

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırılması

Doğan Kara¹

Öz

Çalışmanın konusu, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması ışığında hasar sorununun incelenmesi ve Türk Borçlar Kanunu ile arasındaki bağlantının karşılaştırmalı olarak değerlendirilmesidir. Bu açıdan, ilk olarak hasar kavramı üzerinde durulmuş, ayrıca edim hasarı ve karşı edim hasarı kavramları açıklanmıştır. CISG, hukuk düzleminde doğuşuna kadar olan sürede Roma Hukuku, İsviçre Hukuku, Fransız Hukuku ve Alman Hukuku gibi birçok hukuk sisteminden etkilenmiştir. Bu sebeple söz konusu hukuk sistemlerinde hasar sorununa getirilen çözüm yolları üzerinde durulmuştur. Çalışmanın önemli bir kısmı ise hasar sorununu düzenleyen CISG m. 66-70 hükümlerinin incelenmesine ayrılmıştır. Son kısımda ise CISG'in öngördüğü hasarın geçişi sisteminin Türk Hukuku ile ilişkisi karşılaştırmalı olarak aktarılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Türk Borçlar Kanunu • CISG • Satış sözleşmesi • Hasarın geçişi • Bedel hasarı • Edim hasarı

The Problem of Risk According to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) and Comparison with the Turkish Code of Obligations

Abstract

The study examines the risk problem in light of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), and the comparative relationship between CISG and the Turkish Code of Obligations (Law No: 6098). In this study we examine the concept of risk and also explain the concepts of performance risk and price risk. CISG has been influenced by many legal systems, such as Roman, Swiss, French, and German Laws, prior to its appearance on the legal platform. Thus, solutions to the risk problem, pertaining to the legal system, have been considered. An important part of this study is concerned with the examination of art. 66-70 of the CISG which address the regulation of the risk problem. In the last part of this study, a comparison is made between CISG's view of the passing on of risk, and Turkish law.

Keywords

Turkish Code of Obligations • CISG • Contract for sale of goods • Risk • Passing on of risk • Price risk • Performance risk

¹ Sorumlu Yazar: Doğan Kara (Araştırma Görevlisi), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. Eposta: dkara@gsu.edu.tr

Atf: Doğan Kara, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu İle Karşılaştırılması" (2018) PPIL 38 107, 145 <https://dx.doi.org/10.26650/ppil.2018.38.1.0006>

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasar Sorunu ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması

Hukuk düzeni, sözleşmenin tarafları arasında meydana gelen hukuki ilişkinin yarattığı menfaatler dengesinde bir risk paylaşımı öngörmektedir. Alıcı ve satıcı arasında akdedilen satış sözleşmesinin konusunun genellikle maddi bir edim olan satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin alıcıya devri olması, söz konusu hukuki ilişkiyi beklenmeyen hal, mücbir sebep veya üçüncü kişinin fiilinden kaynaklanan risklere açık hale getirmektedir. Roma Hukuku'ndan günümüze kadar geçen süre içinde birçok hukuk sistemi bu açıdan satılanın yok olma veya kötüleşme riskine karşı ortaya çıkacak hukuki sonucun neticelerinin sözleşmenin hangi tarafı üzerinde doğacağını belirlemek amacıyla birçok düzenleme geliştirmiştir. Bu düzenlemeler taraflara atfedilemeyen sebeplerle satılanın yok olması veya kötüleşmesi sonucunda hasara kimin katlanacağı sorusunu farklı ölçütlere göre cevaplamaktadır.

İncelememizin konusu Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nda (CISG) düzenlenen hasar hükümlerinin ortaya konulması ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ile arasındaki bağlantının karşılaştırmalı olarak gözler önünde serilmesidir. Bu açıdan ilk olarak hasar sorunu genel olarak tanımlanacak, hasarın sözleşmenin farklı tarafları açısından görünüm şekilleri olan edim ve karşı edim hasarı kavramları üzerinde durulacak, akabinde farklı hukuk sistemlerinde hasar sorununun çözüm yolları ve getirilen düzenlemeler gün ışığına kavuşturulacaktır. Bu açıdan Roma Hukuku, Fransız Hukuku, İsviçre Hukuku ve Alman Hukuku gibi CISG hükümlerine etki edebilecek hukuk sistemleri mercek altına alınacaktır. Daha sonra CISG m. 66 ve devamında düzenlenen ve hasarın geçişini konu edinen maddeler incelenecek, bu kapsamda mesafeli satışlarda, taşıma halinde satılan mallarda ve bu iki kategoriye de girmeyen hallerde hasara kimin katlanacağı sorusuna cevap aranacaktır. Son olarak Türk Borçlar Kanunu'nun hasar hükümleri, CISG'da düzenlenen hasar hükümleri ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

