T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN 74. MADDESİNE GÖRE ZARARIN ÖNGÖRÜLEBİLİRLİĞİ KRİTERİ

Yüksek Lisans Tezi

Gözde AKŞİN

Ankara-2016

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİNİN 74. MADDESİNE GÖRE ZARARIN ÖNGÖRÜLEBİLİRLİĞİ KRİTERİ

Yüksek Lisans Tezi

Gözde AKŞİN

Tez Danışmanı
Prof.Dr.Vedat BUZ

Ankara-2016

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ……1

BİRİNCİ BÖLÜM

§ BİRLEŞMİŞ MİLLETLER MAL SATIMINA İLİŞKİN VİYANA KONVANSİYONUNDA (CISG) TAZMİNATIN YERİ

I) GENEL OLARAK……3

II) CISG SİSTEMİNDE SÖZLEŞMENİN İHLALİ HALİNDE TARAFLARA SAĞLANAN HUKUKİ İMKANLAR ……4

III) CISG'DE 45. MADDE DÜZENLEMESİ ……..6

IV) CISG TAZMİNAT SİSTEMİNİN TEMEL İLKELERİ…….13

A) Tam Tazmin İlkesi……....13

1) Genel Olarak……...14

2) İfa Menfaati (Müspet Zarar)……...16

3) Güven Menfaati (Menfi Zarar) ……..19

B) Kusursuz Sorumluluk İlkesi ……21

C) Zararı Aşan Tazminata Hükmedilmemesi İlkesi …….22

D) Öngörülebilirlik ……...23

İKİNCİ BÖLÜM

§ ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİNİN HUKUK TARİHİNDEKİ YERİ VE GELİŞİMİ

I) ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİNİN HUKUK TARİHİNDEKİ YERİ ……....25

II) ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİ VE HESABA KATMA KURALI ……32

A) Genel Olarak ……32

B) Hesaba Katma Kuralı ……..33

C) Hesaba Katma Kuralında Fiili Bilgi - Atfedilen Bilgi Ayrımı…….38

D) Hesaba Katma Kuralında Zararın Yakınlığı-Uzaklığı Kriteri……..43

III) ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİ VE LEX MERCATORİA……48

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

§ CISG'YE GÖRE ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİ

I) GENEL OLARAK ……51

II) ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİNİN UNSURLARI ……55

A) Öngörülebilirlik İlkesinin Öznesi ……56

B) Öngörülebilirlik İlkesinin Tayininde Kullanılacak Ölçütler ……...57

C) Öngörülebilirliğin Konusu ……..61

D) Öngörülebilirliğin Tayininde Esaslı Unsurlar ……63

1) Öngörülebilirlik Ve Sözleşme Hükümleri ……64

2) Öngörülebilirlik Ve Ticari Teamüller ……..68

3) Öngörülebilirlik İlkesinde Bilgi……71

E) Öngörülebilirliğin Tespitinde Zaman ……76

III) ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİ VE NEDENSELLİK ……..80

A) Uygun Nedensellik Bağı Teorisi Ve Öngörülebilirlik İlkesi……..80

B) Nedenselliğin Öngörülebilirlik İlkesi Bakımından Uygulaması ……84

C) Hadley Vs. Baxendale Kararı Ve Nedensellik İlkesi ……..94

IV) ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE ZARARIN SAPTANMASI

A) Genel Olarak ……...98

B) Doğrudan Zararlar (İfa Etmeme Zararları)…….102

C) Arızi Zararlar …….104

D) Dolaylı Zararlar……..106

1) Yoksun Kalınan Kar ……107

2) Yoksun Kalınan Karın Öngörülebilirliği …….110

SONUÇ …….112

KAYNAKÇA ……...115

ÖZ …….....124

KISALTMALAR

A.e. : Aynı eser

A.g.e. : Adı geçen eser

Bkz. : Bakınız

Yuk. : Yukarıda

Aş. : Aşağıda

Ed. : Editör

Karş. : Karşılaştırınız

k.g. : Karşı görüş

vd. : Sayfalar

s. : Sayfa

GİRİŞ

Uluslararası satımlarda, yeni milletlerarası ekonomik düzenin kurulması amacıyla, Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen Birleşmiş Milletler Uluslararası Mal Satımına İlişkin Viyana Konvansiyonu (çalışmamızda CISG olarak bahsedilecektir) kendine özgü bir tazminat sistemi geliştirmiş ve çeşitli ilkeleri benimsemiştir.

CISG'nin tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından kabul ettiği en önemli ilkelerden biri de öngörülebilirlik kriteridir. Nitekim, tazminat günümüz uluslararası satımlarının yanı sıra günlük hayatımızda da önemli bir yer edinmeye başlamış ve tazminat talep eden tarafın elinin güçlenmesinin yanı sıra, karşı tarafa da kendini savunma imkanı sağlamıştır. Tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında öngörülebilirlik ilkesi de günümüzde bir çok hukuk sisteminde, sözleşmeler hukukunun özelliklerini ve tarafların eylemlerinin sonucunu bilmelerini sağlayan belirlilik ihtiyacını en iyi karşılayan araç olarak nitelendirilmektedir. Nitekim, temelleri *common law* sisteminde hesaba katma kuralı ile atılan öngörülebilirlik ilkesi, diğer önemli Anlaşmalarda ve yeknesaklaştırma çalışmalarında yerini almıştır. Öngörülebilirlik ilkesi, CISG'nin yanı sıra, UNIDROIT Prensipleri ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri gibi borçlar hukuku bakımından önemli uluslararası belgelerde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu da ilkenin önemini açıkça ortaya koymaktadır.

Öngörülebilirlik ilkesinin hem öneminin hem de tazminat sistemindeki yerinin daha iyi anlaşabilmesi amacıyla çalışmamız öncelikle CISG'de tazminatın yeri belirlenecek, sonra bu tazminat sistemine yön veren ilkelere ve öngörülebilirlik ilkesinin bu sistem içerisinde nerede yer aldığına değinilecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, öngörülebilirlik ilkesinin hukuk tarihindeki yeri bağlamında, bu prensibin öncülü kabul edilen *common law* sistemindeki hesaba katma kuralı incelenecektir. Bununla birlikte, diğer uluslararası belgelerde bu ilkenin nasıl yer aldığı belirtilecektir. Üçüncü bölümde ise; CISG'nin sistemi içerisinde öngörülebilirlik ilkesinin düzenlenişi, uygulanışı, unsurları ve başkaca tazminat sınırlandırılmasında kullanılan prensiplerle olan ilişkisi üzerinde durulacaktır.

1.BÖLÜM: BİRLEŞMİŞ MİLLETLER MAL SATIMINA İLİŞKİN VİYANA KONVANSİYONUNDA (CISG) TAZMİNATIN YERİ

I. GENEL OLARAK

Sözleşmenin ihlali karşısında, tüm hukuk sistemlerinde çeşitli çözümler yer almakta ve her hukuk sistemi farklı açıklamalar ve teknikler içermektedir. Sözleşmenin ihlali halinde sözleşmenin her iki tarafına da verilecek haklar sisteminin doğru ve dengeli oluşturulması haklar sisteminin başarılı ve uygulanabilir olması bakımından büyük önem taşımaktadır.[1] İhlal ve tazmin sisteminin belirli derecede açık olması, tarafların sözleşme yapma kararını vermesi ve eylemlerinin sonuçları bakımından öngörüde bulunabilmesi bakımından da gereklidir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, farklı sistemler aynı sorun için farklı çözümler üretebilmektedirler. *Common law* sisteminde sözleşme ihlalleri ana (major) ve ikincil (minor) ihlaller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.[2] Ancak, genel olarak sözleşme ihlallerinin etkisi Holmes tarafından kısa ve öz olarak; *common law* sisteminde sözleşmede belirlenen yükümlülüğün, herhangi bir ihlal halinde tazminat ödemeyi öngörme olduğu şeklinde yorumlanmıştır.[3] Bu belirleme ile ihlale herhangi bir

[1] Zeller, Bruno. *Damages Under The Convention on Contracts For The International Sale Of Goods*, Oceana Publications, New York, 2005, s. 59.

[2] Zeller, a.g.e. s. 60.

[3] Holmes, *The Path of the Law*, Harward Law Review, 1897, s. 462. *"The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it-and nothing else."*

eylemin sebep olabileceği; ancak tazminatın sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın tek seçeneği olduğu ortaya konmaktadır.

CISG de ise bu şekilde bir ayrım yapılmamakla birlikte, sözleşmenin 25. maddesinde belirtildiği şekliyle esaslı ve esaslı olmayan ihlaller olarak düzenlenmektedir. Söz konusu bu ayrım, elbette ki hakkı ihlal edilen tarafın tazminat talep etme hakkını ortadan kaldırmamakta ve azaltmamaktadır. [4]

II. CISG SİSTEMİNDE SÖZLEŞMENİN İHLALİ HALİNDE TARAFLARA SAĞLANAN HUKUKİ İMKANLAR

CISG düzenlemesinde alıcı ve satıcının yükümlülükleri ayrı ayrı yer almaktadır. Satıcının yükümlülükleri 30-44. maddeleri arasında düzenlenirken alıcının hakları da yine bu maddelerde yer almıştır. Aynı uygulama, alıcının yükümlülüklerinin düzenlendiği 53 ile 60. maddelerinde de geçerlidir. Hukuki imkanların yükümlülüklerin arkasından düzenlenmiş olması mantıklı ve kanun yapma tekniğine de uygundur. [5]

CISG 45 vd. ile 61. vd. maddelerinde tarafların sözleşmeyi ihlal etmesi halinde sağlanan hukuki imkanları düzenlemiştir. Hukuki imkanlar; geniş olarak üç dala ayrılmıştır; aynen ifa, sözleşmenin iptali ve ikame mal veya hizmet temini.[6] AArgau Ticaret Mahkemesi ise hukuki imkanları beş dala ayırmanın daha doğru

[4] Liu, C. *Comparison Of CISG Article 45/61 remedial provision and counterpart PECL Articles 8:101 and 8:102*. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu2.html>.

[5] Zeller, a.g.e. s. 61.

[6] Liu, a.g.e. n. 257.

olacağı kanaatine varmış ve imkanları ana çerçeveleri ile sıralamıştır.[7] Alıcı için getirilen ve beş bent halinde sayılması gereken imkanlar şu şekildedir;

- *İfayı talep hakkı (CISG md. 46/1)*
  - *Asli ifa talebi (f.1) veya,*
  - *Malın tamir edilmesi (f.2)*
- *Esaslı ihlal halinde sözleşmeden dönme hakkı (CISG md. 49/1-a)*
- *Ayıbın giderilmesini talep hakkı (CISG md.48)*
- *Semenin tenzilini talep etme hakkı (CISG md. 50)*
- *Tazminat talep hakkı (CISG md. 45/1-b ve bağlantılı olarak 74-77. maddeler)*[8]

İş bu söz konusu üç temel kategori ve İsviçre Ticaret Mahkemesi tarafından sayılan beş hukuki çare, alıcı veya satıcı için sınırlı sayıda olmayıp, tarafların söz konusu çarelerden birini seçmesi gibi bir zorunluluk da yoktur.[9]

Bununla birlikte; tazminat talep etme hakkı her zaman CISG md. 45 ve 61 de düzenlenen çarelerle bağlantılı kullanılabilmektedir. Tazminat talep etme hakkı, tek başına kullanılabileceği gibi madde 45 - 61 de düzenlenen haklara ek olarak da talep edilebilir.[10] Nitekim, bu ilkeyi UNIDROIT prensipleri de benimsemiş olup, 7.4.1.maddesinde; ifa edilmeme halinde tarafların tazminat talep etme hakkının tek başına veya diğer haklarla birlikte mevcut olduğu belirtilmiştir.

CISG ve benzer düzenlemelere sahip UNIDROIT prensipleri tazminat talep etme hakkı ve diğer hukuki çarelerin ifa edilmeme halinde kullanılacağını belirtmektedir. Bir diğer önemli bir husus da, bahsedilen bu hukuki çarelerin,

[7] Zeller, a.g.e. s. 61.

[8] *Handelsgericht Aargau* <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021105s1.html>

[9] Zeller, a.g.e. s. 62.

[10] Liu, a.g.e. s. 257.

sözleşme taraflarınca başkaca bir belirleme yapılmamış olması durumunda geçerli olmasıdır. Yani başka bir deyişle, taraflar sözleşmenin ihlalinin sonuçlarını kendi aralarında farklı bir şekilde de düzenleyebilirler. CISG'nin 6.maddesinde; "*Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.*" hükmünü düzenlemektedir. Yine, CISG 9. maddesi gereği taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır. Bu durumda; taraflar arasında belirlendiği belirtilen hukuki çarelerin yorumu sorunu karşısında, öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye, ikinci olarak taraflar arasındaki yerleşik uygulamalara ve üçüncü olarak da CISG'nin kendisine bakmak gerekecektir. [11] Sonuç olarak; öncelikli olan taraflar arasındaki sözleşmedir. İfa engeli durumunda ilk olarak bakılması gereken taraflar arasındaki bu sözleşmedir. Sözleşmede herhangi ayrıca bir belirleme olmaması durumunda CISG'ye gidilecektir.

III. CISG'DE 45. MADDE DÜZENLEMESİ

CISG 45. madde düzenlemesi şu şekildedir;

(1) Satıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse, alıcı:

(a) Madde 46 ilâ 52'de öngörülen haklarını kullanabilir.

(b) Madde 74 ilâ 77'de öngörülen tazminatı talep edebilir.

[11] Zeller, a.g.e. s. 62.

(2) Alıcı diğer hukukî imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez.

(3) Alıcı, sözleşmenin ihlâl edilmesi halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan birine başvurduğu takdirde, satıcıya, bir mahkeme veya hakem tarafından ek süre tanınamaz.

45. madde düzenlemesindeki en önemli nokta; sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde hakların talep edilebilmesi için kusur, hükümlerin ihlali ve iyiniyet yokluğu gibi hususların aranmamasıdır. Tazminat talep etme hakkı; hem satıcı hem alıcı bakımından sadece yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde sağlanmış bir imkandır.

Doktrinde yer alan ortak görüş; yükümlülüklerin ihlali sonrasında hem alıcı hem satıcı bakımından sağlanan hukuki imkanların tek bir madde altında toplanmasının, bu düzenlemenin yer aldığı sözleşmeyi sadeleştirdiği ve bu hukuki imkanların uygulanması bakımından da kolaylık sağladığı yönündedir.[12] CISG'de düzenlenen hukuki imkanların kusurdan bağımsız olarak düzenlenmiş olması, Sözleşmenin özel hukuk geleneklerinden ziyade *common law* ilkelerini benimsediğini göstermektedir. Zira, *common law*'da olduğu gibi, sözleşme ile üstlenilen her yükümlülüğün garanti taahhüdü olarak nitelendirildiği bir sistemde kusurun varlığına da doğal olarak ihtiyaç yoktur. Her ne kadar Borçlar Kanunu'nda da, satıcının, satım sözleşmesinden doğan sorumluluğu bir garanti sorumluluğu

[12] Zeller, a.g.e. s. 64, Liu, a.g.e. s. 259.

olarak düzenlemişse de unutulmaması gereken, bunun sadece ayıplı ifa halleri için böyle olduğudur. [13]

Madde 45, hukuki imkanlar bakımından ikili ayrım yapmaktadır. Bunlardan biri, alıcıyı Sözleşmenin 46 ile 52. maddeleri arasına yönlendirmektedir. Bu maddeler alıcıya, ayıbın giderilmesi ve yükümlülüğünü yerine getirmesi için ek süre tanınması gibi hakları düzenlemektedir. Bu hükümler, hukuki temellerini özellikle 45.maddenin ilgili hükmünden almamakla birlikte, 45.maddenin ilk fıkrası hukuki imkanların varlığını göstermek dışında tek başına herhangi bir amaca da hizmet etmemektedir.[14]

Bununla birlikte, 45.madde, atıf yaptığı hukuki imkanların yanı sıra tazminat talep etme hakkının da diğer imkanlarla birlikte talep edilebileceğini düzenlemektedir. Kuşkusuz ki, tazminat talep etme hakkı sözleşme bakımından en güçlü haktır ve sözleşmeyi akdeden taraflar, başkaca hukuki imkanları kullanmak suretiyle tazminat talep etme haklarından vazgeçmek istemeyeceklerdir. Sözleşmeye aykırılığın asli sonucunun tazminat olarak kabul edildiği bir sistemde, aynen ifa veya dönme imkanları istisna oluşturur. Dolayısıyla mahkemeler bu hakların tanınması için bazı özel şartların varlığını aramak durumunda kalmıştır. Yani bakış açısı hep hukuki sonuçlar perspektifinden olmuştur. Bu yüzden satıcının sözleşmeye aykırı davranışının sonuçlarının ele alındığı CISG m.45 vd. hükümleri de aynı mantık çerçevesinde kaleme alınmıştır.[15] Tazminat talep etme hakkının alıcı ve satıcı bakımından ortak hüküm olan 74 ile 77.maddeler arasında düzenlenerek, diğer

[13] Atamer, Yeşim M. *Milletlerarası Satım Hukuku*, "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/atamer.pdf> *(İfa Engelleri)* s.228.

[14] Zeller, a.g.e. s. 65.

[15] Atamer, *İfa Engelleri*, s. 228.

hukuki imkanların ise alıcı ve satıcı bakımından ayrı ayrı düzenlenmesi de önem taşımaktadır.[16] 45.maddenin ilk olarak incelenmesinde göze çarpan nokta, satıcının sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirememesi halinde karşı tarafa sağlanan hukuki imkanları gösteren bir genel bakış olduğudur. Bu hukuki imkanların kullanılması sırasında aranacak şartlar veya başkaca kıstaslar dikkate alınmaksızın bu genel bakış oluşturulmuştur.[17] Bu yönüyle CISG'nin *common law* sistemine yaklaştığı söylenebilir.

Taraflara tanınan hukuki imkanlar aynen ifa, sözleşmenin feshi, tazminat talep etme ve semenin tenzili olarak sıralanmaktadır. Bununla birlikte, sözleşmeden doğan yükümlülüğün tarafların akdettiği sözleşmeden mi yoksa CISG'nin bizzat kendinden mi kaynaklandığı hususu da önem arz etmemektedir. [18]

CISG 45. madde hükmü tanımlayıcı olmak özelliğinin dışında da önem taşımakta, aynı zamanda alıcının sözleşmenin ihlali halinde kullanabileceği başkaca hakların kaynağını ve temelini de oluşturmaktadır. Alman Yüksek Mahkemesi de bu görüşü benimsemektedir. Mahkeme, davacının davalıya karşı 45.maddenin 1. fıkrasının b bendinin atfıyla 74. ile 77. maddelerdeki tazminatı talep etme hakkı olduğuna karar vermiştir.[19] CISG 74. ile 77. maddeleri sadece tazminat talep etme hakkının genişletilmiş halini düzenlemekle hakkın kaynağı bu maddeler değildir.[20]

---

[16] Liu, a.g.e. s. 260.

[17] Atamer, *İfa Engelleri*, s. 230.

[18] Schlechtriem, P., U*niform Sales Law -The UN-Convention on contracts for the International Sale of Goods*, (CISG),1986, s. 75.

[19] Almanya, 24 Mart 1999 tarihli Yüksek Mahkeme kararı <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html>.

[20] Bernstein, Herbert & Lookofsky, Joseph. *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International, London, (2nd ed) 2003, s.137.

Yine, Köln Mahkemesi de 45.madde gereği, alıcının 74. ile 77. maddeleri uyarınca tazminat talep etme hakkı olduğunu kabul etmiştir.[21]

Özetle, 45. maddenin 1.fıkrasının b bendinde alıcının tazminat talep etme hakkı olduğu belirtilmiş; ancak bu tazminat hakkının hangi hallerde talep edilebileceği ve bu hakkın adeta mekanizması CISG'nin 74. ile 77. maddeleri arasında düzenlenmiştir. CISG madde 45e dayanak alınarak talep edilecek tazminatın nasıl belirleneceği 74. maddede açıkça belirlenmiştir.[22] Bu durumda; ifa engeli durumunda alıcı 45. madde gereği tazminat talebinde bulunacak ise mahkeme işbu tazminatın miktarını 74. madde düzenlenmesine göre tespit edecektir.

Buna ek olarak; CISG'in faiz talep etme hakkını düzenleyen 78. maddesi; "*74. madde uyarınca talep etme hakkına sahip olduğu tazminata halel gelmeksizin*" ifadesini içermektedir. Görüldüğü üzere, bu tanım 74. maddedeki gibi bir tazminat talep etme yöntemi belirlememektedir. 74. madde, tazminatın nasıl hesaplanacağını göstermektedir. 78. maddeye dayanılarak bir talepte bulunmak için şüphesiz ki 74. maddeye göre hesaplanan tazminat da dikkate alınmalıdır. Bu husus bir kural olmayıp, 74. maddede belirlenen tazminata ek olarak veya tamamen ayrı olarak faiz talep edebilmeye bir davet özelliği taşımaktadır.[23]

Bu durumda, CISG 45. maddesinin taraflar arasında akdedilen sözleşmede belirlenen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde; talep edilebilecek hukuki imkanlara geniş bir çerçevede ışık tuttuğu söylenebilmektedir. Bununla birlikte; 45.

[21] Almanya, 8 Ocak 1997 Köln Yargıtay kararı <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108g1.html>.

[22] CISG 74. madde düzenlenmesi şu şekildedir; "*Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. Söz konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz*."

[23] Zeller, a.g.e. s. 65.

madde yine CISG 49. maddesine atıf yaparak, 25. maddede belirlenen "*esaslı ihlal*" kıstasını da ortaya koymaktadır. CISG düzeninde, esaslı ihlal halinde belirlenen sonuçlar esaslı olmayan ihlaller karşısında çok daha ağırdır. CISG'da alacaklıya tanınmış bir dizi hukuki imkan ancak ihlalin esaslı olması halinde uygulama alanı bulabilmektedir. Bunlardan en önemlisi sözleşmeden dönmedir.[24] Ancak bunun yanı sıra, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi halinde malın değiştirilmesini talep ve hasarın intikal etmesi noktalarında da sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığı önem taşımaktadır. Neden özellikle dönme ve ikame mal talep etme hakları açısından, CISG'ın, sözleşme ihlalinin esaslı olması şartını aradığı, milletlerarası satım sözleşmelerinin özellikleriyle açıklanabilir. Zira iki seçimlik hakkın kullanılması halinde de, alıcıya teslim edilmiş olan malların satıcıya iadesi sorunu ile karşılaşılmaktadır. Oysa sınır aşan sözleşmelerde bu tür bir tasfiye ilişkisine girmenin ne kadar elverişsiz olduğu ortadadır. İkinci bir nakliye organize etmek veya sözleşmeye aykırı malların bulundukları yerde yeniden satılmasını temin etmek bazı güçlükleri beraberinde getirecektir. Bu açıdan Antlaşma, ifası gerçekleşmiş sözleşmenin ayakta tutulmasını ve semenin indirilmesi veya tamirat gibi imkanların kullanılmasını mümkün olduğu ölçüde teşvik eden bir yaklaşım içindedir.[25]

45. maddenin incelenmesi hususunda, yukarıda da anlatılmaya çalışıldığı üzere; sözleşme akdeden taraflar hangi hukuki imkandan yararlanmak isterlerse istesinler, tazminat talep etme hakkı mevcudiyetini korumakta ve ister asıl ister ek talep olsun, öne sürülmesi her zaman mümkün olabilmektedir. Nitekim, tazminat talep etme hakkı, diğer hukuki imkanlar olaya uygulanabilir olmadığında dahi

[24] Schlechtriem, CISG, s. 85.

[25] Atamer, *İfa Engelleri*, s. 231.

taraflarca kullanılabilecektir. Bu husus, sözleşmenin ortadan kaldırılmasını düzenleyen CISG 81. ve 83. maddelerle de desteklenmektedir. CISG 81.maddesine göre; sözleşmenin ortadan kaldırılması "*tazminat yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla*" tarafların yükümlülüklerini ortadan kaldıracaktır. Bunun yanı sıra, 83. maddeye göre, sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını kaybeden alıcı, Antlaşmada tanınan bütün imkanlardan yararlanma hakkını muhafaza edecektir.

Değinilmesi gereken diğer bir önemli husus da; Antlaşmanın 45. maddesinin 3. fıkrasında satıcıya sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmesi için ek bir süre tanınmayacağının belirtilmiş olmasıdır. Bu düzenleme, pek çok ulusal hukuk düzeninde satıcıya sözleşmesel yükümlülüğünü yerine getirmesi için ek süre verilmesi geleneğine uymamaktadır. Bu çatışmanın sebebi, uluslararası satımlarda ek sürenin taraflara uygun olmamasıdır.[26] Ek sürenin "*delai de grace*" olarak yer bulduğu Fransız Medeni Kanunu'nda, bu ek sürenin mahkemece belirleneceği düzenlenmiştir. Mahkemenin karar verme yetkisi, ulusal sistemde akdedilmiş sözleşmenin taraflarının yararına olmaktadır. Ancak; uluslararası satımda tarafların hiçbir şey yapmaksızın mahkemenin ek süreye veya sözleşmenin ortadan kalktığına dair karar vermesinin beklenmesi, uluslararası satışlar için uygun değildir.[27] Bu nedenle, CISG ulusal düzenlemelerin aksine, uluslararası ticari hayatın gereklerine uygun olarak ek süre tanınmasını uygun görmemiştir. Ancak, taraflar bu düzenlenmenin aksini kendi aralarındaki sözleşme ile belirleyerek, ek süre tanınmasına imkan tanıyabileceklerdir.

[26] A.y. s.66

[27] Schlechtriem, *CISG*, s. 272.

Özetle, Antlaşmanın 45.maddesi alıcı ve satıcılar bakımından tanınan hukuki imkanların hepsini bir arada bir madde içerisinde sıralama yöntemini benimsemiştir. Liste özelliğini taşıyan bu madde, sözleşmenin tarafları bakımından önem arz eden imkanları barındırmaktadır. CISG'nin 45.maddesinde belirlenen imkanlar sınırlı sayı olma özelliği taşımamakla birlikte, Antlaşmanın 77 ve devamı maddelerinde de kullanılabilecek başkaca imkanlara yer verilmiştir. Alıcı için düzenlenen 45/2 ile yine aynı şekilde düzenlenen 61/2.madde göstermektedir ki; sayılan bu imkanlar içerisinde tazminat ayrıca bir yere sahiptir. Sözleşme tarafları başkaca hukuki imkanları kullanmayı seçtikleri takdirde hiçbir şekilde tazminat haklarından vazgeçmiş sayılmamaktadırlar. Antlaşmanın 45. maddesi hukuki imkanlara genel bir bakış imkanı vermektedir. Yine bu madde, sözleşme kapsamındaki alıcıya tanınan tüm hakların da temelini ve kaynağını oluşturmaktadır. Tekrar belirtmekte yarar vardır ki; CISG'deki tazminat sistemi "*kusur prensibinden*" tamamen bağımsız olup, tarafların kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın yükümlülüklerin ihlali halinde hukuki imkanların kullanılabileceği öngörülmüştür. Yine bahsedildiği üzere; 45. ve 61. madde taraflara ifa için ek bir süre tanımamakta ve bu husus da uluslararası satımda önemli olan noktanın hız ve sonuç odaklılık olduğunu göstermektedir.

IV. CISG TAZMİNAT SİSTEMİNİN TEMEL İLKELERİ

A. TAM TAZMİN İLKESİ

1. GENEL OLARAK

CISG tazminat sisteminin temel işlevi, satıcı sözleşmeyi usulüne uygun bir şekilde ifa etmiş olsaydı, alıcının sahip olacağı ekonomik durumun sağlanmasıdır. Nitekim, bu husus CISG sekretarya şerhinde açıkça belirtilmiştir.[28] CISG 74. maddesi de, tazminat sisteminin bu ilkesini ortaya koymaktadır. Antlaşmanın 74. maddesinin ilk cümlesinde; "*Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir.*" denmektedir. Görüldüğü üzere; işbu madde tam tazmin ilkesini işaret etmektedir.[29]

Madde içeriğinden de görüldüğü üzere; tazminatın içeriğine uğranılan zararın yanı sıra yoksun kalınan kar da dahildir. Diğer bir ifadeyle kendisine karşı yükümlülüklerin yerine getirilmesi taahhüt edilmiş bulunan tarafın, sözleşmenin ihlal edilmesinden dolayı katlanmak zorunda kaldığı tüm olumsuz sonuçların tamamen tazmin edilmesi gerekmektedir.[30]

Tazminatın amacı, ihlal neticesinde uğranılan zararların tam olarak tazmin edilebilmesidir. Tam tazmin ilkesinin esası ise zarar gören tarafın sözleşme ihlali nedeniyle uğradığı zararların, taraflar arasındaki sözleşme ile kurulan dengeler göz önüne alınarak, denkleştirilmesidir. Başka bir deyişle, sözleşmeler hukukunda, tazminatın zarar gören tarafı, zenginleştirmek gibi bir amacı olmadığı gibi; kural olarak cezalandırma amacı da bulunmamaktadır.[31] Tazminatın tüm hukuk

---

[28] Sekreterya Şerhi Art.70 No:3 *"...the basic philosophy of the action for damages is to place the injured party in the same economic position he would have been in if the contract had been performed."*

[29] Blase/Höttler, *Claiming Damages in Export Trade on Recent Developments of Uniform Law*, Review of The Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Pace International Law Review, 2006, s.46.

[30] Schlechtriem, *Kommentar Zum Einheitlichen UN-Kaufrecht -CISG- (Kommentar)*, s.697.

[31] Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm: İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 4. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006, s.201; Zeller, a.g.e. s.35.

sistemlerindeki amacı ile CISG ile arasındaki bağın da benzeştiği açıktır. Sorumluluk hukukunun amacı, zarar görenin uğramış olduğu gerçek zararı gidermek, zarar verici olay sonunda onun malvarlığında meydana gelen azalmayı, tazminat ödemek suretiyle telafi etmek, kaybolan bir değer yerine aynı nitelik veya nicelikte başka bir değer koymaktır.[32]

CISG'nin benimsemiş olduğu tazminat sistemi de aynı şekilde; sadece alıcının sözleşmenin ifasından doğması beklenen menfaatinin değil, ayrıca sözleşmenin ifa edilmemesi sonucunda alıcının haklarına gelen zarardan kaçınılmasına ilişkin menfaatinin de korunması amacına hizmet eder.[33] Bu durumda; CISG tazminat sisteminde korunan amaç hem alıcının sözleşmeden kaynaklı ifayı talep etme hakkı; hem de yine sözleşmenin ifa edilmemesi durumunda oluşan zararlarının tazminini talep etmek hakkı bir bütün oluşturmaktadır. Bu anlamda, CISG tazminat sisteminde "*tam tazmin*" ilkesinin bu bütünlük içerisinde geçerli olduğu 74. maddenin metninden de açıkça anlaşılmaktadır.

