öngörülebilir olmasından anlaşılması gereken, zararın sözleşmeyi ihlal eden taraf bakımından da öngörülebilir olmasıdır. Keza zarara uğrayan taraf bakımından zararın öngörülebilir olmadığı düşünülemez. İngiliz ve Amerikan Mahkemelerinin değerlendirmeleri de bu yöndedir⁵⁰.

B. Öngörülebilirliğin Konusu

Öngörülebilirliğin konusu, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sahip olduğu veya olması gerektiği öngörünün muhtevasına, kapsamına ilişkindir. Antlaşmanın 74. maddesi uyarınca öngörülebilirliğin konusu, *sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olan zararlardır*⁵¹. Bu noktada bir takım sorulara cevap arayarak öngörülebilirliğin konusunun tespit edilmesi, antlaşmanın 74. maddesinin yorumlanması gerekir.

Sözleşmeyi ihlal eden tarafın, sözleşme ihlali nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için bu zarara ilişkin olarak hangi hususları öngörmesi gerekir? Daha açık bir anlatımla, sözleşmeyi ihlal eden tarafın,

⁴⁶ Perloff, s.47; Atamer, CISG, s. 446; Dayioğlu, s. 129; Ulusu, s. 111.

⁴⁷ Atamer, CISG, s. 445.

⁴⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Czarnikow Ltd. v. Koufos (The Heron II); [1966] 2 Q.B. 695, 730 (C.A.).

⁴⁹ Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 16.03.1995, CISG-Online, N.205.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Redgrave v. Boston Symphony Orchestra, Inc.: 602 F. Supp. 1189, 1212 (D. Mass. 1985), 855 F. 2d 888 (1st Cir. 1988), 488 U.S. 1043 (1989).

⁵¹ Huber/Mullis, s. 272.

sözleşme ihlali nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için bu zararın türünü, miktarını öngörmesi gerekir mi?

Antlaşmanın 74. maddesi uyarınca bu sorunun cevabı şu şekildedir: Sözleşmeyi ihlal eden tarafın, sözleşme ihlali nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için bu zararın türünün ve miktarının da sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngörülebilir olması gerekir⁵². Önemle belirtmek gerekir ki, meydana gelen zararın bütün unsurları ile öngörülebilir olması gerekli değildir. Aksi halde sözleşmeyi ihlal eden tarafın sorumluluğuna başvurulması, neredeyse hiçbir zaman mümkün olmayacaktır⁵³.

Sözleşmenin ihlali halinde, sadece bir zararın meydana gelmesi ihtimalinin öngörülmüş olması yeterli değildir. Sözleşmeye aykırı davranışın somut olayda meydana getirdiği gibi bir zararı meydana getirmeye elverişli olup olmadığına bakılması gerekir. Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, risk faktörüdür. Eğer söz konusu risk, sözleşmenin kurulması anında öngörülebilir ise sözleşmeyi ihlal eden tarafın sorumluluğu söz konusu olacaktır. Taraflar arasında çadır satımına ilişkin bir sözleşme kurulduğunu; satıcının, alıcının tacir olduğunu, satın almış olduğu çadırları bir başkasına satacağını bildiğini; buna rağmen çadırları zamanında teslim etmediğini varsayalım. Böyle bir durumda, sözleşmenin zaman unsuruna aykırı hareket edilmesi nedeniyle meydana gelen zararlar bakımından yoksun kalınan kâr kaleminin, sözleşmeyi ihlal eden taraf nezdinde öngörülebilir olduğu noktasında bir duraksama yoktur. Peki, alıcının bulunduğu ülkede deprem felaketi yaşanması, buna bağlı olarak çadır talebinin bir anda artması ve alıcının kâr kaybının çok yüksek olması halinde durum ne olacaktır? Her ne kadar geç ifa etme halinde alıcının kâr kaybına uğrayacağı öngörülebilir olsa da, deprem nedeniyle konut sıkıntısı yaşanması, buna bağlı olarak çadır ihtiyacının bir anda artması dolayısıyla kâr kaybının bu denli yüksek olması, satıcı tarafından öngörülebilir nitelikte değildir. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki somut olayda meydana gelen zararın türü ile sözleşme kurulduğu sırada öngörülen veya öngörülmesi gereken zarar türü aynı olsa da -her ikisinde de öngörülen veya öngörülmesi gereken zarar türü, yoksun kalınan

⁵² **Atamer**, CISG, s. 445.

⁵³ **Atamer**, CISG, s. 446.

kârdır- somut olayda zararı meydana getiren risk faktörü ile satıcının sözleşmenin kurulması anında üstlendiği risk faktörü aynı değildir. Bu durumda yalnızca sözleşmenin kurulması anında üstlenilen risk kapsamında yer alan zararlar, öngörülebilirdir ve tazmin edilebilir⁵⁴.

Sözleşmeyi ihlal eden tarafın, sözleşme ihlali nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi için zarar miktarının kesin olarak öngörülebilir olması gerekli değildir. Zararın genel kapsamının öngörülebilir olması yeterlidir⁵⁵.

C. Öngörünün Ölçütü

1. Genel Olarak

Antlaşmanın 74. maddesinde tazminatın, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak *öngördüğü* veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında *öngörmesi gerektiği* zararı aşamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Antlaşmanın 74. maddesi, öngörülebilirlik testinde dikkate alınması gereken ölçütler bakımından son derece açıktır. Bu maddede sözleşmeyi ihlal eden tarafın “öngördüğü” ifadesiyle subjektif ölçüte, “öngörmesi gerektiği” ifadesiyle de objektif ölçüte işaret edilmiştir⁵⁶.

Sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında öngörülebilirlik ilkesi bakımından, bir ilke kararı niteliğinde olan *Hadley v. Baxendale* kararında bu iki ölçüte dolaylı olarak işaret edilmiştir. Bu kararda, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde zarara uğrayan tarafın ancak *hayatın normal akışına uygun nitelikteki zararlarının* tazmin edilebileceğine; sözleşmenin ihlali halinde meydana gelen zarar kalemlerinin tazmin edilebilmesinin sözleşmenin kurulduğu anda bu zarar kalemlerinin taraflar bakımından sözleşme ihlâlinin olası sonucu olarak *hesaba katılmış veya katılabilecek* olmasına bağlı olduğu ifade edilmiştir⁵⁷. Buradan hareketle antlaş-

⁵⁴ OGH, 14.01.2002, CISG-Online N.727.

⁵⁵ **Dayıoğlu**, s. 118, dn. 610; **Ulus**, s. 132, dn. 124.

⁵⁶ **Huber, Peter/Mullis, Alastair**: The CISG A New Textbook for Students and Practitioners, Sellier European Publishers 2007, s. 215.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Hadley v. Baxendale*, 9 Ex. 341= 156 E.R. 1404.

manın 74. maddesinde açıkça kaleme alınan objektif (öngörülmesi gereken) ve sübjektif (öngörülen) ölçütlere, zımni olarak yer verildiğini söylemek mümkündür.

Objektif ölçüt ile sübjektif ölçüt arasındaki ayırım, *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v. Newman Industries Ltd*⁵⁸ kararında daha net bir biçimde kendini göstermektedir. Bu kararda, sözleşmenin kurulması anında tarafların veya her halde sözleşmeyi ihlal eden tarafın, o anda sahip olduğu bilginin öngörülebilirliğin tespitinde esas alınacağı ve objektif bir ölçüt olan *atfedilen bilginin* yanı sıra, sübjektif bir ölçüt olan *fili bilginin* de esas alınacağı açıkça belirtilmiştir⁵⁹.

2. Objektif Ölçüt

Antlaşmanın 74. maddesinde, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörüsünün dikkate alınacağı belirtilmiş; ancak bununla yetinilmeyerek sözleşmeyi ihlal eden tarafın, zararı öngörmediğini iddia etmesi halinde, sözleşmenin kurulması sırasında bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında *öngörmesi gerektiği* zararlardan sorumlu tutulacağı ifade edilerek objektif ölçütün esas alınacağı hükme bağlanmıştır.

Tazminat sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde, objektif ölçüt uyarınca sözleşme ihlalinden doğan zararın, sözleşmeyi ihlal eden taraf ile aynı koşullarda bulunan makul bir kişi tarafından öngörülebilir olup olmadığına bakılır. Makul kişi zararı öngörebilecek idiyse, sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş olsa dahi bu zarardan sorumlu tutulacaktır⁶⁰.

Objektif öngörülebilirliğin tespiti bakımından sözleşme hükümleri, sözleşmenin amacı, risk dağılımı, ticari teamüller gibi normatif unsurlar dikkate alınır⁶¹. Bu kapsamda ticari hayatın akışı içinde olağan riskleri satıcının taşıması; olağanüstü riskleri ise alıcının üstlenmesi beklenir⁶².