I. Hasar Sorununa Genel Bir Bakış

A. Hasar Kavramı

1. Genel olarak. Hasar² kelimesi sözlük anlamıyla “zarar, zıyan”³ gibi kelimelerle ifade edilebileceği gibi “bir maldaki kırılma, dökülme, yıkılma gibi zarar”⁴ olarak da tanımlanabilir. Ancak konuya daha derin yaklaşıldığı zaman bir de hukuk terminolojisinde kendisini gösteren bir hasar tanımı ile karşılaşılır. Bu tanım ise eşyanın kötüleşmesi veya yok olmasını ifade eden hasar tanımından⁵ biraz daha dar kapsamlı ve özel bir tanımdır. O halde hasar kelimesinin biri geniş, diğeri dar olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır⁶.

2 Hasar kelimesinin karşılığı olarak mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda Fransızca “risque”, Almanca “gefahr”, İtalyanca “rischi” kelimeleri kullanılmıştır. Latince ise “periculum” olarak ifade edilmektedir.

3 Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat (2. Baskı, Aydın Kitabevi 2010) 384.

4 Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük <<http://www.tdk.gov.tr/index>> son erişim tarihi 25.08.2018.

5 Haluk Nami Nomer, Baki İlkay Engin, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi Birinci Fasikül: Giriş; Madde 207-216, 245 (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2017) 71.

6 Turgut Akıntürk, Satım Akdinde Hasarın İntikali (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no:212 Sevinç Matbaası,

Yukarıda açıklandığı üzere geniş anlamda hasar⁷, borç ilişkisinin varlığına ya da yokluğuna bakılmaksızın⁸ malik veya aynı hak sahiplerinin katlandığı⁹ “eşya hasarı”¹⁰ veya “aynı hasar”¹¹ olarak ifade edilir. Dar anlamda hasar ise, “teknik anlamda hasar”¹² ya da “borca ilişkin hasar”¹³ olarak adlandırılan bir kavram¹⁴ olup, tarafların borç ilişkisine hayat vermesi neticesinde doğan borcun¹⁵, ifasına kadar geçen süreç içerisinde sözleşme taraflarının sorumlu olmadığı bir sebeple imkânsızlaşması sonucunda ortaya çıkan hasardır¹⁶. İncelememizin ana kavramını oluşturan dar anlamda hasar kavramı açısından bir borç ilişkisinin varlığı zorunlu olup, bu yönüyle borca ilişkin hasarın tamamen borçlar hukukuna dair bir kavram olduğu tartışmasızdır¹⁷.

Borca ilişkin dar anlamda hasar, hasar sorunu temelinde bir tehlikeyi yani riski ya da rizikoyu ifade etmektedir¹⁸. Dolayısıyla teknik anlamda hasar kavramında öne çıkan unsur, satılanın yok olması veya kötüleşmesi sonucunda ortaya çıkan zarar değil, satılanın yok olması veya kötüleşmesi sonucunda ortaya çıkan tehlikedir¹⁹ ²⁰. Bu sebeple borca ilişkin dar anlamda hasar kavramı öğretide de ifade edildiği üzere “bir zarara uğrama tehlikesi” olarak anlaşılmalıdır²¹.

1966) 21; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (10. Bası, Beta Yayınevi 2014) 70. Aynı yönde: Barry Nicholas, Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987) 484.

7 Mustafa Alper Gümüş, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, vol 1: İsimli Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Kullanım Ödücüsü, Tüketim Ödücüsü, Genel Hizmet Sözleşmesi (3. Bası, Vedat Yayıncılık 2013) 29.

8 Akıntürk (n 5) 22; Michael Bridge, “CISG Uyarınca Hasarın Geçmesi”, in Yeşim Atamer (ed), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008) 194.

9 Nomer, Engin (n 4) 71.

10 Almanca'da “Sachgefahr” olarak ifade edilen eşya hasarı, Roma Hukuku'nda “periculum rei” olarak ifade edilmekteydi. “Casum sentit dominus” yani hasara malik katlanır prensibi ile ifade edilen geniş anlamda hasar kavramı incelememizin konusunu aşan bir kavramdır. Gümüş (n 6) 29.