CISG tazminat sisteminde her ne kadar "*tam tazmin*" ilkesi benimsenmiş olsa da; CISG md.5 uyarınca ölüm ve yaralanma halinde doğan zararlar ise "*Bu Antlaşma satıcının, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanmaz.*" denilerek Antlaşma kapsamı dışında tutulmuştur.[34] Yukarıda bahsedilen "*bütünlük*" kapsamı içerisine ölüm ve yaralanmalara neden olan ihlaller dahil değildir. CISG'nin benimsediği tazminat, özel hukuk kurallarıyla belirlenen "ekonomik" malvarlığı değerlerinin korunması

[32] Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 10. Bası, Beta Yayınları, 2008, s.697.

[33] Blase, Höttler, s.46.; Dayıoğlu, Yavuz. *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı*, 2010, s.64.

[34] Dayıoğlu, a.g.e. s.64.

amacına özgülenmiştir.[35] CISG'nin benimsemiş olduğu "*tam tazmin*" ilkesinin karşılanması ifa menfaatinin yani geniş anlamda müspet zararın tazmini ile mümkün olacaktır.

2. İFA MENFAATİ (MÜSPET ZARAR)

CISG tazminat sisteminde alıcının ifa menfaatinin korunmasındaki amaç, alıcının sözleşmeye uygun ifa gerçekleşmiş olsaydı ekonomik açıdan içinde bulunacağı duruma sokulmasıdır.[36] Buradan anlaşılacak olan; CISG tazminat sisteminin; alıcının sözleşmenin ihlali neticesinde müspet zararını tazminini amaçlamış olduğudur.[37]

Müspet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ya da vaktinde ifa edilmemesinden dolayı meydana gelen zarardır. Sözleşmeden doğan sorumlulukta, en önemli zarar ayrımının müspet zarar ve menfi zarar olduğu doktrinde de açıkça ortaya konulmuştur.[38] Müspet zarar, edim, borçlu tarafından tam veya gereği gibi yerine getirilmiş olsaydı, alacaklının malvarlığının göstereceği durum ile halihazırda gösterdiği durum arasındaki farktan oluşur.[39] Sözleşmenin ihlali durumunda, zararların tazmini için alıcının sözleşme ifa edilse idi sahip olacağı malvarlığı ile sözleşmenin ihlali halinde mevcut bulunan malvarlığı incelenmeli ve aradaki fark

[35] Tazminatın ekonomik işlevi olduğuna ilişkin bknz: Eren, Fikret, a.g.e. s.697; Atamer, Yeşim. *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta Yayınları, 2005, *(CISG)* s.424.

[36] Atamer, *CISG*, s.327.

[37] Atamer, *CISG*, s.427.

[38] Buz, Vedat. *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, 1998, s.239 vd.

[39] Eren, a.g.e. s.1013.

tazminata konu olmalıdır. Her ne kadar, madde metninde ayrıca ekleneceği belirtilmişse de; bu müspet farka, 74. maddenin metninde açıkça da belirtilmiş olan "*yoksun kalınan kar*" da dahildir. Alacaklının malvarlığının, edimin yerine getirilmesi sonucu ulaşacağı durum ile borcun yerine getirilmemesinden ötürü göstereceği durum arasındaki fark, müspet zararı oluşturduğundan, borcun yerine getirilmesindeki çıkarın gerçekleşmemesinden ötürü uğranılan zarar, söz konusu olur. Böylece, müspet zarar, alacaklının sağlayacağı karlardan yoksun kaldığını anlatır. Sözleşmenin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi, alacaklıyı gerçekleşmesini beklediği çıkarlardan yoksun bırakır ki, borçlu, meydana gelene zararın giderimi ile sorumlu tutulur.[40] Dolayısıyla, doğru bir şekilde tayin edilen ifa menfaatinin tazmini, ihlal nedeniyle zarar gören tarafın, sözleşmenin ifa edilmesi halinde içinde bulunacağı ekonomik durumdan daha kötü bir durumda kalmayacağını yani tam telafiyi garanti etmektedir.[41]

Müspet zararın miktarı, Momsen'in fark kuramı ile hesaplanmaktadır. Buna göre, sözleşme ihlal edilmemiş olsaydı zarar gören tarafın sahip olacağı malvarlığı ile ihlal nedeniyle mevcut malvarlığı arasındaki fark, zarar gören tarafın ifa menfaatidir ve bu hesaplama yapılırken tazminat alacaklısının kişisel malvarlığındaki

[40] Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukuku*, çeviren: Cevat Edege, 1953, s. 21; Arsebük, Esat. *Borçlar Hukuku*, 1950, s.61; Göktürk, Hüseyin Avni. *Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri*, 1951, s.89,90; Tekinay, Selahhattin Sulhi, *Borçlar Hukuku*, 1971, s.95; Oğuzman, Kemal. *Borçlar Hukuku*, 1998, s. 279; Feyzioğlu, Necmettin. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C.1, 1976, s.336; Tekinay, S.S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. 1, 1993, s.1140; Karahasan, M. Reşit. *Sorumluluk Hukuku*, 2003, s.91.

[41] Djakhongir Saidov, *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Damages)*, 14 Pace Int'l L. Rev. 307, 2002, <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=pilr> s.2.

eksilme dikkate alınmak suretiyle somut (sübjektif) hesaplama yöntemi kullanılmaktadır.[42]

CISG'de de aynı şekilde tam tazmin ilkesinin benimsendiğini belirtmiştik. CISG'nin 45. maddesinde düzenlenen tazminat talep etme hakkının nasıl hesaplanacağını ve nelerin dikkate alınacağını düzenleyen 74. maddesinde; sözleşmenin ihlali neticesinde alıcıya ödenecek tazminatın, ihlalin sebebiyet verdiği yoksun kalınan kar da dahil olmak üzere, alıcının uğradığı zarar toplamına eşit olduğu belirtilmiştir. 74. madde kapsamında talep edilebilecek tazminat, zarara uğrayan tarafın sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı, içinde bulunacak olduğu durumu sağlayabilecek nitelikte olmalıdır. Dolayısıyla, 74. madde göz önüne alınarak CISG'nin genelinde tazminat sisteminin amacı, zarara uğrayan tarafı mümkün olduğunca, sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı içinde bulunacağı ekonomik duruma sokmaktır. Bununla birlikte; CISG'de ifa menfaati (müspet zarar) – güven menfaati (menfi zarar) ayrımlarına ve kavramlarına yer verilmemiştir.[43] Bu nedenle ki; 74. maddede; müspet ve menfi zarar kavramlarına dahil olmasına rağmen, yoksun kalınan karın da dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Bu ayrımın yapılmamasının sebebi olarak; sözleşmeden dönme halinde sözleşmeden dönen tarafın müspet zarar tazminin talebini isteyebilecek olması olarak belirtilmiştir.[44] CISG sisteminde, öngörülebilir olma ön koşulunu taşıyan, sözleşmenin ihlali ile

[42] Serozan, a.g.e. s.201; Atamer, *CISG*, s.427.

[43] Atamer, *CISG*, s.427.

[44] Saidov, a.g.e., s. 2.

ortaya çıkan her türlü zararlar tazmin edilebilir ve 74. Madde ayrım yapılmaksızın tüm zararların tazmini için geniş yorumlanmalıdır.[45]

3. GÜVEN MENFAATİ (MENFİ ZARAR)

Müspet zararın yanı sıra, CISG'de tanınan haklardan sözleşmeden dönme hakkını kullanmış olan alıcının sözleşmenin ifa edileceğine güvenmiş olması sebebiyle uğradığı zararları da talep etmesinde menfaatinin bulunduğu kabul edilmektedir.[46] Bu menfaatin, alıcının sözleşmenin ifa edilmesi yönündeki güveninden dolayı yaptığı masrafların (menfi zarar) tazmin edilmesi olduğu açıktır.[47] Menfi zarar, sözleşmenin kurulamamasından veya geçersiz olmasından doğan zarardır. Burada sözleşmenin kurulduğuna veya geçerli olarak kurulmuş bulunduğuna duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan bir zarar söz konusudur.[48] Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmamış ya da görüşmeye girişilmemiş bulunulsaydı, uğranılmayacak olan zarar, olumsuz zarardır.[49] Alacaklının malvarlığının halihazır durumu ile sözleşme yapılmamış olsaydı arz edeceği durum arasındaki fark, menfi zararı meydana getirir. Menfi zarar, alacaklının söz konusu sözleşmeyi yapmamasındaki menfaate tekabül eden zarardır.[50] Dolayısıyla, bu zarar

[45] Saidov, a.g.e. s. 2; Atamer, *CISG*, s. 427. Aynı görüş için bknz: Eric C. Schneider, *Measuring Damages under the CISG - Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 9 Pace Int'l L. Rev. 223, 1997, <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol9/iss1/7/> s.228.

[46] Saidov, a.g.e. s.2.

[47] Dayıoğlu, a.g.e. s.65.

[48] Buz, a.g.e. s.240.

[49] Arsebük, a.g.e. s.61; Karahasan, a.g.e. s.92.

[50] Eren, a.g.e. s.1014.

tespit edilirken alıcının mevcut malvarlığı ile sözleşmenin hiç kurulmamış olması halinde alıcının içinde bulunacağı fiktif malvarlığı kıyaslanacaktır.[51]

Bu zararın kaynağı, sözleşmenin gerçekleşmesinden beklenen çıkarlar değil, alacaklının göstermiş olduğu güvendir. Öğretide, sözleşmenin geçersizliğine güvenden doğan olumsuz zararın kapsamına özellikle giren kalemler belirlenmiştir; yerine getirilmiş olan edim, zarar görenin yerine getirdiği edimden elde edece olduğu yararlanmalar, sözleşme giderleri, sözleşmenin yerine getirilmesi ve edimin kabulü için yapılan harcamalar, edimin hazırlanmış veya yerine getirilmiş olmasından ötürü uğranılan zarar bunların başlıcalarıdır.[52]

Yukarıda da belirtildiği üzere; müspet zararda olduğu gibi, menfi zarar da CISG metninde açıkça düzenlenmiş değildir. Bu kapsamda, CISG sisteminde ifa menfaatinin korunmasının doğal sonucu olarak Antlaşma ile ifaya olan güvenden doğan zararları talep etme menfaatinin de korunduğu söylenebilir.[53] Nitekim, menfi zararı oluşturan unsurların başında sözleşmenin kurulması için yapılan giderlerin geldiği kabul edilmektedir. Bu durumda, alıcının, satıcı tarafından yapılacak ifayı kabul için yaptığı giderler de menfi zarara dahil edilmelidir.[54] CISG düzenlemesi çerçevesinde; 81 vd. maddelerinde düzenlenen sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde müspet zararın tazminini talep edebileceği açıktır. Ancak, sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde veya sözleşme devam ederken;

[51] Atamer, *CISG*, s.428.

[52] Von Tuhr, a.g.e. s. 81; Arsebük, a.g.e., s.61; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 1141; Eren, a.g.e., s.1015; Karahasan, a.g.e., s.93; Ataay, Aytekin. *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Ayırım*, 1975, s.77; Serozan, a.g.e., s.202 vd..; Tandoğan, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku*, 1961, s.427-428.

[53] Dayıoğlu, a.g.e. s.66.

[54] Eren, a.g.e. s.1015; Schneider, a.g.e. s.227.

öngörülebilir olması koşuluyla tüm zararların tazmini talep edilebileceğinden menfi zararların da tazmini talep etmek mümkündür. Ancak, her ne kadar sözleşmede menfi-müspet zarar ayrımı yapılmamış ve terim olarak kullanılmamış olsa da; ulusak hukuk sistemlerinde olduğu gibi CISG bakımından da müspet ve menfi zararların birlikte talep edilebilmesi mümkün değildir.[55]

B. KUSURSUZ SORUMLULUK İLKESİ

CISG, ifa engelleri sisteminin yapısı bakımından, *common law* sisteminin yalınlığından etkilenerek temerrüt, ayıp gibi hukuki kavramlar yerine, her türlü ifa etmeme hali için, tek bir kavram olan sözleşmeye aykırılık kavramını benimsemiş ve sorumluluğun doğumu bakımından kusur kavramını dışlayarak, kusursuz sorumluluğu temel almıştır.[56] Başka bir deyişle, satıcı sözleşmenin ihlal edilmesinde hiçbir kusuru bulunmasa dahi kural olarak alıcıya tazminat ödemekle yükümlü kılınmıştır.[57]

Hukuki olgu "*sözleşmeye aykırılık*" olarak belirlendiğinde, her türlü alt olgu da bunun içinde yer bulabilmektedir. Nitekim CISG'ın sahip olduğu bakış açısı da budur. Objektif/sübjektif imkansızlık, önceki/sonraki imkansızlık, temerrüt, ayıp, sözleşmenin müspet ihlali gibi kavramlarla CISG içinde karşılaşılmaz. Bunun yerini alan merkezi kavram "*sözleşmeye aykırılık*"tır *(breach of contract)*. Sözleşme

[55] Atamer, *CISG*, s.428.

[56] Zeller, a.g.e. s.61; Atamer, *İfa Engelleri*, s.226.

[57]Tezimizin konusunu oluşturan ve aşağıda detaylı bir şekilde incelenecek olan m.74ün ikinci cümlesinde düzenlenen "öngörülebilirlik" kriteri, satıcının kusursuz sorumlu olması esasına önemli bir istisna teşkil etmektedir.

düzenine aykırı her türlü ifa, kural olarak satıcının sorumluluğunu gerektirir. Sorumluluk, sözleşmeye aykırılığın türüne göre değişmez.[58]

Kaynağını *common law* sisteminden alan bu ilkede; ihlalin sebebi sorumluluğun doğmasında önem arz etmemekte ve alıcının uğradığı zararların tazmin edilmesi için satıcının kusurlu olması bir ön koşul olarak aranmamaktadır.[59] Bu nedenle, alıcının tazminat talep edilebilmesi için sözleşmenin ifa edilmemiş olması yeterli ve gereklidir.

C. ZARARI AŞAN TAZMİNATA HÜKMEDİLMEMESİ İLKESİ

CISG tazminat sisteminde esas olan, sözleşmeyi ihlal eden tarafça ödenecek tazminatın karşı tarafın zararını aşamayacak olmasıdır. Tam tazmin ilkesinin içeriği anlatılırken bahsedilen; ifa menfaati (müspet zarar) ve güven menfaati (menfi zarar) dikkate alınarak hesaplanacak olan zarar, tazminatın sınırını çizmektedir.

Zararı aşan tazminata hükmedilmemesi ilkesinin CISG sisteminde kabul edilmiş olması, özellikle *common law* sisteminde genel kabul görmüş olan caydırıcı nitelikteki yer verilmediğini işaret etmektedir.[60] Böylece, *common law* sisteminde kabul edilen, hakime satım sözleşmesini ihlal eden borçluyu cezalandırmak amacıyla alacaklının zararını aşan miktarda tazminata hükmetme imkanı tanımamıştır.[61] Ancak, CISG taraflar arasındaki sözleşmenin geçerliliği ile ilgili düzenlemelere yer

[58] Atamer, *İfa Engelleri*, s.226 vd.

[59] Dayıoğlu, a.g.e. s.68.

[60] Dayıoğlu, a.g.e. s.66.

[61] Knapp, Bianca and Bonell (ed.) "*Commentary on the International Sales Law*", Giuffre Milan, 1987, s. 356.

vermediğinden, belirtmekte yarar vardır ki; taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde aralarında, sözleşmenin ihlali halinde geçerli olacak cezai şart belirleyebilirler.[62] Nitekim; taraflar arasındaki sözleşme hükümleri CISG'den öncelikli olarak göz önüne alınacağından, taraflar kendi aralarındaki sözleşmede cezai şart belirleyerek, *common law* sisteminde olduğu gibi caydırıcı bir yöntem belirleyebilir ve zararı aşan tazminata hükmedilemeyeceği kuralına istisna tanıyabilirler. Ancak, unutmamak gerekir ki, sözleşme hükümlerinin yorumlanması noktasında anlaşmazlık çıktığı takdirde, hakim ticari teamüllere ve sonrasında CISG hükümlerine göre yorumlama yapılacaktır. CISG'de tazminat miktarına ilişkin düzenleme ise tazminatın zarar ile orantılı olması gerektiğidir.

D. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK

Ulusal hukuk sistemleri incelendiğinde, tazminatın sınırlandırılması bakımından, sorumluluğun sınırlarının belirlenmesi noktasında üç yöntem karşımıza çıkmaktadır. Bunlar; kusur, nedensellik ve öngörülebilirliktir. Yukarıda da bahsedildiği üzere, *common law* sisteminde kusurdan bağımsız bir tazminat sistemi benimsenmiş, bu anlayış CISG'de de yer bulmuştur. Kusurdan bağımsız mutlak sorumluluğun benimsendiği *common law* sisteminde, nedensellik ise sadece sorumluluğun isnadında öngörülebilirliğin tamamlayıcısı olmaktadır.[63] Kusur sorumluluğunun benimsendiği *civil law* sisteminde ise, tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında nedensellik teorileri benimsenmiştir.

[62] Dayıoğlu, a.g.e. S.67.

[63] Zeller, a.g.e., s.60.

Sistemler farklı olsa da; tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması ihtiyacının temelleri aynıdır; zarar görenin korunması ve sözleşmeyi ihlal eden tarafın tüm zararlardan sorumlu tutulmasının somut şartlar göz önüne alındığında her zaman adil olmamasıdır.[64] Bu nedenle, *common law* sistemine yaklaşan CISG'de sözleşmeyi ihlal eden taraf sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmesi gereken veriler ışığında, öngördüğü veya öngörmesi gereken zararlardan sorumlu tutulmaktadır.

İleride ayrıntılı şekilde inceleneceği üzere; CISG 74. maddesinin ikinci cümlesi uyarınca, sözleşmenin ifasında kural olarak satıcının tazminat sorumluluğu öngörülebilir zararlarla sınırlandırılmıştır.

Öngörülebilirlik ilkesinde, öngörünün tayininde hangi unsurların dikkate alınacağı konusunda kabul edilen kriterler *atfedilen bilgi düzeyi* ve *fiili bilgi düzeyidir*. Atfedilen bilgi düzeyinde; makul kimse kriteri kullanılmakta, fiili bilgi düzeyinde ise sözleşmeyi ihlal eden tarafın haberdar olduğu ek bilgiler dikkate alınmaktadır.[65]

İlkenin içeriği dikkate alındığında, kural olarak sözleşmenin herhangi bir şekilde ihlal edilmesinden dolayı kusursuz bir şekilde sorumlu tutulan satıcının, sözleşmenin kurulması esnasında öngörebildiği zararlarla sorumluluğunun sınırlandırılması, kusursuz sorumluluğun benimsendiği bir sözleşme sisteminde makul ve hakkaniyete uygun görünmektedir.[66]

---

[64] Atamer, CISG, s.439.

[65] Ulusu, A. Elif. *Avrupa Birliği Borçlar Hukuku Prensiplerinde ve Birleşmiş Milletler Mal Satımına İlişkin Viyana Konvansiyonunda Satıcının Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi*, İstanbul 2007, s.39.

[66] Schlechtriem Peter, Butler Petra. *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, 2009, s.98.

2.BÖLÜM: ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİNİN HUKUK TARİHİNDEKİ YERİ VE GELİŞİMİ

I. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİNİN HUKUK TARİHİNDEKİ YERİ

Öngörülebilirlik ilkesi, tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında birçok hukuk sistemi tarafından geçmişte veya günümüzde kabul edilmiş ve değişik şekillerde uygulanmış, bu nedenle de uygulaması eski tarihlere dayanan bir prensiptir. Öngörülebilirlik ilkesinin kapsamını ve uygulanma alanını tam olarak anlayabilmek adına, bu ilkenin tarihsel gelişimine bakmak büyük bir önem taşımaktadır. Nitekim; CISG'de; öngörülebilirlik olarak Türkçeye tercüme edebileceğimiz "*foreseeability rule*" tazminatın sınırlandırılmasında tam olarak kabul edilmiş olmakla; başkaca sistemlerde de mevcut bulunan ve hesaba katma kuralı olarak tercüme edilebilen "*contemplation rule*" yine kökenlerini tarihteki uygulamalardan alan bir kuraldır. Öngörülebilirlik ilkesinin tarihsel gelişimini anlamak aynı zamanda bizlere, CISG'nin temellerinin alelacele hazırlanmış ve yorumlanmış veya salt politik uzlaşmaya yönelik kurallar ve ilkeler yerine uzun yıllardır varlığını koruyan hukuki geleneklere dayanan uluslararası bir belge olduğunu kanıtlaması bakımından da önemlidir.[67]

Özellikle, *common law* sisteminin hakim olduğu ülkelerde halen uygulanan ve *civil law* sistemine mensup ülkelerden Fransız hukukunda da kabul görmüş bulunan bu ilkenin kökleri Roma hukukuna (*Codex Iustinianus*) ve Napeleon

[67] Zeller, a.g.e. s.89.

Kanunu'na dayanmaktadır.[68] Bununla birlikte, pek çok modern hukuk sisteminde de öngörülebilirlik ilkesi uygulama alanı bulmaktadır. Nitekim; *Kraha Bodas Company v. Pertamina* davasında; diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi, tazminat talep etme hakkının sözleşmenin akdedilmesi sırasında öngörülebilen ve ihlalin esaslı ve ilk olarak ortaya çıkabilecek sonuçları ile sınırlı olduğu belirtilmiştir.[69]

Fransız literatüründe, Roma Hukuku'nun tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin maddeleri üzerinde oldukça uzun ve etkili tartışmalar yaşanmış, bu tartışmalar incelendiğinde; ilk olarak *Carolus Molinaeus*'un "*Tractatus de eo quod interest*" adlı çalışmasında, tazminat sorumluluğunun "*öngörülebilirlik kriteri*" aracılığıyla sınırlandırılmasının incelendiği görülmüştür.[70] Daha sonra, Roma Hukukunda tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması konusunda geçerli kurallar Fransız Hukukçusu *Dumoulin* tarafından incelenmiş ve öngörülebilirlik ilkesi geliştirilerek uygulanmaya başlanmıştır.

Knütel'e göre de; sözleşmenin ihlali halinde tazmin edilebilecek zarar miktarını sözleşmenin kurulması anında sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngördüğü veya öngörmesi gerektiği zararlar ile sınırlandıran "*hesaba katma kuralı*" Iustinianus Kanunu'nun C.7,47,1 maddesine dayanmaktadır ve bu kuralın ortak hukuk düzenine tekrar girişi *Dumoulin* ve *Pothier*'in çalışmaları ile sağlanmıştır.[71]

Dumoulin'in Fransız Hukuku'na tanıttığı öngörülebilirlik kuralı'nı, Avrupa hukuk literatürüne sokan ise 1771 yılında yayınladığı *Traite Des Obligations* ile *Pothier* olmuştur. Pothier, tazminatın sınırlandırılmasına ilişkin bu yaklaşımı Roma

[68] Ulusu, a.g.e. s.43.

[69] Zeller, a.g.e. s.89; Saidov, a.g.e. s.7.

[70] Ulusu, a.g.e. s.43.

[71] Zeller, a.g.e. s.89 ve oradan dn.368 anılan Knütel, R.

Hukuku'nun içerisinde yer aldığı hükümlerden ayırarak, bağımsız bir yaklaşım olarak geliştirmiş ve tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında öngörülebilirlik testini formüle etmiştir. Pothier'e göre, öngörülebilirlik testinin altında yatan mantık, borçlunun öngörülebilirlik limitlerinin ötesinde bulunan risklerle kendisini bağlamış olduğunun düşünülemeyeceğidir.[72]

Dumoulin ve Pothier'in tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında, zararların sözleşmenin kurulması sırasında öngörülebilir olan zararlarla sınırlı olması yaklaşımı, Fransız Medeni Kanunu'nun 1150.maddesinde yer almıştır.[73] Yine, aynı şekilde öngörülebilirlik kuralı, İtalyan Medeni Kanunu'nun 1225.maddesinde bulunmaktadır. Bu maddeye göre; ihlal durumunda, zararın tazmini ancak taraflar arasındaki yükümlülüklerin düzenlenmesi sırasında öngörülebilen zararlarla sınırlı olarak mümkündür.[74] Tüm hukuk sistemlerindeki düzenlenişinde, öngörülebilirlik ilkesinin en önemli unsurlarından biri, öngörülebilirlik testi sırasında borçlu ile aynı konumda bulunan basiretli kişi kriterinin dikkate alınmasıdır.[75] Bu kritere göre; borçlu ile aynı konumda yer alan basiretli bir kişinin öngöreceği veya öngörmesi mümkün olan zararlar bakımından bu ilke uygulanabilecektir. Bu tespit, somut kriterler göz önünde bulundurularak yapılmakta, ancak gerek taraflar arasındaki gerekse ticaret hayatındaki teamüller de dikkate alınmaktadır.[76]

---

[72] Ulusu, a.g.e. s.44; Zeller, a.g.e. S.89 ve orada dn. 369 anılan König; Atamer, *CISG*, s.443.

[73] Fransız Medeni Kanunu, md.1150: "*Le debiteur n'est tenu que des dommages et interets qui ont ete prevus ou qu'on a pu prevoir lors du contract, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point executee*." (Aktaran Zeller, a.g.e. s.90, dn.370.)

[74] Zeller, a.g.e. s.90.

[75] Zeller, a.g.e. s.90.

[76] Ulusu, a.g.e. s.44; Zeller, a.g.e. s.90.

Fransız hukukuna öngörülebilirlik ilkesi erken yıllarda girmiş olmasına rağmen, hiçbir zaman tam anlamıyla uygulanamamıştır. Fransız Medeni Kanunu'nun 1150. maddesi, borçlunun sözleşmeyi kasten ihlal ettiği durumları (*par son dol*), öngörülebilirlik ilkesinin içine dahil etmemiştir. Nitekim, önceki açıklamalarımızda yer aldığı üzere; tazminatın sınırlandırılması noktasında öngörülebilirlik ilkesinin yer aldığı sistemlerde kusur ayrımı yapılmamaktayken, Fransız Hukuku'nda kusura dayalı sorumluluk ve kusursuz sorumluluk olmak üzere ikili bir ayrım yapılma gereği duyulmuştur. Bu ayrım da, öngörülebilirlik kriterinin uygulama alanını bir hayli daraltmıştır.[77] Buna ek olarak; öngörülebilirlik kriterinin usul olarak Fransız Temyiz Mahkemesi önünde öne sürülememesi de yine öngörülebilirlik kuralının, Fransız Hukukunda uygulama alanının yeterince gelişemediğini göstermektedir.[78]

Öngörülebilirlik kuralının Kara Avrupası Hukuk Sistemi'nden sonra İngiliz Hukuku'na girişi ise *Hadley v. Baxendale*[79] ve sonrasında *Victoria Laundry v. Newman Industries*[80] davalarıyla olmuştur. Bu içtihatların oluşmasındaki en büyük etken, Evans isimli İngiliz avukatın Pothier'in bu ilke ile ilgili çalışmasını 1806 yılında tercüme ederek yayınlaması ile olmuştur.[81] Bu kararlarda, "*hesaba katma kuralı*"nın tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında temel ilke olarak kabul edilmesiyle öngörülebilirlik ilkesinin ve hesaba katma kuralının temelleri atılmıştır.[82]

[77] Zeller, a.g.e., s.90.

[78] Schlechtriem, CISG, s.272; Zeller, a.g.e. s.90.

[79] Davanın içeriği hakkında bknz. s.33-34.

[80] Davanın içeriği hakkında bknz. s.38-39.

[81] Zeller, a.g.e. s.90.

[82] Ulusu, a.g.e. s.45.

ABD'de ise "*öngörülebilirlik ilkesi*" çok daha önce yer bulmuş ve bu ilkenin temelleri atılmıştır. *Blanchard v. Ely* davasında, mahkeme Pothier'in düşüncelerini benimsemiş ve sadece sözleşmenin kurulması anında taraflarca hesaba katılabilecek olan zararların tazminata konu olabileceğine karar vermiştir.[83]

Daha sonraki zamanlarda, Ernst Rabel'in çalışması ile Alman Hukukunda "*hesaba katma kuralı*" yerini almıştır. Bu çalışmada, "*sözleşmelerin koruma amacı kapsamında risklerin dağıtılması doktrini*" altında "*hesaba katma kuralı*"ndan bahsedilmiştir.[84] Rabel; sorumluluğun sınırlandırılması konusunda sözleşmenin koruma amacının esas alınmasının gerektiğini ve ancak tarafların sözleşmenin akdedilmesi sırasında öngördükleri ve anlaşmalarına temel teşkil eden olgularla sınırlandırılmış bir sorumluluğun adil sonuçlara yol açabileceğini belirtmiştir.[85] Ancak, Rabel'in bu görüşleri "*öngörülebilirlik ilkesi*"nin Alman Medeni Kanunu'na girmesini sağlayamamış ve tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında Alman Medeni Kanunu "*uygun nedensellik bağı teorisi*"ni kabul etmiştir.[86] Yine de; sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin kanun düzenlemelerinde öngörülebilirlik ilkesinin izlerine de rastlanmaktadır.[87] İlgili maddelerde; sözleşmeyi ihlal eden tarafın, zarar gören tarafın bilgisi dahilinde olup da diğer tarafı haberdar etmediği ve yüksek miktarda zararlara yol açabilen olağanüstü haller veya zarar gören tarafın zararı azaltma külfetine aykırı davranması nedeniyle meydana gelen zararlardan

[83] Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Traditions*, Clarendon Press, Oxford, 1996, s.830; Zeller, a.g.e. s.90.

[84] Zimmermann, a.g.e. s.830; Ulusu, a.g.e. s.46.

[85] Atamer, CISG, s.445 ve orada dn.881 anılan Rabel.

[86] Ulusu, a.g.e. s.46.

[87] Zeller, a.g.e. s.53.

sorumlu tutulamayacağı öngörülmektedir.[88] Bu düzenleme ile, uygun nedensellik bağı ilkesini benimseyen Alman Hukukunun öngörülebilirlik ilkesinin de ulaştığı sonuçlara ulaşmayı amaçladığı kabul edilebilir.