⁵⁸ [1949] 2 KB 528, 08.04.2014 tarihinde [http://en.jurispedia.org/index.php/Victoria_Laundry_\(Windsor\)_Ltd_v_Newman_Industries_Ltd](http://en.jurispedia.org/index.php/Victoria_Laundry_(Windsor)_Ltd_v_Newman_Industries_Ltd) adresinden erişilmiştir.

⁵⁹ **Huber/Mullis**, s. 272; **Saidov**, s. 105.

⁶⁰ OGH, 14.01.2002, CISG-Online N.643.

⁶¹ **Atamer**, CISG, s. 447; **Dayıoğlu**, s. 120; **Ulus**, s. 116; **Huber/Mullis**, s. 274.

⁶² **Atamer**, CISG, s. 447.

Sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında öngörülebilirlik ilkesi bakımından, bir ilke kararı niteliğinde olan *Hadley v. Baxendale* kararında da mahkeme, değirmen sahibinin yedek milinin olmamasının, hayatın olağan akışına uygun olmadığına; üretimin tamamen durması riskinin değirmen sahibine ait olduğuna; bu riskin gerçekleşmesinden dolayı meydana gelen zararlardan taşıyıcının sorumlu tutulmayacağına hükmetmiştir⁶³.

3. Sübjektif Ölçüt

Antlaşmanın 74. maddesi uyarınca öngörü tespiti bakımından esas alınan ölçüt, objektif ölçüt olmakla beraber, sözleşmeyi ihlâl eden tarafın tazminat sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde sübjektif ölçüt de tamamlayıcı bir rol oynar⁶⁴. Zira yukarıda da ifade edildiği üzere, antlaşmanın 74. maddesinde, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörüsünün dikkate alınacağı belirtilmiş; ancak bununla yetinilmeyerek sözleşmeyi ihlal eden tarafın, zararı öngörmediğini iddia etmesi halinde, sözleşmenin kurulması sırasında bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında *öngörmesi gerektiği* zararlardan sorumlu tutulacağı ifade edilerek objektif ölçütün esas alınacağı hükme bağlanmıştır. Bu noktada önemle belirtilmelidir ki, sübjektif öngörü, sözleşmeyi ihlâl eden taraf bakımından öngörülebilir olmayan bir risk hakkında, sözleşmenin diğer tarafının sözleşmeyi ihlâl eden tarafı bilgilendirmesi ve uyarmasıdır⁶⁵. Böylelikle sözleşmenin diğer tarafı, sözleşmeyi ihlâl eden taraf bakımından öngörülebilir olmayan risklerin de bilinebilir ve hesaba katılabilir olmasını sağlamaktadır⁶⁶. Sözleşmeyi ihlâl eden tarafın böyle bir risk hakkında bilgilendirilmiş olması halinde bu riskin gerçekleşmesiyle meydana gelen zarardan sorumluluğu doğacak, aksi takdirde sözleşmeyi ihlâl eden taraf, bu riskin gerçekleşmesiyle meydana gelen zarardan sorumlu olmayacaktır⁶⁷. Sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumlulu-

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Hadley v. Baxendale*, 9 Ex. 341= 156 E.R. 1404.

⁶⁴ **Saidov**, s. 105.

⁶⁵ OGH, 14.01.2002, CISG-Online N.643.

⁶⁶ **Sutton**, Jeffrey S.: "Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods", 50 *Ohio State Law Journal* 1989, s. 744.

⁶⁷ OLG Bamberg, 13.01.1999, CISG-Online N.516; **Huber/Mullis**, s. 272-273.

ğunun sınırlandırılmasında öngörülebilirlik ilkesi bakımından, bir ilke kararı niteliğinde olan *Hadley v. Baxendale* kararında da mahkeme, taşıyıcının zararın tamamından sorumlu tutulabilmesi için yedek milin olmaması, buna bağlı olarak un üretiminin durması riski ve değirmen milinin tesliminin aciliyeti hakkında değirmen sahibi tarafından uyarılmış olması gerektiğine hükmetmiştir⁶⁸.

Sonuç itibarıyla antlaşmanın 74. maddesinde öngörülebilirliğin tespiti bakımından sübjektif ölçüte de yer verilmesiyle sözleşmenin diğer tarafına, sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğunun sınırını genişletme imkanı tanınmıştır⁶⁹. Değiniilmesi gereken bir diğer husus, ispata ilişkindir. Sözleşmeyi ihlâl eden tarafın zararı öngörmüş olduğunun ispat edilmesi zorunlu değildir. Zararın objektif olarak öngörülebilir olduğunun ispat edilmesi sözleşmeyi ihlâl eden tarafın bu zarardan sorumlu tutulabilmesi için yeterlidir⁷⁰.

D. Öngörülebilirliğin Zamanı

Antlaşmanın 74. maddesi uyarınca sözleşmeyi ihlâl eden taraf, en geç sözleşmenin kurulması anında, sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya öngörmesi gerektiği zararlardan sorumludur. Çünkü sözleşmenin tarafları, ancak sözleşmenin kurulduğu ana kadar riskleri değerlendirip sözleşmenin içeriğine müdahale edebilirler⁷¹. Tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından getirilen bu ilkenin, uluslararası ticaret hayatının bir gereği olduğu ve bu ilkenin tarafları, öngöremeyecekleri ağır bir tazminat sorumluluğundan kurtardığı ifade edilmektedir⁷².

Sözleşmenin kurulmasından sonra birtakım risklerin öğrenilmesi veya başkaca bilgilere vakıf olunması, sorumluluk bakımından herhangi bir önem

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Hadley v. Baxendale*, 9 Ex. 341= 156 E.R. 1404.

⁶⁹ “Sübjektif ölçüt özellikle makul bir insan tarafından objektif olarak öngörülebilir zararın aşan miktardaki zararın, satıcı tarafından öngörüldüğü hallerde önem arz etmektedir.” (Naklen: **Dayioğlu**, s. 122, dn. 635).

⁷⁰ **Saidov**, s.101.

⁷¹ **Huber/Mullis**, s. 216; **Atamer**, CISG, s. 441; **Dayioğlu**, s. 123; **Ulus**, s. 134.

⁷² **Erdem**, Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmeden Dönme, s. 877.

arz etmez. Başka bir deyişle sözleşmeyi ihlâl eden taraf, sözleşmenin kurulması anında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngörmediği veya öngörmesi gerekmediği zararlardan -bu zararlar daha sonra öngörülebilir hale gelse dahi- sorumlu tutulamayacaktır⁷³.

IV. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK VE TALEP EDİLEBİLECEK ZARAR KALEMLERİ

A. Genel Olarak

Antlaşmanın 74. maddesinin 1. cümlesinde “Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir.” Denmektedir. Buradan hareketle antlaşmanın, tazminat sorumluluğu bakımından tam tazmin ilkesini benimsediği ve ifa menfaatinin esas aldığı sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁴.

Başta antlaşmanın 74. maddesi ve antlaşmanın tazminat ile ilgili diğer maddeleri yakından incelendiğinde, antlaşmada müspet zarar ve menfî zarar ayırımına değinilmediği görülmektedir. Ancak antlaşmada ifa menfaatinin korunduğu göz önünde bulundurulduğunda aslında müspet zararın tazmininin amaçlandığı söylenebilir⁷⁵. Müspet zarar, alacaklının malvarlığının borcun ifası halinde alacağı farazi durum ile borcun ifa edilmemiş olması halinde fiili durum arasındaki farktır⁷⁶.

Antlaşmada ifa menfaatinin esas alınarak müspet zararın tazmininin amaçlandığı, antlaşmanın 74. maddesinin 1. cümlesinde yer alan “...mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere...” ifadesinden de açıkça anlaşılmaktadır⁷⁷. Bununla birlikte Sekreteryâ Şerhi’nde de ifa menfaatinin korunduğuna işaret edilmektedir⁷⁸.

⁷³ Saidov, s. 119.

⁷⁴ Huber/Mullis, s. 268.

⁷⁵ Atamer, CISG, s. 427.

⁷⁶ Eren, Borçlar Hukuku, s. 530.

⁷⁷ Sutton, s. 744.

⁷⁸ Secretariat Commentary, Art. 70, N.3.