11 Sabah Altay, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2008) 4.

12 Akıntürk (n 5) 24.

13 Akıntürk (n 5) 24; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 29.

14 Roma Hukuku'nda “periculum obligationis” olarak ifade edilmektedir.

15 Andreas B. Schwarz, “Satış Aktinde Hasarın İntikali” (Kudret Ayiter tr, 1947) 1-4 AÜHFD 159, 160.

16 Akıntürk (n 5) 24; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, vol 1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama (6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık 2008) 107; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 70; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 29; Nomer, Engin (n 4) 72; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2017) 48; Karl H. Neumayer, Catherine Ming, Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises Commentaire (François Dessemontet ed, Centre du droit de l'entreprise, droit industriel, droit d'auteur, droit commercial, Publication Cedidac 1993) 417, para 1; Herbert Schönle, “Réflexions sur le transfert des risques dans la vente internationale” (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1990) Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Mélange à la mémoire du Professeur Haluk Tandoğan 267.

17 Murat Oruç, Satış Sözleşmesinde Riskin Geçiş: Türk Borçlar Kanunu CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Anlaşması) INCOTERMS Uluslararası Ticari Terimler (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2015) 13.

18 Akıntürk (n 5) 26; Nomer, Engin (n 4) 72; Eren (n 15) 48.

19 Akıntürk (n 5) 25; Neumayer, Ming (n 15) 418, para 1.

20 Bu sebeple İsviçre, Alman, İngiliz, Fransız hukuk sistemlerinde kanun koyucular “zarar” kavramına (schaden, dommage, damage) yer vermemiş olup bir tehlikeyi ifade eden “gefahr, risque, risk” kavramlarını tercih etmiştir. BGB m. 446 hükmünde açıkça “satılanın beklenmeyen hal dolayısıyla yok olması veya kötüleşmesi tehlikesinden” bahsetmektedir.

21 Akıntürk (n 5) 26; Tandoğan (n 15) 107; Nomer, Engin (n 4) 72; Eren (n 15) 48.

2. Hasar sorunu. Hasar sorunu, satış sözleşmesinin kurulmasından ifasına kadar geçen süre içinde satılanın yok olması veya kötüleşmesi yani değerinin azalması sebebiyle ifanın sözleşme taraflarından herhangi birine atfedilemeyecek şekilde imkânsızlaşması sonucunda²² ortaya çıkan malvarlığı zararına kimin katlanması gerektiği sorunu ifade eder²³. Bu açıdan hasar sorunu, bir anlamda alıcının ve satıcının sorumlu tutulamadığı ifa imkânsızlığının yarattığı ekonomik riskin yani zarara katlanma tehlikesinin sözleşmenin taraflarından kimin üzerinde bırakılması gerektiği sorunu çözümler²⁴. Söz konusu sorunun alıcı ve satıcı açısından iki boyutu mevcuttur. İlk olarak hasar sorunu satış sözleşmesinin konusunu oluşturan satılanın sözleşmenin taraflarına atfedilemeyecek bir sebeple yok olması durumunda alıcının satılanın mülkiyetini devir borcunun devam edip etmeyeceği sorunu üzerinde durmaktadır. İkinci olarak ise hasar sorunu ilk sorunun meydana gelmesi durumunda alıcının satış bedelini ödeyip ödemesi gerektiği sorunu üzerinde durmaktadır. TBK m. 137 ve m. 208 ile CISG m. 66 ila 70 hükümleri söz konusu bu sorunu çözümler üzere sevk edilmiş hükümlerdir.

3. Borca ilişkin hasarın borç ilişkisinin tarafları açısından görünüm şekilleri.

a. Edim hasarı. Edim hasarı²⁵, satış sözleşmesinin kurulmasından ifasına kadar geçen süre içinde satılanın yok olması veya kötüleşmesi yani değerinin azalması sebebiyle ifanın sözleşme taraflarından herhangi birine atfedilemeyecek şekilde imkânsızlaşması sonucunda satıcının borçlandığı edimi yerine getirmesinin veya onun yerine geçecek bir tazminat alacağına ödenmesinin satıcı tarafından talep edilip edilemeyeceği sorunu ile ilgilidir²⁶. Yani söz konusu kavram, borcun doğumundan ifasına kadar geçen süre içinde satıcının veya onun yardımcılarının kusurundan ileri gelmeyen veya kusursuz sorumluluk halleri sebebiyle sorumlu olmadıkları fiili veya hukuki engeller sonucu ifa imkânsızlığının meydana gelmesi tehlikesini ve bu tehlikenin sonuçlarının sözleşmenin hangi tarafı üzerinde doğması gerektiğini ifade eder²⁷.

22 Bu açıdan ifa imkânsızlığında satıcının kusurunun olması değil satıcının hukuken sorumlu tutulamaması gerekmektedir. Zira satıcı kusursuz olsa dahi ifa yardımcısı kullanmışsa veya mevcut olayda kusursuz sorumluluk halleri mevcutsa yine de ifa imkânsızlığından hukuken sorumlu olacaktır.