İsviçre ve Türk hukuku bakımından ise; 1881 tarihinde yürürlüğü giren İsviçre Borçlar Kanunu'nun 116. maddesinde[89], öngörülebilirlik ilkesinin izlerine rastlanabilmektedir. Ancak, sonrasında yürürlüğü giren Borçlar Kanunu'nda bu hüküm çıkartılarak, yerine Borçlar Kanunu'nda 98. Maddesinin 2.fıkrası hükmü getirilmiştir. Bu hüküm ile "*hakime tazminat miktarını belirleme konusunda takdir yetkisi verilmesine ilişkin prensip*" kabul edilmiştir.[90] İşbu madde düzenlemesi 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda da korunarak, madde metninin dilinin sadeleştirilmesi ile yetinilmiştir.[91]

Uluslararası satım hukukuna bakıldığında ise; Rabel'in yukarıda bahsedilen görüşleri "*öngörülebilirlik ilkesi*"nin CISG'nin öncülü olan ULIS'e girmesine katkıda bulunduğu görülecektir.[92] Daha sonra, ULIS'te[93] yer alan bu hüküm

---

[88] Ulusu, a.g.e. s.47.

[89] **Art 116:** *"Tazmin yükümlüsü borçlu, sözleşmenin akdedilmesi sırasında ifa etmemenin veya gereği gibi ifa etmemenin doğrudan sonuçları olarak öngörebileceği zararlardan sorumludur."* bkz: Atamar, CISG, s.444.

[90] **BK md. 98:** *"Borçlu, umumiyet itibariyle her kusurdan mesuldur. Bu mesuliyetin vüsati işin hususi mahiyetine göre çok veya az olabilir. Hususiyle iş borçlu için bir faideyi mucip olmadığı suretle, mesuliyet daha az şiddetle takdir olunur."*

[91] **TBK md.114:** *"Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir."*

[92] Schlechtriem, CISG, s.272; Zeller, a.g.e. s.90.

[93] "The Convention relating to a Uniform Law for the International Sale of Goods" CISG'nin öncülü olarak kabul edilen bu anlaşma, CISG gibi uluslararası satım kurallarının yeknesaklaştırma amacı ile oluşturulmuştur. Bknz: Flechtner, Harry. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1980.

neredeyse hiçbir değişikliğe uğramadan CISG'nin 74. maddesinde yer almıştır.[94] Bu nedenle, ULIS kararları ve Rabel'in bu konudaki çalışmaları, CISG kapsamında "*öngörülebilirlik ilkesi*"nin uygulanması bakımından oldukça önemlidir.[95]

Fransız hukukundaki "*öngörülebilirlik ilkesi*" ve bu hukukun etkisiyle *common law* sistemine girmiş olan "*hesaba katma kuralı*"; CISG'deki "*öngörülebilirlik kriteri*"nin yer aldığı düzenlemeye benzer ifadeler içermektedir. Ancak, yukarıda da bahsedildiği üzere "*kusursuz sorumluluk*" sistemini benimsemiş olan CISG'deki "*öngörülebilirlik ilkesi*", Fransız hukukunun "*kusur sorumluluğu*"na dayanan yapısı nedeniyle, Fransız hukukunda uygulanan "*öngörülebilirlik ilkesi*"nden ayrılmaktadır.[96] Bununla birlikte, Fransız hukukunda görülen "*kusur sorumluluğu*" ayrımlarına UNIDROIT Prensiplerinin 1992 yılında hazırlanan taslak metninde de yer verilmiş[97] ve ihlalin kast veya ağır ihmale dayanarak gerçekleştirildiği hallerde bu prensibin uygulanamayacağı belirtilmişti. Ancak, daha sonra CISG ile uyumlu olması için bu ayrımlar çıkartılmıştır.[98]

---

[94] **Convention Relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods, Art. 82:** "*Where the contract is not avoided, damages for a breach of contract by one party shall consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party. Such damages shall not exceed the loss which the party in breach ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters which then were known or ought to have been known to him, as a possible consequence of the breach of the contract."* bknz: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulis.html>

[95] Zeller, a.g.e. s.91; Ulusu, a.g.e. s.48.

[96] Ulusu, a.g.e. s.48.

[97] **UNIDROIT Taslak Art. 6.4.5:** *"The defaulting party is liable only for loss which he foresaw or could reasonably foresee at the time of the conclusion of the contract would be likely to result from his non-performance, unless this non-performance is deliberate or reckless (grossly negligent)."* Bknz: Zeller, a.g.e. s.91.

[98] **UNIDROIT Art. 7.4.4:** *"The defaulting party is liable only for loss which he foresaw or could reasonably foresee at the time of the conclusion of the contract would be likely to result from his non-performance."* Bknz: Ulusu, a.g.e. s.48.

"*Öngörülebilirlik ilkesi*"nin CISG'deki uygulanması dikkate alındığında; görüldüğü üzere ulusal hukuklardaki bilindik ifadelere dayanılarak yorumlanması tehlikesi bulunmaktadır. Bu nedenle, incelenen bu hukuk sistemlerindeki "*öngörülebilirlik ilkesi*" veya "*hesaba katma kuralı*" yer aldığı sistemler bakımından özerk olarak yorumlanmalı ve yine CISG içerisindeki "*öngörülebilirlik ilkesi*" kendi sistemi içerisinde uygulanmalıdır.

II. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİ VE HESABA KATMA KURALI

A. GENEL OLARAK

CISG md.74'te yer alan "*öngörülebilirlik ilkesi*"nin dayanağı olarak gösterilen *Hadley v. Baxendale* kararının ve kararla birlikte ortaya çıkan "*hesaba katma kuralı*"nın aslında kendisi yukarıda da açıklandığı üzere Pothier'in görüşlerine dayanmaktadır. Bu nedenle, "*hesaba katma kuralı*"nın *common law* tarafından oluşturulduğu düşüncesi doğru değildir.[99] Nitekim, işbu davada mahkemece, "*tazminatın sınırlandırılmasında dikkate alınması gereken kuralın Fransız hukukunda uygulanan ve Fransız Medeni Kanunu'nun 1149, 1150 ve 1151. maddelerinde yer alan öngörülebilirlik ilkesi olduğu*" belirtilmiştir.[100]

Common law hukukunda *Hadley v. Baxendale* kararıyla[101] özellikle "dolaylı zararlar"[102] açısından önemli bir uygulama alanı bulan ve tazminat sorumluluğunun

[99] Ulusu, a.g.e. s.49.

[100] Atamer, CISG, s.443, dn.874.

[101] Davanın içeriği hakkında bknz. s.33-34.

sınırlandırılmasında kabul edilen "*hesaba katma kuralı*"; *common law* yargıcını, CISG 74. maddesinde yer alan "*öngörülebilirlik ilkesi*"ni uygulanması ve yorumlanması dikkate alınmaktadır.[103] Bu nedenle, *common law* yargıçlarının, CISG'nin 74. maddesinin uygulandığı bir olay hakkında verecekleri kararların CISG'nin "yeknesaklaştırma" amacına[104] uygun olması gerektiği bilincinde olmaları ve mümkün olduğunca *Hadley v. Baxendale* etkisinden ayrılmaları gerekmektedir. Nitekim, *Hadley v. Baxendale*'da dolaylı zararların tazmini hakkında getirilen kural, CISG'deki düzenleme ile aynı değildir.[105]

Bu nedenle, CISG'nin farklı ülkelerde uygulansa bile, aynı sonuçlara ulaşabilmek adına yeknesaklaştırılma amacının gerçekleştirilmesi için farklı özellikler gösteren "*hesaba katma kuralı*" ile "*öngörülebilirlik ilkesi*"nin farklarını ortaya koymak önem taşımaktadır.

B. HESABA KATMA KURALI

Hadley v. Baxendale kararı, "*hesaba katma kuralı*"nın ortaya çıkışı olarak kabul edilmektedir. Bu dava, 19. yüzyılda İngiltere'de malları teslimde geciken bir taşıyıcının bu suretle sözleşmeyi ihlali hakkındadır. Davada, bir değirmen sahibi, kırılmış değirmen milini onarması için üreticisine göndermektedir. Değirmen sahibi taşıma için bir taşıyıcı firma ile anlaşmıştır. Ancak, bu taşıyıcı firma, malların

[102] *Common law* sisteminde "consequential damages" olarak adlandırılan "dolaylı zararlar"; öngörülebilirlik testine en çok ihtiyaç duyulan zarar türleridir. Bknz: Atamer, CISG, s.449.

[103] Ulusu, a.g.e. s.49.

[104] **CISG md.7:** "Bu antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının ve milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir."

[105] Zeller, a.g.e. s.92; Sutton, a.g.e. s.748; Ulusu, a.g.e. s.50.

teslimini 5 gün geciktirmiştir. Değirmen sahibi taşıyıcıya, değirmenin bu ekstra 5 günlük süre içerisinde çalışmaması nedeniyle yoksun kaldığı kazançtan ötürü uğradığı zararların tazmini için dava açmıştır. Olayda değirmen sahibinin, kırılan parçaya ikame bir parçanın kiralanmasından veya diğer doğrudan zararlar bakımından herhangi bir talebi yoktur. Davada sadece dolaylı bir zarar kalemi olan yoksun kalınan kar nedeniyle uğranılan zararların tazmini talep edilmiştir.[106]

Mahkemece davacının tazminat taleplerinin ancak altıda birinin tazminine karar vermiştir. Gerekçe olarak ise; davalının akdin kurulması anında, bozuk olan milin eksikliği nedeniyle değirmenin imalatının durmak zorunda kalacağından haberdar olmaması gösterilmiştir. Davanın hakimlerinden Alderson B. Tarafından, "*öngörülebilirlik testi*" şu şekilde ifade edilmiştir: "*Taraflar bir sözleşme ihlalinden ancak bu ihlalin hayatın olağan akışına göre sebep olabileceği zararlardan ötürü sorumlu tutulabilir. Bunu aşan zararlardan ise, ancak, sözleşmenin kurulması anında, bu zararları sözleşme ihlalinin olası sonucu olarak hesaba katmaları veya katabilecek durumda olmaları halinde sorumlu tutulabilirler*."[107]

Mahkemeye göre; "*hayatın olağan akışı*" bir değirmenin yedek milinin olmasıdır ve bunun bulunmadığı hallerde, ki bu "*özel şartların varlığı*"nı gösterir, bu şartların var olduğunun bilgisinin diğer tarafa "bildirilmesi" gerekir. Bu bilginin iletilmediği hallerde, bu özel şart sonucu meydana gelen zararlar diğer tarafın "bilgi"si dahilinde sayılamayacağından tazmini mümkün değildir. Ayrıca, açıkça

[106] Murphy, Arthur G., *Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley*, 23 Wash. J. Int'l L. & Econ., 1989, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/murphy.html> s.421; Ulusu, a.g.e. s.51.

[107] Treitel, Guenter. *The Law of Contract*, Oxford University Press, New York, 2004, s.965; Atamer, CISG, s.444; Zeller, a.g.e. s.93; Ulusu, a.g.e. s.51.

belirtilmeyen, ancak durumun hal ve şartlarından anlaşılması gereken özel şartların, zımnen diğer tarafın bilgisi dahilinde olacağı da kabul edilmektedir.[108]

Doktrinde bu karar ile tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması ve dolaylı zararların tazmini konusunda, halen geçerliliğini korumakta olan bir prensip ile zamanla günümüze kadar birtakım değişikliklere uğramış bir kuralın ortaya çıktığı belirtilmektedir. Buna göre; sözleşme gereği taahhüt ettiği edimi ifada sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunan tarafı, bu ihlalin neticesinde meydana gelen tüm zararlardan sorumlu tutmak her zaman adil sonuçlar doğurmayacaktır.[109] Görüldüğü üzere; sözleşmesel sorumluluk hukukundaki tam tazmin ilkesinin geçerliliğinin yanı sıra, sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu ihlali sonucu meydana gelen tüm zararlardan hesaba katma kuralı çerçevesinde sorumlu tutulamayacaktır.

Sözleşmeyi ihlal eden tarafı bu sözleşmeye aykırı davranışının sonuçlarından nereye kadar sorumlu tutulacağı sorusuna cevap olarak "öngörülebilirlik testi" kriteri kullanılmaktadır. Ancak, öngörülebilirlik testi, birden çok kriter barındırmakta olduğundan, bir zararın öngörülebilir olup olmadığına karar verirken kullanılan makul kimse kriteri beraberinde birçok kavram ve soruya da yol açmaktadır.[110] Bu nedenle, Fuller'e göre; öngörülebilirlik testi bir kısır döngü içerisindedir. Buna göre; "*Mahkeme sözleşmeyi ihlal eden tarafı hangi zarar kalemlerinden sorumlu tutmalıdır*?" sorusunun cevabı; "*Sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması anında makul bir kimse olarak öngörmesi gereken zararlar*" olarak verilmektedir. Ancak, bu durumda "*Makul bir kimse olarak sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörmesi*

[108] Zeller, a.g.e. s.93; Atamer, CISG, s.444; Ulusu, a.g.e. s.52.

[109] L.L. Fuller, W. Perdue. *The Reliance Interest in Contract Damages: 1*, Yale Law Journal, Vol.46, No.1, November, 1936, vd.52-96, s.84. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fuller.html>

[110] Zeller, a.g.e. S.92; Murphy, a.g.e. s.421; Ulusu, a.g.e. s.53.

gereken zararlar"ın ne olduğuna nasıl cevap verilmelidir? Bu soruya ise cevap olarak "*mahkemenin sözleşmeyi ihlal eden tarafın ödemesi gerektiğini düşündüğü zarar kalemleri*" verilmektedir. İşte bu husus, kısır döngünün kendisidir.[111] Bu nedenle, öngörülebilirlik testi; sözleşmenin kurulması anında tüm hususları öngörecek olan farazi kişinin niteliklerinin tayinine bağlı olan ve dolayısı ile manipüle edilebilen bir yöntemdir.[112] Bu nedenle, *Hadley v. Baxendale* kararındaki öngörülebilirlik kriteri, sözü edilen manipülasyonlara bağlı olarak zaman içerisinde değişikliklere uğramıştır.

Hadley v. Baxendale kararının esas etkisi, öngörülebilirlik kriteri bakımından değil; davalının sözleşmeyi ihlali sonucu ortaya çıkan zararların sadece öngörülebilir olanlardan sorumlu olması sonucunu doğurmasıdır.[113] *Hadley v. Baxendale* kararının hesaba katma kuralı bağlamında getirdiği öngörülebilirlik testi, CISG'deki düzenlemeler bakımından farklılık teşkil etmektedir.

CISG'de düzenlenen öngörülebilirlik kriteri bakımından etkisi nedeniyle, *Hadley v. Baxendale* kararındaki farklılıkları ortaya koymak önemlidir. Öncelikle; *Hadley v. Baxendale* kararı doğrudan zararlar değil; dolaylı zararlar bakımından sonuç doğurmaktadır.[114] Bununla birlikte; *Hadley v. Baxendale* davasında olay, mal satımına ilişkin değil, bir servisin verilmesi için mal teslimine ilişkindir. Ancak, daha sonra davada verilen kararla tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin olarak kabul edilen kural, mal satımlarını da kapsayacak şekilde genişletilmiştir.[115]

---

[111] Fuller, a.g.e. s.85; Zeller, a.g.e. s.92.

[112] Fuller, a.g.e. s.85; Ulusu, a.g.e. s.54.

[113] Zeller, a.g.e. s.92.

[114] Zeller, a.g.e. s.92.

[115] Murphy, a.g.e. s.417, dn.28.; Ulusu, a.g.e. s.55.

Genel olarak bakıldığında; hesaba katma kuralı zararların tazmini hususunda iki ana bölümden oluşmaktadır. Bunlardan birincisi; zararlar ya makul ve adil bir şekilde hayatın olağan akışı gereği sözleşme ihlalinin doğal; doğrudan sonucu olarak herkes tarafından kabul edilebilir olmalıdır. İkinci kural ise; sözleşmenin kurulması anında, sözleşme ihlalinin kuvvetle muhtemel bir şekilde varsayılabilecek olmasıdır.[116] Bahsedilen bölümlerden ilki; Hadley 1; ikincisi ise Hadley 2 olarak tanımlanmaktadır. Hadley 1 altında tanımlanan zararlar, tarafların hesaba katmış olup olmadıklarına bakılmaksızın hayatın olağan akışı gereği tazmini herkesçe kabul edilen ihlalin doğal sonucu olan zararlardır. Hadley 2 altında tanımlanan zararlar ise, ancak taraflarca hesaba katılmış ise tazmini mümkün zararlardır.[117]

Bu görüşün yanı sıra; gerçekte sadece bir kural olduğu, buna göre; sözleşme taraflarının hesaba kattıkları makul bir şekilde kabul edilebilen zararlar, sözleşme ihlalinin doğal sonucu olarak meydana gelen zararlardır. Yani; genel zararlar da genel olarak hesaba katılmış olan zararlardır.[118]

Görüldüğü üzere; hesaba katma kuralı gereğince, talep konusu zararın olağandışı bir zarar olması halinde sözleşmeye aykırı davranışta bulunarak sözleşmeyi ihlal eden tarafın, bu zararın meydana gelmesine yol açan özel koşullardan haberdar edilip edilmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Ancak, zararın taraflar arasındaki sözleşme ile benzer tipteki sözleşmelerin ihlali neticesinde, genellikle meydana gelen zararlardan olması ve özellikle tazminat talebinin benzer olaylardaki zarar talepleri için her zaman kullanılan formüle dayandırılması halinde,

[116] Jeffrey M. Perloff. *Breach Of Contract and the Foreseeability Doctrine of Hadley V. Baxendale*, The Journal of Legal Studies, Vol.10, No.1, January, 1981, vd. 39-63, s.40. Murphy, a.g.e. s.722;

[117] Ulusu, a.g.e. s.56.

[118] Murphy, a.g.e. s.422; Ulusu, a.g.e. s.56.

tarafların, bu zararı hesaba katmış olup olmamaları herhangi bir önem arz etmemektedir. Özel koşullar sözleşmenin diğer tarafına bildirilmemiş ise benzer tipteki sözleşmelerin ihlali neticesinde meydana gelen ve makul bir kimse tarafından öngörülebilecek zararların taraflarca hesaba katıldığı, dolayısıyla tazmin edilebilir olduğu kabul edilmektedir.[119]

Genel zararlar ve özel zararlar bakımından yapılan bu ikili ayrım, *Victoria Laundry (Windsor) Ld. V. Newman Industries Ld.* davasında[120] ifade edildiği şekliyle, öngörülebilirliğin tayininde iki çeşit bilginin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bunlar; fiili bilgi (*actual knowledge*) ve atfedilen bilgi (*imputed knowledge*)dır.[121]

C. HESABA KATMA KURALINDA FİİLİ BİLGİ - ATFEDİLEN BİLGİ AYRIMI

Tarafların hesaba katma iradelerini teşkil eden iki tip bilgiden her ikisinin de öngörülebilirliğinin tayininde dikkate alınacağı, yukarıda da belirtildiği üzere *Laundry (Windsor) Ld. V. Newman Industries Ld.* davasında ortaya konulmuştur.

Laundry (Windsor) Ld. V. Newman Industries Ld. davasında; kısaca alıcı taraf, davalı satıcıya sözleşme konusu mallara kendi ticari işlerinde kullanmak amacıyla ihtiyacı olduğunu bildirmiştir. Davalı olan satıcı taraf, sözleşme konusu

---

[119] Cerutti, Dr. Romeo. *Das U.S. Amerikanische Warenkaufrecht mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf das schweizerische und das deutsche Recht, das CISG sowie die UNIDROIT Principles*, Zürich, 1998, s.405. Zeller, a.g.e. s.93; Ulusu, a.g.e. s.57.

[120] [1949] 2 KB 528. Available at: <http://en.jurispedia.org/index.php/Victoria_Laundry_(Windsor)_Ltd_v_Newman_Industries_Ltd>

[121] Zeller, a.g.e. s.93; Saidov, a.g.e. s.14; Ulusu, a.g.e. s.57.

malları teslim yükümlülüğünü şartlara uygun olarak ifa etmemiştir. Mahkeme tarafından; sözleşmenin kurulması sırasında davacı tarafça yapılan bu bildirim, davalıyı davacı tarafın yoksun kalınan kazanç nedeniyle uğradığı zararlardan (dolaylı zararlar) ötürü sorumlu tutmak için yeterli görülmüştür. Ancak tazmin edilecek zarar miktarı tayin edilirken; davacı tarafın 3.kişilerle yaptığı daha yüksek meblağlı sözleşmeler nedeniyle uğradığı kazanç kayıplarının tazminini, bu zararın öngörülmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle reddedilmiş ve sadece benzer tipteki sözleşme ihlalleri neticesinde genellikle meydana gelen kazanç kaybı miktarında bir tazminata hükmedilmiştir.[122]

Belirtmekte yarar vardır ki; *Hadley v. Baxendale*, *Victoria Laundry* kararı ile netleşmiş ve *common law* sisteminde kendine bir yer bulmuştur. Bununla birlikte, yine bu karar, CISG'nin 74. maddesinde yer alan öngörülebilirlik ilkesine de çok yakın ifadeler içermekte olduğundan önem arz etmektedir.[123]

Hadley v. Baxendale kararının üstüne eklenerek, *Victoria Laundry* kararında; tazminatın asıl amacının hakları ihlal edilmiş olan tarafı, sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsa idi içerisinde bulunacağı duruma sokmaktır.[124] Bu durumda, mahkemenin tam tazmin ilkesini benimsemiş olduğu açıktır. Ancak, mahkeme kararında getirilen tam tazmin ilkesinin hedefinin öncelikle telafi olduğunun da altının çizilmesi gerekmektedir.[125]

Mahkemece verilen karara göre; tam tazmin ilkesinin katı bir şekilde uygulanması, ihlal neticesinde fiilen meydana gelen, tahmin edilemez zararlar da

[122] Zeller, a.g.e., s.93; Ulusu, a.g.e., s.58.

[123] McGregor, Harvey. *McGregor On Damages*, 17th Edition, Sweet&Maxwell, London, 2003, s.188.

[124] Zeller, a.g.e., s.93.

[125] Atamer, CISG, s.424.

dahil, tüm zararların tazmini sonucunu doğurur. Bu sonuç ise; sözleşmesel sorumluluk bakımından sert bir kuralın ortaya çıkmasına yol açmaktadır.[126] Mahkeme bu ifadesi ile tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması gerekliliği bakımından getirilen esas prensibi ortaya koymanın yanında; *Hadley v. Baxendale kararının* yorumlanması ve uygulanmasında, bu kural getirilirken gözetilen amaca aykırı düşen "ya hep ya hiç tazmin" (*all-or-nothing recovery*) şeklinde ifade edilebilecek yaklaşımı da reddetmiştir.[127] Bu yaklaşımın temeli, tazminat miktarının hesaplanmasında, sözleşmenin kurulması anında, objektif ölçüler dahilinde "neyin öngörülebilir olduğu" dikkate alınmayarak; sadece davalı tarafın "neyi öngördüğü"ne sıkı sıkıya bağlı kalınarak yapılan değerlendirmedir.[128] Bu yaklaşım, Hadley kararı ile getirilen kuralın amacına aykırı olması sebebiyle eleştirilmiş ve Victoria Laundry davası sonucunda, bu yaklaşım reddedilerek "arada kararlar" (*in-between-cases*) olarak adlandırılan kararlara hükmedilmesi sağlanmıştır.[129]

Söz konusu arada kararların ortak yönü, gerçekte somut olayda var olmayan veriler üzerinden, vakıalara dayanılarak tazminat miktarlarının hesaplanmış ve tazminata hükmedilmiş olmasıdır.[130] Yani, alıcının talep ettiği zararlar, bu zararların meydana gelmesine neden olan özel koşulların, davalılara bildirilmemiş olması sebebiyle, yani bu rizikolara ilişkin "fiili bilgi"nin var olmaması nedeniyle, satıcı tarafından öngörülebilir zararlar olmasa da; tazminattan mahrum edilmesi doğru değildir. Başka bir deyişle; "benzer tip sözleşmelerin ihlali neticesinde, hayatın

[126] Zeller, a.g.e., s.93.

[127] Ulusu, a.g.e., s.60.

[128] Murphy, a.g.e., s.735.

[129] Murphy, a.g.e., s.736; Ulusu, a.g.e., s.60.

[130] Murphy, a.g.e., s.735.

olağan akışı gereği, genellikle ortaya çıkan ve makul bir tacir tarafından öngörülmesi mümkün olan zararlar"ın tazminine karar verilmektedir.[131] Bu durumda, alıcının sözleşmeyi akdettiği sırada aynı şartlar altında ve kendisine verilen bilgiler ışığında, satıcının makul bir kimse olarak öngörmesi gerekenin ne olduğu araştırılmakta ve davada yapılacak tahkikat onun o sırada gerçekte ne öngördüğü ile sınırlandırılmamaktadır.[132] Başka bir deyişle, objektif kriter olan atfedilen bilgi dikkate alınmaktadır.

Victoria Laundry davasında, Hadley v. Baxendale kararı ile getirilen hesaba katma kuralı, yeniden şekillendirilmiş ve *öngörülebilirlik testi* geliştirilmiştir. Buna göre; sözleşme ihlali nedeniyle zarar gören taraf, ihlal nedeniyle uğradığı zararlardan sadece, sözleşmenin kurulması anında böyle bir ihlalin elverişli neticesi olarak, makul bir şekilde öngörülebilir zararların tazminine hak kazanır.[133] Bu durumda, ihlal neticesinde meydana gelen zararların tümünün tazmin edilebilir olmadığı açıktır. Bu nedenle, tazminat sorumluluğu sınırlandırılmalıdır ve bu sınırlandırma mahkeme kararı gereği *öngörülebilirliktir*. Görüldüğü üzere, mahkeme hesaba katma kuralından sapmış ve daha geniş bir kavram olduğu söylenen öngörülebilirlik kavramını tercih etmiştir. Öngörülebilirlik dikkate alınırken de yine; sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörüsü dikkate alınmıştır.[134]

Victoria Laundry davasında mahkeme, yukarıda belirtildiği üzere, sözleşmenin kurulması anında dikkate alınması gereken öngörülebilirliğin tayininde;

---

[131] Ulusu, a.g.e., s.61.

[132] McCormick, Charles T. *Handbook on the Law of Damages*, West Publishing Co., 22. Bası, 1982, s.565.

[133] Chengwei, Liu. *Remedies for Non-Performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*, LL.M. of Law School of Renmin University of China, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html, s.13.

[134] Ulusu, a.g.e. s.62.

sözleşmenin kurulması anında tarafların veya her halükarda sözleşmeyi ihlal eden tarafın o anda sahip olduğu bilginin esas alınacağı belirtilmiştir.[135] Böylelikle, öngörülebilirliğin tayininde, öngörünün tayinini oluşturan, öngörünün kaynağını oluşturan bilginin; *objektif bir kriter* olan atfedilen bilginin yanı sıra *sübjektif bir kriter* olan sözleşmeyi ihlal eden tarafın sahip olduğu *fiili bilginin* de dikkate alınacağı açıkça ortaya konmuş ve öngörülebilirlik testi, *objektif ve sübjektif ölçütler içeren tek bir kural* halini almıştır.[136] Açıklamak gerekirse; atfedilen bilgi, hayatın olağan akışı gereği her makul kişi tarafından sahip olunan bilgi iken; fiili bilgi, sözleşmeyi ihlal eden tarafın hayatın olağan akışının ötesinde bazı özel koşulların kendisine bildirilmiş olması ile edindiği bilgidir.[137] *Victoria Laundry davasında* ise mahkeme bu iki bilginin bir arada olması gerektiğini belirterek, *Hadley davasında* tıkanıklığa yol açtığı belirtilen bir hususu yeniden şekillendirmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere; özel koşulların diğer tarafa bildirilmediği, belirtildiği şekliyle *fiili bilginin* bulunmadığı hallerde, sadece *atfedilen bilgi* kapsamında sahip olunabilecek, yani davalı ile aynı konumda bulunan makul bir kimsenin öngörebileceği ve bu bağlamda davalı tarafından makul olarak öngörülebilir olan zararların tazmini mümkündür.[138]

Öngörülebilirlik incelenirken, öngörünün nasıl ele alınacağının yanı sıra, öngörünün konusunda aranacak kriterler de önem taşımaktadır. Nitekim, öngörünün konusunu "*zarar*" oluşturmaktadır. *Victoria Laundry davasında*, "*ihlalin kuvvetle*

[135] Saidov, a.g.e., s.28; Chengwei, a.g.e., s.13; Ulusu, a.g.e., s.62.

[136] Korpela, Riku. *Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Pace International Law Review, Sellier Publ., 2004-2005, vd. 75-168, s.130.

[137] Saidov, a.g.e., s.28; Ulusu, a.g.e., s.64.

[138] Zeller, a.g.e., s.95, Ulusu, a.g.e., s.65.

muhtemel sonucu" ifadesi ile aranan yakınlık derecesi; sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu *zararın sonuçlanmasının elverişli olduğunun makul olarak öngörebilmiş olmasıdır* ve bu söz konusu zararın tazmini için yeterlidir.[139] Zararın sonuçlanmasının makul olarak öngörülebilmesi kriteri için *common law* sisteminde verilen *Heron II davasının* da incelenmesi önem arz etmektedir.

D. HESABA KATMA KURALINDA ZARARIN YAKINLIĞI-UZAKLIĞI KRİTERİ

Yukarıda detayları ile anlatıldığı üzere; *Common law* sisteminde mahkemeler davacı tarafın tüm zararların tazmin edilmesi gerektiğini belirtmiş; ancak bu tazmin edilmesi gereken zararların ise bir mekanizma ile sınırlandırılması gerektiği konusunda uzlaşmışlardır. Son olarak *Victoria v. Laundry davasında* mahkeme tarafından kriterleri belirtilen bu mekanizma öngörülebilirlik prensibidir. *Heron II davasında*[140] ise bu prensibe eklemeler yapılarak, *zarar ile ihlal arasında öngörülmesi gereken yakınlık-uzaklık kriteri (test of remoteness)* getirilmiştir.[141]

Heron II davasında mahkeme, gemisini varış limanına şeker taşımak için alıcıya kiraya veren satıcıyı (gemi sahibi), malları varma limanına geç ulaştırması nedeniyle, kiracıların bu geciken süre zarfında şeker fiyatlarının düşmesi nedeniyle uğradıkları zararın tazminine hükmetmiştir.[142] *Heron II davasında* da, mahkeme

[139] Ulusu, a.g.e., s.66.