Doktrinde, tam tazmin ilkesi uyarınca, sözleşmeden dönen tarafın menfi zararını talep edebileceği kabul edilmektedir⁷⁹. Menfi zarar, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna duyulan güvenin boşa çıkması nedeniyle meydana gelen zarardır⁸⁰. Dolayısıyla bu zarar tespit edilirken sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna güvenen kişinin mevcut malvarlığı ile sözleşmenin hiç kurulmamış olması halinde malvarlığının içinde bulunacağı farazi malvarlığı kıyaslanacaktır⁸¹. Yukarıda da ifade edildiği üzere tıpkı müspet zarar gibi menfi zarar kavramına da antlaşma metninde yer verilmemiştir. Antlaşma kapsamında ifa menfaatinin korunmasının doğal sonucu olarak sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna duyulan güvenin boşa çıkması nedeniyle meydana gelen zararı talep etme menfaatinin de korunduğu söylenebilir⁸². Zira ifa edilmemeden doğan zararların ifaya olan güven sebebiyle yapılan masraflardan oluşan zararları içerdiğini kabul etmek gerekir. Öte yandan müspet zarar ile menfi zararın birlikte talep edilebilmesi mümkün değildir⁸³.

Yukarıda da ifade edildiği üzere antlaşmada müspet zarar ve menfi zarar ayırımına yer verilmediği gibi antlaşmanın tazminat sorumluluğunun öngörülebilirlik ilkesi ile sınırlandırılmasını hüküm altına alan 74. maddesinde, hangi zarar kalemlerinin öngörülebilir olduğuna ilişkin bir açıklama yoktur. Başka bir deyişle antlaşmanın 74. maddesinde sözleşmenin ihlâl edilmesi halinde ortaya çıkan zarar kalemleri ile öngörülebilirlik ilkesi arasında bir ilişki kurulmamıştır. Ancak bu çalışmada, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için sözleşmenin ihlâli halinde ortaya çıkan zararlar ve bu zararların öngörülebilirlik ilkesi karşısındaki durumu, aşağıdaki gibi üç başlık altında incelenmiştir. Bu bölümde belki de doğrudan zarar- dolaylı zarar ayırımı yapılabilir ve konu bu zaviyeden ele alınabilirdi. Ancak CISG bakımından tazmin edilebilir zararların tespitinde doğrudan illiyet bağı noktasından hareket edilmediği için illiyet bağının yoğunluğu göz önünde

⁷⁹ OGH 14.01.2002, CISG-Online N.643; **Atamer**, CISG, s. 427, dn. 784; **Huber/Mullis**, s. 269.

⁸⁰ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 530.

⁸¹ **Ergüne**, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 56.

⁸² **Sert**, s. 213.

⁸³ **Ergüne**, s. 70.

bulundurularak yapılan doğrudan zarar-dolaylı zarar ayrımı⁸⁴ yerine ifa etmeme zararları-ifa etmeme zararlarına refakat eden zararlar-takip eden zararlar ayrımı yapılmıştır.

B. İfa Etmemeye Zararları

İfa etmeme zararları (*non-performance damages*), sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararlardır. İfa etmeme zararları, sözleşmeyi ihlal eden tarafın *öngörmesi gerektiği* zararlardandır⁸⁵.

Esaslı ihlal (*fundamental breach*)⁸⁶ nedeniyle sözleşmeden dönen alıcının ikame mal alımı için ödediği fazla meblağ (CISG m. 75'e göre somut yöntemle hesaplanacak zarar) veya ikame mal alımı yapmamış olsa bile, malın rayiç değeri ile bedel arasındaki fark (CISG m. 76'ya göre soyut yöntemle hesaplanacak zarar) tipik ifa etmeme zararlarındandır. Antlaşmanın 75. ve 76. maddeleri, esaslı bir ihlal nedeniyle zarar gören tarafın

⁸⁴ Doğrudan zarar, sözleşmenin ihlali halinde araya başka bir sebep girmeksizin meydana gelen zarardır. Doğrudan zarar, sözleşmenin ihlali ile meydana gelen zarar arasındaki yakın ve yoğun bir illiyet bağına işaret eder. Dolaylı zarar ise sözleşmenin ihlali halinde doğrudan zarara bağlı olarak ilave bir sebeple meydana gelen zarardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ergüne**, s. 66-67; **Çakırca**, s. 67.

⁸⁵ **Schlechtriem/Butler**, s.212; OGH, 14.01.2002, CISG-Online N.643.

⁸⁶ Antlaşmanın 25. maddesinde, taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde diğer tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyor ise bu ihlalin esaslı ihlal olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır. Esaslı ihlal kavramı, CISG uygulaması bakımından ifa engelleri sistemi içerisinde sözleşmeden dönme hakkını sınırlandıran önemli bir işleve sahiptir. Zira antlaşmanın 49. maddesi uyarınca sözleşmeden dönme seçimlik hakkına yalnızca esaslı ihlal hallerinde başvurulabilir. Detaylı bilgi için bkz. **Grebler**, Eduardo: "Fundamental Breach of Contract under the CISG: A Controversial Rule", *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 101, (MARCH 28-31, 2007), s. 407-413; **Bridge**, Michael: "Avoidance For Fundamental Breach of Contract Under the UN Convention on the International Sale of Goods", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 4 (October 2010), s. 911-940; **Yelkenci**, Işıl: "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, s. 1333-1372; **Kaşak**, Esra: "Viyana Satım Sözleşmesinde Esaslı İhlal Kavramı", *Prof. Dr. Ersin Çamoğlu'na Armağan*, İstanbul 2013, s. 335-356.

sözleşmeden dönmesi halinde uygulama alanı bulur. Bu maddeler uyarınca ikame alım veya ikame satım dolayısıyla uğranılan zararların öngörülebilir olup olmadığına bakılmaksızın hesaplanması gerektiği kabul edilmektedir. Zira antlaşmanın 75. ve 76. maddeleri, zarar gören tarafın sözleşmeden dönmesi halinde, ikame alım veya ikame satım dolayısıyla uğradığı zararın tazmin edileceğini en baştan söylemektedir. Yani bu zararın tazmini, sözleşmeyi ihlal eden taraf bakımından bir sürpriz değildir; aksine sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörmesi gereken bir husustur⁸⁷.

Sözleşmeden dönülmeden yapılan ikame alım veya satım dolayısıyla meydana gelen zararın, sözleşmeden dönmeyi bir ön koşul olarak arayan 75. ve 76. maddelere göre mi yoksa genel kural niteliğindeki 74. maddeye göre mi hesaplanacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bazı yargı kararlarında bu hususun 74. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve sözleşmeden dönülmeden yapılan ikame alım veya satım dolayısıyla meydana gelen zararın da tipik öngörülmesi gereken ifa etmeme zararları arasında bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁸. Bu görüş uyarınca zarar gören taraf, sözleşmeden dönmemiş olmasına rağmen ikame alım veya satım nedeniyle uğradığı zararı, antlaşmanın 74. maddesi uyarınca sözleşmeyi ihlal eden taraftan talep edebilecektir. Bu yaklaşım, bazı yazarlar tarafından kabul görmemiş ve antlaşmanın 75. ve 76. maddelerinin dolanılması olarak yorumlanmıştır⁸⁹.

Sözleşme ihlalinin malın ayıplı ifa edilmiş olmasından kaynaklandığı hallerde, sözleşme konusu mal ayıplı olmasaydı malın sahip olacağı değer ile ayıplı malın mevcut değeri arasındaki fark (malın değerindeki azalma), tipik öngörülmesi gereken ifa etmeme zararlarındandır⁹⁰. Ayıplı malın tamir edilebilir olduğu hallerde alıcı tarafından yapılan tamir masrafları da ifa etmeme zararı olarak kabul edilemekte olup, alıcı tarafından talep edilebilecektir⁹¹.

⁸⁷ **Atamer**, CISG, s. 448; **Dayıoğlu**, s. 87-88; **Ulus**, s. 151.

⁸⁸ OLG Graz, 29.07.2004, CISG-Online, N. 1627; Audiencia Provincial de Palencia, 26.09.2005, CISG-Online N. 1673; Chamber of National and International Arbitration of Milan, 28.09.2001, CISG-Online N. 1582; ICC, 20.12.1999, CISG-Online N.1646.

⁸⁹ **Dayıoğlu**, s. 88, dn. 101.

⁹⁰ OGH, 04.07.2007, CISG-Online N.1560.

⁹¹ AG München, 23.06.1995, CISG-Online N.368; OLG Hamm, 09.06.1995, CISG-Online N.146; BGH, 25.06.1997, CISG-Online N.277; Secretariat Commentary Art.70 N.6,

Satıcının ifada gecikmek suretiyle sözleşmeyi ihlal etmesi halinde alıcının bu gecikmeden doğan zararı yine tipik öngörülmesi gereken ifa etmeme zararlarındandır⁹².