23 Akıntürk (n 5) 26; Tandoğan (n 15) 107; Pierre Tercier, Laurent Bieri, Blaise Carron, Les contrats spéciaux (5^{ème} Edition, Schulthess Verlag Editions Romandes 2016) 127; Neumayer, Ming (n 15) 419, para 2; Nomer, Engin (n 4) 72; Eren (n 15) 48; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30; Peter Schlechtriem, Petra Butler, UN Law on International Sales The UN Convention on the International Sale of Goods (Springer Verlag 2009) 164-65; Lief Sevón, "Passing of Risk" in Institut suisse de droit comparé, Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises: colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre (Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985).

24 Yargıtay 13. HD, T. 15.9.1994, E. 1994/6197, K. 1994/7587 <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-1994-6197.htm>> son erişim tarihi 25.08.2018: "Gerçekte de, satım akdinde nef'i ve hasarın intikali denilince, akdın doğumundan sonra fakat ifasından önceki devrede şeyde hasıl olan tabii ve hukuki semereler ile şeye arız olan ve onun bozulması, kötüleşmesi, telef olması gibi sonuçlar yaratan zararlı hallerin alıcıya hangi andan itibaren geçmiş olacağı amaçlanır."

25 Edim hasarına "maddi edim hasarı" da denmektedir.

26 Luc Thévenoz, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-529 CO (Luc Thévenoz et Franz Werro Eds, 2^{ème} Edition, Helbing Lichtenhahn 2012) art. 119 CO, para 3; Neumayer, Ming (n 15) 421, para 4; Akıntürk (n 5) 27; Eren (n 15) 49; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 70; Nomer, Engin (n 4) 74; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 29-30.

27 Neumayer, Ming (n 15) 421, para 4; Nomer, Engin (n 4) 74.

Satılanın yok olması veya kötüleşmesine rağmen satıcının satılanı sözleşmeye uygun bir şekilde ifa zorunluluğu devam ediyorsa, yani sonradan gerçekleşen ve borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığında satılanın zarara uğrama riski satıcının üzerinde bırakılmışsa edim hasarı satıcıdadır. Öte yandan satıcının sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı gerçekleştiğinde satıcı borçtan kurtuluyor ve kendisinden satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devretmesi veya satılanın mülkiyetinin devredememesi sebebiyle tazminat ödemesi istenemiyorsa bu durumda edim hasarı alıcıdadır. Belirtmek gerekir ki bu durumda satılan sigorta ettirilmişse söz konusu ifa imkânsızlığı riskinin gerçekleşmesi sonucu alıcının *ikame değer, kaim değer ya da surrogat* olarak kabul edilen sigorta parasını talep etme hakkı bulunduğu kabul edilmektedir²⁸. Satılan kamulaştırılmışsa kamulaştırma bedeli ya da üçüncü kişinin fiiliyle zarara uğramışsa talep edilecek olan tazminat alacağı da bu durumda dürüstlük kuralının da haklı göstermesi durumunda *surrogat* olarak talep edilebilecektir²⁹.

b. Karşı edim hasarı. Karşı edim hasarı³⁰, satış sözleşmesinin kurulmasından ifasına kadar geçen süre içinde satılanın yok olması veya kötüleşmesi yani değerinin azalması sebebiyle ifanın sözleşme taraflarından herhangi birine atfedilemeyecek şekilde imkânsızlaşması sonucunda satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunun kalkmasına rağmen satıcının karşı edimin ifasını talep edip edemeyeceği yani alıcının bedel borcunu ödemek zorunda olup olmaması tehlikesi ile ilgilidir³¹. Bu sebeple işin niteliği gereği karşı edim hasarı, ancak satış sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olur³².

Satış sözleşmesinde satılanın mülkiyetini devir borcu ile bedel ödeme borcunun bir *synallagma* yani karşılıklı değiş tokuş içerisinde bulunmasının karşı edim hasarı ile edim hasarı açısından bazı sonuçları mevcuttur³³. Karşı edim hasarının var olabilmesi için öncelikle edim hasarının var olması ve söz konusu edim hasarının alacaklı üzerinde olması yani satıcının borcundan kurtulması gerekmektedir³⁴. Bu açıdan karşı edim hasarı, edim hasarının bir sonucudur³⁵. Zira edim hasarının alıcıya değil satıcıya ait olması durumunda satıcı, imkânsızlaşan edimin yerine başka bir edimi ifa etmek zorunda olacağından bu durumda alıcı da kendi borcunu ödemek durumunda kalacaktır.