[140] [1969] 1 A.C. 350

[141] McGregor, a.g.e., s.190-193.

[142] Doktrinde *Czarnikow Ltd v Koufos davası* olarak da bilinen davada; satıcı şekerleri varies limanına 9 gün gecikmeyle ulaştırmış, bu sırada ise şeker fiyatları düşmüştür. Bu nedenle, alıcı ise uğramış olduğu kar kaybının tazminini istemiş; ancak ilk derece ve temyiz mahkemeleri davacının tazminat

dikkate alınması gereken bilginin atfedilen bilgi ile birlikte fiili bilginin yani sözleşme taraflarının özel olarak sahip olması gerektiği bilginin dikkate alınması gerektiğini tekrarlamıştır. Ancak, *Heron II davasında* mahkeme *Hadley kararından* bir adım öne giderek *yoksun kalınan karın* da davacı tarafça istenebileceğine karar vermiştir.[143] Yine mahkemeye göre; hangi zamanda öngörülebilirliğin dikkate alınacağına cevap olarak ise "sözleşmenin akdedildiği sıradaki" öngörülebilirlik olduğu tekrarlanmıştır.[144]

Heron II davasında mahkeme, Victoria v. Laundry kararında bahsedilen öngörünün ölçütü olarak kabul edilen *makul olarak öngörülebilirlik (reasonably foreseeable)* kriterini eleştirmiştir. Mahkemeye göre; bu kavramın geniş olarak kullanılması, öngörülebilirlik kriterinin haksız fiiller bakımından da kullanılmasına sebep olacak ve tazmin edilecek zararların türü ve kapsamı bakımından, bu kriterin sözleşmesel sorumluluk alanını oldukça genişletecektir.[145] Somut olayda ise yine mahkeme; zararın ihlalin elverişli olmayan bir sonucu olmadığını, sözleşmenin her iki tarafınca da hesaba katılmış olması gerektiğine hükmetmiş ve zararın ihlalin elverişli olmayan bir sonucu olmaması kriterini açıklarken, bu olasılık derecesinin davada çok uzak olmadığını ve fakat kolayca öngörülebilir de olmadığını belirtmiştir.[146]

---

talebini reddetmiştir. Davada House of Lords, Hadley v Baxendale kararını uygulayarak zararın tazminine karar vermiştir. Kararın tam metni için bknz: http://www.e-lawresources.co.uk/cases/Czarnikow-Ltd-v-Koufos.php

[143] Zeller, a.g.e., s.94.

[144] McGregor, a.g.e., s.191.

[145] Zeller, a.g.e., s.94; McGregor, a.g.e., s.191.

[146] McGregor, a.g.e., s.191; Ulusu, a.g.e., s.68.

Davada mahkemece, zararın olasılık derecesinin çok uzak olmadığı belirtilirken, zararın uzaklık-yakınlık testinin öngörülebilirlik kriterini haksız fiil içerisine sokmaktan alıkoyduğuna değinilmiştir.[147] Haksız fiillerde; *makul olarak öngörülebilir* tüm zararların tazmini mümkün olabilirken, Mahkemeye göre ise sözleşmesel sorumlulukta *zararın ihlalin elverişli olmayan bir sonucu olmadığının* tespit edilmesi gerekmektedir.[148] Bu nedenle, sözleşmesel sorumlulukta öngörülebilirlik kriterinin daha üst seviyesinin bulunması gerekmektedir.[149] Davada Mahkemece, öngörülebilirlik kriterinin tayininde, *zararın ihlalin elverişli olmayan bir sonucu* kavramı kullanılarak, olasılık derecesinin daha düşük ve daha az karşılaşılabilir olmasına bağlanmıştır. Yine; haksız fiiller ve sözleşmesel sorumlulukta uygulanacak test birbirinden farklı olmalıdır; nitekim sözleşmesel sorumlulukta taraflar, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini zaten sözleşmenin akdedilmesi sırasında belirlemişlerdir. Bu nedenle; zararın uzaklığı-yakınlığı testi kullanılarak özellikle haksız fiillerde daha çok ortaya çıkan tesadüfi zararların tazmininin de önüne geçilebilecektir.[150]

Sonuç olarak, *common law* sisteminde öncelikle *Victoria v. Laundry davasında* ortaya atılan ve *Heron II davası* ile *Hadley kararında*, hangi tür zararların öngörülebilir olması gerektiğine ilişkin cevap olarak verilen, *zararın ihlalin elverişli olmayan bir sonucu olmaması* kriteri, uygulamada somut olay bakımından dikkate

---

[147] Brett, Stephen. *Indirect Note – A Discussion Note*, Anderson Law, LLP, s. 3. http://www.andlaw.eu/downloads/Indirect_Loss.pdf ; Zeller, a.g.e., s.94.

[148] Korpela, a.g.e., s.130.

[149] Ziegel, Jacob S. *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, University of Toronto, July 1981, s. 2.

[150] Ziegel, a.g.e., s.2.

alınması gereken ve her somut olay bakımından farklılık doğurabilecek bir kavramdır.

Öngörülebilirlik kuralının diğer hukuki metinler ile ilişkisine geçmeden önce; CISG'deki düzenleniş biçimini daha netleştirmek adına, *Hadley v. Baxendale* kararı ile ortaya çıkan hesaba katma kuralı ve öngörülebilirlik kuralının temel farklarını net olarak belirlemek önemlidir. Öngörülebilirlik ilkesinin CISG'de düzenleniş biçimi ayrıntılarıyla aşağıda ayrı bir bölümde açıklanacaktır; fakat yukarıda bahsedilen hususlar göz önüne alındığında *common law* sistemi içtihatlarıyla oluşan hesaba katma kuralı ve CISG'de düzenlenen öngörülebilirlik ilkesinin temel farkları şöyledir;

- Hesaba katma kuralı, Hadley kararı ile özellikle dolaylı zararlar açısından önemli bir uygulama alanı bulmuştur. Tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında "öngörülebilir zararlar" kriteri dolaylı zararlar bakımından getirilmiş, doğrudan zararların bu kural kapsamında değerlendirilemeyeceği Hadley kararı ile ortaya konulmuştur. Söz konusu karardan önce, dolaylı zararların tazmini mümkün değilken, Hadley ve devamı kararlar ile hesaba katılan dolaylı zararların tazmini mümkün hale gelmiştir. Ancak, CISG düzenlemesi zararlar bakımından bir ayrım yapmamaktadır. Daha önce de belirtildiği üzere; menfi-müspet veya dolaylı-doğrudan zarar gibi bir ayrım CISG tazminat sisteminde yer almamaktadır. CISG 74. maddesi öngörülebilir tüm zararların, yoksun kalınan kar dahil, tazmininin talep edilebileceğini belirtmiştir. Madde lafzının hem doğrudan hem dolaylı zararlar bakımından öngörülebilirlik testini aradığı açıktır.

- Hesaba katma kuralı ile getirilen öngörülebilirlik testi, sözleşmenin kurulması anında öngörecek olan farazi kişinin niteliklerinin tayinine bağlı olan dolayısıyla manipüle edilebilen bir yöntemdir. Bu nedenle, CISG'deki düzenlemeye paralel şekilde değişikliğe uğramış ve atfedilen bilgi-fiili bilgi kavramları getirilmiştir. Hesaba katma kuralında sadece tarafların neyi öngördüğü dikkate alınırken, CISG düzenlemesindeki öngörülebilirlik kuralında hem tarafların neyi öngördüğü hem de objektif olaylar dahilinde neyin öngörülebilir olduğu dikkate alınmaktadır. Bu nedenle, CISG'deki öngörülebilirlik ilkesi sorumluluk alanını daha genişletmektedir.
- Hadley davası ile ortaya çıkan hesaba katma kuralında olay, mal satımına ilişkin olmayıp, bir servisin sağlanması için gereken malın teslimine ilişkindir. Ancak, CISG düzenlenmesindeki öngörülebilirlik ilkesi mal satımlarını da kapsamaktadır. Bu yönüyle, CISG uluslararası ticari hayata daha uygun bir düzenlemeye sahiptir.
- Hesaba katma kuralında, öngörülebilir zararların tayininde sözleşmenin her iki tarafının öngörüsü, yani zararı hesaba katıp katmadığı dikkate alınmaktadır. Ancak, CISG'de düzenlenen öngörülebilirlik ilkesinde ise sadece sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörüsü dikkate alınmaktadır.
- Konvansiyon, hesaba katma kavramı yerine öngörülebilirlik kavramını tercih etmiştir. Heron II davasında, sözleşme ihlali neticesinde tazmini talep edilebilecek zararların sadece öngörülebilir olmasının yetmediği, tarafların bunları fiilen hesaba katmış olmaları gerektiği, ancak bu koşulda zararların tazmin edilebileceği belirlenmiştir. Ancaki CISG'deki öngörülebilirlik

ilkesinde, aşağıda daha detaylı incelenmiştir, tarafların öngörüsü dikkate alınmaktadır.

- Bir sonraki bölümde daha detaylı açıklanacağı üzere, CISG kapsamında öngörülebilirliğin tespiti bakımından, tarafların iradesini veya makul kişinin anlayışını tespit edebilmek için öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye, sözleşme görüşmelerine, aralarındaki alışkanlıklara, ticari teamüllere ve tarafların sonraki davranışlarına bakılmaktadır. (CISG md.8/3) Ancak, hesaba katma kuralında, *common law* sisteminin yansıması olarak, yazılı olmayan hiçbir unsur dikkate alınmamaktadır.
- Hesaba katma kuralı ve öngörülebilirlik ilkesi arasındaki önemli farkların yanı sıra, hesaba katma kuralının en önemli sonucu olan sözleşme gereği taahhüt ettiği edimi ifada, sözleşmeye aykırı davranışta bulunan tarafı, bu ihlalin neticesinde meydana gelen tüm zararlardan sorumlu tutmanın her zaman adil sonuçlar doğurmayacağı prensibi, CISG'de düzenlenen öngörülebilirlik ilkesinin amacı ile örtüşmektedir. Her iki kuralın temelinde yatan bu amaç onların ortak özelliğini oluşturmaktadır.

III. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİ VE LEX MERCATORİA

UNIDROIT İlkeleri[151] ile birlikte Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel Prensipleri'nde (PECL), alıcının talep edebileceği zararının tayininde

[151] UNIDROIT İlkelerinin İngilizce, Fransızca ve Türkçe metinleri için bkz. Dayınlarlı, Kemal. *Milletlerarası Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri*, Ankara, 2003.

öngörülebilirlik ilkesini kabul etmiştir. PECL 9:503. maddesinde[152] yine UNIDROIT ilkelerinin 7.4.4. maddesinde[153], CISG 74.maddesinde belirtilen öngörülebilirlik kriterinin benzeri kabul edilmiştir. UNIDROIT, PECL ve CISG'de; seçilen sözcükler dışında, temelinde taşıdıkları amaçlar bakımından aynı düzenlemeler yer almaktadır.[154] Bazı ulusal düzenlemeler ise UNIDROIT ve CISG'den farklı olarak öngörülebilirlik kriterinin tanımlanmasını "menfi öngörülebilirlik" ışığında yapmıştır.[155] CISG ve UNIDROIT ise tanımlama bakımından "müspet" bir yaklaşım belirlemiş ve sözleşmeyi ihlal eden tarafın, ancak sözleşmenin kurulması anında öngördüğü zararlardan sorumlu olacağını ifade etmiştir.

Öngörülebilirlik kriterinin düzenlenmesi noktasında en önemli fark, sözleşmelerin kasıtlı ihlalleri sırasında ortaya çıkmaktadır. Kusur ve öngörülebilirlik ilişkisi bakımından; sözleşmenin kasıt veya ihmal ile ihlali durumunda sonuç değişebilmektedir. UNIDROIT İlkeleri, CISG ile paralel bir düzenleme içermekte iken, PECL ise sözleşmenin kasıtlı veya ağır ihmal ile ihlali hali için özel bir kural içermektedir. Sözleşmenin kasıt veya ağır ihmal ile ihlali halinde zarar öngörülebilir olmasa dahi, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, öngörülebilirlik testine sokulmaksızın,

[152] **PECL Article 9:503: Foreseeability:** The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent.

[153] **UNIDROIT Article 7.4.4 - Foreseeability of Harm:** The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance.

[154] Friedrich Blase, Philip Höttler. *Remarks on the Damages Provisions in the CISG (Article 74), Principle of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC),* Cambridge University Press, 2007, s. 211.

[155] Korpela'ya göre *menfi öngörülebilirlik tanımlaması*; "somut olaydaki başkaca kriter veya içinde bulunulan duruma bakılmaksızın, sözleşmedeki yükümlülüğünü ihlal eden taraf öngöremediği hiçbir zarardan sorumlu değildir." a.g.e, s.131.

oluşan tüm zararlardan sorumlu olacağını düzenlemektedir.[156] Nitekim, PECL, Fransız Hukukundan esinlenerek, borçlunun kasten veya ağır ihmalle sözleşmeyi ihlal ettiği hallerde öngörülebilirlik kuralının uygulanamayacağını düzenlemektedir.[157] Ancak, doktrinde bazı yazarlar, bu konuda kast veya ağır ihmal halinde sınırlandırma yapılmaması gereğinin CISG'nin temelinde yatan genel ilkelerden çıkarılabileceğini, bu nedenle de CISG ile PECL'nin bu hususta birbirinden farklı olmadıklarını belirtmektedirler.[158]

PECL ve UNIDROIT oluşan zararın, sözleşme ihlalinin "olası sonucu" (*likely result)* olması ölçütünü benimserken; CISG daha geniş bir uygulama alanı bulacak şekilde zarar ile ihlal arasındaki ölçütü "muhtemel sonuç" (*possible consequence)* olarak belirlemiştir.[159] Bununla birlikte, CISG düzenlenmesinin daha açıklayıcı ve kolay uygulanabilir olduğu; UNIDROIT ve PECL ile getirilen öngörülebilirlik ilkesinin ise daha dar yorumlanmaya yol açacağı belirtilmiş; yine PECL ve UNIDROIT düzenlenmesinin yeterince açık olmadığı tartışılmıştır.[160]

---

[156] Korpela, a.g.e., s.131.

[157] Zeller, a.g.e., s.96.

[158] Enderlein, Fritz; Maskow, Dietrich. *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana Publications, 1992, s. 301.; Korpela, a.g.e., s.128.

[159] Ferrari, Franco. *Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law*, 53 La. L. Rev., 1993, s.1257.

[160] Karşıt görüş olarak; öngörülebilirlik testinin PECL ve UNIDROIT ilkeleri çerçevesinde görülecek olan davalarda dar yorumlanmasına gerektiğine ilişkin bkz: Eiselen, *Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG*. http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html#editorial.

3. BÖLÜM: CISG'YE GÖRE ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİ

I. GENEL OLARAK

Bu bölümde, Birleşmiş Milletler Uluslararası Mal Satımına Dair Viyana Konvansiyonu (CISG)'da kabul edilen "*öngörülebilirlik kriteri*" incelenecektir. CISG tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak, milli hukuk sistemlerinde de kabul edilmiş olan, birçok temel prensibi benimsemektedir. Yukarıda bahsedildiği üzere, CISG tazminat sisteminde *kusursuz sorumluluk* ve *tam tazmin ilkesi* de bu temel prensiplerdendir.

Bunun yanı sıra, yine milli hukuk sistemlerinde de olduğu üzere, CISG'deki tazminat sistemi, tüm ihlalleri kapsar şekilde sınırsız olarak düzenlenmemiş ve birtakım sınırlandırmalar getirilmiştir. Ancak, bu hükümler düzenlenirken CISG'de yer alacak tazminat sorumluluğuna ilişkin bu sınırlamaların bazı ek özelliklere sahip olması sağlanmıştır.[161] Yine, bu sınırlamalar bakımından yapılan düzenlemelerin milli hukuk sistemlerine başvurulmasını gerektirmeyecek yeterlilikte olmasına özen gösterilmiştir.[162] Kaldı ki; CISG'de öngörülen sınırlama yöntemleri haricindeki her türlü yöntem reddedilmiş ve bu yöntemlerin uygulanmasını yasaklanmıştır.[163]

[161] Ulusu, a.g.e., s.69.

[162] Zeller, a.g.e., s.88.

[163] Atamer, CISG, s.425.

CISG tazminat sisteminde sorumluluğun sınırlandırılmasında üç prensip belirlenmiştir. Şöyle ki;[164]

- *Öngörülebilirlik ilkesi, (CISG md.74 c.2)*
- *Zararı azaltma külfeti, (CISG md.77)*
- *Sorumsuzluk halleri (CISG md.79)*

Bahsedilen bu prensiplerden sorumsuzluk halleri ile sorumluluğun sınırlandırılmasında kabul edilen öngörülebilirlik ilkesi, ihlalin varlığı bakımından farklılık arz etmektedirler. CISG 79. maddesinde belirtilen sorumsuzluk hallerinden birinin bulunması halinde, artık başkaca bir inceleme yapılmaksızın, sözleşmeyi ihlal eden taraf sorumluluktan kurtulacaktır. Kısacası, sözleşmenin ihlali durumunda öncelikle 79. madde kapsamında herhangi bir sorumsuzluk hali olup olmadığına bakılacak; eğer bu hallerden herhangi biri yok ise öngörülebilirlik testi ile sözleşmeyi ihlal eden tarafın zararın ne kadarından sorumlu olduğu tespit edilecektir.

Zararı azaltma külfeti ise; gerçek anlamda bir sorumluluğun kapsamını belirleyici araç değildir. Zararı azaltma külfeti, tazminat miktarından indirim sebebidir. Sorumsuzluk halleri ile sözleşmeyi ihlal eden tarafın herhangi bir sorumluluktan kurtulma sebebi bulunmadığı tespit edildikten ve öngörülebilirlik testi ile ödenecek olan tazminatın kapsamının sınırları çizildikten sonra, zararı azaltma külfeti uyarınca sözleşmeyi ihlal eden tarafın dayanabileceği bir indirim sebebi olup olmadığı araştırılacaktır.[165]

CISG'de kabul edilen *öngörülebilirlik ilkesinin* öncülü, ayrıntılarıyla bahsedildiği üzere, *common law* sisteminde *Hadley v. Baxendale kararı* ile ortaya

[164] Zeller, a.g.e., s.89; Ulusu, a.g.e., s.70.

[165] Ulusu, a.g.e., s.71.; Atamer, *CISG*, s.440.

çıkan ve sonrasında verilen mahkeme kararları ile öngörülebilirlik ilkesine yaklaşan *hesaba katma kuralıdır*.[166] CISG'de kabul edilen *öngörülebilirlik ilkeri* ile *Hadley davası* ile geliştirilen *hesaba katma kuralı* arasında pek çok farklılığın olduğuna değinmiştik. Bu nedenle, CISG'de düzenlenen öngörülebilirlik ilkesinin, *Hadley kararı* çerçevesinde gelişen *common law* sistemlerindeki uygulamalardan bağımsız yorumlanmasına ve uygulanmasına dikkat edilmesi gerekmektedir.[167] Yukarıda da belirtildiği üzere; *Hadley davası hesaba katma kuralı* bakımından tüm cevapları sağlayamamış ve bu dava ile ortaya çıkan kural geliştirilerek ve değiştirilerek, zararın tazminini sınırlandıracak *öngörülebilirlik ilkesi* oluşturulmuştur. Başka bir deyişle, öngörülebilirlik ilkesi, hesaba katma kuralından ayrılarak, son hali ile CISG'nin 74. maddesinde yer bulmuştur.[168] Nitekim; *common law* öngörülebilir zararları; sözleşmenin tarafları bakımından tazmini istenebilecek zararların üst limiti olarak görmekte; ancak CISG zararın öngörülebilmesini, ihlalde bulunan taraftan istenebilecek zararın sınırlandırılması olarak nitelendirmektedir.[169] Ancak, bu ayrım pratik olarak bir önem taşımamakta; öngörülebilirlik sözleşmenin ihlali halinde talep edilebilecek tazminat bakımından her iki sistemde de önem taşımaktadır.

Öngörülebilirlik ilkesi, 74. maddeye hakim olan *tam tazmin ilkesinin* dayanağını oluşturan *kusursuz sorumluluk ilkesinin* temelini oluşturmaktadır. Bu nedenle, öngörülebilirlik ve kusursuz sorumluluk ilkesi teorik olarak bölünemez bir

[166] Atamer, CISG, s.440.

[167] Ulusu, a.g.e., s.71.

[168] Vekas, Lajos. *The Foreeseeability Doctrine in Conctractual Damage Cases*, 43 Acta Juridica Hungarica, Nos. 1-2, 2002, vd. 145-174, s.160.

[169] Zeller, a.g.e., s.95.

ikili olarak görülmektedir.[170] *Öngörülebilirlik ilkesi*, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, kusurundan bağımsız olarak, tazminat sorumluluğunu öngörmektedir. Sözleşme ilişkisinde taahhütte bulunan taraf, bu taahhüdü uyarınca üstlendiği sözleşmesel yükümlülüğünü ifa etmemesinden kusurundan bağımsız olarak sorumlu tutuluyor ise bu kimsenin sorumluluğunun sözleşmenin kurulması anında öngörülebilir olan zararlarla sınırlandırılması gerekmektedir.[171]

Her ne kadar; öngörülebilirlik ilkesi ticari hayatta alıcı ve satıcı arasında bir denge mekanizması olarak görülse de; Konvansiyonun hazırlanmasından sonra gelişen teknik ve donanım ile birlikte birkaç problem de ortaya çıkmaktadır. Modern uluslararası ticaret uygulamalarında, kullanılan teknik ve yeni iletişim yolları göz önüne alındığında, yeni gelişen bu iletişim yöntemleri sözleşme taraflarına daha çok bilgiye sahip olma imkanı tanımaktadır. Artan bu bilgi akışı, oluşabilecek olası zararların da daha kolay hesaplanabilmesini sağlamaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin tarafları, olası bir sözleşme ihlali durumunda, zararın sınırlandırılması bakımından dikkate alınacak daha çok bilgiye sahip olacaklardır. Dolayısıyla, taraflar arasında akdedilen sözleşme hükümleri daha dikkatli incelenmeli ve tarafların her geçen gün daha fazla bilgi akışına sahip olacağı gerçeği de göz önüne alınarak, öngörülebilirlik testinin de güncel tutulmasına özen gösterilmelidir. Kaldı ki; öngörülebilirlik kriterinde kasıt veya ağır ihmal ile sözleşmenin ihlal durumları farklılık arz etmediğinden, bu hususa kanımızca daha çok dikkat edilmelidir.

CISG'de tazminatın sınırlandırılması bakımından öngörülebilirlik ilkesinin tercih edilmesinin önemli sebeplerinden birinin, öngörülebilirlik ilkesinin sözleşme

[170] Faust, Florian. *Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemass Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG)*, Tübingen, s.7; Zeller, a.g.e., s.88; Ulusu, a.g.e., s.71.

[171] Vekas, a.g.e., s. 159; Zeller, a.g.e., s.88; Ulusu, a.g.e., s.72.

ilişkileri bakımından ticaret hayatında sözleşme ihlallerinin sonuçlarına ilişkin olarak aranan *belirlilik ilkesini* sağlaması olarak görülmektedir.[172] Öngörülebilirlik ilkesi, tarafların tazminat talep edebilmesi için aralarında her türlü bilgi akışını sağlamalarını teşvik etmektedir. Zira, tazminat talebine, sadece diğer tarafın bildiği veya bilmesi gerektiği risklerin sonucunda meydana gelen zararlar konu olabilmektedir. Yani; bazı ihlallerin karşı tarafça bilinmesi mümkün olmayan olağandışı sonuçlar doğurma ihtimali varsa, bu olasılık hakkında bilgi sahibi olan tarafın bu bilgiyi diğer tarafa aktarması gerekmektedir.[173] Aksi halde, sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkan bu olağandışı sonuçlar nedeniyle meydana gelen zararlardan karşı tarafı sorumlu tutması da mümkün olmayacaktır. Bu prensip, CISG'nin en önemli işlevlerinden olan, sözleşme taraflarının görüşmelerinde, bilgi akışı ve işbirliğini teşvik ile karşılıklı saygıyı sağlama amacını desteklemektedir.[174]

II. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİNİN UNSURLARI

CISG'nin *öngörülebilirlik ilkesini* öngören 74. madde düzenlemesi şu şekildedir:

"...Söz konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz."

[172] Ulusu, a.g.e., s.73.

[173] A.y. s.73-74.

[174] Atamer, *CISG*, s.442; Zeller, a.g.e., s.89; Ulusu, a.g.e.; s.74.

Doktrinde, CISG'nin 74. maddesinde düzenlenen ve sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında araştırılması gereken beş unsur bulunmaktadır. Bu unsurlar sırasıyla; öngörülebilirlik ilkesinin öznesi, öngörülebilirlik ilkesinde kullanılacak ölçütler, öngörülebilirliğin tayininde esaslı unsurlar, öngörülebilirliğin konusu ve öngörünün tespit edileceği andır.[175]

A. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİNİN ÖZNESİ

Mahkemenin, önüne gelen davalar bakımından, sözleşmeyi ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğunu sınırlama noktasında, kimin öngörüsünü dikkate alacağı hususu büyük önem taşımaktadır. Nitekim, öngörülebilirliğin temelini oluşturan *Hadley kararı* ile CISG md. 74'te düzenlenen öngörülebilirlik kuralında getirilen düzenleme bu konuda farklılık arz etmektedir.

Hadley kararında, yukarıda da bahsedildiği üzere, öngörülebilirliğin tayininde her iki tarafın da öngörüsü dikkate alınırken, CISG düzenlemesinde, öngörülebilirliğin tayini bakımından, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngördüğü veya öngörmesi gerektiği zarardan bahsedilerek, sözleşmeyi ihlal eden tarafın esas alınacağı kabul edilmiştir.

Somut koşullarda, sözleşmenin ihlali neticesinde zarara uğrayan taraf, kendi işini ve koşullarını sözleşmeyi ihlal eden taraftan daha iyi bilebileceğinden, sözleşmenin kurulması anında, herhangi bir ihlal neticesinde hangi tür zararların doğacağını daha iyi bilebilecek ve öngörülebilecek durumdadır.[176] Zarara uğrayan

[175] Murphy, a.g.e., s.422; Zeller, a.g.e., s.96 vd.

[176] Murphy, a.g.e., s.423; Zeller, a.g.e., s.95; Atamer, *CISG*, s.446-447; Vekas, a.g.e., s.160; Ulusu, a.g.e., s.76.

tarafın da öngörüsünün dikkate alınması, sözleşmeyi ihlal eden taraf bakımından adaletsiz sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle, her ne kadar *Hadley kararında* sözleşmenin iki tarafın da öngörüsünün dikkate alınacağı düzenlenmişse de; pek çok *common law* hakimi tarafından sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörüsü dikkate alınarak, *Hadley kararı* ile öngörülebilirlik arasındaki fark pratikte ortadan kaldırılmıştır.[177] Kanımızca da; öngörülebilirlik ilkesinin temelinde yatan tazminatın adil dağılımı ve belirlilik ilkesi gereği sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörüsünün dikkate alınacağına yönelik CISG düzenlemesi isabetlidir.

B. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİNİN TAYİNİNDE KULLANILACAK ÖLÇÜTLER

CISG'nin 74. maddesinde, tazmin edilebilir zararların tayininde sözleşmeyi ihlal eden tarafın *öngördüğü veya öngörmesi gerektiği zararların* tazmin edilebilir olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, CISG düzenlemesinde öngörülebilirlik ilkesinin tayininde *sübjektif ve objektif ölçüt* kabul edilmiştir.

Sözleşmenin metninde yer alan, sözleşmeyi ihlal eden tarafın "*öngördüğü*" ifadesi ile *sübjektif ölçüt*; "*öngörmesi gerektiği*" ifadesi ile de *objektif ölçüt* düzenlenmiştir. [178] CISG'nin bu düzenlemesi, daha önce de anlatıldığı üzere, *Hadley kararında* getirilen ölçütlerle paralellik taşımaktadır. *Hadley kararında*; olağan zararların tazminini öngören kısımda, "*hayatın olağan akışı gereği sözleşme ihlalinin doğal, doğrudan sonucu olarak herkes tarafından kabul edilebilir"* ifadesi yer

[177] Murphy, a.g.e., s.423; Saidov, a.g.e., s.28-29.

[178] Gabriel, Henry Deeb. *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Pub. New York, 2004, s. 202; Zeller, a.g.e., s. 96; Ulusu, a.g.e., s.77.

almakta ve bu durumda öngörülebilirlik testine gerek duyulmamaktadır. Nitekim, bu tür zararlara sebep olan eylemler hayatın olağan akışı içerisinde yer alan ve herkesin hesaba katacağı farz edilen zararlardır.[179] Diğer kısımda belirtilen olağanüstü zararlarda ise asıl hesaba katma araştırması yapılmaktadır.[180] Bu kısımda, sözleşmenin kurulması anında, "*sözleşme ihlalinin kuvvetle muhtemel sonucu olarak, her iki tarafın da hesaba kattığı makul bir şekilde varsayılabilecek*" ifadesi ile olağanüstü zararların tazmini için tarafların bu zararları hesaba katıp katmadığına bakılacağı düzenlenmiştir.[181] Objektif ve sübjektif ölçütler Hadley kararında her ne kadar zararların niteliği bakımından ayrılmışsa da, bu iki ölçüt arasındaki kesin çizgiler, Victoria v. Laundry davası ile getirilen kıstaslar ile çizilmiştir. Nitekim, sözleşmenin kurulması anında tarafların veya her halükarda sözleşmeyi ihlal eden tarafın o anda sahip olduğu bilginin öngörülebilirliğin tayininde kullanılması gerektiği belirtilmiştir. Bu kriter, öngörülebilirliğin tespitinde *atfedilen bilgi* ile *objektif ölçütü* ve *fiili bilgi* ile de *sübjektif ölçütü* ortaya koymaktadır.[182]

CISG ise hesaba katma kuralının düzenlemesinden farklı olarak objektif ve sübjektif ölçüt arasındaki farkı açıkça ortaya koymuş ve sınırlarını kesin olarak çizmiştir. Nitekim, 74. madde tazmin edilebilir zararların tayininde sözleşmeyi ihlal eden tarafın *sübjektif öngörüsünün* dikkate alınacağını belirtmiş ve bunun yanı sıra sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması anında bildiği veya somut olayın şartları dahilinde bilmesi gerektiği risk faktörleri uyarınca, söz konusu

[179] Ulusu, a.g.e., s.78. Yukarıdaki bölümde açıklandığı üzere, Hadley kararının bu bölümünden Hadley (1) olarak bahsedilmektedir.