Antlaşmanın 77. maddesinin 1. cümlesinde, “Sözleşmenin ihlaline dayanan taraf, mahrum kalınan kâr dahil, ihlalden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır.” denmektedir. Bu madde, zarar gören tarafın zararı azaltma külfetini düzenlemektedir. Bu külfetin yerine getirilmemesi halinde aynı maddenin 2. cümlesinde, sözleşmeyi ihlâl eden tarafın, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebileceği ifade edilmektedir. Antlaşmanın 77. maddesinde düzenlenen zararı azaltma külfeti kapsamında zarar gören tarafın yaptığı ve ifa etmeme zararlarına tekabül eden masrafların tazmin edilebilmesi için bu masrafların öncelikle antlaşmanın 77. maddesi uyarınca makul olması daha sonra bu masrafların öngörülebilir olması gerekmektedir⁹³. Uygulamada da sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde, zararı azaltma külfeti kapsamında alınan önlemlerin ve yapılan masrafların makul ve öngörülebilir olması şartları, birlikte aranmaktadır⁹⁴.

Kanaatimce antlaşmanın 77. maddesi uyarınca zararı azaltma külfeti kapsamında, zarar gören tarafın yaptığı masraflar, makul olması şartıyla objektif ölçüt uyarınca öngörülmesi gereken zararlardandır. Zira zararı azaltma külfeti, antlaşmanın 77. maddesi ile hüküm altına alınmış olduğundan, zarar görenin bu madde kapsamında yapacağı makul masraflar sözleşmeyi ihlal eden taraf bakımından bir sürpriz değildir. Aksine, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörmesi gereken bir husustur. Sadece antlaşmanın 77. maddesi uyarınca zararı azaltma külfeti kapsamında, zarar gören tarafın yaptığı makul olmayan masraflar bakımından, subjektif ölçüt esas alınarak öngörülebilirlik tartışması yapılmalı ve bu tartışmanın sonucuna göre karar verilmelidir.

08.04.2014 tarihinde <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644> adresinden erişilmiştir.

⁹² OLG Köln, 08.01.1997, CISG-Online N.217.

⁹³ **Ulus**, s. 153, dn. 190.

⁹⁴ US Court of Appeals for the Second Circuit, 06.12.1995, CISG-Online N.140; Pretore del Distretto Lugano, 19.04.2007, CISG-Online N.1724.

C. İfa Etmeme Zararına Refakat Eden Zararlar

İfa etmeme zararına refakat eden zararlar, bir başka deyişle arızı zararlar (*incidental damages*), sözleşmenin ihlali nedeniyle zarar gören tarafın bu ihlale bağlı olarak veya bu ihlalin olumsuz sonuçlarından kaçınılması amacıyla fazladan yaptığı harcamalar dolayısıyla uğradığı zararlardır⁹⁵. Yukarıda da ifade edildiği üzere, antlaşmanın 74. maddesinin 1. cümlesinde, “Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir.” denmekte ve antlaşmanın tam tazmin ilkesini benimsemişine işaret edilmektedir. Bu ilke gereği ifa etmeme zararına refakat eden zararlar da sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğu kapsamında olduğu tartışmasızdır; meğer ki sözleşmeyi ihlal eden taraf, söz konusu zararları sözleşmenin kurulması sırasında, sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak *öngörsün* veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında *öngörmesi gereksin*⁹⁶.

İfa etmeme zararına refakat eden zarar kalemlerine örnek olarak, malın satıcı tarafından teslim edilmemesi halinde alıcının malın muhafazası için yaptığı masraflar⁹⁷, malın ayıplı çıkması halinde alıcının, ayıplı malı satıcıya geri göndermek için yaptığı masraflar⁹⁸ ve ayıplı malların tespiti için yapılan masraflar⁹⁹ gösterilebilir.

⁹⁵ **Atamer**, CISG, s. 448; **Dayıoğlu**, s. 89.

⁹⁶ **Huber/Mullis**, s. 269.

⁹⁷ **Atamer**, CISG, s. 429, 448; OLG Braunschweig, 28.10.1999, CISG-Online N. 510; **Huber/Mullis**, s. 278.

⁹⁸ Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 06.12.1995 tarihinde verdiği karara konu uyumsuzlukta, alıcının ürettiği klima sistemlerinde kullanılmak üzere 10.800 adet kompresörün satıcı tarafından alıcıya teslim edilmesine ilişkin taraflar arasında bir satım sözleşmesi imzalanmış ancak satıcı tarafından teslim edilen kompresörlerin çoğunun ayıplı olduğunun tespit edilmesi üzerine satıcıdan ayıplı kompresörlerin değiştirilmesi talep edilmiştir. Ancak satıcı bu talebi reddetmiş ve bunun üzerine alıcı sözleşmeden dönmüş ve ayıplı kompresörleri satıcıya geri göndermiştir. Daha sonra New York Eyalet Mahkemesi nezdinde açılan davada mahkeme, alıcının ayıplı malların geri gönderilmesi masraflarının satıcı tarafından tazmin edilmesi talebini, alıcının yoksun kalınan kâr ek olarak ikinci kez haksız yere tazmin edilmiş olacağından bahisle reddetmiş ve uyumsuzluk Yüksek Mahkeme önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme ise bu masrafları, ifa

İfa etmeme zararına refakat eden zararlar kapsamında sözleşmenin satıcı tarafından ihlal edilmesi üzerine, alıcının hakkını elde etmek için dava, takip ve benzeri hukuki yollara başvurmasından doğan masraflar (*litigation cost*) ile hukuki danışmanlık hizmetine ilişkin masraflara ayrıca değinilmesi gerekmektedir. Bu konuda doktrinde ve uygulamada genelde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Bu ayırıma göre, mahkeme dışı yapılan masraflar antlaşmanın 74. maddesi kapsamında değerlendirilebilir ve alıcı tarafından talep edilebilir¹⁰⁰. Ayrıca, somut olayın özelliklerine uygun olmak kaydıyla vadeden sonra yasal bir uyarı yahut ihtarname keşide edilmesi ve bu amaçla alınan danışmanlık hizmetinden doğan masraflar da antlaşmanın 74. maddesi kapsamında talep edilebilecektir. Sözleşmeyi ihlal eden tarafın, bu masraf kalemlerini öngörmesi gerektiği genellikle kabul edilmektedir¹⁰¹. Buna karşılık alıcı tarafından yetkili mahkeme nezdinde yapılan dava, takip ve benzeri masrafların hangi tarafça ve hangi oranlarda karşılanacağı ilgili

etmeme zararına refakat eden zararlar (incidental damages) kapsamında değerlendirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. US Court of Appeals for the Second Circuit, 06.12.1995, CISG-Online N.140; Alman Eyalet Mahkemesi nezdinde görülen benzer bir uyuşmazlıkta yıkandığında %10-15 oranında çeken ve sipariş edilenden farklı renkteki spor kıyafetlerinin satıcı tarafından geri alınmasına kadar muhafaza edilmesi amacıyla alıcı tarafından ödenen depo masraflarının satıcı tarafından tazmin edilmesine karar verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. LG Landshut, 05.04.1995, CISG-Online N.193; Alıcı tarafından yapılan gereksiz depo masrafları, depoya konulmadan önce yapılan malın demontaj masraflarının da refakat eden zarar kalemi kapsamında tazmin edilmesi gerektiği yönünde Ayrıntılı bilgi için bkz. Pretore del Distretto Lugano, 19.04.2007, CISG-Online N.1724; CIETAC, 09.11.2005, CISG-Online N.1444.

⁹⁹ OLG Köln, 14.08.2006, CISG-Online N.1405.

¹⁰⁰ **Magnus**, Ulrich: "CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma" (Çeviren: Cüneyt Süzel) *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim M. Atamer, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2008, s. 295; LG Postdam, 07.04.2009, CISG-Online N.1979; Rechtbank Rotterdam, 21.01.2009, CISG-Online N.1815; Rechtbank Breda, 16.01.2009, CISG-Online N.1789; OLG München, 05.03.2008, CISG-Online N.1686; AG Landsberg, 21.06.2006, CISG-Online N.1460; AG Berlin-Tiergarten, 13.03.1997, CISG-Online N.412; OLG Düsseldorf, 11.07.1996, CISG-Online N.201.

¹⁰¹ Landgericht Frankfurt am Main, 16.09.1991, CISG-Online N. 26.

mahkemenin hukukuna göre belirlenir¹⁰². Bu durumda *lex fori* uyarınca dava masraflarının, satıcı tarafından karşılanmasına izin verilmemesi halinde, alıcı dava masraflarını antlaşma kapsamında satıcıdan talep edemeyecektir¹⁰³.

Son olarak değinilmesi gereken husus, zarar gören tarafın antlaşmanın 77. maddesinden doğan zararı azaltma külfeti ile ifa etmeme zararına refakat eden zararlar arasındaki ilişki hakkındadır. Yukarıda ifa etmeme zararları başlığı altında yer alan bu hususa ilişkin açıklamalar, bu bölümde de geçerlidir.