28 Belirtmek gerekir ki Fransız Medeni Kanunu m. 1303 ve BGB m. 285 aynı esası benimsemiştir. Belirtmek gerekir ki bu durumda edim hasarının alıcıda olması kuralı kaim değer talep edilmesi karşısında uygulanmayacaktır. M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, vol 1 (16. Bası, Vedat Kitapçılık 2018) 562.

29 Oğuzman, Öz (n 26) 562.

30 Karşı edim hasarına “bedel hasarı” da denmektedir.

31 CR CO-I, Luc Thévenoz, art. 119 CO, para 11; Schwarz (n 14) 160; Akıntürk (n 5) 28; Eren (n 15) 49; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 72; Nomer, Engin (n 4) 79; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30.

32 Akıntürk (n 5) 28; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30.

33 CR CO-I, Luc Thévenoz, art. 119 CO, para 10-11.

34 Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30; Nomer, Engin (n 4) 79.

35 Tercier, Bieri, Carron (n 22) 127; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30.

Satıcıya atfedilemeyen sebeplerle satılanın yok olması veya kötüleşmesi nedeniyle ifanın imkânsızlaşması durumunda, satıcı satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcundan kurtuluyor, buna rağmen bedel alacağını talep etme hakkını kaybetmiyorsa, diğer bir deyişle satılanın mülkiyetini devir hakkını kaybeden alıcı aynı zamanda satış bedelini ödeme tehlikesi ile karşı karşıya kalıyorsa karşı edim hasarı alıcıdadır. Öte yandan satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcundan kurtulan satıcı, buna mukabil bedel alacağını talep etme hakkını kaybediyorsa ya da satılanın mülkiyetini devir hakkını kaybeden alıcı, satış bedelini ödeme tehlikesi ile karşı karşıya kalmıyorsa karşı edim hasarı satıcıdadır. Ancak belirtmek gerekir ki satıcının sözleşmeye tamamen yabancı bir malı ifa olarak alıcıya sunması durumunda yani yabancı edimin ya da aliud ifanın söz konusu olduğu hallerde bu malın yok olması ya da kötüleşmesi hasar sorununa vücut vermez³⁶. Esasen burada borcun hiç ifa edilmemesine bağlanan sonuçlar söz konusu olmalıdır.

B. Hasar Sorunun Farklı Hukuk Sistemlerindeki Çeşitli Çözüm Şekilleri

Çeşitli hukuk sistemleri incelendiğinde hasar sorunu üzerinde hasarın kime ait olduğu ve nasıl geçtiği konusunda temelde üç farklı çözüm yolu benimsendiği görülür³⁷. Bu çözüm yollarından ilkinde hasar sözleşme taraflar arasında geçerli olarak kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. İkinci çözüm yolunda hasar sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu andan zilyetliğin devrine veya satılanın alıcıya teslimine kadar geçen süre içinde satıcıdadır. Bu durumda hasar zilyetliğin devri veya satılanın alıcıya teslimi ile alıcıya geçer. Üçüncü çözüm yolunda hasar, mülkiyetin devrine kadar satıcıda kalmakta, mülkiyetin devri ile beraber alıcıya geçmektedir.

1. Roma Hukuku'nda.

Roma Hukuku'nda satıcı beklenmedik halden (casus) gelen zararlardan sorumlu değildir. Dolayısıyla beklenmedik hal sonucunda satıcının kusuru olmaksızın mal yok olursa satıcı borcundan kurtulmaktadır³⁸. Bu prensip “casus a nullo praestantur” (beklenmedik hallerden kimse yükümlü olmaz) şeklinde ifade edilmektedir. Dolayısıyla kusuru olmayan satıcı borcundan kurtulmaktadır. O halde Roma Hukuku'nda edim hasarına alıcı katlanmaktadır. Justinianus'un Corpus Juris Civile'sinden günümüze intikal eden³⁹ karşı edim hasarı için öngörölmüş prensip ise “periculum emptoris

36 Sevón (n 22) 201; Neumayer, Ming (n 15) 425, para 7.

37 Institutiones 3.23.3, CCF art. 1583, Mecelle m. 262, CC art. 119, 185, BGB § 326, 446, Sale of Goods Act 1979 m. 20, Uniform Commercial Code-UCC § 2-509, § 2-510. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Bernd von Hoffmann, “Passing of Risk in International Sales of Goods”, in Hoffman etar Sarcevic and Paul Volken (eds), International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures (Oceana 1986) 268ff.