[180] Bu kısımdan ise yine Hadley (2) olarak bahsedilmektedir.

[181] Ulusu, a.g.e., s.78.

[182] Saidov, a.g.e., s.29; Ulusu, a.g.e., s.78.

sözleşme ihlalinin olağan sonucu olarak görülen zararların *"öngörülmesi gereken zararlar"* olduğunu ifade ederek *objektif ölçütün* de dikkate alınacağını belirtmiştir.[183] Dolayısıyla, öngörünün esas ölçütü objektiftir. Sözleşmenin kurulması anında sözleşmeyi ihlal eden tarafın yerinde bulunan ve sözleşmenin akdedilmesiyle alakalı koşullar hakkında bilgi sahibi olan makul bir tacirin ne öngörmesi gerektiği dikkate alınmalıdır. Bir başka deyişle, sözleşmeyi ihlal eden tarafın objektif olarak somut olayda meydana gelen zararı öngörebilecek bir durumda olduğunun ispatı yeterlidir, artık fiilen bu zararı öngördüğünü ispatlamasına gerek yoktur.[184]

Objektif kriter uygulanırken, sözleşmeyi ihlal eden taraf ile aynı koşullarda bulunan *makul bir tacirin* ne öngörmesi gerektiği tespit edilmelidir. Bu nedenle, sözleşmeyi ihlal eden tarafın somut olayda içinde bulunduğu koşullar uyarınca göz önünde bulundurulması gereken bir takım unsurlar vardır.[185] Sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörmesi gereken zararlardan ötürü sorumluluğu, sözleşme uyarınca adil olan risk dağılımı ile sınırlandırılmış olabilir. Sözleşme uyarınca adil olan risk dağılımı ise sözleşme akdedilirken sahip olunan veya sahip olunması gereken bilginin tespiti ile mümkündür.[186] Aşağıda daha detaylıca inceleneceği üzere; sahip olunan veya sahip olunması gereken bilginin tespiti, CISG'nin 8. maddesi uyarınca düzenlenen *sözleşme hükümlerinin yorumlanması* ve yine CISG'nin 9. maddesi uyarınca düzenlenen *ticari teamüllerin* tespiti ile belirlenmektedir. Dolayısıyla, CISG'nin maddeleri ile düzenlenen sözleşme hükümlerinin yorumlanması ve ticari teamüllerin tespiti ile somut olaydaki zararlar, sübjektif olarak öngörülmüş olsalar

[183] Ulusu, a.g.e., s.78.

[184] Saidov, a.g.e., s.29; Atamer, CISG, s.447; Ulusu, a.g.e., s.79.

[185] Zeller, a.g.e., s.96.

[186] Ulusu, a.g.e., s.79.

veya objektif olarak öngörülmeleri gerekse de, bu zararlardan ötürü sözleşmeyi ihlal eden tarafın sorumluluğunu doğurmuyor ise bu zararların tazmini de mümkün değildir.[187]

Her ne kadar, CISG 74. maddesi uyarınca öngörünün esas ölçütü, objektif ölçüt olarak kabul edilmişse de, sübjektif ölçüt ile tespit edilecek öngörülebilirlik de tamamlayıcı bir görev üstlenmektedir. Sözleşmeyi ihlal eden tarafın sübjektif öngörüsünün tayininde göz önünde bulundurulacak olan, yukarıda da bahsedildiği üzere, fiili bilgidir. Somut olayın şartlarına göre en adil risk paylaşımına ulaşmak için sözleşmeyi ihlal eden tarafın yerinde bulunan bir tacirin öngörüsü yerine sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması anındaki sübjektif öngörüsüne başvurulacaktır.[188] Nitekim, söz konusu zararı meydana getiren risk içeren eylem, ticari hayatın olağan akışı içerisinde olağandışı olarak nitelendirilebilecek bir eylemdir ve sözleşmeyi ihlal eden tarafa sözleşmeyi ihlal etmesi durumunda bu olağandışı zararın doğması ihtimaline ilişkin bir bilgi verilmemişse, onu bu zararlardan sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır.[189]

Sonuç olarak, öngörülebilirlik kriterinin uygulanması noktasında uygulanacak olan öngörülebilirlik testinde öncelikle *objektif ölçüt* uygulanacak ve ancak somut olayda tazminat sorumluluğuna etki edecek önemde sübjektif unsurlar bulunuyor ise veya objektif test ile somut olayda herhangi bir sonuca ulaşılamıyorsa *sübjektif ölçüt* uygulama alanı bulacaktır.[190]

---

[187] Saidov, a.g.e., s.30; Atamer, CISG, s.447; Ulusu, a.g.e., s.80

[188] Ulusu, a.g.e., s.81.

[189] Ulusu, a.g.e., s.81; Zeller, a.g.e., s.95; Atamer, CISG, s. 447; Enderlein, Maskow, a.g.e., s.301-302.

[190] Ulusu, a.g.e., s.82; Zeller, a.g.e., s.95.

C. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİĞİN KONUSU

Sözleşmeyi ihlal eden tarafın ihlalinden sonra, CISG'nin 74. maddesinde düzenlenen öngörülebilirliğin konusunu *zararlar* oluşturmaktadır. Nitekim, CISG'nin 74. maddesinin metni gereği, öngörünün konusu sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olan zararlardır. Başka bir deyişle, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörüsü, doğrudan sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olan zararlara yönelik olmalıdır.[191]

Öngörülebilirlik ilkesi bakımından; sözleşme ihlalinin neticesi olan muhtemel zararlar öngörülmelidir. Dolayısıyla, bu zararların meydana gelmesine sebep olan sözleşmeye aykırı davranışların veya bu zararı meydana getiren nedensellik zincirinin öngörülmesi aranmamaktadır.[192]

Bununla birlikte, bir sözleşme ihlali neticesinde meydana gelen zararların tazmin edilebilmesi için bu zararların, ihlalin muhtemel sonucu olarak öngörülebilir olması yeterlidir; yukarıda açıklandığı şekliyle *common law* sistemindeki gibi, zararların doğma ihtimaline ilişkin belirli derecede bir elverişliliğin öngörülmesi aranmamaktadır.[193] Bu bakımdan, CISG'nin diğer sistemlere nazaran tazminat sorumluluğunun sınırlarını genişletmektedir.[194]

Yine, öngörülebilirliğin konusunu oluşturan zararların tazminin sağlanabilmesi için gereken bir diğer unsur ise; sözleşmeyi ihlal eden tarafın neden

[191] Ulusu, a.g.e., s.94.

[192] Vekas, a.g.e., s.161; Atamer, CISG, s.445; Ulusu, a.g.e., s.94; Blase/Höttler, a.g.e., s.46.

[193] Ulusu, a.g.e., s.94.

[194] Vekas, a.g.e., s.160; Ferrari, a.g.e., s.1268; Murphy, a.g.e., s.425; Saidov, a.g.e., s.30; Ulusu, a.g.e., s.95.

olduğu zararın türünü de öngörmüş veya öngörebilir durumda olmasıdır.[195] Nitekim; zarara neden olan risk ile sözleşmenin kurulması anında öngörülebilir riskin aynı olması gerekmektedir. Bu nedenle, sözleşmenin ihlali nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmin edilebilmesi için sözleşme akdedildiği sırada üstlenilen riskin meydana getireceği zararın türünün de öngörülebilir olması gerekmektedir.[196] Dolayısıyla, sözleşmenin kurulması anından öngörülen veya öngörülmesi gereken risk ile sözleşmenin ihlali sonrasında ortaya çıkan zararı oluşturan riskin aynı olup olmadığının somut olayda sorulması büyük önem taşımaktadır.[197] Bu nedenle, sözleşmenin ihlali ile ortaya çıkan zararın türü, öngörülen riziko ile uyuşmalıdır.

Tazminat sorumluluğunun doğması için gereken şartlardan biri de, zararın muhtemel kapsamıdır. Öngörülebilirliği sadece zararın türü ile bağlı tutmak madde metnine aykırı yorum oluşturacaktır. Nitekim; CISG'nin 74. maddesinde; söz konusu tazminatın; ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında, öngördüğü veya öngörmesi gerektiği zararı aşamayacağı belirtilmiştir. Bu ifade, öngörülebilirliğin zararın miktarı ile ilgili olduğunu belirtmekle birlikte, öngörülebilirliğin bu zarar miktarının kapsamını da ilgilendirdiğini açıkça ortaya koymaktadır.[198] Dolayısıyla, somut olayda meydana gelen zararın türü, sözleşme akdedildiği sırada öngörülmüş veya öngörülmesi gereken zarar türü ile aynı olsa da, eğer kapsamı öngörülenden daha geniş ise o halde bu zararı meydana getiren risk ile sözleşme akdedildiği sırada üstlenilen riskin aynı olduğundan söz edilemez ve bu durumda sadece sözleşme akdedildiği sırada üstlenilen riskin meydana getireceği kapsamdaki zararlar

[195] Ulusu, a.g.e., s.95.

[196] Atamer, CISG, s.446; Zeller, a.g.e., s.97; Vekas, a.g.e., s.163; Ulusu, a.g.e., s.96.

[197] Zeller, a.g.e., s.97.

[198] Ulusu, a.g.e., s.96.

öngörülebilirdir ve tazmini talep edilebilir.[199] Bu husus bir örnekle açıklanacak olursa; satıcı, sözleşme konusu malların yeniden satılmak üzere alındığını biliyor; ancak tesliminde geç kalarak sözleşmenin ihlaline sebep olduğunu ve bu süreçte alıcının malları tekrar satacağı ülkede, ani koşullar nedeniyle, bu mallar bakımından kıtlık çıktığını varsayalım. Alıcı, satıcının malları teslim etmemesi nedeniyle uğradığı kar kaybının (yoksun kalınan kar) önemli bir zarar teşkil ettiğini savunmaktadır. Ancak, bu durumda satıcının sadece normal koşullarda öngörebileceği kar kaybından oluşan zararlardan sorumlu olacağını, alıcının tekrar satış yapacağı ülkede oluşan ani şartların öngörülebilir olmadığı için normal koşulları artan kısımdan sorumlu olamayacağı belirtilmiştir.[200] Nitekim, satıcının sözleşme kurulurken öngörebileceği zarar, geç teslim nedeniyle oluşabilecek kar kaybı ile aniden oluşan kıtlık nedeniyle alıcının uğradığı kar kaybı birbiriyle uyuşmakta ise de kapsam olarak gerçekte oluşan sonuç daha geniştir. Bu nedenle, satıcı sadece normal koşullar altında geç teslim ile oluşabilecek zarardan sorumludur.[201]

Görüldüğü üzere, öngörülebilir zararların sınırını bizzat CISG'nin 74. maddesi çizmektedir ve yukarıda da belirttiğimiz üzere; zararın türünün ve kapsamının öngörülebilir olması yeterli sayılmıştır.

D. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİĞİN TAYİNİNDE ESASLI UNSURLAR

[199] Vekas, a.g.e., s.164; Ulusu, a.g.e., s.96; Murphy, a.g.e., s.469; Zeller, a.g.e., s.97; Atamer, CISG, s. 446.

[200] Schlechtriem, Kommentar, s. 569.

[201] Zeller, a.g.e., s.97.

Öngörülebilirliğin somut olayın şartlarına göre adil bir biçimde tespit edilebilmesi için bazı unsurların göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Öngörülebilirliğin esaslı unsurları anlatılırken, sözleşme hükümleri, ticari teammüller ve bilgi kavramı üzerinde durulacaktır. Nitekim, bu unsurlar da yine CISG içerisinde belirtilmiş ve 74. madde ile bir bütünlük içerisinde düzenlenmiştir.

1. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK VE SÖZLEŞME HÜKÜMLERİ

CISG'de kural olarak sözleşme serbestisi kabul edilmiş ve bu husus Antlaşmanın 6. maddesinde düzenlenmiştir. Tazminat sorumluluğu bakımından da tarafların arasındaki sözleşmede, bu sorumluluklarını genişletici veya daraltıcı kayıtlar öngörmeleri halinde, CISG hükümlerinden önce, bu hükümlere öncelik verilecektir.

Tazminat sorumluluğunun sınırlarını belirleyen öngörülebilirlik ilkesi de sözleşmesel sorumluluğun en temeldeki unsurları olan irade beyanları ve bunların yansıması olan sözleşme hükümleri ile doğrudan bağlantılı ve etkileşim halinde olan bir ilkedir.[202] Sözleşmeyi ihlal eden tarafın, sözleşmenin kurulması anında öngördüğü riskler neler ise, tazmini mümkün olan zararlar yani öngörülebilir olan zararlar da, bu riskin gerçekleşmesi neticesinde meydana gelen zararlardır.[203] Bu durumda, sözleşmeyi ihlal eden tarafın hangi riskleri üstlendiği ve hangilerini

[202] Ulusu, a.g.e., s.83.

[203] Zeller, a.g.e., s.96, Saidov, a.g.e., s.29; Atamer, CISG, s.442; Korpela, a.g.e., s.135; Ulusu, a.g.e., s.83.

üstlenmediğini tespit etmek için bakılması gereken ilk adres sözleşme hükümleridir.[204]

Common law ile CISG sistemi karşılaştırıldığında sözleşme hükümlerinin yorumu bakımından farklılık olduğu tespit edilebilecektir. CISG'de sözleşme hükümlerinin yorumu 8. maddede düzenlenmiştir.[205] Buna göre; CISG tarafların objektif iradelerinin yanı sıra sübjektif iradelerinin de araştırılmasına imkan sağlamıştır. *Common law* sisteminde ise sözleşmenin yorumlanması konusundaki ölçütler sadece sözel kanıtlarla *(parol evidence)* sınırlandırılmıştır.[206] CISG'deki 8. madde düzenlemesinin aksine, İngiliz Hukuku'nda, sözleşmede yazılı olan düzenlemelerin yanında sözleşme öncesi yapılan müzakereler ve bunları müteakip hareketler dikkate alınmamaktadır. Bu yan noktalar tarafların sübjektif iradelerine ışık tutsa dahi yine de göz önünde bulundurulmayacaktır.[207] Ancak, *Investor Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society* davasında[208] mahkeme, bu yan unsurlara kapıyı tamamen kapatmamış ve tarafların sübjektif iradeleri sözleşmede yazılı olan hükümlerden açıkça ayrılıyor ve bu sübjektif irade

---

[204] Zeller, a.g.e., s.96; Ulusu, a.g.e., s.83.

[205] **CISG Madde 8:** "(1) Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın.

(2) Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır.

(3) Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır.

[206] Zeller, a.g.e., s.97.

[207] Steyn, Johan. *The Intractable Problem of the Interpretation of Legal Texts*, Sydney Law Review 5, 2003, http://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLRev/2003/1.html

[208] *Investor Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society*, (1998) 1 WLR 896.

ise makul bir insan tarafından anlaşılabilir durumda ise bu iradenin dikkate alınacağını kabul etmiştir.

CISG'nin 8. maddesine bakıldığında, taraf iradelerinin yorumlanmasında kademeli bir araştırma öngörülmüştür. Maddenin 1. fıkrası uyarınca; tarafların sübjektif iradeleri araştırılacak, eğer bu araştırma bir netice vermezse 2. fıkra uyarınca tarafların objektif iradeleri tespit edilecektir.[209] Tarafların *sübjektif iradesinden* kastedilen, beyan sahibinin iradesine uygun olarak yapılan yorumdur. Ancak, eğer irade beyanının yöneltildiği karşı taraf, beyan sahibinin iradesini bilmiyorsa veya bilmemekte yani söz konusu irade beyanına farklı bir anlam yüklemekte haklı ise o halde CISG 8. maddesinin 2. fıkrasının uygulanmasına geçilir ve irade beyanının yöneltildiği karşı taraf ile aynı konumda bulunan makul bir kişinin aynı koşullarda bu irade beyanına vereceği anlama göre yorum yapılır.[210] Bu husus da tarafların *objektif iradelerini* oluşturmaktadır.[211]

CISG sisteminde, yorum kuralının en önemli yansımalarından biri, sözleşmedeki satıcının kabul ettiği risklerin sözleşmeden ayrıştırılması gerektiğidir. Yukarıda da belirtildiği gibi, sözleşme hükümleri değerlendirilirken sadece yazılı olan irade beyanları değil, CISG'nin 8. ve 9. maddeleri gereği sözleşmeye dahil

[209] Ulusu, a.g.e., s.84.

[210] Ulusu, a.g.e., s.84.

[211] CISG'nin söz konusu düzenlemesinin Türk Hukukundaki düzenlenişi "güven teorisi"dir. Türk Borçlar Kanunu'nda güven teorisini doğrudan doğruya düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Bununla birlikte, güven teorisi kaynağını, dürüstlük (objektif iyiniyet) kuralında bulmak mümkündür. Bu nedenle, teorinin mesnedi, MK. m. 2'de yer almaktadır. Güven teorisi, edim ve dürüstlük kurallarını, hukuki güven ve istikrar ilkesini, hakkaniyet düşüncesini esas alır. Bu teori ile sadece muhatabın değil, beyan sahibinin de haklı menfaatleri korunmakta, tarafların çıkarları arasında adil bir denge kurulmaktadır. Güven teorisi, en son haliyle aslında hem tabii hem de normatif bir yorum teorisidir. Türk Hukukunda zamanla yaşanan gelişmeler ile klasik güven teorisi ve yeni güven teorisi olmak üzere iki kısımda incelenmektedir. Bu teoriler arasındaki fark ise süje olarak taraflardan sadece muhatabın alınması veya süje olarak taraflardan bağımsız üçüncü, objektif bir kişinin alınması noktasında toplanmaktadır. Eren, a.g.e., s.140.

kabul edilebilen iradelerin de göz önüne alınması gerekmektedir.[212] Yani, sözleşme hükümlerinin yorumunda öncelikle metnin lafzı olan yazılı irade beyanları yani objektif unsurlar, tarafların sözleşmede yazılı unsurların dışında ortaya koydukları iradelerini oluşturan sübjektif unsurlar ile birlikte CISG 9. maddesinde düzenlendiği üzere, teamüller de dikkate alınmalıdır.

Öngörülebilirlik kriterinin tayininde, sözleşmenin ihlaline sebep olan tarafın, bilgisi dikkate alınmaktadır. Bu nedenle, öngörülebilirliğin tayininde ele alınacak bilginin somut bir çerçeveye oturtmak zordur. Nitekim, her olay farklı koşullar içermektedir ve bu nedenle, farklı koşulların olay bazında incelenmesi gerekmektedir.[213] Başka bir deyişle, öngörülebilirlik kriterinin tayininde göz önüne alınması gereken "bilgi"nin tespiti için, gerektiğinde, sözleşme hükümlerine başvurulabilecektir. Bu durumda, öngörülebilirliğin tayininde, salt taraflar arasında yazılı olarak ifadesini bulan sözleşme hükümlerine bağlı kalınması, tarafların fiili öngörüsünün ve makul bir kimse olarak öngörü kapasitelerinin somut olayda gereği gibi doğru bir şekilde tespit edilememesine yol açabilir.[214] Bu nedenle, sözleşme hükümlerinin, bu kriterlerin tayininde birinci sırada yer alamayacağını da unutmamak gerekir. Dolayısıyla, öngörülebilirlik ilkesinin taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini yansıttığına ilişkin genel bir ifadeye karşın, öngörülebilirliğin sözleşme hükümleri tarafından kısmen yansıtıldığını söylemek daha doğru bir yaklaşım olacaktır.[215]

---

[212] Zeller, a.g.e., s.98.

[213] Zeller, a.g.e., s.98.

[214] Ulusu, a.g.e., s.85.

[215] Saidov, a.g.e., s.33; Zeller, a.g.e., s.98; Ulusu, a.g.e., s.85.

2. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK VE TİCARİ TEAMÜLLER

Yukarıda da bahsedildiği üzere, CISG'nin 9. maddesinde[216] düzenlenen ticari teammüller, öngörülebilirliğin tayini konusunda yardımcı bir rol üstlenmektedir. Nitekim, taraflar her zaman aralarında uygulanmasını istedikleri, bu yönde açık veya zımni bir irade beyanına sahip oldukları, teamülleri ve aralarında yerleşmiş alışkanlıkları sözleşme hükümlerine aktarmayabilirler. Bu durumda, 9. maddenin 1. fıkrası uyarınca, bu teamül ve alışkanlıklar, taraf iradelerinin uyuşması nedeniyle birer sözleşme hükmü haline geldiklerinden, bu teamül ve alışkanlıklarla bağlı sayılırlar.[217]

Bununla birlikte, 9. maddenin 2. fıkrası gereğince, ticari hayatın şartları gereği bazı özelliklere sahip birtakım teamüller, taraflarca kararlaştırılmamış olsa dahi, taraflar arasındaki sözleşmesine doğrudan uygulanacaktır. Belirtilen bu teamüller birtakım özelliklere sahiptir. Buna göre; ancak, tarafların bildiği veya bilmesi gereken, milletlerarası karaktere sahip olan ve milletlerarası ticarette aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüller kendiliğinden sözleşme içeriği olma özelliğine sahiptirler.[218]

---

[216] **CISG Madde 9:** "(1) Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır.

(2) Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarette aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır."

[217] Ulusu, a.g.e., s.86.

[218] Atamer, CISG, s.76; Ulusu, a.g.e., s.86.

Öngörülebilirlik kuralında, ticari teamüllerin dikkate alınması hususunda ortaya çıkan problem, taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde göz önünde bulundurulacak "bilgi" kavramının içine "ticari teamüllerin" ne kadar dahil edileceğidir. Ticari teamüller nedeniyle mevcudiyeti varsayılan bilginin dikkate alınacağı durumlar sınırlıdır. Ticari teamüllerin uygulanışının, bilginin ölçümü bakımından getirilen objektif ve sübjektif ölçütler ile sınırları çizilmiştir.[219] Nitekim, Alman Yüksek Mahkemesi'nin CISG'nin öncülü ULIS'in uygulama alanı bulduğu bir kararında bu husus; öngörülebilirliğin tayininde sözleşmeyi ihlal eden tarafın sahip olduğu veya sahip olması gereken bilginin tespitinin, öngörülebilirliğe ilişkin bir ticari teamülün varlığının ispatıyla sağlanabileceği şeklinde ifade edilmiştir.[220]

CISG'nin 9. maddesinin 1. fıkrası, "bilgi"nin tespiti için gereken sübjektif ölçütün temelini oluşturmaktadır. Burada, sözleşmeyi ihlal eden tarafın gerçekte sözleşme ihlalini öngörmüş olması önem taşımamaktadır. Önemli olan nokta, sübjektif olarak ticari teamüllerin bilinmesi ve bu durumda öngörülebilirliğin de objektif zemine oturulabilmesidir.[221] Başka bir ifade ile, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, bu teamül ve alışkanlık hakkındaki fiili bilgisi; onun hem sübjektif öngörüsünün hem de objektif öngörüsünün doğmasına yol açar.[222] Sorulması gereken soru, sözleşmeyi ihlal eden taraf ile aynı şartlar altında olan bir kişinin, sözleşmenin ihlali durumunda ortaya çıkan sonuçları sübjektif olarak biliyor olup olmadığıdır. Somut olayda, meydana gelen zarara ilişkin risk hakkında sözleşme ilişkisine

[219] Zeller, a.g.e., s.99.

[220] Bundesgerichtshof, Germany, 24 October 1979, VIII ZR 201/78 http://cisgw3.law.pace.edu/cases/791024g.1.html

[221] Zeller, a.g.e., s.99.

[222] Ulusu, a.g.e., s.87.

girerken fiili bilgiye sahip olan bir taraf, bu zararı öngörmemiş olabilir. Ancak, bu zararı öngörmesi gerektiği bir durumdur ve bu nedenle bu zararların tazminine katlanır.[223] Yukarıda da belirtildiği üzere, öngörülebilirliğin tespiti için objektif ve sübjektif testin birlikte olması önem arz etmektedir.

CISG'nin 9. maddesinin 2. fıkrası öngörülebilirlik açısından gerekli bilginin testi bakımından bakılacak ticari teamülleri genişleterek, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarette aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin uygulanacağını belirtmiştir.[224] Bu durumda, bu sefer söz konusu olan atfedilen bilgidir. CISG'nin 9. maddesinin 2. fıkrasında yer alan niteliklere haiz bir teamülü tarafların bilmeleri gerekmesi durumunda, sözleşmeyi ihlal eden tarafın atfedilen bilgisinin varlığına, dolayısıyla sözleşmenin kurulması anında, sözleşmenin ihlali neticesinde bu riskin meydana getireceği zararları öngörmesi gerektiğine dayanak oluşturur.[225] Nitekim, 9. Maddenin 2. Fıkrasına göre, atfedilen bilginin söz konusu olması nedeniyle, atfedilen bilginin de objektif öngörüye sebep olduğu kabul edildiğinden, öngörünün objektif temellere oturtulduğu belirtilmektedir.[226] Bu riske ilişkin fiili bilginin var olmadığı bir durumda, o riskin yol açabileceği sonuçlar hakkında, fiili bir öngörüye sahip olunması pek mümkün gözükmemektedir.[227]

[223] Saidov, a.g.e., s.28; Zeller, a.g.e., s.99; Ulusu, a.g.e., s.99.

[224] Zeller, a.g.e., s.99.

[225] Ulusu, a.g.e., s.88.

[226] Zeller, a.g.e., s.99; Saidov, a.g.e., s.28.

[227] Ulusu, a.g.e., s.88.

Sonuç olarak, öngörülebilirliğin tayininde CISG'nin 8. maddesinde düzenlenen sözleşme hükümleri ile birlikte 9. maddede düzenlenen ticari teamüllerin de dikkate alınması önemli rol oynamaktadır.

3. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİNDE BİLGİ

Yukarıda *Hadley* kararından bahsedilirken değinildiği üzere; öngörülebilirlik ilkesinin tayini bakımından "bilgi" büyük bir öneme sahiptir. Nitekim; 74. maddenin metninde açıkça; sözleşmeyi ihlal eden tarafın ödeyeceği tazminatın, sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya *o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği* veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamayacağı belirtilmiştir.

Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere; öngörülebilirliğin tespiti bakımından sözleşmeyi ihlal eden tarafın sadece bildiği değil, bununla birlikte bilmesi gerektiği veriler de dikkate alınacaktır. Bu nedenle, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sahip olduğu bilgi veya sahip olması gereken bilgi; objektif ve sübjektif öngörülebilirliğin tespitinde doğrudan dikkate alınacaktır.[228] Dolayısıyla, CISG'nin 74. maddesinde düzenlenen öngörülebilirlik, sözleşmeyi ihlal eden tarafın ihlalin sonuçlarını öngörölebilmesini sağlayan veriler hakkındaki bilgisine veya bilmesi gerekenlere dayanmaktadır.[229]

CISG'de belirlenen öngörülebilirlik ilkesinin tespitinde hem objektif hem sübjektif ölçütler belirlenmiş ve bu ölçütlerin uygulanmasında dikkate alınacak olan

[228] Ulusu, a.g.e., s.89.

[229] Bernstein & Lookofsky, a.g.e., s.99; Saidov, a.g.e., s.27; Ulusu, a.g.e., s.89.

bilgi kriterinde; bildiği verileri sübjektif ve bilmesi gereken bilgileri de objektif standartlar içerisine sokmuştur. Her ne kadar madde metnine objektif ve sübjektif bilgi kriteri olarak açıkça belirtilmemişse de ikili ayrım yapmak suretiyle, öngörülebilirlik kriterinde bilgi testinde bu ayrımın kullanılacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda anlatıldığı üzere; bu ikili ayrım *Hadley kararını* geliştiren *Victoria Laundry* davasında da ortaya konulmuştur. Nitekim; *common law* sisteminde bilgi fiili bilgi - atfedilen bilgi ayrımı ile ortaya konulmuşken, CISG sisteminde de bu husus, paralel bir düzenleme ile, objektif ve sübjektif kriterler olarak belirlenmiştir.[230] CISG sisteminde "bilgi" için belirlenen bu objektif ve sübjektif kriter, Hadley kararında yer alan hayatın olağan akışı ve özel koşullar durumlarını karşılayacak niteliktedir.[231]

CISG'de düzenlenen öngörülebilirlik kriterinin tespitinde, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sadece sahip olduğu değil, aynı zamanda sahip olması gerektiği bilginin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştik. Bu durumda, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, sübjektif olarak sahip olmadığı bilgisi nedeniyle rizikoyu öngörememiş olduğu savunması yeterli olmayacaktır; sahip olması gerektiği bilgi nedeniyle işbu rizikoyu öngörmesi gerektiği hususu da dikkate alınacaktır.[232] Maddede belirlenen, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sahip olduğu bilginin, objektif ölçütler dahilinde değerlendirilmesi, sözleşmeyi ihlal eden taraf ile aynı konumda bulunan *makul bir tacirin* sahip olduğu bilginin tespiti ile olacaktır. Dolayısıyla, sözleşmeyi ihlal eden

[230] Zeller, a.g.e., s.100.

[231] Saidov, a.g.e., s.27.

[232] Zeller, a.g.e., s.100.

tarafın, sözleşme ihlalinin meydana getireceği sonuçları öngörebilmesini sağlayan verilere ilişkin bilgisi, ticari hayatın olağan akışı içerisinde bir tacirin sahip olduğu kabul edilen tecrübeden kaynaklanıyorsa, onun bu bilgiye sahip olduğu farz edilir ve dolayısıyla söz konusu zararları öngörmesi gerektiği sonucuna varılır.[233] Bu durumda, somut olayda dikkate alınacak husus; sözleşmeyi ihlal eden taraftan, bir tacir olarak sahip olduğu tecrübe gereği, sözleşme ihlalinin meydana getireceği sonuçları öngörebilmesini sağlayan koşulları bilmesinin makul olarak beklenip beklenemeyeceğidir.[234]

Bu noktada, sözleşmeyi ihlal eden taraf ile aynı konumdaki bir tacirin genellikle sahip olduğu bilgi düzeyinin ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir ve bu tespit yapılırken somut olayın şartları da dikkate alınacaktır.[235] Atfedilen bilgiyi meydana getiren bu bilgiye örnek olarak; ilgili piyasa verileri, sektörel bilgiler ve genel ekonomik ve para piyasaları gösterilebilir.[236] Bununla birlikte, atfedilen bilginin tespitinde aynı zamanda, yukarıdaki bölümde de belirtildiği üzere, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin yanı sıra, ticari teamüller de dikkate alınmalıdır.[237]

Sözleşmeyi ihlal eden tarafa, diğer tarafça sözleşme ihlalinin meydana getirebileceği birtakım sonuçlar hakkında bilgi verilmişse, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşme ihlalinin meydana getireceği sonuçları öngörmesini sağlayan veri ve koşulları bildiği ve dolayısıyla söz konusu zararları öngördüğü veya öngörmesi gerektiği sonucuna varılır ve bu şekilde 74. madde uyarınca sübjektif standartlarla

[233] Ulusu, a.g.e., s.90.