D. Devam Eden Zararlar

1. Genel Olarak

Devam eden zararlar (*consequential damages*), sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, doğrudan ve derhal meydana gelmeyen zararlardır¹⁰⁴. Devam eden zararlar, sıklıkla sözleşmenin ihlal edilmesi halinde zarar gören tarafın özel durumundan veya bu ihlalden önce sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine duyduğu güven dolayısıyla gerçekleştirmiş olduğu birtakım davranış ve anlaşmalardan kaynaklanmaktadır¹⁰⁵. Başka bir deyişle, bu zararlar sözleşmenin ihlali halinde meydana gelen ek zararlardır. Antlaşma tarafından tam tazmin ilkesi benimsendiği için devam eden zarar kalemlerinin de talep

¹⁰² **Magnus**, s. 295; US District Circuit (District Court New Jersey), 15.04.2009, CISG-Online N.1836 (CISG, yargılama masraflarının ödenmesi konusunda sessiz kalmıştır.); US District Circuit, 25.07.2008, CISG-Online N.1776; American Arbitration Association, 23.10.2007, CISG-Online N.1645.

¹⁰³ Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından 19.11.2002 tarihinde verilen kararda, m. 74'te ifade bulan tam tazmin ilkesinin dava masraflarının antlaşma kapsamında talep edilebilmesi fikrini destekler nitelikte olmasına rağmen böyle bir sonuca varılması halinde alıcı ve satıcı arasında md.45 ve md.61 anlamındaki eşitliğin bozulacağı ve dolayısıyla mahkeme masraflarının md.74 kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Company, Inc., d/b/a Maurice Lenell Cooky Company, US. Ct. App. 7th Cir., 19.11.2002, CISG-Online N.684; Aynı yönde bkz. US Dist. Ct. (ND III), 29.01.2003, CISG-Online N.772; **Huber/Mullis**, s. 278.

¹⁰⁴ **Ulus**, s. 155.

¹⁰⁵ **Oğuzman/Öz**, C.II, s. 41; **Ergüne**, s. 67; **Çakırca**, Seda İrem: Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, 1. Baskı, İstanbul 2012, s. 68; **Ulus**, s. 155.

edilmesi mümkündür¹⁰⁶. Ancak devam eden zarar kalemlerinin tazmini bakımından en önemli sınırlama öngörülebilirliktir. Öngörülebilirlik tartışmasının en yoğun olduğu ve öngörülebilirlik ilkesiyle en çok sınırlandırılan zarar türünün, devam eden zararlar olduğu görülmektedir¹⁰⁷. Devam eden zararların tazmini noktasında, hem objektif hem de sübjektif ölçütü kullanarak dikkatli bir öngörülebilirlik testinin uygulanması gerekmektedir¹⁰⁸.

2. Yoksun Kalınan Kâr

Devam eden zararlar dendiğinde ilk akla gelen zarar kalemi, yoksun kalınan kârdır. Yoksun kalınan kâr, sözleşme usulüne uygun bir biçimde ifa edilseydi ve ihlal gerçekleşmemiş olsaydı, zarar görenin faydalanacağı ve malvarlığında meydana gelecek olan değer artışına tekabül etmektedir. Bununla birlikte antlaşmanın 74. maddesi anlamındaki yoksun kalınan kâr, beklenen brüt kârdan olağan şekilde yapılması gereken masrafların düşülmesi sonucu bulunan net kâr olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁹.

Antlaşmanın 74. maddesinde yoksun kalınan kârın tazmin edileceği açıkça belirtilmiştir. Bunun nedeni bazı ulusal hukuk sistemlerinde bunun tazmin edilip edilmeyeceğinin belirsiz olması ve hatta bazı sistemlerde yoksun kalınan kârın uğranılan zarar kapsamında yer almamasıdır¹¹⁰.

Antlaşmanın 74. maddesinde yoksun kalınan kârın tazmin edileceği açıkça belirtildiğinden sözleşmenin ihlal edilmesi halinde zarar gören bakımından meydana gelen kâr mahrumiyeti, sözleşmeyi ihlal eden taraf bakımından bir sürpriz değildir; aksine sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörmesi gereken bir husustur.

Yoksun kalınan kâr kapsamına öncelikle alıcının satım konusu malı tekrar satmak üzere satın aldığı hallerde, sözleşmenin ihlali nedeniyle böyle

¹⁰⁶ Sert, s. 213.

¹⁰⁷ Epstein, Richard A.: "Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 18, No. 1 (Jan., 1989), s. 114. Atamer, CISG, s. 449; Ulusu, s. 155.

¹⁰⁸ Ulusu, s. 156.

¹⁰⁹ CIETAC, 30.01.1996, CISG-Online N.1032.

¹¹⁰ Secretary Commentary, Art. 70 N. 3, 08.04.2014 tarihinde <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644> adresinden erişilmiştir.

bir satım yapamamasından kaynaklanan kayıp ve zararlar girer. Mahkeme kararlarına baktığımızda, malların bir tacire satılığında hallerde bu malların, alıcı tacir tarafından tekrar satılmak üzere alındığına ilişkin bir karinenin kabul edildiği, bu nedenle yoksun kalınan kârın öngörülebilir olduğu yönünde bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir¹¹¹.

Yoksun kalınan kâr kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer zarar kalemi ise ayıplı mal yüzünden üretimin bir süre sekteye uğramasından doğan zararlar olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹².

¹¹¹ **Magnus**, s.295; OGH 06.02.1996, CISG-Online N.224. Benzer yöndeki yargı kararları için bkz. OLG Köln, 21.05.1996 CISG-Online N.254; BGH, 25.11.1998, CISG-Online N.353; “Satıcının malı geç teslim etmesi sebebiyle alıcının müşterisi tarafından alıcıyla olan iş ilişkisinin kesilmesi ve alıcının malları satamaması yoksun kalınan kâr olup tazmin edilmesi gerekir.” U.S. District Court, Eastern District of Kentucky [Federal Court of 1st Instance], 18.03.2008, CISG-Online N.1652; “Satıcının teslim ettiği malların alıcı tarafından Orta Doğu pazarında satılmasına ilişkin bir sözleşmede, satıcının önceden gönderdiği malların (bermuda şort) Japonya’da satıldığını tespit etmesi sebebiyle semeni ödenmiş malları göndermeyi reddetme hakkı yoktur. Kaldı ki sözleşmede alıcının malları kendisinden satın alan müşterilerinin yalnızca Orta Doğu’da satım yapacağını garanti etme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Satıcı malları teslim etmemekle, alıcıyı kendi müşterilerine tekrar satış yaparak kâr elde etmekten yoksun bırakmıştır. Satıcı, alıcının uğradığı kâr kaybını tazmin etmelidir.” Juzgado de Primera Instancia, No. 3 de Badalona, 22.05.2006, CISG-Online N.1391.

¹¹² Alman alıcı ile Avusturyalı satıcı belirli miktarda propan gazının Belçika’da başka alıcılara satılması amacıyla FOB uyarınca alıcıya teslimine ilişkin bir satım sözleşmesi imzalamışlardır. Alıcı bu kapsamda propan gazının Belçika pazarında tekrar satımı için Hollanda menşeli başka bir şirketle satım sözleşmesi imzalamıştır. Ancak Avusturyalı satıcı propan gazının Belçika’ya ihraç edilmesi için gereken izinleri almamış ve Alman alıcı, üzerinde hukuki ayıp bulunan propan gazını kendi alıcısına satmamıştır. Bunun üzerine nihai alıcı, asıl alıcıya sözleşmeyi ihlal ettiğinden bahisle Hollanda mahkemesi nezdinde dava açmış ve alıcının uğranılan zararı tazmin etmesine hükmedilmiştir. Alıcı bunun üzerine satıcıdan m. 74 uyarınca ayıplı ifadan dolayı uğradığı zararların tazmin edilmesini talep etmiş ve Avusturya ilk derece mahkemesi satıcı aleyhine hüküm tesis etmiştir. Satıcının ilk derece mahkemesi kararı aleyhine yaptığı temyiz başvurusu ise Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiş ve alıcının kendi alıcılarına ayıplı ifadan (sözleşmenin ihlal edilmesinden) dolayı ödemek zorunda kaldığı tazminatı satıcıdan talep edebileceğine hükmedilmiştir. Yüksek Mahkeme kararında satıcı tarafından sözleşmenin ihlal edilmemiş olması halinde alıcının malı (propan gazını) başkasına satarak kazanç elde edebileceğine işaret edilmiş ve fakat bu kazancın satıcı tarafından tazmin edilme-

Her ne kadar, antlaşmanın 74. maddesinde yoksun kalınan kârın tazmin edileceğinin açıkça belirtildiğinden bahisle sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu zarar kalemini öngörmesi gerektiği ifade edilse de zarar türünün aynı kalmasına rağmen gerçekleşen riskin, üstlenilen riskten farklı olması halinde, bu zarar kaleminin öngörülebilir olmadığı sonucuna da ulaşılması mümkündür. Zira somut olayda meydana gelen zararın türü ile sözleşme kurulduğu sırada öngörülen veya öngörülmesi gereken zarar türü aynı olsa da, somut olayda zararı meydana getiren risk faktörü ile satıcının sözleşmenin kurulması anında üstlendiği risk faktörü aynı olmayabilir. Bu durumda yalnızca sözleşmenin kurulması anında üstlenilen risk kapsamında yer alan zararlar, öngörülebilir ve tazmin edilebilir¹¹³.