38 Türkan Rado, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku (Filiz Kitabevi 2014) 95; Ziya Umur, Roma Hukuku Ders Notları (3. Bası, Beta Yayınevi 2010) 361; Belgin Erdoğan, Roma Borçlar Hukuku Dersleri (1.7.2012'de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, Der Yayınları 2014) 79; Nisim Franko, “Satım Aktinde Hasarın İntikali” (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1998) Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan 349, 349.

39 Schwarz, Alman Roma hukukçusu Franz Haymann'a atfıla Justinianus Hukuku'nda benimsenen bu prensibin Bizans döneminden kalma bir kural olduğunu savunmakta, interpolatio yoluyla değiştirilen bu hükmün aslında klasik dönemde

est” ya da “ *periculum ad emptorem pertinent*” (*hasar alıcıya aittir.*) kuralı ile açıklanmaktadır⁴⁰. Dolayısıyla satılanın zilyetliğinin devrine kadar geçen süre içinde beklenmedik hal sebebiyle satılanın yok olması sonucu satıcının malın zilyetliğini teslim borcundan⁴¹ kurtulmasına rağmen alıcı, satış bedelini ödeme borcu altında olacaktır. Belirtmek gerekir ki çeşit satışlarında ise “*genus non perit*” (*nevi telef olmaz*) kuralı gereği ifa imkânsızlığı söz konusu olmayacaktır.

Çokça eleştirilmiş olan bu çözüm yolunun *ratio legis*'i, satıcının satış sözleşmesinin kurulmasından sonra satılanı yanında alkoymasının kendisi için bir menfaat sağlamadığı yönündeki çıkarım ve alıcıyı bir an evvel satılanı teslim almaya yöneltme anlayışındır⁴². Bu sebeple Roma Hukuku'nda ilk çözüm yolu benimsenmiş ve sözleşmenin kurulması ile birlikte karşı edim hasarının alıcıya geçeceği kararlaştırılmıştır. Belirtmek gerekir ki eBK da Roma Hukuku'ndan gelen bu prensibe sadık kalarak “*periculum emptoris est*” kuralını benimsemişti.

2. İsviçre Hukuku'nda.

CO art. 20/I'e göre sözleşmenin kurulmasından önce satılanın yok olması sebebiyle meydana gelen imkânsızlık halinde, neticelerini satıcının katlanacağı baştaki imkânsızlık sorunu meydana gelecektir⁴³. Satılanın borcun ifasından sonra yok olması tehlikesine ise satılanın maliki haline gelmiş olan alıcı katlanacaktır⁴⁴. CO art. 119⁴⁵ hükmüne göre ise edimin borçluya atfedilemeyen bir sebeple borcun ifasından önce imkânsızlaşması sonucunda borçlunun borcundan kurtulacağı, buna karşılık olarak da karşılıklı borç doğuran bir sözleşmede alacaklının da kendi edimini yerine getirmek zorunda olmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla edim hasarına katlanan alıcı, satıcıya atfedilemeyen bir sebeple satılanın yok olması veya kötüleşmesi sonucunda hasara uğraması sebebiyle artık satıcıdan satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcunu yerine getirmesini talep edemeyecektir⁴⁶. Ancak CO art. 119/III hükmü ile hasarın borcun ifasından önce alacaklıya yükletilmiş olduğu haller saklı tutulmuştur. Bu açıdan CO art. 119/I hükmü ile CO art. 185 hükmü birbirine

hasarın teslimden sonra alıcıya geçtiği hususunu düzenlediğini düşünmektedir. Schwarz (n 14) 163.

40 Schwarz (n 14) 160; Umur (n 35) 361; Rado (n 35) 95; Franko (n 35) 350; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 70; Eren (n 15) 47; Sabri Şakir Ansay, “Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistem Arasında Bir Mukayese” (1953) 1-4 AÜHFD 450, 455.

41 Roma Hukuku'nda satıcı satılanın mülkiyetini geçirme borcu altında almayıp satılanın rahat zilyetliğini alıcıya devretme borcu altındadır.

42 Ansay (n 37) 455; Tandoğan (n 15) 106.

43 Tercier, Bieri, Carron (n 22) 127.

44 ibid.