[234] Saidov, a.g.e., s.27.

[235] McGregor, a.g.e., s.157; Ulusu, a.g.e., s.91.

[236] Enderlein/Maskow, a.g.e., s.301; Korpela, a.g.e., s.155; Ulusu, a.g.e., s.91.

[237] Zeller, a.g.e., s.100.

bilgi tespit edilmiş olur.[238] Bu nedenle, önemli olan nokta; somut olayda özel koşulların sözleşmeyi ihlal eden tarafa uygun bir şekilde bildirilip bildirilmediğidir.[239]

Bu durumda, sübjektif standartlarla tayin edilen bilgi olan fiili bilgi, hem sübjektif öngörülebilirlik olan öngördüğü; hem de objektif öngörülebilirlik olan öngörmesi gereken öngörülebilirliğe dayanak oluşturmaktadır.[240] Nitekim, bazı durumlarda, tarafların fiili bilgiye sahip olamaması halinde, rizikoyu öngörmeleri de çok mümkün olamamaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin ihlali halinde, ihlali gerçekleştiren tarafın rizikoyu öngörmesi gerektiği hususu da öngörülebilirlik kriterinin temeline oturtulmaktadır. Mahkemelerin, "öngörmesi gerektiği" hususunu objektif temellere oturtup, adil sonuçlara varabilmesi için de yukarıda bahsedildiği üzere, makul bir 3. kişi tacir özellikleri dikkate alınmaktadır.[241]

Fiili bilginin kaynağı, sözleşmenin diğer tarafıdır. Somut olayda meydana gelen zararlara ilişkin risk, sözleşmeyi ihlal eden tarafın tacir olarak sahip olması gereken bilgi dahilinde farz edilemeyecek özel birtakım durumlardan kaynaklanıyorsa, sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu zararlardan sorumlu tutulabilmesi için, bu özel koşulların kendisine bildirilmiş olması aranmaktadır.[242]

Nitekim bu hususla ilgili Avusturya Yüksek Mahkemesi bir kararında[243]; taraflar arasındaki sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, karşı tarafın tazmin talebinin

[238] Murphy, a.g.e., s.429; Saidov, a.g.e., s.27; Ulusu, a.g.e., s.91.

[239] Zeller, a.g.e., s.100; Ulusu, a.g.e., s.91.

[240] Ulusu, a.g.e., s.92.

[241] Zeller, a.g.e., s.100.

[242] Ulusu, a.g.e., s.92.

[243] Oberste Gerichtshof, Austria, 14 January 2002, 7Ob301/0lt,

sınırının, aynı konumda bulunan makul 3. kişi tacirin, aynı durumda mevcut olan öngörüsü olduğu belirtilmiştir. Mahkeme kararında belirtilen bir diğer önemli husus da; sözleşmeyi ihlal eden tarafın sübjektif bilgisi sebebiyle, sözleşmenin ihlalinin beklenmedik veya finansal olarak yüksek seviyede bir zarara sebep olacağının farkında ise bu durumda, sözleşmenin ihlalinin öngörülebilir olduğu kabul edilmektedir.

Mahkeme kararında da belirtilen fiili bilgiyi oluşturan bildirimin yapılıp yapılmadığının tespiti için başvurulacak ilk kaynak taraflar arasında imzalanan sözleşmedir ve dolayısıyla CISG'nin 8. maddesinde yer alan sözleşmenin yorumlanması kuralları da burada dikkate alınacaktır.[244] Sözleşmenin ihlali ile zarara uğrayan tarafın zararın miktarı, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngördüğü veya öngörmesi gerektiği verilerden olup olmadığı, CISG'nin 8. maddesi gereği hem objektif hem de sübjektif yönden incelenecektir.[245] Yine belirtildiği üzere, CISG'nin 9. maddesinde düzenlenen, ticari teamüllerin de dikkate alınması gerektiği unutulmamalıdır.

Tüm bunların yanı sıra, öngörülebilirlik ilkesinin tespitinde kullanılacak "bilgi"yi oluşturacak kriterlerin tespitinde dikkate alınacak olan, makul 3. kişi tacirin sahip olduğu bilginin tespitinde, güncel şartlar da dikkate alınmalıdır. Nitekim, artık günümüzün ilerlemiş teknolojik ve haberleşme araçları sayesinde, tacirler çok daha fazla bilgiye ulaşabilir durumdadırlar. Bu nedenle, fiili bilginin tespitinde,

---

www.cisgonline.ch/cisg/urteile/643.html

[244] Ulusu, a.g.e., s.93.

[245] Zeller, a.g.e., s.100.

sözleşmenin diğer tarafı haricinde var olan bu bilgi kaynaklarının da dikkate alınması gerekmektedir.[246]

E. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİĞİN TESPİTİNDE ZAMAN

CISG'nin 74. maddesi gereği; meydana gelen zararlara ilişkin olarak sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörüsünün tespit edileceği an, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulması anıdır. Yukarıda da açıklandığı üzere, pek çok milli hukuk sistemlerinde de öngörülebilirliğin tayini bakımından, sözleşmenin kurulması anı dikkate alınmaktadır.[247] Bu nedenle, CISG'nin getirdiği bu kural, başkaca tartışmalara yol açmaksızın kabul edilen unsurlarından biridir. Sözleşme akdedilmesinden önce yapılan görüşmeler zaman almakta ve sonrasında taraflar arasında sözleşme akdedilmektedir. Bu nedenle, öngörülebilirlik testinde, öngörünün dikkate alınacağı an olarak, sözleşmenin akdedilmesi anının dikkate alınmasının bu bakımdan doğru bir yaklaşım olduğu kabul edilmektedir.[248]

Öngörülebilirliğin tayin edileceği an olarak, sözleşmenin ihlal edildiği anın tercih edilmesinin kasti ihlalleri önlemek bakımından, bazı hallerde daha elverişli olduğu ileri sürülse de[249]; bu görüş, öngörülebilirlik ilkesinin altında yatan mantığa ters düşmektedir.[250] Bu durumda, zararı öngörmesini sağlayan verilerin, sözleşmenin

[246] Murphy, a.g.e., s.429; Saidov, a.g.e., s.26; Korpela, a.g.e., s.156; Ulusu, a.g.e., s.93; Zeller, a.g.e., s. 96.

[247] Zeller, a.g.e., s.101.

[248] Zeller, a.g.e., s.101.

[249] Murphy, a.g.e., s.426.

[250] Ulusu, a.g.e., s. 98.

kurulması anında sözleşmeyi ihlal eden tarafça bilinmesi veya bilinebilecek durumda olmaları gerekmektedir. Sözleşmenin kurulması anından sonra ulaşılan veya ulaşılabilir olan bilgiler sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörüsünün tayininde dikkate alınmayacaktır.[251]

Öngörülebilirlik testi, geçmişe yönelik yapılacağından sözleşmenin kurulması anının tespiti önem taşımaktadır. Sözleşmenin kurulması anı her zaman kolayca tespit edilemeyeceğinden, bazı ek hususların da dikkate alınması gerekecektir. CISG'nin kendi içerisinde yer alan "sözleşmenin kurulması"na ilişkin II. Kısım ile birlikte, bu maddelerin yorumunu düzenleyen 8. madde, büyük önem arz etmektedir. Nitekim, 8. Madde, tarafların iradesinin veya makul bir kişinin anlayışının tespitinde tarafların sözleşme sonrası davranışlarının da dikkate alınması gerektiğini düzenlemektedir. Dolayısıyla, sözleşmenin kurulması anı bakımından bu hükümdeki düzenlemeler de göz önünde bulundurularak, dikkatli bir tespit yapılması gerekmektedir.[252]

Her ne kadar, 74. maddede sözleşmenin kurulması anında sahip olunan veya sahip olunması gereken öngörünün dikkate alınacağını belirtmişse de, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulma anı, her zaman tarafların sözleşmeyi imzalaması veya gelen icabın kabulü ile eşanlı değildir.[253] Eğer henüz sözleşme ifa edilmeye başlanmadan önce alıcının satıcıya verdiği bu bilgi ve satıcının bu bilgi karşılığında hiçbir tepki vermemesi 8. madde kapsamında *sözleşme sonrası davranış* olarak nitelendirilirse, bu durumda satıcının sözleşmenin kurulması anındaki fiili bilgisi

[251] Enderlein/Maskow, a.g.e., s. 300; Ulusu, a.g.e., s.98.

[252] Ulusu, a.g.e., s.99.

[253] Zeller, a.g.e., s.101.

tespit edilirken, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin yorumlanmasında bu sözleşme sonrası davranış da dikkate alınacaktır.[254]

Bununla birlikte, sözleşmenin kurulma anı bakımından, taraflar arasında hangi şartların sözleşmede yer almasına karar verildiği an da önem taşımaktadır. Tüm hukuk sistemlerinde olduğu gibi, taraflar arasındaki sözleşmede yer almayan hususlar, doğal olarak sorumluluk da doğurmayacaktır. Bu nedenle, sözleşmenin kurulma anı tespit edilirken, sözleşme hükümlerinin kabul edildiği an da dikkate alınmalıdır.[255]

Bu nedenle, sözleşmeyi ihlal eden taraf, sözleşmenin kurulması anından sonra ancak sözleşmenin ifa edilmesinden önce meydana gelen zararlardan sorumlu olacaktır.[256] "İfa edilmesinden önce" ifadesinin içeriğine hiç ifa edilmeme durumları da dahil olmalıdır. Bu nedenle, sözleşmenin kurulması anı ifadesinin CISG'nin 8. maddesi bağlamında değerlendirilerek, *sözleşmenin ifa edilmeye başlandığı an* olarak yorumlanması daha doğru olacaktır.[257]

İşbu husus bir örnekle açıklanacak olursa; (A), (B)den bir paketleme makinesi satın almıştır. Bu makine, tüm kuru maddelerin paketlenmesi işini yapabilmekte ancak tuz paketlemesi yapılamamaktadır. (A), (B) ile yaptığı telefon görüşmesinde, yapacakları işte tuz da paketleyeceklerini belirtmiştir. Bu bilgi, satıcı olan (B)ye bildirildiğinde, makineler gönderilmek üzere henüz yola çıkmamış ve (B) bu bilgi karşısında bir tepki vermemiştir.[258] Bu durumda, sözleşmenin kurulması

[254] Ulusu, a.g.e., s.99.

[255] Zeller, a.g.e., s.101.

[256] Zeller, a.g.e., s.102.

[257] Saidov, a.g.e., s.28; Zeller, a.g.e., s.102; Ulusu, a.g.e., s.99.

[258] Zeller, a.g.e., s.102 dn. 436; 11. W. Vis International Arbitration Moot held in Vienna, 2004.

anından sonra verilen bilgi, CISG'nin 8. maddesi gereği taraflar arasında akdedilen sözleşmenin bir parçası olarak kabul edilmelidir. Bu durumda, CISG'nin 35. maddesi[259] gereği malların sözleşmeye uygun olmaması sonucu doğacak ve satıcı sözleşme ihlaline sebep olduğundan; bu ihlalinden sorumlu olacaktır. Burada sorulacak diğer soru ise; sözleşmenin ihlali olarak belirlenen bu durumun, satıcı tarafından öngörülebilir olup olmadığıdır. Bu sorunun cevabı da çok açık olarak evettir.[260] Bir diğer soru ise öngörülebilirliğin 74. maddenin kapsamında kalıp kalmadığıdır. Bu sorunun cevabı sözleşmenin kuruluş anının 8. madde gereği nasıl tespit edildiğine bağlıdır. Somut olayımızda, sözleşmenin hükümleri, sözleşme konusu malın gönderiminden önce bilinmektedir ve satıcı taraf alıcıyı makinenin tuz paketlemesinde kullanılamayacağını bildirebilir durumdadır ve bildirimi de yapmak zorundadır.[261] Bu nedenle, somut olayda da görüldüğü üzere, sözleşmenin ifasından

[259] **CISG madde 35:** "(1) Satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek zorundadır.

(2) Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, mallar ancak aşağıdaki hallerde sözleşmeye uygun sayılırlar:

(a) aynı türden malların mutat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler;

(b) sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler; meğerki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılsın;

(c) satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip iseler;

(d) ilgili türden mallar için mutat sayılan şekilde veya böyle mutat bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş iseler.

(3) Alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, fıkra 2'nin (a) ilâ (d) bendleri çerçevesinde sorumlu değildir.

[260] Zeller, a.g.e., s. 102.

[261] Vekas, a.g.e, s.163.

önce ortaya çıkan risklerin öngörülebilir durumda olması halinde çıkacak zarardan, işbu ihlale neden olan taraf sorumlu olacaktır.[262]

Öngörülebilirliğin tespitinde, sözleşmenin kurulması anı dikkate alınırken, karşılaşılabilecek sorunlardan birisi de, sözleşme kurulmadan önce başlamış ancak sözleşme kurulduktan sonra sonuçlanmış ve sözleşme ihlali neticesinde doğması muhtemel zararın türünü veya kapsamını etkileyebilecek bilgilerin varlığıdır.[263] Ancak, doktrinde bu tartışmanın da sözleşme sonrası davranış kapsamında değerlendirilmesi ve sonuca bu şekilde ulaşılması gerektiği düşünülmektedir.[264]

III. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİ VE NEDENSELLİK

A. UYGUN NEDENSELLİK BAĞI TEORİSİ VE ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİ

Nedensellik ilkesi gereği, kişiler sadece fiillerinin sonuçlarından ötürü sorumlu tutulabilirler. Dolayısıyla, tazminat sistemi bakımından zararlar onların meydana gelmesine yol açan kişiler tarafından tazmin edilmektedir.[265] Nedensellik, Alman, İsviçre ve Türk hukuklarında, sadece tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması için kullanılan bir araç olarak değil, aynı zamanda tazminat talep etme hakkının dayandığı temelin kendisi olarak görülmektedir. Bu hukuk sistemlerinde,

[262] Zeller, a.g.e., s.102.

[263] Ulusu, a.g.e., s.100.

[264] Korpela, a.g.e., s.152; Saidov, a.g.e., s.28; Ulusu, a.g.e., s.100.

[265] Zeller, a.g.e., s.49; Ulusu, a.g.e., s.101.

sorumluluğun sınırlandırılması bakımından "*uygun nedensellik teorisi*" kabul edilmektedir ve bu hukuk sistemlerinde öngörülebilirlik ilkesi reddedilmiştir.[266]

Uygun illiyet bağı; *"Somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre niteliği ve ana temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağdır."* [267] Bu tanım çerçevesinde, somut olayda sözleşmeye aykırı davranış, zararın uygun sebebi ise sözleşmeyi ihlal eden taraf bu zararların tazmininden sorumludur. Bu konuda yapılan başka bir tanıma göre, "*olayların olağan akışına göre, ihlal, somut olayda meydana gelen sonuçlara ilgisizse ve bu ihlal sonucunda iddia edilen türde bir zararın meydana gelmesi ancak olağandışı veya araya girerek nedensellik zincirini kesecek bir takım olayların veya olguların var olması halinde mümkün ise, sözleşmeye aykırı davranış zararın sadece zorunlu bir şartıdır, uygun nedensellik bağı kurulamaz ve dolayısıyla somut olayda sözleşmeyi ihlal eden kimse bu zararlardan sorumlu tutulamaz."*[268]

İşbu tanımlar incelendiğinde, uygun nedensellik bağı teorisi ile öngörülebilirlik ilkesinin ortak unsurlar içerdiği görülebilmektedir. Söz konusu iki kavrama da bakıldığında, her ikisinde de, zarar ve ihlal arasındaki fiili nedenselliğin[269] kurulmasından sonra, uygun nedensellik bağı teorisinde, yine

---

[266] Zeller, a.g.e., s.50; Ulusu, a.g.e., s.101.

[267] Eren, a.g.e., s.492; Atamer, Yeşim. *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları (Nedensellik)*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006, s. 42-43.

[268] Atamer, *Nedensellik*, s.43; Zeller, a.g.e., s.51.

[269] Bir sonucun meydana gelmesi için zorunlu şart olan her olay veya olgu onun sebebidir. Somut olaydaki sonuç, söz konusu olgu veya olay gerçekleşmeseydi, aynı şekilde meydana gelmeyecek

nedensellik üzerinden gidilerek, zararın öngörülebilir olup olmadığı tespit edilmektedir.[270] Her ne kadar tanımları yapılırken kullanılan unsurlar birbirlerine benzese ve doktrinde bu iki kavramın uygulamada çok büyük farklılıklara yol açmadığı ve zaman zaman birbirinden ayrılmasının güç olduğu savunulsa da[271], bu açıdan bakıldığında, bu iki yöntem, dayandıkları mantık ve izledikleri yol bakımından çok farklıdır. Uygun nedensellik bağı teorisi, sorumluluğun sınırlarını nedenselliğin sınırlarını çizerek belirlemeye çalışırken, öngörülebilirlik ilkesi tarafların sözleşme ilişkisine girerken üstlenmeyi kararlaştırıldıkları risk dağılımına göre belirlemeye çalışmaktadır.[272]

İki kavram arasındaki diğer bir farklılık ise, tazminat sorumluluğu bakımından, uygun nedensellik bağı teorisinin, öngörülebilirlik ilkesine nazaran, tazminat talebinde bulunan taraf bakımından daha elverişli olmasıdır.[273] Bunun nedeni, Alman hukukunda sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin nasıl bir yöntemin izleneceği hakkında yaşanan tartışmalarda kaynağını bulduğu üzere, özellikle tarafların irade serbestisinin en geniş bir şekilde yer aldığı alım satım hukukuna ilişkin ticari sözleşmelerde, sözleşmeye aykırı davranışta bulunan tarafın, diğer tarafın tüm zararlarını karşılaması gerektiği eğilimidir. Bu çerçevede bakıldığında, uygun nedensellik bağı teorisi sadece zararın türünü test ettiğinden ve bu test sonucunda uğranıldığı iddia edilen zarar türü somut olaydaki sözleşmeye

---

idiyse o halde o olgu veya olay sonucun zorunlu şartıdır. Bu şekilde yaratılan nedensellik bağı da "*tabii (fiili) nedensellik*" olarak adlandırılmaktadır. Eren, a.g.e., s.493; Atamer, *Nedensellik*, s. 44.

[270] Ulusu, a.g.e., s.32.

[271] Vekas, a.g.e., s.147; Zeller, a.g.e., s.57.

[272] Vekas, a.g.e., s. 146.

[273] Ulusu, a.g.e., s.35.

aykırı davranış sonucunda meydana gelebilecek nitelikte ise artık bundan sonra tarafların riskleri aralarında paylaştırma konusundaki niyetlerine başka bir deyişle risk faktörüne ve dağılımına bakılmadığından, davalının tüm zararları karşılayacak nitelikte bir tazminata mahkum edilmesi daha yüksek bir olasılıkta görünmektedir.[274]

Uygun nedensellik bağı teorisi ve öngörülebilirlik ilkesi arasındaki bir diğer farklılık ise, tazminatın sınırlandırılmasında değerlendirmede bulunulacak an bakımındandır. Uygun nedensellik bağı teorisinde, uygun nedensellik değerlendirilmesinin yapılacağı an, sözleşmeye aykırı davranışın meydana geldiği andır.[275] Ancak, İsviçre ve Türk hukukunda kabul edilen görüşe göre, sözleşmeye aykırı davranışın meydana geldiği andan sonra da öğrenilen veriler uygun nedenselliğin kurulmasında dikkate alınmaktadır.[276] Buna karşılık, yukarıda da detaylı açıklandığı üzere, öngörülebilirlik testinin uygulanacağı an sözleşmenin kurulması anıdır. Bu bakımdan, öngörülebilirlik ilkesi, uygun nedensellik bağı teorisine nazaran sözleşmesel sorumluluğa daha uygun bir referans noktası belirlemiş bulunmaktadır.[277] Sözleşmeye aykırı davranışta bulunan tarafa bu andan sonra verilen bilgiler ise sorumluluğun kapsamını değiştirmemektedir. Bu açıdan bakıldığında ise, uygun nedensellik bağı teorisinin tazminat talebinde bulunan taraf bakımından daha avantajlıdır. Zira bu yöntem uyarınca, sözleşmeyi ihlal eden tarafa sözleşmenin ihlali anına kadar olağanüstü riskleri bildirip, onu bu riskler neticesinde meydana gelen zararlardan sorumlu tutma imkanı mevcuttur.[278]

---

[274] Vekas, a.g.e., s.151; Ulusu, a.g.e., s. 35.

[275] Eren, a.g.e., s.502; Atamer, *Nedensellik*, s. 55; Zeller, a.g.e., s.55; Ulusu, a.g.e., s.34.

[276] Eren, a.g.e., s.502; Atamer, *Nedensellik*, s. 53; Ulusu, a.g.e., s.34.

[277] Vekas, a.g.e., s.151; Ulusu, a.g.e., s.35.

[278] Zeller, a.g.e., s.55; Ulusu, a.g.e., s.35.

Her ne kadar, uygun nedensellik bağı teorisi tazminat talep eden taraf bakımından daha avantajlı sonuçlara imkan verse de, öngörülebilirlik ilkesi tarafların risk dağılımına ilişkin niyetlerini dikkate aldığından, ekonomik bakımdan daha gerçekçi ve ticaret hayatının gereklerine daha uygundur. Nitekim bu nedenlerle, CISG, PECL ve UNIDROIT Prensipleri gibi uluslararası alım satım hukukunda çok önemli bir konuma sahip olan belgeler, tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında öngörülebilirlik ilkesini kabul etmişlerdir.[279]

B. NEDENSELLİĞİN ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİ BAKIMINDAN UYGULAMASI

CISG kapsamında sorumluluğu sınırlandıran ölçüt öngörülebilirlik ilkesidir. Yukarıda, uygun nedensellik bağı ve öngörülebilirlik ilkesi arasındaki farklardan bahsedilmiş ve CISG'de sorumluluğun sınırlandırılması bakımından öngörülebilirlik ilkesinin kabul edildiği ortaya konulmuştur. Ancak; bu seçimle, nedensellik bağı CISG bakımından tamamen önemsiz hale gelmemiştir.

CISG'nin 74. maddesi incelendiğinde, ihlal ile zarar arasında bir nedensillik bağı arandığı görülmektedir. Nitekim, madde metninde "ihlal sonucu uğranılan zarar" ifadesi kullanılmaktadır. Bu nedenle, 74. maddede düzenlenen öngörülebilirlik ilkesinin tespiti için nedenselliğin de araştırılması gerekmektedir.

CISG'nin 74. maddesinde, tazminat sorumluluğunun belirlenmesinde öngörülebilirlik ilkesinin kabul edilmiş olduğu ve bu konuda nedensellikle ilgili başkaca teorilerin yer almayacağı tezi de başkaca bir görüşü oluşturmaktadır. Bu

[279] Ulusu, a.g.e., s.36.

görüşün savunucularından olan *Stoll*; *common law* sisteminde olduğu gibi nedenselliği sadece zararın isnadı ile ilgili bir mesele olarak ele almış ve CISG'de arananın sadece ihlalin zarar verici olayı meydana getirmesi olduğunu, zararın doğrudan veya dolaylı olmasının bir önemi olmadığını ve 74. maddede sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşme ile üstlendiği yükümlülüklerin kapsamının çok dışında meydana gelen zararlardan ötürü sorumluluğunun sınırlandırılması için sadece öngörülebilirlik ilkesinin kullanılabileceğini ve bu nedenle hükmün aradığı nedensellik bağı ihtiyacını, nedensellikle ilgili hiçbir teori ile ilişkilendirmenin mümkün olmadığını belirtmiştir.[280] Görüldüğü üzere, bu görüşte sadece zararın isnadı bakımından nedensellik bağının bulunması gerektiğini ancak zararla ilgili sorumluluğun belirlenmesi bakımından asıl ve tek belirleyici faktörün öngörülebilirlik olduğunu söylemektedir.

Knapp ise olaya *Stoll*'un görüşlerinin ışığında yaklaşmışsa da, konuyu dolaylı zararlar bakımından daha farklı değerlendirmiştir.[281] Buna göre; dolaylı zararlar bakımından CISG'de bir düzenleme olmasa da bu zararların tazmin edilebilmeleri mümkündür. Dolaylı zararlar, öngörülebilir zararlar kavramının içinde dikkate alınacaktır.[282] Knapp'ın getirdiği bu önerme ile CISG'de hukuki nedenselliğe tüm kapıları kapatarak, fiili nedenselliğin dolaylı zararların çözümü bakımından CISG nezdinde yer bulabileceğini ifade etmiştir.[283]

Aksi yöndeki bir görüşe göre ise, öngörülebilirlik ilkesinin, nedensellik kavramının yerini tam olarak doldurması mümkün değildir ve bu nedenle

[280] Ulusu, a.g.e., s.104 ve oradan dn.291 anılan Stoll.

[281] Zeller, a.g.e., s.104 ve oradan dn.446 anılan Bianca, Bonell, Knapp.

[282] Bianca, Bonell, Knapp, a.g.e., s.540.

[283] Zeller, a.g.e., s.104.

öngörülebilirlik ilkesinin yetersiz kaldığı bazı durumlarda *hukuki nedenselliğe* ilişkin teoriler CISG kapsamında yer bulabilecektir.[284] *Saidov'a* göre; iki kavram arasındaki problem, kesin çizgilerle ayrılıp ayrılamadıkları değil, gerek olduğu takdirde birbirlerinin yerini doldurup dolduramayacaklarıdır. Bununla birlikte, her ne kadar bu iki kavramın birbirlerinin yerini doldurabilecekleri konusunda kuşku olmasa da, ikisi de birbirinden farklıdır. Bu konuda yapılabilecek benzetme, iki kavramın birbiriyle kız kardeş – erkek kardeş ilişkisi içinde olduğu ve aralarında güçlü bağların bulunduğudur. Buna göre; bu iki kavram aynı genleri taşımaları nedeniyle benzer özellikler içermekte ve bu nedenle birbirlerine benzemekte; ancak son noktada farklı insan ve ayrı bireyler olmaları nedeniyle de ayrılmaktadırlar.[285] *Saidov*, iki kavramın son noktada birbirinden farklılıklar arz etmesi konusunda bu farklılıkları üç kategoride incelemiştir.[286] Bunlardan ilki; öngörülebilirlik ve nedensellik yöntemlerinin genellikle tazminat sorumluluğunda farklı aşamalarda kullanılmasıdır. Nedensellik, tazmini talep edilen zararı meydana getirmesi muhtemel olayların neler olabileceğini belirledikten sonra zarar ve olgular arasındaki nedensellik bağını kurmaktır. Öngörülebilirlik ise, nedenselliğin uygulanması sonucu belirlenen sorumluluğu, öngörülebilir sonuçları belirleyerek sınırlandırmaktadır.[287] İkincisi, somut olayda meydana gelen zararın miktar ve tür olarak aynısına neden olabilecek birden fazla olay olması hallerinde, öngörülebilirlik ilkesinin sorumluluğun sınırlandırılmasında tek başına yetersiz kalması durumunda nedensellikle ilgili çeşitli

[284] Saidov, a.g.e., s.39.

[285] Zeller, a.g.e., s.104 ve oradan dn.447 anılan Saidov.

[286] Ulusu, a.g.e., s.105 oradan dn.292 anılan Saidov.

[287] Saidov, a.g.e., s.39; Ulusu, a.g.e., s.105.

teorilerden de faydalanılacak olmasıdır. Üçüncü ise, nedenselliğin ancak öngörülebilirlik vasıtasıyla tesis edilebilir olmasıdır.[288]

Bununla birlikte, CISG kapsamında, ayıplı malların alıcının malvarlığına verdiği zararların, zarara uğrayan tarafın ihlal nedeniyle yapmak zorunda kaldığı ekstra harcamalara ve yoksun kalınan kara ilişkin meselelerin nedensellik ile ilgili olacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, sözleşmesel sorunlarda öngörülebilirlik yeterli olabilecekken, yukarıda da açıkça belirtildiği üzere bu alanda nedensellik-öngörülebilirlik tartışması pratikten çok teorik bir anlam taşımaktadır.[289]

Tüm bu görüşler dikkate alındığında, öngörülebilirlik ve nedensellik kavramları esasen aynı problemi çözmek adına ortaya konmuştur. Bu kavramlar çoğu zaman birbirlerinin yerine konulabilecek ortak karakterler içerse de, esasen birbirlerinden ayrılmaktadırlar ve hukuk sistemleri tercih olarak bu iki kavramdan birini seçmek durumundadırlar. Nitekim, CISG bu seçim mekanizması içerisinde öngörülebilirlik ilkesinden yana tercihini kullanmıştır.

Bununla birlikte, öngörülebilirlik ilkesinin bizzat kendi başına sorumluluğu sınırlamaya yeterli olmadığı yerinde bir tespit olacaktır. Uluslararası ticarette taraflar, ihlalin açıkça mevcut malvarlıklarında nasıl bir zarara sebep olduğu ile ilgilenmekte ve zararın hesaplanması bakımından belirgin olunmasını beklemektedir.[290] Bu nedenle, bazı olgular öngörülebilir olsa bile tam tazmin veya öngörülebilir olması nedeniyle daha az bedelle tazmin arasında bir seçim yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, bu tür durumlarda öngörülebilirlik ilkesinin kritik faktör

[288] Saidov, a.g.e., s.39; Ulusu, a.g.e., s.105.

[289] Zeller, a.g.e., s.104.

[290] Zeller, a.g.e., s.105.

olarak görülmesi daha avantajlı olmaktadır. Bu nedenle, biz de nedensellik bağı ve öngörülebilirlik ilkesinin somut olayın şartları göz önüne alındığında birlikte değerlendirilebileceğini düşünmekteyiz.