3. Üçüncü Kişilere Karşı Sorumlulukların Yerine Getirilememesi Nedeniyle Meydana Gelen Zararlar

Devam eden zararlar kapsamında sıklıkla karşılan bir diğer zarar kalemi de satıcının sözleşmeyi ihlal etmesine bağlı olarak alıcının üçüncü kişiler ile kurmuş olduğu diğer sözleşmelerden doğan sorumluluklarını yerine getirememesi nedeniyle uğradığı zararlardır. Alıcının tacir olması ve satıcıdan temin edeceği malları üçüncü bir kişiye satacak olması halinde satıcı tarafından geç teslim edilmesi nedeniyle alıcının üçüncü kişiye ödediği ceza veya malların satıcı tarafından hiç teslim edilmemesi nedeniyle alıcının üçüncü kişiye ödediği tazminat, bu kalemdendir¹¹⁴. Bununla birlikte alıcının kendi alıcıları tarafından başlatılan takip ve açılan davalarda ödediği yargılama masrafları veya bunlar için almış olduğu hukuki danışmanlık hizmet ücretleri de alıcının devam eden zararları arasındadır¹¹⁵.

Önemle belirtmek gerekir ki, devam eden zararlar kapsamında ele alınan, satıcının sözleşmeyi ihlal etmesine bağlı olarak alıcının üçüncü

sinin ancak böyle bir satımın satıcı tarafından öngörülebilir olması halinde mümkün olacağına hükmedilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. OGH 06.02.1996, CISG-Online N.224.

¹¹³ OGH, 14.01.2002, CISG-Online N.727.

¹¹⁴ BGH, 25.11.1998, CISG-Online N.353; LG Heidelberg, 02.10.1996, CISG-Online N.264; OLG Köln, 21.05.1996, CISG-Online N.254.

¹¹⁵ LG Berlin, 13.09.2006, CISG-Online N.1620.

kişiler ile kurmuş olduğu diğer sözleşmelerden doğan sorumluluklarını yerine getirememesi nedeniyle uğradığı zararlardan (tazminat, cezai ve garanti kapsamında maldaki ayıbın giderilmesi içi yapılan masraflar gibi) satıcının sorumlu tutulabilmesi için alıcı ile kendi müşterisi arasında kararlaştırılan özel durumlardan sözleşmenin kurulması anında satıcının bilgilendirilmiş bulunmasına bağlıdır¹¹⁶. Bu noktada sübjektif ölçütün esas alındığı; bu hususların -ceza koşulunun, maldaki ayıba karşı garanti verilmesi halinin- özel durum olarak nitelendirildiği ve satıcının bu hususları öngörmesi gerekmediği; satıcının özel durumlardan kaynaklanan zarardan sorumlu tutulabilmesi için sözleşmenin kurulması anında ayrıca bilgilendirilmesi gerektiği görülmektedir¹¹⁷.

¹¹⁶ Mahkeme satıcıların dondurulmuş etleri teslim ettikleri toptancılık faaliyeti yaptığını bildiklerini ve alıcının bu etleri kendi müşterilerine satacağını öngördüklerini ifade ettikten sonra satıcıların sözleşmenin kurulduğu anda, malların geç teslim edilmesi halinde alıcının kendi müşterileriyle sorun yaşayabileceğini (hatta alıcı tarafından kolayca çözümlenemeyecek sorunların doğabileceğini) öngördüğünün kabul edilmesine hükmetmiştir. Hatta mahkeme, ayıplı teslimden dolayı (özellikle etin bozuk olması halinde ciddi sorunlar doğurması vb.) alıcının tüm müşterilerini kaybedebilecek olmasının ve bundan dolayı alıcının ek zararlara uğrayacağını satıcılar tarafından hesaba katılması gerektiğine hükmetmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BGer, 28.10.1998, CISG-Online N.413. Benzer şekilde OLG Köln tarafından verilen bir karara konu olayda satıcı tarafından satılan ayıplı araba daha sonra araba ticareti ile uğraşan alıcı tarafından bir müşteriye satılmış ve müşterinin ayıbı tespit etmesi üzerine alıcı tazminat ödemek zorunda kalmıştır. Alıcı daha sonra ödediği tazminat tutarında satıcıya karşı talepte bulunmuştur. Mahkeme alıcı tarafından talep edilen zararın CISG m. 74 kapsamında dolaylı zarar niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre satıcı, alıcının arabayı kendi ihtiyacı için almadığını bilerek arabayı satmıştır. Mahkeme satıcının, ayıplı arabadan dolayı alıcının müşterisine karşı sorumlu olacağını öngörmüş ya da en azından öngörebilmiş olduğuna kanaat getirmiş ve satıcının bu zararı tazmin etmesine hükmetmiştir. OLG Köln, 21.05.1996, CISG-Online N.254; Benzer yargı kararları için bkz. OGH, 06.02.1996, CISG-Online N.224; LG Landshut, 05.04.1995, CISG-Online N.193.

¹¹⁷ Hakem heyeti, önüne gelen bir uyuşmazlıkta, satıcının ayıplı mal teslimi nedeniyle sözleşmeyi ihlal ettiğine ve bu ihlalden dolayı alıcının uğradığı zararların tazminine karar vermiştir. Ancak hakem heyeti, alıcının alt alıcısının üçüncü bir kimseden makine kiralaması sonucu oluşan kira bedelinin ve bu kira bedelinin ödenmesi için bankadan çekilen kredi nedeniyle yapılan masrafların ve kredinin faizinin, taraflar arasındaki sözleşme uyarınca satıcının makul öngörüsünün kapsamının dışında kaldığını belirterek

4. Teslim Edilen Malın Ayıplı Olması Nedeniyle Alıcının Diğer Malvarlığı Değerlerinde Meydana Gelen Zararlar

Devam eden zararlar kapsamında değerlendirilen bir diğer zarar kalemi ise, satıcı tarafından teslim edilen malın ayıplı olması nedeniyle alıcının diğer malvarlığı değerlerinde meydana gelen zararlardır. Bu zararlara örnek olarak teslim edilen hastalıklı bir hayvanın bütün sürüye hastalık bulaştırması; aynı şekilde teslim edilen makinelerdeki ayıp nedeniyle üretimi tamamlanmamış ürünlerin bozulması, işlenmemiş ürünlerin teslim edilen ve fakat kimyasal olarak işleme tabi tutulmaya elverişli olmayan bir ayıbı içeren mallarla işleme tabi tutulması ve bundan dolayı ürünlerin bozulması veya ayıplı maldan dolayı alıcının imalathanesinin yanması halleri verilebilir¹¹⁸.

Bu zarar kalemi bakımından objektif ölçüt esas alınmakta ve satıcının bu kalemi, öngörmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ancak, böyle bir zarar kaleminin satıcıdan talep edilebilmesi için malın alıcı tarafından kullanım amacına uygun bir şekilde kullanılmış olması gerekir¹¹⁹. Bununla birlikte, alıcının malı kullanım amacı dışında kullanması nedeniyle doğan zararların satıcı tarafından öngörülebilir olmadığı kabul edilmektedir¹²⁰.

5. İtibar Kaybı

Devam eden zararlar kapsamında değerlendirilen bir diğer zarar kalemi de itibar kaybıdır (*loss of customers, loss of goodwill*). Örneğin tacir alıcının satıcıdan temin ederek üçüncü kişilere sattığı malların ayıplı çıkması halinde alıcının müşteri portföyünde meydana gelen azalma, bu kalemdir.

Bu zarar kaleminin öngörülebilir olup olmadığı somut olayın koşullarına göre her iki ölçüt de esas alınarak belirlenmelidir¹²¹. Bazı mahkeme

bu zararların tazmininin reddine karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. CIETAC, 30.10.1991, CISG-Online N.842.

¹¹⁸ **Atamer**, CISG, s. 430.

¹¹⁹ **Atamer**, CISG, s. 449.

¹²⁰ BGH, 24.03.1999, CISG-Online N.396.