45 TBK m. 136 hükmünün mehz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki karşılığıdır.

46 CR CO-I, Luc Thévenoz, art. 119 CO, para 3; Tercier, Bieri, Carron (n 22) 128; Pierre Engel, *Traité des obligations en droit suisse: Dispositions générales du CO* (2^{ème} Edition, Staempfli Editions SA 1997) 782.

sıkı sıkıya bağlıdır⁴⁷. Zira CO art. 185/I⁴⁸, karşı edim hasarı açısından bir istisna getirerek karşı edim hasarının sözleşmenin kurulmasıyla beraber alıcıya geçeceğini kararlaştırmıştır⁴⁹. Böylece İsviçre Kanun Koyucusu hasarın geçişinde sözleşmenin kurulması anını esas tutan ilk çözüm uyarınca, Roma Hukuku'nda da kabul edilen "periculum emptoris est" kuralına sadık kalmıştır⁵⁰. Mülkiyetin nakli ile hasarın intikali birbirinden farklı bir hukuk mantığı ile düzenlenmiş ve hasarın intikal ettiği an sözleşmenin kurulması anına çekilmiştir⁵¹.

Belirtmek gerekir ki edim hasarına CO art. 119 hükmü ile kabul edilen genel kural uyarınca alıcı katlanacak, satılanın satıcıya atfedilemeyen bir sebeple imkânsızlaşması neticesinde satıcı satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcundan kurtulacaktır. CO art. 185/I hükmü ile karşı edim hasarı açısından kabul edilen prensibe göre karşı edim hasarı, hazırlar arası bir sözleşme söz konusu ise doğrudan muhatabın kabul beyanıyla, hazır olmayanlar arasında bir sözleşme söz konusu ise, kabul beyanının önerene ulaşmasıyla alıcıya geçecektir⁵². CO art. 10/I hükmü uyarınca sözleşme, hükümlerini kabul beyanının muhataba gönderilmesi ile doğuruyor olsa da karşı edim hasarı, kabul beyanının önerene ulaşmasıyla alıcıya geçecektir⁵³. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu hüküm, satılanın yok olması sebebiyle ifa menfaati gerçekleşmemiş olan alıcıya, aynı zamanda satış bedelini ödeme mecburiyeti öngördüğü için oldukça eleştirilmektedir⁵⁴. Bu sebeple söz konusu hükmün uygulama alanı, öğreti ve uygulama yoluyla getirilen istisnalarla oldukça genişletilmiştir⁵⁵.

Söz konusu istisnalar tarafların aksine bir anlaşma yapmış olmalarından, halin icabından, ferdileştirilmemiş cins borcunun telef olmayacağı kuralından veya mesafeli satışlarda hasarın satılanın ferdileştirilerek bağımsız taşıyıcıya devredilmesiyle geçeceği

47 Tercier, Bieri, Carron (n 22) 128; Engel, Dispositions générales (n 45) 783; Pierre Engel, Contrats de droit suisse: Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innomés (2^{ème} Edition, Staempfli Editions SA 2000) 57.

48 eBK m. 183 hükmünün mehz İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki karşılığıdır. Tandoğan'a göre söz konusu hüküm kaynağını Bizans Hukuku'ndan almaktadır. Tandoğan (n 15) 105.

49 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu kodifikasyonunda batıdaki kantonların Fransız sistemini, diğer kantonların Alman sistemini benimsemiş olması tartışılmış, neticede Roma Hukuku'nun getirdiği prensip üstün gelmiştir. CO art. 185 de Roma Hukuku'da kabul edilen "periculum emptoris est" kuralına sadık kalmıştır. 6098 sayılı TBK ise öğretilde ifade edilen görüşler doğrultusunda mehz İsviçre Kanunu'nda ve 818 sayılı eBK m. 183'te kabul edilmiş olan bu prensipten ayrılmıştır. Belirtmek gerekir ki söz konusu prensip İsviçre-Türk öğretisinde büyük eleştirilere konu olmuştur.

50 Tercier, Bieri, Carron (n 22) 129.

51 Mustafa Doğan, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Intikali (1. Bası, Yetkin Basımevi 2016) 78.

52 CR CO-I, Silvio Venturi, Marie-Noelle Zen-Ruffinen, art. 185 CO, para 6.

53 ibid.

54 CR CO-I, Silvio Venturi, Marie-Noelle Zen-Ruffinen, art. 185 CO, para 4; Engel, Partie spéciale (n 46) 57; Arrêt du Tribunal Fédéral 128 III 370 <<https://www.swisslex.ch/Doc/ShowDocView/3bdb31ed-84a8-4ab0-ba8c-e1f59178bba0?hiTPos=1&source=find-redirect-from-single-hit&SP=2%7C1mofyt>> son erişim tarihi 25.08.2018 ve kararda anılan yazarlar. İsviçre öğretisi, alıcının ancak malik olduğu ya da malik olması için satılanın zilyetliğinin kendisine devredildiği andan sonra ortaya çıkacak hasar riskine katlanmasının doğru olduğunu savunmaktadır. Söz konusu kararda da İsviçre Federal Mahkemesi hasar konusunda ana kuralın dar yorumlanması gerektiğini ve istisnalara daha geniş bir uygulama alanı tanınması gerektiğini savunmaktadır. Söz konusu görüş eBK döneminde Türk öğretisi tarafından da savunulmuştur.