Bir diğer görüşe göre; CISG 74. maddesinde aranan nedensellik bağının, fiili nedenselliğin tespitinde yaygın olarak kullanılan *şart kuramı* ile belirlenmesi gerektiğidir.[291]

Şart kuramının üç avantajının olduğu savunulmaktadır. Bunlardan ilki, bu kuramın "*neden-sonuç*" testine dayanmasıdır. İkinci avantaj, "*neden-sonuç*" testinin zararın meydana gelmesinde hiçbir etkisi olmayan olayların dikkate alınmasını engellemesi ve üçüncü avantajı ise testin kolay uygulanabilir olmasıdır.[292] "*neden-sonuç*" testinin CISG nezdinde uygulanabileceği, ama bu uygulamanın özellikle 74. maddede düzenlenen öngörülebilirlik ilkesi ile sınırlı kalması gerektiği de tartışılan diğer bir husustur.[293] Bu durumda, öngörülebilirlik testinin sonucunda kalan çözülmemiş olgu ve problemler karşısında "*neden-sonuç*" testine değer verilecek ve bu şekilde çözülmeye çalışılacaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, "*neden-sonuç*" testine dayanan *şart teorisine* göre; sözleşmeye aykırılık olmasaydı somut zarar aynı yerde, aynı anda ve aynı şekilde doğmayacak idi ise, bu ihlal doğan zarar için bir önkoşuldur ve zarar da ihlalin nedensel bir sonucudur.[294] Bu durumda, zararın şart teorisi uyarınca, sözleşmeye aykırılığın nedensel bir sonucu olarak değerlendirilebilmesi için; ihlal,

[291] Saidov, a.g.e., s.39.

[292] Saidov, Djakhongir. *Causation In Damages Under The International Instruments*, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Causation), 2004, s.230.; Zeller, a.g.e., s.105; Ulusu, a.g.e., s.107.

[293] Saidov, Damages, s.39; Zeller, a.g.e., s.105.

[294] Atamer, CISG, s.430; Ulusu, a.g.e., s.107.

zararın meydana gelmesinin ön şartı olması ve ihlal olmasaydı hiçbir zararın da meydana gelmeyecek olması gerekmektedir.[295] Nitekim, ihlal olmasaydı zarar meydana gelmeyecek idi ise bu durumda fiili nedensellik kurulmuş demektir.

Somut olayda, meydana gelen zararı oluşturmaya, her biri kendi başına yeterli birden fazla olgunun olması halinde "*neden-sonuç*" testi yetersiz kalabilmektedir. Bu durumu örneklemek gerekirse; A, B'den ayakkabı C'den ise ayakkabı bağcığı almak üzere bir sözleşme imzalamıştır. A, sözleşmeye ayakkabıların mutlaka belirtilen zamanda kendisine ulaştırılmasını, aksi takdirde satacağı kişiler bakımından zarara uğrayacağı hususunda bilgi eklemiştir. Ancak, B buna rağmen ayakkabıları belirtilen zamanda teslim edememiş ve A bu nedenle zarara uğramıştır. Bunun yanı sıra, C de ayakkabı bağcıklarını zamanında teslim edememiştir. O sırada, dünya genelinde de ayakkabı bağcığı kıtlığı yaşandığı da bilinmektedir. Bu durumda, B kendini "neden-sonuç" testine dayanarak sorumluluktan kurtarabilir. Nitekim, yapacağı bu savunmada, kendi sözleşmeye aykırı davranışı olmasaydı dahi A'nın zarara uğrayacağını belirtecektir.[296] Nitekim, işbu somut olayda öngörülebilirlik ilkesi de, zararın tamamen B tarafından yapılan sözleşme ihlali neticesinde ortaya çıkmamış olması sebebiyle sorunu çözmeye yeterli olamayacaktır. Zarar her ne kadar öngörülebilir olsa da, B'nin işbu ihlali olmasaydı da meydana gelecektir.[297] Her ne kadar, A zararı için C'ye de başvurabilecek olsa da, aynı şekilde C'den de aynı savunmalar gelecek bununla birlikte C, mücbir sebep üzerinde de duracaktır.

[295] Ulusu, a.g.e., s.108.

[296] Zeller, a.g.e, s.105.

[297] Saidov, *Causation*, s.234; Zeller, a.g.e., s.105; Ulusu, a.g.e., s.109.

Her ne kadar, öngörülebilirlik ilkesinde sözleşme ihlali ile zarar arasında bağın "şart" olmaması nedeniyle, öngörülebilirlik ilkesinin de yeterli olmayacağı belirtilmişse de[298]; diğer bir görüş de öngörülebilirlik ilkesinin sorunu çözmede yeterli olacağına yöneliktir.[299] Nitekim, tabii nedensellik uyarınca, zararı meydana getiren her ihlal onun sebebidir. Bu durumda, öngörülebilirlik ilkesi uyarınca, öngörünün zararın ihlalin muhtemel sonucu olmasına yönelik gereklilik, uygun nedensellik bağı teorisi dahil diğer tüm nedensellik teorilerini dışlamaya ve birden çok yeterli nedensellik durumlarındaki sorunu halletmeye yeterli gözükmektedir.[300]

Honore ise, sözleşme ihlaline sebep olan tarafın sadece "*göz ardı edilemeyecek derecede*" olan zararlardan sorumlu olması gerektiğini savunmuştur.[301] Ancak, bu testin çok dikkatli uygulanması gerektiği ve sadece zarara birden fazla ihlalin sebep olması halinde uygulanacağı unutulmamalıdır. Bunun dışındaki tüm olaylarda, uygulanması gereken test "*öngörülebilirlik testi*" ve sorulması gereken soru da "*zararın öngörülebilir olup olmadığıdır*".[302]

Bir diğer görüşe göre; birden fazla nedenselliğin söz konusu olduğu durumlarda, problem çözümünün hakem ve hakimlerin inisiyatifine ve vicdanına bırakılması gerekir.[303] Bu durumda, hakim ve hakemlerin bakması gereken ortak hususun iyiniyet prensibi olduğu belirtilmekte ise, bu prensibin incelenmesinde hangi noktada ne kadar dikkate alınması gerektiğini kesin olarak belirtilmemiştir. Bu

[298] Saidov, *Causation*, s.234.

[299] Zeller, a.g.e., s.106.

[300] Zeller, a.g.e., s.105; Ulusu, a.g.e., s.109.

[301] Honore, a.g.e., s.69.

[302] Zeller, a.g.e., s.106.

[303] Saidov, Causation, s.235.

durumda, iyiniyet prensibinin uygulanması, objektif bir kriter olmayacağından, küçük de olsa adaletsizlik ve eşitsizliklere sebebiyet vereceği de belirtilen diğer bir görüştür.[304] Kanımızca da, kanunun açıkça lafzını dikkate almaksızın, objektif kriterleri olmayan ve sadece vicdani kanaate kararın bırakıldığı bu teorinin uluslararası ticarette uygulanmasının pek çok soruna yol açacağı açıktır.

Bununla birlikte, uluslararası ticaret hayatında oluşturulabilecek başkaca nedensellik teorileri de problem oluşturmaktadır. *Saidov*, "*neden-sonuç*" testinin uygulanması sonucu, somut olayımızdaki A'nın düşeceği adaletsiz durumdan kurtulabilmesi için birtakım nedensellik teorilerine başvurmanın gerekli olduğunu belirtmektedir.[305] Ancak, bu husus dahi, yukarıda da bahsedildiği üzere, bizi öngörülebilirlik testini uygulamaya yönlendirmektedir. Önemli olan husus, ihlalin ve bu ihlal sonucu oluşan zararın öngörülebilir olup olmadığıdır. Teoride; Nedenselliğin öngörülebilirliğe dayanmadığı kabul edildiğinde, eğer bir olgu bir şarta sebebiyet veriyorsa, bu durumda ikisi arasında nedensellik bağının kurulduğunun kabulü gerekir.[306] İşbu husus da tabii nedenselliğin gereğidir.[307] *Saidov*, tartışmanın sonucunda hukuki nedenselliğin dikkate alınamayacağını, çünkü bu nedenselliğin objektif değil, sübjektif değer ve kriterlere dayandığını belirtmiştir.

Tüm bu tartışmaların yanı sıra, CISG'nin 7. maddesindeki genel kural uyarınca, CISG'de yer almayan nedensellikle ilgili teorilerin ithal edilmesi mümkün

[304] Zeller, a.g.e., s.106.

[305] Saidov, *Causation*, s.234.

[306] Zeller, a.g.e., s.109.

[307] Saidov, *Causation*, s.234.

değildir. Kaldı ki; bu uygulama teorik açıdan göz önüne alınmakta olup, pratikte ise uygulanabilirliği yoktur.[308]

CISG'nin tümüne bakıldığında, hukuki nedensellikle ilgili hiçbir teorinin CISG kapsamında uygulanmasının imkanı yoktur. Nitekim, CISG'nin 74. Maddesi açıkça, taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde, "*ihlal neticesinde uğranılan zararın toplamına eşit*" miktarda tazminatın ödeneceğini öngörmektedir. Maddenin yorumu yapılırken, lafzı dikkate alındığında, sözleşmenin ihlali nedeniyle hangi zararların meydana geldiğinin tam olarak belirlenebilmesi amacıyla nedenselliğin uygulanabileceği, yani nedenselliğin kabul edildiği açıktır.[309]

CISG'de "*neden-sonuç*" testi reddedilmemekle birlikte, bu konuda doktrinsel tartışmalar da, açıklandığı üzere, mevcuttur. *Saidov*'un "*neden-sonuç*" testi hakkında yaptığı, bazı nedensellikle ilgili problemlerde testin cevap veremediği uyarının da unutulmaması gerekmektedir. Bu tür durumlarda CISG'nin genel olarak düzenlenmesi ve 74. maddesinin içeriği bakımından uygulanması gereken, *toplumsal sağduyu* kriteridir. Başka bir deyişle, ihlal ile zarar arasında bir nedenselliğin bulunup bulunmadığının tespitinde ihlalin *"toplumda yerleşmiş olağan sağduyu ve tecrübe ışığında zararın nedeni olarak görülmesi"* halinde, nedenselliğin somut olayda var olacağı kabul edilmiştir.[310] Bu da uygun nedensellik bağı ve öngörülebilirliğin temelindeki toplumsal amacın benzer olduğunu göstermektedir.

Nedenselliğin sadece kelime manasıyla, hukuki konseptinden ayrık olarak kullanılması gerekmektedir. Sözleşmeyi ihlal eden tarafın, "*neden-sonuç*" testi ile

[308] Zeller, a.g.e., s.109.

[309] Ulusu, a.g.e., s.110.

[310] Bkz. *March v. E & HM Stanmare Pty Ltd. (March)* (1991) 171 CLR 506

çözüme ulaşamayan ihlali, toplumsal sağduyu kriteri ışığında, başka bir deyişle de objektif ölçütler dahilinde, değerlendirildiğinde 74. maddenin lafzı uyarınca, ihlal eden tarafa atfedilebilir.[311] Daha açık bir şekilde anlatılması gerekirse; yukarıda bahsedilen örnekte "*neden-sonuç*" testi kapsamında yapılan savunması neticesinde B'ye atfedilemeyen zarar, toplumsal sağduyu kriteri kullanılarak B'ye atfedilebilir hale gelecektir ve B'nin "*neden-sonuç*" testine dayanarak yaptığı savunması da geçersiz hale gelecektir.

Nitekim, başka bir açıdan bakıldığında da, somut olaydaki B'nin "neden-sonuç" testine dayanarak adeta bir kurtuluş kanıtı getirmesi ise yine CISG'nin geneli itibariyle mümkün değildir. CISG'nin 79. ve 80. maddeleri[312], sözleşme taraflarının tazminat sorumluluğundan kurtulma konusunda ileri sürebileceği savunmaları

[311] Ulusu, a.g.e., s.110.

[312] **CISG Madde 79:** "(1) Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz.

(2) Taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile 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 1. fıkra hükmünün uygulanması durumunda görevlendirilen kişi de sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde mümkündür.

(3) Bu maddede öngörülen sorumluluktan kurtulma, engelin var olduğu dönem için geçerlidir.

(4) İfa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır.

(5) Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.

CISG Madde 80: Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz."

belirlemiştir. Belirtildiği üzere, bu maddelerin içeriğinde "neden-sonuç" testinde de bu testten doğan herhangi bir başka kurtuluş kanıtından da bahsedilmemektedir.[313] Bu nedenle, CISG'nin ruhu ve maddelerin açık hükmü gereği, taraflara başkaca bir kurtuluş kanıtı getirme imkanı kanımızca mevcut değildir.

C. HADLEY VS. BAXENDALE KARARI VE NEDENSELLİK İLKESİ

Öngörülebilirlik ilkesinde olan yerinin yanı sıra, hesaba katma kuralı çerçevesinde de nedensellik ilkesinin nerede yer aldığı tartışılmaktadır. Nitekim, öngörülebilirlik ve nedenselliğin *common law* sistemindeki etkileşimi, eğer yazılı hukukta buna ilişkin bir düzenleme yoksa, tam değildir.[314] *Common law* sistemindeki mahkeme kararlarında, tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında nedensellik halen tam olarak etkisini gösterememektedir. Sözleşmesel tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında nedensellik tamamlayıcı ve ikincil planda kalan bir unsur olarak kabul edilmektedir.[315]

Common law sisteminde sorulması gereken soru, daha önceki nedensellik prensiplerinin yazılı hukukta düzenlenen nedenselliğin tespitinde kullanılıp kullanılamayacağıdır. Her ne kadar, nedensellik açıkça *common law* sisteminde çok fazla yer almasa da, Avustralya Ticaret Uygulaması Kanunu'nda, bir taraf diğer tarafın davranışıyla zarara uğramışsa, bu durumda ihlale sebep olan davranışta

[313] Ulusu, a.g.e., s.110.

[314] Zeller, a.g.e., s.108.

[315] Ulusu, a.g.e., s.102.

nedenselliğin aranabileceği belirtilmiştir.[316] Bu kurala ilişkin olarak verilen bir kararda; yazılı hukuk kurallarında geçen "anlamıyla", "nedeniyle", "sonucuyla" gibi kelimelerin, her ne kadar nedenselliğin açıkça tanımı yapılmasa da, nedenselliği ifade ettiği ve bu nedenle nedensellik kuralının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.[317]

Common law sisteminde nedensellik ilkesi, açıkça ve yazılı olarak kabul edilen bir ilke olmamasına rağmen bazı kararlarda dile getirilmiştir.[318] Ancak, Yüksek Mahkeme, önceden beri geldiği üzere "*neden-sonuç*" testi gibi nedensellik ile ilgili problemleri çözmeye yönelik formüller üretmemiştir.[319] Sonrasında, *common law* sisteminde hesaba katma kuralındaki basit formüller ve uygun illiyet bağı kuralı baş göstermeye başlamıştır. Ancak, bunun altındaki sebep; doktrinsel olarak tartışılan yaklaşımlar değil, kullanılan dilin etkisidir.[320] Uygulamada mahkemeler, tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasının birbirinden ayrı bu iki görünümünden nedensellik meselesini sık sık öngörülebilirlik ilkesinin içerisinde değerlendirse de; nedenselliğin tamamen bağımsız bir unsur olarak değerlendirilmesi gerekliliği *Monarch S. S. Co v. Karlshamns Oljefabriker*[321] davasında açıkça belirtilmiştir. Ancak, nedenselliğin sözleşmesel sorumluluktaki görünümü sadece günlük dilde de kullanılan ve yukarıda sayılan "nedeniyle" "sonucuyla" gibi

[316] Zeller, a.g.e., s.108.

[317] *Wardley Australia Ltd. V. Western Australia* (1992) 175 CLR 514

[318] *March davası;* dn:310.

[319] Zeller, a.g.e., s.108.

[320] Gillies, P. *Assessment of Damages Under the Australian Trade Practices Act*, International Trade & Business Law Annual, May 2003, Vol VIII, 1, s. 2.

[321] (1949) A. C. 196 (Aktaran, Ulusu, a.g.e., s.103)

kelimelerden yani salt fiili nedensellikten kaynaklanmaktadır.[322] Başka bir deyişle, *common law* sisteminde nedensellik, fiili durumlara dayanan bir konu olarak, kelime anlamı dahilinde ele alınmaktadır.

Nitekim yukarıda bahsedilen *March* davasında; mahkemelerce kullanılacak olan ve yıllardır aranan formülün "*toplumsal sağduyu*" olduğu belirtilmiştir.[323] CISG'de uygulanmasının en doğru yöntem olduğu belirtilen toplumsal sağduyu kriteri, *common law* sisteminde geliştirilmiş olan bir kriterdir. Ancak, toplumsal sağduyu kriterinin kendi içerisinde oluşabilecek problemi ise, bu bakış açısının doğal olarak kendine özgü *(inherently idiosyncratic)* olmasıdır.[324] Bu bakış açısının doğrudan uygulanması halinde, sonuç yine hangi olgunun öncelikli ve hangisinin ikincil olarak dikkate alınacağı problemine sebebiyet vermektedir.[325] Ancak, CISG sistemi içerisinde ve 74. madde kapsamında nedensellik bağının kurulmasında uygulanabilecek tek yöntemin "toplumsal sağduyu" kriteri olduğu de belirtilmektedir.[326] Ancak; *common law* sisteminde, *makul öngörü* kriteri değişikliğe uğramış ve sözleşmeyi ihlal eden tarafın ihlalinden doğan zararını sınırlamada kullanılan nedensellik testinde kullanılamayacağı belirtilmiş; bu husus da *negatif nedensellik testi* olarak adlandırılmıştır.[327] Bu belirleme, CISG'nin 74. maddesinde ortaya konulan ve öngörülebilirlik ile nedensellik arasındaki farkı belirgin çizgilerle çizerek, başkaca formüllerin kullanılamayacağına ilişkin belirleme ile aynı

[322] Ulusu, a.g.e., s.103.

[323] *March davası;* dn:310.

[324] Zeller, a.g.e., s.108.

[325] Gillies, a.g.e., s.4.

[326] Ulusu, a.g.e., s.110; Zeller, a.g.e., s.108.

[327] *March davası;* dn:310.

özelliktedir.[328] Bununla birlikte, *common law* sistemi "*neden-sonuç*" testini kapsayıcı bir belirleme yapmamakla birlikte, dışlayıcı bir belirlemede de bulunmamıştır.[329]

Bu bakımdan, *common law* sistemi içerisinde, tazminat sorumluluğunun belirlenmesinde nedensellikle ilgili teorilere yer olmadığı ve *Hadley v. Baxendale* davası ile *common law* hukukuna giriş yapan hesaba katma kuralının tazminat sorumluluğunun belirlenmesi konusunda tekelini muhafaza ettiği belirtilmektedir.[330]

CISG'nin 74. maddesi de, *common law* sistemine benzer bir şekilde, kusursuz sorumluluk ilkesini benimsemiş ve buna paralel olarak tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında öngörülebilirlik ilkesini benimsemiştir. Ancak, hükmün ifadesi gereği tazminatın şartlarından birinin de zarar ile ihlal arasında bir nedensellik bağının olması gerektiğini belirtmiştik. Ancak, nedenselliğin ne ölçüde uygulanması gerektiğine ilişkin anlatılan bu tartışmaların sonucunda, CISG'nin 74. maddesi gereği nedensellik ve öngörülebilirlik ilkesinin nasıl uygulanacağını özetlemek gerekirse, sözleşmeyi ihlal eden tarafın ihlali neticesinde oluşan zarardan, bu fiilinin sonucu oluşan zararı "makul bir kişinin" eylemin muhtemel sonucu olarak öngörmesi beklenemez ise sorumlu olmayacaktır. Olayda, sözleşme tarafının uğradığı zarara, ihlal eden tarafın davranışı sebep olmuştur; bu durumda zararla sözleşmenin ihlali arasında fiili nedensellik mevcuttur. Ancak, zarar "öngörülebilir" değilse, tazminin ihlal eden taraftan talep edilebilmesi de mümkün olmayacaktır.[331]

[328] Zeller, a.g.e., s.109.

[329] *March;* dn:310.

[330] Zeller, a.g.e., s.108; Ulusu, a.g.e., s.103.

[331] Zeller, a.g.e., s.50; Ulusu, a.g.e., s.112.

IV. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK İLKESİ ÇERÇEVESİNDE ZARARIN SAPTANMASI

A. GENEL OLARAK

Sözleşmenin ihlali neticesinde oluşan zararın hesaplanması noktasında, özel hukuk sistemi çerçevesinde nedensellik ilkesine başvurulmaktadır. Ancak, CISG'de düzenlenen öngörülebilirlik ilkesi gereği hesaplama bu ilke çerçevesinde yapılacaktır. Burada sorulması gereken asıl soru; ortaya çıkan zararın sözleşmenin ihlali neticesinde ortaya çıkmış olup olmadığıdır.

"*Neden-sonuç*" testinin sözleşmede zarara uğrayan tarafın, CISG'nin 74. maddesinin öngördüğü şekilde talep edebileceği zararını hesaplamada en doğru yöntem olduğu vurgulanmaktadır.[332] Helsinki Temyiz Mahkemesi bir kararında, tazminatın amacının; "sözleşmede hakkı ihlal edilen tarafı, sözleşme ihlal edilmeseydi içinde bulunacağı duruma sokmak" olduğunu belirtmiştir.[333] Sözleşmenin ifa edilmemesi durumunda ortaya çıkabilecek zararların ise; doğrudan zararlar, arızi zararlar ve dolaylı zararlar olduğu belirtilmiştir.[334]

Sözleşmenin ihlali neticesinde hesaplanacak olan zarar, muhakkak gerçek (somut) zarara dayanmalı ve zarar ile sınırlı olmalıdır. Bu kuralın istinası, CISG'nin

---

[332] Zeller, a.g.e., s.119.

[333] Helsinki Court of Appeals, 26 October 2000, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/0010261f5.html

[334] Schlechtriem, Peter, Ineborg Schwenzer. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods,* ed. by Peter Schlechtriem, Ineborg Schwenzer, Oxford University Press, 2nd (English) Edition, 2005, s. 759

76. maddesi[335] düzenlemesidir.[336] İşbu madde, soyut hesaplamaya cevaz vermekte ama bunu da ikame alış ve satış ile sınırlı tutmaktadır.

CISG'nin 74. maddesi, sözleşmenin ihlali neticesinde zarara uğrayan tarafın uğramış olduğu bu zararın hesaplanması bakımından somut bir yöntem benimsememekle dolayısıyla herhangi soyut bir yöntemi de dışlamamıştır. Ancak, tüm madde metninin lafzi gereği, kanıtlanmış zararların hesaplanış şeklinin somut yöntemlere dayanması gerektiği söylenmektedir.[337] Nitekim, yukarıda bahsedilen kararda, Helsinki Temyiz Mahkemesi bir tarafın, ifa edilmediği için eline geçmeyen malını satma isteğinin soyut bir zarar olduğunu belirterek, yoksun kalınan kar kapsamına sokulamayacağına karar vermiştir.[338] Diğer bir örnekte ise; Zürih Mahkemesi ise sözleşmenin ihlali sonucu zarara uğrayan tarafın, kur farkı nedeniyle uğradığı zararın, para birimindeki kur farkını ne yönde değişeceğinin belirli olmaması, diğer bir deyişle soyut bir zarar olması sebebiyle talep edilemeyeceğine karar vermiştir.[339]

---

[335] **CISG md. 76:** (1) Sözleşmenin ortadan kaldırıldığı ve mallar için cari bir fiyatın var olduğu hallerde, tazminat talep eden taraf, 75. madde uyarınca ikame alış veya satış yapmamış olsa da, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki cari fiyat arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir. Bununla birlikte, tazminat talep eden taraf, malları devraldıktan sonra sözleşmeyi ortadan kaldırırsa, ortadan kaldırma anındaki cari fiyat yerine deviralma anındaki cari fiyat uygulanır.

(2) Fıkra 1 anlamında cari fiyat, malların teslim edilmesi gereken yerde geçerli olan fiyattır; ancak, o yerde bir cari fiyat mevcut değilse, makul ikame yeri kabul edilebilen diğer bir yerdeki fiyat, malların taşıma masraflarındaki farklılıklar gözetilerek, esas alınır.

[336] Zeller, a.g.e., s.119.

[337] A.y. s.119.

[338] Helsinki Court of Appeals, bkz. dn. 333.

[339] The Handelsgericht Zürich, 5 February 1997, HG 95 0347, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970205s1.html.

Bununla birlikte, birtakım olguların öngörülebilirlik kriteri dikkate alındığında bazı durumlarda soyut hesaplamalara konu olabileceği kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, eğer bazı durumlar öngörülebilir ise, bu durumda bu olgular soyut hesaplama yöntemlerine konu olabileceklerdir. Bu duruma örnek vermemiz gerekirse; eğer kur değişikliği nedeniyle uğranılan zarar öngörülebilir bir durum ise ancak, sözleşmeye konu mal piyasasında beklenmedik bir olay sebebiyle öngörülebilenden çok daha fazla bir kur farkı oluşmuşsa, bu durumda soyut hesaplama içerisinde kalan öngörülebilir kur farkı tazmin edilebilecek, ancak beklenmedik şekilde ortaya çıkan ve öngörülebilirlik seviyesinden yukarı olan kısım ise somut olmaması sebebiyle tazmin edilemeyecektir.[340]

Bununla birlikte, yukarıda CISG'nin tazminat sisteminin ilkelerinden bahsedilirken, zararı aşan tazminata hükmedilmesinin mümkün olmadığından bahsetmiştik. Tarafların sözleşmede aksini belirlememesi durumunda, CISG sistemi *common law* sisteminde görülen zararı aşan tazminata (*penalty damages*) izin vermemiştir.

Her ne kadar gerçek zararların tazmin edilmesi gerektiği belirtilmişse de bazı zarar türlerinin bu esasa uyması mümkün gözükmemektedir. Bunlar özellikle, goodwill ve ün kaybı zararlarıdır. Yine, Helsinki Temyiz Mahkemesi, bu zararların CISG'nin 74. maddesi kapsamında talep edilebileceğini belirtmiş; ancak somut olayda davacının talep ettiği kadar olamayacağına karar vermiştir. Bu tür zararlar, her ne kadar tazmin edilecek zararlar içinde görülse de; bu zararların tazmini konusunda çok sıkı ispat şartları aranmaktadır.[341] Nitekim, bu tür zararlarda, satıcı

[340] Zeller, a.g.e., s.121.

[341] Zeller, a.g.e., s.121.

tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi neticesinde alıcının müşterilere karşı iş ve ticari ün kaybı yaşaması nedeniyle uğradığı zararların, ticari teamüller uyarınca satıcı tarafından öngörülebilir olup olmadığının araştırılması gerektiği belirtilmiştir.[342] İsviçre Federal Mahkemesi tarafından görülen bir davada; somut olayda alıcının et piyasası gibi çok hassas ve rekabetin yoğun olduğu bir piyasada ticaret yaptığına ve bu nedenle müşterilerini kaybetmemek için müşterilerine karşı yükümlülüklerini tam zamanında yerine getirmesi gerektiğine dikkat çekmiş ve bu şartlar ışığında satıcının alıcının müşteri ve ün kaybı zararlarını öngörmesi gerektiğine ve dolayısıyla zararların tazminine karar vermiştir.[343] Dolayısıyla, bu tür zararlarda dikkate alınması gereken objektif piyasa koşullarıdır.[344] Bu tür zararlarda, önemli olan zararların varlığının ve bunların öngörülebilir olduklarının ispatı için yeterli delilin sunulabilmesidir. Nitekim, Barselona Temyiz Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, bu hususların ispatı için zarara uğrayan tarafın, bir önceki yıldaki kar oranlarını veya uğradığı kar kaybı oranlarını getirmesi, ticari ününün zedelendiğine ilişkin delilleri sunması ve son olarak tüm bu zararların satıcı tarafından sözleşmenin kurulması anında öngörülebilir olduğunu ispatlaması gerektiğine hükmetmiştir.[345]

Tüm bunların yanı sıra, zararın tazmini hususunda hangi para biriminin kullanılacağı da tartışmalıdır. Nitekim, CISG para birimi konusunda herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Bu durumda, uygulanması gereken taraflar arasında düzenlenen sözleşmede kararlaştırılan para birimi olacaktır. Ancak, tarafların

[342] Ulusu, a.g.e., s.131.

[343] Switzerland Supreme Court, 28 October 1998, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981028s1.html (Akt. Ulusu, a.g.e., s.131.)

[344] Ulusu, a.g.e., s.131.

[345] Spain Apellata Court Barcelona, 20 June 1997, http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970620s4.html

sözleşmede para birimi belirlememesi halinde, zarar ile arasında en yakın ilişki bulunan para birimi tercih edilecektir.[346] Bu husus özellikle, zarara uğrayan alıcının satacağı diğer müşterilerinin başka bir ülkede olmaları halinde önem taşımaktadır.

CISG'nin 74. maddesi, sözleşmede hakkı ihlal edilen tarafın yoksun kalınan kar dahil uğramış olduğu zararını talep edebileceğini belirtmişse de; gerek doktrin gerekse mahkeme kararları, talep edilebilecek zararları üç kategoride incelemiştir. Bunlar bahsedildiği üzere; doğrudan zararlar, arızi zararlar ve dolaylı zararlardır. Bu nedenle, bu zarar türlerinin öngörülebilirlik ilkesi ışığından incelenmesi önem arz etmektedir.[347]

B. DOĞRUDAN ZARARLAR (İFA ETMEME ZARARLARI)

Doğrudan zararlar, taraflar arasındaki sözleşmenin ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi sonucu oluşan ve doğrudan bu sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlardır. Bu zarar türünün tazmini ile amaçlanan, ihlale uğrayan tarafın ihlal olmasaydı içinde bulunacağı ekonomik duruma kavuşmasını sağlamak ve bu duruma kavuşması için alınan önlemler nedeniyle yaptığı masrafları da karşılamaktır. Doğrudan zararlar, fark kuramına göre hesaplanmaktadır.[348]

---

[346] Zeller, a.g.e, s.122.

[347] CISG kapsamında düzenlenen doğrudan-dolaylı zarar kavramları ile Türk-İsviçre Hukuku kapsamında düzenlenen doğrudan-dolaylı zarar kavramları birbirinden farklılık göstermektedir. Türk Hukuku'nda, doğrudan zarar, dolaylı zarar ayrımı daha çok illiyet bağıyla ilgili bir ayrımdır. Bu nedenle, zarar verici olayın uygun sonucu olan her zarar, doğrudan zarar, diğerleri ise dolaylı zarar olarak nitelendirilmektedir. Eren, a.g.e., s.480.

[348] Farnsworth, Allan. *Damages and Specific Relief*, 27 American Journal of Comparative Law, 1979, vd. 247-253, s. 249.