¹²¹ İtibar kaybının tazmin edilebilmesi için maddi bir zararın ispat edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Cour d'appel de Grenoble, 21.10.1999, CISG-Online N.574; Yine bu zarar

kararlarında, alıcının hassas bir pazarda ara satıcı olması halinde, itibar kaybının satıcı tarafından öngörülmesi gerektiği kabul edilmiştir¹²². Öte yandan doktrinde itibar kaybı nedeniyle meydana gelebilecek zararlara ilişkin sözleşmeyi ihlal eden tarafın önceden bilgilendirilmemesi halinde talep edilemeyeceği ifade edilmektedir¹²³.

SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, CISG uygulaması bakımından tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında yararlanılan öngörülebilirlik ilkesi, aşağıda Türk-İsviçre sorumluluk hukukunun kurucu unsurlarından olan illiyet bağı ve tazminatın hesaplanmasında dikkate alınan indirim sebepleri ile karşılaştırılmıştır. Öngörülebilirlik ilkesi ile illiyet bağı arasındaki benzerlik ve farklılıklara ilişkin aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

Gerçekleşen zarar ile sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine illiyet bağı denir¹²⁴. Zararlı sonuç; bir davranışın istatistikî verilere özellikle objektif ihtimale, olayların tekrarlanmasındaki sıklık oranına, hayat tecrübelerine, olayların akışına ve ilgili davranışın genel yapısına göre uygun ve tipik bir sonucu olabileceği gibi bu davranıştan bağımsız, tamamen tesadüfî, geçici ve anormal şartların bir sonucu da olabilir¹²⁵. Bu noktada ise devreye uygun illiyet bağı teorisi girer. İşte uygun illiyet bağı teorisi, zarar vereni davranışının objektif ihtimal dahilindeki uygun ve tipik sonuçlarından sorumlu tutar¹²⁶. Buradan hareketle uygun illiyet bağı, somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, niteliği ve ana temayülü itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan ve bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şart ile söz

türünün tazmin edilebilmesi için ilgili pazardaki müşteri kaybının ispat edilmesi gerektiği yönünde bkz. Audiencia Provincial de Barcelona, 20.06.1997, CISG-Online N.338.

¹²² BGer, 28.10.1998, CISG-Online N.413.

¹²³ **Schlechtriem/Butler**, s. 213; **Huber/Mullis**, s. 280.

¹²⁴ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 536.

¹²⁵ **Eren**, Borçlar Hukuku, s. 542.

¹²⁶ **Eren**, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından İlliyet Bağı Teorisi, 1. Baskı, Ankara 1975, s. 52.

konusu sonuç arasındaki bağ olarak tanımlanabilir¹²⁷. Bugün Türk-İsviçre sorumluluk hukuku bakımından hakim teori, uygun illiyet bağı teorisidir¹²⁸.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, antlaşmanın 74. maddesinde tazminatın, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak *öngördüğü* veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında *öngörmesi gerektiği* zararı aşamayacağı hüküm altına alınmıştır. Antlaşmanın 74. maddesi, öngörülebilirlik testinde dikkate alınması gereken ölçütler bakımından son derece açıktır. Bu maddede sözleşmeyi ihlal eden tarafın *öngördüğü* ifadesiyle subjektif ölçüte, *öngörmesi gerektiği* ifadesiyle de objektif ölçüte işaret edilmiştir. Subjektif ölçüt, *fili bilgiye* işaret ederken objektif ölçüt ise *atfedilen bilgiye* işaret etmektedir. Atfedilen bilginin içeriğinin belirlenmesinde ise hayatın olağan akışı, sözleşme hükümleri, sözleşmenin amacı, risk dağılımı, ticari teamüller ve objektif ihtimaller gibi normatif unsurlar dikkate alınır¹²⁹. Buradan hareketle, uygun illiyet bağının öngörülebilirlik ilkesinin atfedilen bilgi/objektif öngörü kısmına karşılık geldiğini söylemek yanlış olmaz.

Uygun illiyet bağı teorisi ile öngörülebilirlik ilkesi arasındaki en önemli farklılığın *değerlendirme anına* ilişkin olduğu ifade edilmektedir¹³⁰. Yukarıda da belirtildiği üzere, antlaşmanın 74. maddesi uyarınca sözleşmeyi ihlâl eden taraf, en geç *sözleşmenin kurulması anında*, sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya öngörmesi gerektiği zararlardan sorumludur. Bir başka deyişle öngörülebilirlik ilkesi, sözleşmenin kurulduğu anı esas alır. Uygun illiyet bağı teorisi ise sözleşmenin ihlal edildiği anı esas alır¹³¹. Bu çerçeveden bakıldığında uygun illiyet bağı teorisi uyarınca zarar, somut olaydaki sözleşme ihlali nedeniyle meydana gelebilecek nitelikte ise artık bundan sonra risk faktörlerine ve dağılımına bakılmaksızın sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşme ihlali ile meydana gelen bütün zararları karşıla-

¹²⁷ Eren, İlliyet Bağı Teorisi, s. 52; Eren, Borçlar Hukuku, s. 541.

¹²⁸ Eren, İlliyet Bağı Teorisi, s. 51; Eren, Borçlar Hukuku, s. 540.

¹²⁹ Atamer, CISG, s.447; Dayıoğlu, s. 120; Ulusu, s. 116; Huber/Mullis, s. 274.

¹³⁰ Ulusu, s. 42.

¹³¹ Önceden (*ex ante*) tahmin görüşü ve sonradan tahmin görüşü (*ex post*) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, İlliyet Bağı Teorisi, s. 85 vd.

yacak bir tazminata mahkum edilmesi oldukça yüksek bir ihtimaldir¹³². Bu noktada sözleşmeden doğan tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında öngörülebilirlik ilkesinin dikkate alınmasının, irade serbestisi temeli üzerine inşa edilen bu hukuki işlemin doğası ile örtüştüğü düşünülebilir¹³³.

Uygun illiyet bağı teorisi, kesin ve belirli olmaması nedeniyle eleştirilmiştir¹³⁴. Uygun illiyet bağı teorisinin belirsizliğinin giderilmesi noktasında normun koruma amacı teorisi önem taşır. Atamer tarafından özellikle uygulamada, uygun illiyet bağı teorisinin temelinde yatan, tehlikenin artmış olması düşüncesine bile yabancılaşarak hayatın normal akışına göre önceden görülebilir sonuçlar şeklinde bir klişeye eğilim gösterilmesinin, sorumluluğun kabul veya reddedilmesi arkasında yatan asıl gerekçeleri tanınmaz hale getirdiği; oysa ihlal edilen normun belirlenmesinin, bunun içeriğinin saptanmasının, benzer olayları kapsayacak şekilde bir çıkarlar dengesinin oluşturulmasının ve bunun karara yansıtılmasının bu açıdan bir denetim olanağını da beraber getireceği dile getirilmiştir¹³⁵.

Tazminat sorumluluğunun kapsamının belirlenmesinde uygun illiyet bağı teorisinin katılığı hukuk sistemleri tarafından, bir yandan normun koruma amacı teorisiyle yumuşatılırken diğer yandan tazminattan indirim nedenleri düzenlenmiştir. Zira somut olayda gerçekleşen özel haller, tazminattan indirim yapılmasını ve tazminat miktarının uğranılan zarardan daha az olmasını haklı gösterebilir¹³⁶. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 51. ve 52. maddelerinde de bazı haller, tazminattan indirim nedeni olarak kabul edilmiş ve somut olayda bunların mevcut olması halinde hâkime tazminattan indirim yapma, hatta gerektiğinde bunu tamamen reddetme yetkisi tanınmıştır¹³⁷. Serozan tarafından da sözleşmenin ihlali dolayısıyla tazminatın belirlenmesinde hâkime çok geniş bir takdir yetkisi tanındığı; uygun illiyet

¹³² Zeller, Bruno: Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, New York 2005, s. 55 (Ulus, s. 43, dn. 141).

¹³³ Ulus, s. 42-43.

¹³⁴ Eleştiriler için bkz. Eren, İlliyet Bağı Teorisi, s. 97 vd.

¹³⁵ Atamer, Yeşim: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, 1. Baskı, İstanbul 1996, s. 106.

¹³⁶ Eren, Borçlar Hukuku, s. 763.

¹³⁷ Eren, Borçlar Hukuku, s. 763.

bağı ve normun koruma amacı teorisinden başlayıp normatif zarar kavramından geçen ve durumun gereklerinden, hakkaniyetten söz eden kanun hükümlerine varan teoriler, kavramlar ve kurallar zincirinin hâkime benzerine kolay kolay rastlanmayan bir takdir yetkisi verdiği, böylelikle hâkime, somut olay adaletini sağlama imkanı tanındığı ifade edilmiştir¹³⁸. Buradan hareketle tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında öngörülebilirlik ilkesi ile ulaşılan sonuca dolaylı yoldan da olsa uygun illiyet bağı teorisinin uygulanması halinde de ulaşılabileceği mümkün olduğu söylenebilir¹³⁹.

CISG uygulamasına geri döndüğümüzde, yukarıda da açıklandığı üzere, antlaşma kapsamında tarafların sözleşmeden doğan sorumluluğu, hukuki niteliği itibariyle kusursuz sorumluluktur. Ayrıca borçlunun sözleşme ile üstlenmiş olduğu bütün yükümlülükleri, birer garanti taahhüdü olarak karşımıza çıkar. Sonuç olarak kusursuz sorumluluk ilkesi kapsamında, tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ifasına ilişkin olarak bu denli ağır bir sorumluluk altına sokulması ve borçlunun sözleşme ile üstlenmiş olduğu bütün yükümlülüklerin, birer garanti taahhüdü olarak değerlendirilmesi nedeniyle antlaşmanın tazminat sorumluluğunu, öngörülebilir zararlar ile sınırlı tutması anlaşılabilir hatta gerekli bir uygulamadır¹⁴⁰.

¹³⁸ Serozan, Rona: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 2009, §16, parag.6.

¹³⁹ Ulusu, s. 47.

¹⁴⁰ Schlechtriem/Butler, s. 211.

Kaynakça

- Acemoğlu**, Kevork: “Aliud ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.6, S. 9, 1972, s. 19-29.
- Altunkaya**, Mehmet: Edimin Baştaki İmkânsızlığı, 1. Baskı, Ankara 2005.
- Aral**, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, 1. Baskı, Ankara 2011.
- Atamer**, Yeşim M.: “Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı”, *İBD* 1995, C.69, S. 10-11-12, s. 551-568.
- Atamer**, Yeşim M.: “Borçlunun CISG Madde 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?”, *Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C.8, Özel Sayı, 2013, s. 487-510.
- Atamer**, Yeşim: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, 1. Baskı, İstanbul 1996.
- Atamer**, Yeşim M.: “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, C.I, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 317-361.
- Atamer**, Yeşim M.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul 2005. (CISG)
- Baş**, Ece: “Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu”, *Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi*, C.8, Özel Sayı, 2013, s. 623-656.
- Baçoğlu**, Başak: “Borcun İfasındaki İmkansızlık”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 307-347.
- Baçoğlu**, Başak: Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, 1. Baskı, İstanbul 2012. (Aynen İfa Talebi)
- Bergsten**, Eric: “Methodological Problems in the Drafting of the CISG”, *CISG Methodology*, Eds: Janssen, Andre/Meyer, Olaf, Sellier European Law Publishers, 2009, s. 5-32.

- Bingöl**, İtir F.: Uluslararası Ticari Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, 1. Baskı, Ankara 2011, s. 126.
- Bridge**, Michael: “Avoidance For Fundamental Breach of Contract Under the UN Convention on the International Sale of Goods”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 4 (October 2010), s. 911-940.
- Çakırca**, Seda İrem: Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı, 1. Baskı, İstanbul 2012.
- Dayıoğlu**, Yavuz: CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Tazminat Talep Etme Hakkı, 1. Baskı, İstanbul 2011.
- Demirelli**, Korhan: “11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Mal satışı Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması İmalatçının Akdi Sorumluluğunda Uygulama Alanı Bulabilir mi?”, *İzmir Barosu Dergisi*, C.56, S. 4, 1991, s. 58-75.
- Epstein**, Richard A.: “Beyond Foreseeability: Consequential Damages in the Law of Contract”, *The Journal of Legal Studies*, Vol.18, No.1 (Jan., 1989), s. 105-138.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2014.
- Eren**, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından İliyet Bağı Teorisi, 1. Baskı, Ankara 1975.
- Erdem**, H. Ercümet: “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *BATİDER*, C.XVI, S. 3, 1992, s. 35-105.
- Erdem**, H. Ercüment: “Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu”, *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim M. Atamer, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2008, s. 105-163.
- Erdem**, H. Ercüment: “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, *İzmir Barosu Dergisi*, S. 54, 1989/1, s. 90-107.

- Erdem**, H. Ercümet: “Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmeden Dönme”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, C.I, 1. Baskı, İstanbul 2010, s. 857-895.
- Ergüne**, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, 1. Baskı, İstanbul 2008.
- Faust**, Florian: “Hadley v. Baxendale-an Understandable Miscarriage of Justice”, 15 *Journal of Legal History*, 1994, s. 41-72.
- Ferrari**, Franco: “Hadley v. Baxendale, Foreseeability under Article 74 CISG”, *Contract Damages Domestic and International Perspectives*, Edited by Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington, Hart Publishing, Oregon 2008.
- Grebler**, Eduardo: “Fundamental Breach of Contract under the CISG: A Controversial Rule”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 101, (MARCH 28-31, 2007), s. 407-413.
- Gündoğdu**, Fatih: Borca Aykırılık Hallerinden Kusurlu İfa İmkansızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014.
- Hatemi**, Hüseyin/**Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Heiderhoff**, Bettina: “CISG’in Uygulama Alanı: Konu Bakımından” (Çeviren: Ajda Gençsoy), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim M. Atamer, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2008, s. 25 vd.
- Hendy**, J.: “Limiting the Uncertainty of Foreseeability”, *The Modern Law Review*, Vol.32, No. 4 (Jul., 1969), s. 438-441.
- Huber**, Peter/**Mullis**, Alastair: The CISG A New Textbook for Students and Practitioners, Sellier European Publishers 2007.
- Kanışlı**, Erhan: CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları, 1. Baskı, İstanbul 2013.
- Kaşak**, Esra: “Viyana Satım Sözleşmesinde Esaslı İhlal Kavramı”, *Prof. Dr. Ersin Çamoğlu’na Armağan*, İstanbul 2013, s. 335-356.

- Kaya**, Cansu: CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu, 1. Baskı, İstanbul 2012.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 14. Bası, Ankara 2011.
- Magnus**, Ulrich: “CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma” (Çeviren: Cüneyt Süzel) *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim M. Atamer, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2008, s. 287-307.
- Oğuzman Kemal/Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 11. Baskı, İstanbul 2013.
- Oğuzman**, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.II, 10. Baskı, İstanbul 2013.
- Pearce David/Halson**, Roger: “Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 28, No. 1 (2008), pp. 73-98.
- Perloff**, Jeffrey M.: “Breach of Contract and the Foreseeability Doctrine of Hadley V. Baxendale”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 10, No. 1 (Jan., 1981), s. 39-63.
- Saidov**, Djakhongir: The Law of Damages in the International Sale of Goods: The CISG and Other International Instruments, Oregon 2008.
- Schlechtriem**, Peter/**Butler**, Petra: UN Law on International Sales, The UN Convention on the International Sale of Goods, Berlin 2009.
- Serozan**, Rona: Borçlar Hukuku, Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Genişletilmiş 4. Baskı, İstanbul 2009.
- Serozan**, Rona: “Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku”, *İÜHFM*, C.LVIII, S.1-2, 2000, s. 231-248.
- Sert**, Selin: Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, 1. Baskı, İstanbul 2013.
- Sutton**, Jeffrey S.: “Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods”, *50 Ohio State Law Journal* 1989, s. 737-752.

- Tandoğan**, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku, 1961 Tarihli Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul 2010.
- Tiryakioğlu**, Bilgin: "11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi", *AÜHFD*, S. 41, 1989-1990, s. 192-205.
- Toker**, Ali Gümrah: Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Vienna Sözleşmesi) Uygulama Alanı, 1. Baskı, Ankara 2005.
- Ulus**, Ayşe Elif: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi, 1. Baskı, İstanbul 2011.
- Welser**, Rudolf/**Welser**, Irene: "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Halinde Alıcının Başvurabileceği Hukuki İmkanlar" (Çeviren: Akkayan Yıldırım, Ayça), *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.5, S. 1-2, Aralık 2006, s. 145-164.
- Will**, Michael R.: Milletlerarası Mal Satım Hukuku ve Milletlerarası Tahkim, 1. Baskı, Ankara 2002.
- Yelkenci**, Işıl: "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, s. 1333-1372.
- Zeller**, Bruno: Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, New York 2005.
- Zeytin**, Zafer: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2011.
- Zeytin**, Zafer: "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasının Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme", *BATİDER*, C.XXIV, S. 3, 2008, s. 217-264.

Elektronik Kaynaklar:

CISG-Online : www.cisg-online.ch

Secretariat Commentary : Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods Prepared by the Secretariat,

UN DOC. A/CONF. 97/5, United Nations Conference on

Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10

March-11 April 1980, Official Records. <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644>.