Doğrudan zararlar, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörmesi gerektiği zararlardandır. Bunun nedeni, bu zararların, zarar gören tarafın özel durumlarından ziyade, genel piyasa koşulları gibi ticaret hayatının olağan akışı içerisinde normal görünen risk faktörlerinden kaynaklanıyor olmasıdır.[349] Bu olağan risk faktörleri, sözleşmenin kurulmasından sonra değişse bile bu değişiklikler tarafların sözleşme ilişkisine girerken üstlendikleri sözleşmesel risklerin bir parçasıdır.[350] Bu durumda, sözleşme kurulurken mevcut olan olağan risk faktörleri, öngörülebilirliği de objektif öngörülebilirlik ilkesi içine sokmaktadır.

Bununla birlikte, zararın kapsamı da önem taşımaktadır. Nitekim, sözleşmenin ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi neticesinde zarara uğrayan taraf, belirli bir kapsamda zararının tazminini talep edebilecektir. Bu husus, yasal olarak belirlenmiş bir husus olmayıp, hayatın olağan akışı gereğidir.[351] Bu duruma en iyi örnek, ticari olmayan zararların talep edilemeyeceğidir. Özünde, taraflar sadece ticari zararların tazminini talep edebilecek, CISG'nin 2. maddesinin[352] hükmü gereği ticari olmayan kişisel satımlardan kaynaklı zararlarını öne süremeyecektir. Ancak, bazı durumlarda ticari satımlar, kişisel hususlar da içerebilmektedir. Örneğin, bir kişi ticari bir motosiklet satın alınmış, ancak satın alan taraf bu aracı ilk olarak yapacağı seyahatte kullanmışsa, bu durumda oluşacak

[349] Ulusu, a.g.e, s.113.

[350] Zeller, a.g.e., s.122; Korpela, a.g.e., s.137; Ulusu, a.g.e., s.113.

[351] Zeller, a.g.e., s.123.

[352] **CISG md.2:** "Bu Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz:

(a) Kişisel veya ailevî ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması; meğerki satıcı, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmesin ve bilmesi gerekmesin."

zararlar da 74. maddenin kapsamına girmektedir.[353] Bu durumda da yine sözleşmeyi ihlal eden tarafın, sözleşmenin kurulması anındaki öngörüsü dikkate alınacak, öngörülebilir zararların tazminine karar verilecektir. Ancak, belirtildiği şekliyle, kişisel satımların söz konusu olması halinde, 74. madde dikkate alınamayacağından, öngörülebilirlik dikkate alınmaksızın, zararın tazmin edilebilir zararlardan olmadığına karar verilecektir.

Yine sözleşme ihlali nedeniyle zarara uğrayan taraf, bu zararını azaltmak için bir ikame alım veya satım yapmışsa, bu alım satımlardan dolayı uğradığı zararlar da doğrudan zararlar kapsamında değerlendirilmektedir.[354]

Zararı önleme ve azaltma kapsamında alınan önlemlerin makul olması şartı aranmasına ilişkin araştırma yapılması görüşünün[355] yanı sıra, bu görüşü reddederek tek başına bu şekilde objektif bir değerlendirmenin yeterli olmayacağını, bu harcamaların somut olayın şartları dahilinde değerlendirilmeleri ve bu zararlar bakımından öngörülebilirlik testinin mutlaka gerekli olduğunu savunan görüşler de mevcuttur.[356] Kanımızca ise; her iki testin de birlikte uygulanması mümkün gözükmektedir. Makul olma ve öngörülebilirlik testi birlikte uygulanarak sonuca ulaşılabileceği gibi çelişki halinde öngörülebilirlik testine öncelik verilmesi de kanunun lafzına daha uygun bir tercih olacaktır.

C. ARIZİ ZARARLAR

[353] Zeller, a.g.e., s.123.

[354] Korpela, a.g.e., s.138; Ulusu, a.g.e., s.114.

[355] Zeller, a.g.e., s.122.

[356] Korpela, a.g.e., s.138; Vekas, a.g.e., s.165; Ulusu, a.g.e., s.115.

Arızi zararlar, sözleşmenin ihlali nedeniyle zarar gören tarafın, zararın artmasını engellemek için aldığı makul önlemler nedeniyle yaptığı ek masraflardır. Ayıplı bir mal teslim eden satıcıya, alıcının malları geri göndermesi sırasında yaptığı masraf arızi zararlara örnektir.[357] Arızi zararlar, doğrudan zararlar gibi sözleşmeye aykırılık neticesinde meydana gelen zararlar olmasa da dolaylı zararlar kadar sözleşmeye aykırılığa uzak da değillerdir.[358] Öngörülebilir olduğu kabul edilen, doğrudan zararlar arasında sözleşme ihlali nedeniyle zarara uğrayan tarafın, zararını mümkün olduğunca azaltmak ve sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı içinde bulunacağı duruma kavuşmak amacıyla alacağı makul önlemler için yaptığı masraflar da sayılmaktadır.[359] Nitekim, sözleşmenin ihlaline sebep olan taraf, bu ihlalinden dolayı karşı tarafın bazı masraflar yapacağını öngörebilecek durumdadır.

Bu zarar türünün kabul edilmesinin amacı, ihlale uğrayan tarafın, zararın artmasını engellemek için yaptığı masraflarının da göz önüne alınması gereğidir. Bu masrafların talep edilebilmesi için; yapılan ek masrafların sözleşme ihlali neticesinde ortaya çıkması ve daha büyük bir zarara uğramamak için yapılmış olması gerekmektedir. Bu nedenle, sözleşmeden dönmenin söz konusu olmadığı durumlarda bu masraf talep edilemeyecektir. Bir örnekle açıklamak gerekirse; eğer satıcı ayıplı bir mal teslim etmiş ve ayıplı ifa tamir ile ortadan kaldırılabiliyorsa bu durumda alıcı

[357] Gotanda, John Y. *Damages In Lieu of Performance Because of Breach of Contract*, Villanova University School of Law: School of Law Working Paper Series, Paper 53, 2006, http://law.bepress.com/villanovalwps/papers/art53.html. s.3; Farnsworth, a.g.e., s.252.

[358] Ulusu, a.g.e., s.16; Farnsworth, a.g.e., s.252.

[359] Ulusu, a.g.e., s.114.

tamir masraflarını satıcıdan isteyebilecek; ancak sözleşmede kararlanan gönderim ücreti ayrıca satıcıya yüklenemeyecektir.[360]

Sözleşmenin ihlali ile zarara uğrayan tarafın yaptığı fazladan harcamaların tazmini de öngörülebilirdir.[361] Uygulamada ve doktrinde kabul edildiğine göre, bu harcamaların da, yukarıda ifa etmeme zararlarında zarara uğrayan tarafın zararı azaltmak için yaptığı harcamalara paralel olarak, makul olmaları aranmakta; ancak öngörülebilirlik testi de mutlaka yapılmaktadır.[362]

D. DOLAYLI ZARARLAR

Genel olarak dolaylı zararlar, sözleşmeye aykırılığın doğrudan ve derhal meydana gelmeyen sonuçlarıdır. Dolaylı zararlar genellikle, sözleşme ihlali neticesinde zarar gören tarafın, özel durumundan veya bu ihlalden önce taraflar arasındaki sözleşmeye dayanarak gerçekleştirmiş olduğu birtakım ayarlamalardan ve anlaşmalardan kaynaklanmaktadır.[363] Bu tür zararların en tipik örneği, yoksun kalınan kardır. Nitekim, öngörülebilirlik ilkesinin uygulanmasına en çok dolaylı zararların tazmininde rastlanmaktadır.[364]

Dolaylı zararlar, ticari hayatın olağan akışı içerisinde olağan kabul edilen genel faktörler dışında kalan ve daha çok sözleşme ihlali nedeniyle zarara uğrayan tarafın içinde bulunduğu özel bir takım durumlar veya üçüncü kişiler ile bu

[360] Zeller, a.g.e., s.124.

[361] Atamer, CISG, s.448.

[362] Ulusu, a.g.e., s.116.

[363] Farnsworth, a.g.e., s. 253; Ulusu, a.g.e., s.16.

[364] Murphy, a.g.e., s.416; Atamer, CISG, s.449.

sözleşmeye dayanarak kurduğu hukuki ilişkilerden kaynaklanan olağandışı risk faktörleri nedeniyle meydana gelen zararlardır.[365] Bu nedenle, sözleşmeyi ihlal eden tarafı, dolaylı zararlardan sorumlu tutabilmek için, sözleşmenin kurulması anında bu hususları bilmesi veya somut olayın şartları dahilinde bilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, burada dikkate alınması gereken mantıklı, makul üçüncü kişilerdir. Dolayısıyla, görüldüğü üzere dolaylı zararların tazmininde, objektif ve sübjektif ölçütlerle birlikte öngörülebilirlik testinin yapılması gerekmektedir.[366]

Yukarıda da belirtildiği üzere, uygulamada ve doktrinde en çok rastlanan dolaylı zarar türü yoksun kalınan kardır. Bu nedenle, bu zarar türünün ayrıca incelenmesinde yarar görülmüştür.

1. YOKSUN KALINAN KAR

Yoksun kalınan kar, CISG'nin 74. maddesinde özel olarak adı belirtilmiş tek zarardır. Ancak, bu durum diğer ulusal hukuk sistemleri ve başkaca uluslararası anlaşmalar da dikkate alındığında alışılmadık bir durum değildir. CISG her ne kadar yoksun kalınan karın açıkça ismini zikretmişse de nasıl hesaplanacağı konusunda herhangi bir belirleme yapmamıştır.

Yoksun kalınan kar miktarının belirlenmesi niteliği gereği matematiksel bir kesinliğe elverişli değildir ve yoksun kalınan karın hesaplanmasında kullanılan birçok yöntem de oldukça karmaşıktır.[367] Bu nedenle, bu tip zararların kesin olarak

[365] Ulusu, a.g.e., s.117.

[366] Zeller, a.g.e., s.125; Ulusu, a.g.e., s.117.

[367] Gotanda, John Y. *Recovering Lost Profits in International Disputes*, 36 Georgetown Journal of International Law, Fall 2004, s.99.

hesaplanması da her zaman mümkün olamamaktadır.[368] Bu nedenlerle, mutlak bir kesinlik değil; makul bir kesinlik zararın ispatı bakımından yeterli görülmektedir.[369] Bu husus, CISG'de açıkça belirtilmemişse de UNIDROIT Prensiplerinin 7.4.3. maddesinde makul bir kesinlikle ispatlanan zararların dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu bakış açısı, tam tazmin ilkesi uyarınca zenginleşme yasağı çerçevesinde tazminatın denkleştirme işleviyle uyumlu olduğu gibi yine UNIDROIT ve PECL ile de paraleldir.[370]

Yoksun kalınan kar, zarara uğrayan tarafın varlıklarında ihlal öncesi ve ihlal sonrası oluşan farktır. Diğer bir ifadeyle, yoksun kalınan kar sözleşmeye aykırılık nedeniyle elde edilmesi engellenen gelirlerdeki artıştır.[371] Bununla birlikte, ekonomik değer taşıyan her türlü eksilme ve kayıp, zarar kapsamına girer. Bu itibarla tazminat davası nedeniyle zarar görenin ödediği vekalet ücreti ve dava giderleri de tazmin edilmelidir.[372] Görüldüğü üzere, yoksun kalınan kar, zarara uğrayan tarafın malvarlığının aktifinin artması veya pasifinin azalmasının önlenmesi şeklinde olabileceği gibi bu bedele yapılan masrafların da buna eklenmesine tazminatın niteliğine aykırı bir durum söz konusu olmayacaktır.

Yoksun kalınan kar bakımından tartışılan bir konu; gelecek karlardan mahrum kalınması halinde ortaya çıkacak olan gelecekteki zararların talep edilip edilemeyeceğidir. CISG'de gelecekteki kardan yoksun kalınılması halini düzenlememiş; UNIDROIT Prensiplerinin 7.4.3. maddesinde ve PECL'nin

[368] Ulusu, a.g.e., s.119

[369] Saidov, Causation, s. 34.

[370] Ulusu, a.g.e., s.120; UNIDROIT Principles Art. 7.4.2; PECL Art. 9:502

[371] Zeller, a.g.e., s.128.

[372] Eren, a.g.e., s.479.

9:501(2)(b), gelecekteki zararların da istenebileceği belirtilmiştir. CISG bakımından bu konudaki yaygın görüş, gelecekteki zararların tam tazmin ilkesi gereğince tazmin edilebilir olduğu yönündedir.[373] Her ne kadar CISG'nin 74. maddesinde açıkça düzenlenmemesine rağmen, tam tazmin ilkesi ve UNIDROIT ile PECL'de de düzenleme bulmuş olması sebebiyle, gelecekteki kardan mahrum kalınması durumunda oluşan gelecekteki zararların da tazmin edilebileceği kabul edilmektedir. Ancak, yoksun kalınan karın kendisinde olduğu gibi alt türü olduğu kabul edilen bu zarar türünde de, kazanç kayıplarının makul bir kesinlik ile ispatlanması ve öngörülebilir olması ve bunların doğumunun zararı azaltma külfetine aykırılık teşkil etmemesi gerekmektedir.[374]

Yoksun kalınan kar bakımından değerlendirilmesi gereken bir başka husus da sözleşme ihlali nedeniyle zarar gören tarafın, bir karın elde edilecek olması şansı veya imkanından mahrum kalması nedeniyle, zarara uğrayan tarafın tazminat talep edip edemeyeceğidir.[375] Bu durum, sözleşmenin ihlali sonrasında, zarar gören tarafın kazanç elde edebilme imkanı bulunan bir hukuki ilişkiye girme imkanını kaçırması hallerinde söz konusu olmaktadır. Yoksun kalınan şans olarak adlandırılan bu zarar türünde, birtakım belirsizlik veya henüz bilinmeyen tesadüfi olayların taahhüt verenin edimi ile taahhüt verileni şansının gerçekleşmesi arasına girmesidir.[376] Burada, bir belirsizliğin gerçekleşeceğinin makul bir kesinlikle ispat edilmesi

[373] Zeller, a.g.e., s.128.

[374] Ulusu, a.g.e., s.123; Atamer, CISG, s. 449.

[375] Zeller, a.g.e., s.129; Ulusu, a.g.e., s.121.

[376] Ulusu, a.g.e., s.121.

mümkün olmadığından, yoksun kalınan şans nedeniyle uğranılan zararın CISG'nin 74. maddesi çerçevesinde tazmininin talep edilmesi de mümkün olmayacaktır.[377]

2. YOKSUN KALINAN KARIN ÖNGÖRÜLEBİLİRLİĞİ

Uluslararası ticarette genellikle alıcının malı alarak başka üçüncü kişilere sattığı göz önüne alındığında, CISG kapsamında yoksun kalınan kar genellikle satıcının malları zamanında veya hiç ya da gereği gibi teslim etmemesi durumunda alıcının 3. kişilerle arasında olan diğer sözleşme bakımından uğradığı zarar olarak karşımıza çıkmaktadır. Uygulamaya bakıldığında da, ticari malların bir tacire satıldığı hallerde, bu malların alıcı tacir tarafından tekrar satılmak üzere alındığında ilişkin bir karinenin kabul edildiği ve bu nedenle birçok kararda alıcının gerçekleştiremediği satımlar nedeniyle yoksun kaldığı karın öngörülebilir olduğuna hükmedildiği görülmektedir.[378]

Bununla birlikte, satıcının, alıcının başkaca satımlar yapacağını bilmesinin gerekmesi mutlak bir olgu da değildir. Ticari hayatın akışı içerisinde, alıcının kendi müşterileriyle girmiş olduğu ticari ilişkilerde elde edeceği kar miktarı makul bir tacirin öngörmesi gerekenin çok üzerinde ise, satıcının öngörmesi gerekenin çok üzerinde olan bu zararlardan sorumlu tutulabilmesi ancak bu durumdan haberi olduğunun ispat edilmiş olması halinde mümkün olabilecektir.[379]

---

[377] Zeller, a.g.e., s.130; Ulusu, a.g.e., s.122

[378] Vekas, a.g.e., s.166; Atamer, CISG, s.449; Zeller, a.g.e., 130; Ulusu, a.g.e., s.123.

[379] Ulusu, a.g.e., s.125; Schlechtriem/Schwenzer, a.g.e., s.768.

Bununla birlikte, alıcının yoksun kaldığı karın yanı sıra satıcının da yoksun kaldığı karın tazminini de istemesi mümkündür. Bu husus, alıcının satıcı tarafından teslim edilen malları haklı bir sebebe dayanmaksızın teslim alma yükümlülüğünden kaçınması halinde, satıcının olağan kar marjının, ticari alım-satımlarda alıcı tarafından öngörülmesi gereken yoksun kalınan kar olduğu kabul edilmektedir.[380] Nitekim, bu hususta Avusturya Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda[381] mahkeme, Alman mücevher üreticisi ile Avusturyalı mücevher satıcısı arasındaki sözleşmenin alıcının satış parasını ödemeyi reddetmesi üzerine, alıcı tarafından ihlal edildiğine karar vermiş ve satım bedeli arasındaki farkın satıcının ifa edilmemiş sözleşme uyarınca tasarruf ettiği harcamalar ile satım bedeli arasındaki farkın satıcının olağan kar marjını oluşturduğunu ve satıcının yoksun kaldığı bu kar miktarının, kendisine teslim edilen malları haksız yere teslim almayan alıcı tarafından öngörülebilir olduğunu belirtmiş ve satıcının olağan kar marjının 74. madde kapsamında öngörülmesi gereken yoksun kalınan kara eşit olduğunu ifade etmiştir.[382]

[380] Ulusu, a.g.e., s.127; Schlechtriem/Schwenzer, a.g.e., s.768.

[381] Austria Supreme Court (Oberster Gercihtshof), 28 April 2000, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000428a3.html>

[382] Ulusu, a.g.e., s.127.

SONUÇ

Giriş kısmında da belirttiğimiz üzere, tezimizin konusu tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından, öncelikle *common law* sisteminde hesaba katma kuralı çerçevesinde düzenlenerek, milli hukuk sistemlerinin yanı sıra UNIDROIT, PECL ve CISG gibi uluslararası anlaşmalara girerek kendine yer bulan öngörülebilirlik ilkesinin açıklanmasıdır.

Bu çalışmamızda, öngörülebilirlik ilkesinin CISG'nin tazminat sistemindeki yeri öncelikle tespit edilmiş ve tazminatın sınırlandırılmasında edindiği yer gösterilmiştir. Her ne kadar öngörülebilirlik ilkesi, kusursuz sorumluluğun kabul edildiği tazminat sisteminde tazminatın kapsamını daralttığından ve yine zararı bilme ve bilmenin gerekmesine dayandırarak insan unsurunu ön plana çıkardığından, modern tazminat sistemleri içerisinde değer verilmesi gereken bir kavramdır. Nitekim, öngörülebilirlik ilkesinde beklenmeyen tazminat sorumluluklarına yer olmadığı gibi büyük kazançlar elde etmek adına risk altına girilerek bunu göze alan tarafların iradi davranışlarına izin vermemektedir.

Bununla birlikte, öngörülebilirlik ilkesinin testinde, her ne kadar yapılacak test bakımından bir görüş birliği söz konusu olmasa da, objektif ve sübjektif unsurları içerisinde barındırdığından, uygun nedensellik bağı gibi başkaca tazminat sınırlandırılmasında kullanılan yöntemlerden daha doğru bir sonuç ortaya çıkarmasının yanı sıra, daha adaletli bir yaklaşımın da söz konusu olduğu söylenebilecektir.

CISG'nin uygulama alanını oluşturan uluslararası satımlarda, tacirlerin hareketlerinin sonuçlarını bilecek veya bilebilecek durumda oldukları durumların daha fazla olacağı açıksa da yine uluslararası satımların karakteristiği gereği, her tür olumsuz sonuçtan da haberdar olmasının beklenmesi doğru olmayacaktır. Bu nedenle, *common law* sisteminin tazminat sisteminde öngörülebilirlik ilkesinin düzenlenmesi ne kadar gerekli ise uluslararası satımlarda da bu ilkenin uygulanması daha doğru sonuçlar doğuracaktır.

Kanımızca, tam tazmin ilkesinin sıkı bir şekilde uygulanması halinde, zararla ihlal arasında nedensellik olsa dahi, ihlalin sonucunda oluşan istisnai zararlar dahil, tüm zararların tazmini gündeme gelmektedir. Bu durumun; taraflar arasındaki ifa dengesini bozabileceği göz önüne alınmalıdır. Ulusal satımların yanı sıra; CISG'nin konusunu oluşturan uluslararası satımlarda, taraflar arasındaki dengenin daha hassas olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle, bazı ihlallerin karşı tarafın bilemeyeceği olağandışı sonuçlar doğurması ihtimali varsa ve bu bilgiyi karşı tarafa uygun bir şekilde aktarmışsa, bu durumda bu zararlardan ihale sebep olan taraf sorumlu tutulabilecektir. Aksi halde, sözleşmeyi ihlal eden tarafı, oluşan zararlardan sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Henüz kesin kriterlere sahip olmayan öngörülebilirlik ilkesi daha belirgin kalıplara sokulabilirse, daha adaletli sonuçların ortaya çıkacağı ortadadır.

Ülkemizde ise her ne kadar yeni tarihte 6098 sayılı Borçlar Kanunu yürürlüğü girmiş ise de yeni düzenlemede tazminatın sınırlandırılması bakımından öngörülebilirlik ilkesine yer verilmemiştir. Kanımızca, öngörülebilirlik ilkesinin tazminat sistemindeki yerinin daha etkin çözümlere ulaşılmasındaki yönü dikkate

alındığında ve uluslararası düzenlemeler ile de paralel bir uygulama olması adına Türk hukuk sistemi içerisinde yer alması yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA[383]

1. Arsebük, Esat. *Borçlar Hukuku*, 1950.

2. Ataay, Aytekin. *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Ayırım*, 1975.

3. Atamer, Yeşim M. *Milletlerarası Satım Hukuku*, "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/atamer.pdf> *(İfa Engelleri)*.

4. Atamer, Yeşim. *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması: Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları*, Beta Yayınları, İstanbul, 2006. *(Nedensellik)*

5. Atamer, Yeşim. *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta Yayınları, 2005. *(CISG)*

6. Bernstein, Herbert & Lookofsky, Joseph. *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International, London, (2nd ed) 2003.

[383] Birden fazla eseri olan yazarlara yollamada bulunulurken kullanılan kısaltmalar parantez içinde gösterilmiştir.

7. Blase/Höttler, *Claiming Damages in Export Trade on Recent Developments of Uniform Law*, "Review of The Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)", Pace International Law Review, 2006.

8. Brett, Stephen. *Indirect Note – A Discussion Note*, Anderson Law, LLP, s. 3. http://www.andlaw.eu/downloads/Indirect_Loss.pdf .

9. Buz, Vedat. *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, 1998.

10. Cerutti, Dr. Romeo. *Das U.S. Amerikanische Warenkaufrecht mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf das schweizerische und das deutsche Recht, das CISG sowie die UNIDROIT Principles*, Zürich, 1998.

11. Chengwei, Liu. *Remedies for Non-Performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*, LL.M. of Law School of Renmin University of China, http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html.

12. Dayınlarlı, Kemal. *Milletlerarası Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri*, Ankara, 2003.

13. Dayıoğlu, Yavuz. *CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı*, 2010.

14. Djakhongir Saidov, *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Damages)*, 14 Pace Int'l L. Rev. 307, 2002, <http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=pilr>

15. Eiselen, *Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG.* http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html#editorial.

16. Enderlein, Fritz; Maskow, Dietrich. *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, Oceana Publications, 1992.

17. Eren, Fikret. Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 10. Bası, Beta Yayınları, 2008.

18. Eric C. Schneider, Measuring Damages under the CISG - Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 9 Pace Int'l L. Rev. 223, 1997, <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol9/iss1/7/>

19. Farnsworth, Allan. *Damages and Specific Relief*, 27 American Journal of Comparative Law, 1979, pp.247-253.

20. Faust, Florian. *Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemass Art. 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG)*, Tübingen.

21. Ferrari, Franco. *Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law*, 53 La. L. Rev., 1993.

22. Feyzioğlu, Necmettin. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C.1, 1976.

23. Flechtner, Harry. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna, 1980.

24. Friedrich Blase, Philip Höttler. *Remarks on the Damages Provisions in the CISG (Article 74), Principle of European Contract Law (PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC),* Cambridge University Press, 2007.

25. Gabriel, Henry Deeb. *Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law*, Oceana Pub. New York, 2004.

26. Gillies, P. *Assessment of Damages Under the Australian Trade Practices Act*, International Trade & Business Law Annual, May 2003, Vol VIII, 1.

27. Gotanda, John Y. *Damages In Lieu of Performance Because of Breach of Contract*, Villanova University School of Law: School of Law Working Paper Series, Paper 53, 2006, http://law.bepress.com/villanovalwps/papers/art53.html.

28. Gotanda, John Y. *Recovering Lost Profits in International Disputes*, 36 Georgetown Journal of International Law, Fall 2004

29. Göktürk, Hüseyin Avni. *Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri*, 1951.

30. Holmes, *The Path of the Law*, Harward Law Review, 1897.

31. Honore, A.M. "Causation and Remoteness of Damages" in *International Encyclopedia of Comparative Law*, (Vol 11 Ch 7).

32. Jeffrey M. Perloff. *Breach Of Contract and the Foreseeability Doctrine of Hadley v. Baxendale*, The Journal of Legal Studies, Vol.10, No.1, January, 1981, pp.39-63.

33. Karahasan, M. Reşit, *Sorumluluk Hukuku*, 2003.

34. Knapp, Bianca and Bonell (ed.) "Commentary on the International Sales Law", Giuffre Milan, 1987.

35. Korpela, Riku. *Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Pace International Law Review, Sellier Publ., 2004-2005, pp. 75-168.

36. L.L. Fuller, W. Perdue. *The Reliance Interest in Contract Damages: 1*, Yale Law Journal, Vol.46, No.1, November, 1936, pp.52-96, s.84. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fuller.html>

37. Liu, C. Comparison Of CISG Article 45/61 remedial provision and counterpart PECL Articles 8:101 and 8:102. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu2.html>.

38. McCormick, Charles T. *Handbook on the Law of Damages*, West Publishing Co., 22. Bası, 1982.

39. McGregor, Harvey. McGregor On Damages, 17th Edition, Sweet&Maxwell, London, 2003.

40. Murphy, Arthur G., *Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley*, 23 Wash. J. Int'l L. & Econ., 1989, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/murphy.html>

41. Oğuzman, Kemal. *Borçlar Hukuku*, 1998.

42. Saidov, Djakhongir. *Causation In Damages Under The International Instruments*, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Causation), 2004.

43. Saidov, Djakhongir. *Standarts of Proving Loss and Determining the Amount of Damages*, 22 Journal of Contract Law, March 2001.

44. Schlechtriem Peter, Butler Petra. *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*, Springer, 2009.

45. Schlechtriem, Peter. *Kommentar Zum Einheitlichen UN-Kaufrecht -CISG-(Kommentar)*, 3.Ausflage.

46. Schlechtriem, Peter. *Uniform Sales Law -The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG),1986.

47. Schlechtriem, Peter, Ineborg Schwenzer. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, ed. by Peter Schlechtriem, Ineborg Schwenzer, Oxford University Press, 2nd (English) Edition, 2005.

48. Serozan, Rona. *Borçlar Hukuku: Genel Bölüm: İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme*, 4. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2006.

49. Steyn, Johan. *The Intractable Problem of the Interpretation of Legal Texts*, Sydney Law Review 5, 2003, http://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLRev/2003/1.html.

50. Tandoğan, Haluk. *Türk Mesuliyet Hukuku*, 1961.

51. Tekinay, Selahattin Sulhi. *Borçlar Hukuku*, 1971.

52. Tekinay, S.S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A. Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1., 1993.

53. Treitel, Guenter. *The Law of Contract*, Oxford University Press, New York, 2004.

54. Ulusu, A. Elif. *Avrupa Birliği Borçlar Hukuku Prensiplerinde ve Birleşmiş Milletler Mal Satımına İlişkin Viyana Konvansiyonunda Satıcının Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi*, İstanbul 2007.

55. Vekas, Lajos. *The Foreeseeability Doctrine in Conctractual Damage Cases*, 43 Acta Juridica Hungarica, Nos. 1-2, 2002, pp. 145-174.

56. Von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukuku*, çeviren: Cevat Edege, 1953.

57. Will, M., Bianca and Bonell (ed.) “Commentary on the International Sales Law”, Giuffre Milan, 1987.

58. Zeller, Bruno. Damages Under The Convention on Contracts For The International Sale Of Goods, Oceana Publications, New York, 2005.

59. Ziegel, Jacob S. *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, University of Toronto, July 1981.

60. Zimmermann, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Traditions*, Clarendon Press, Oxford, 1996.

Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'nin 74. Maddesine Göre Zararın Öngörülebilirliği Kriteri

GÖZDE AKŞİN

ÖZ

Bu çalışmada, globalleşen ticaret hayatında pek çok ülkenin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'nde yer alan taraflardan birinin sözleşmeden kaynaklı borcunu yerine getirmemesi halinde, bu ihlal nedeniyle zarara uğrayan tarafın bu zararların telafisi için başvurabileceği hukuki çare olan tazminat sistemi incelenmiştir. Çalışmanın en temel amacı ise; bu tazminat sistemi içerisinde kendine özgü bir yer bulan öngörülebilirlik ilkesinin tanıtılmasıdır. Öngörülebilirlik ilkesinin öncelikle ortaya çıkışı hukuki sistemler bakımından ayrı ayrı incelenmiş, başkaca hukuki enstrümanlarla karşılaştırılmıştır. Yeknesaklaştırma amacına hizmet eden Birleşmiş Milletler Viyana Satım Sözleşmesi'nin ifa engelleri sisteminde tazminatın sınırlandırılması noktasında önemli bir yere sahip olan öngörülebilirlik ilkesinin unsurları, tek tek incelenerek ilkenin Türk Hukuk Sistemi içerisinde ne şekilde uygulanabileceği gösterilmiştir.

ABSTRACT

The aim of this thesis to explain compensation system of The Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Damages under the Convention can be compensate by the Article 74. This Article allows for full compensation for damages. But, of course, these

losses must be foreseeable and that the plaintiff has mitigated any losses. The foreseeable principle is to limit the contractual liability of defendant. The principle is common to many legal systems, so that it is useful to explain some historical explanations. Furthermore, in this paper, other law instruments and foreseeability rules are compared. The author, also, focus on the layout and application of this principle and try to show the ways how to apply this rule in Turkish Law.