55 CR CO-I, Silvio Venturi, Marie-Noelle Zen-Ruffinen, art. 185 CO, para 13ff.

kuralından yahut geciktirici koşula bağlı satışlarda hasarın koşulun gerçekleşmesiyle beraber alıcıya geçeceği kuralından ileri gelebilir⁵⁶. CO art. 185/II uyarınca mesafeli satışlarda hasar, satılanın çeşit borcu olması durumunda ancak ferdileştirilmesi ve bağımsız bir taşıyıcıya devredilmesi durumunda alıcıya geçecektir.

3. Fransız Hukuku'nda.

Fransız Hukuku hasarın intikali bakımından üçüncü çözüm yolunu benimsemiş ve hasarın geçişini satılanın mülkiyetinin alıcıya nakline bağlamıştır. Dolayısıyla “res perit domino” (*hasar malikindir.*) veya “casum sentit dominus”⁵⁷ (*umulmayan halin neticesine malik katlanır.*) prensibi benimsenmiştir⁵⁸. Zira Roma Hukuku'ndan farklı olarak Fransız Hukuku'nda aynı bir etkiye sahip olan satış sözleşmesi neticesinde, parça satışında mülkiyet CCF art. 1583'e göre⁵⁹ tarafların satılan ve satış bedeli üzerinde anlaşmalarıyla birlikte sözleşmenin kurulması anında alıcıya geçmektedir. Böylece hasarın alıcıya geçmesi, mülkiyetin alıcıya geçmesinin doğal bir sonucu olmakta, malik haline gelen alıcı satılanın yok olması veya kötüleşmesi sebebiyle meydana gelecek zarar tehlikesine de katlanmaktadır⁶⁰. CCF art. 1585 hükmüne göre satılanın bütünüyle değil sayılarak, ölçülerek ya da tartılarak satıldığı çeşit satışlarında; hasarın satılanın sayıldığı, ölçüldüğü veya tartıldığı anda alıcıya geçeceği öngörülmüştür^{61 62}. Bu açıdan CCF art. 1585, sözleşmenin kurulması anında satılanın belirli olmaması sebebiyle genel kuraldan ayrılmış ve çeşit satışlarında satılanın sözleşmeye özgülenerek belirli hale getirilmesini aramıştır. Dolayısıyla çeşit satışlarında satılanın yok olması veya kötüleşmesi sebebiyle hasar, satılanın borcun ifası için ayırt edilerek ferdileştirildiği

56 CR CO-I, Silvio Venturi, Marie-Noelle Zen-Ruffinen, art. 185 CO, para 13ff; Engel, *Partie spéciale* (n 46) 58; Tercier, Bieri, Carron (n 22) 131.

57 Belirtmek gerekir ki Latince olarak ifade edilen bu kural Roma dönemi hukukçuları tarafından değil daha sonraki hukukçular tarafından Latince formüle edilmiş bir kuraldır. Schwarz (n 14) 161.

58 Schwarz (n 14) 161; Tandoğan (n 15) 105; Franko (n 35) 350; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 70-71; Eren (n 15) 47; Doğan (n 48) 71.

59 CCF art. 1583 <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>> son erişim tarihi 25.08.2018: “Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.” (Tarafların bedel ve satılan üzerinde anlaşmaları ile sözleşme tamamlanır ve mülkiyet kendiliğinden satıcıdan alıcıya geçer.)

60 Schwarz (n 14) 161; Tandoğan (n 15) 105; Franko (n 35) 350; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 70-71; Eren (n 15) 47; Doğan (n 48) 71.

61 CCF art. 1585 <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>> son erişim tarihi 25.08.2018: “Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement.” (Satılanın tamamının satılmadığı hallerde, satılan ağırlığına, sayısına veya ölçüsüne göre satılıyorsa satılan tartılana, sayılana ya da ölçülene kadar risk satıcıdadır. Bu durumda alıcı satılanın teslimini isteyebileceği gibi satıcının yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde tazminat talebinde de bulunabilir.)

62 Mecelle m. 262'de de Fransız Hukuku'nda olduğu gibi mülkiyetin sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçmesi prensibi kabul edilmektedir. Tandoğan (n 15) 105; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 71; Eren (n 15) 47; Franko (n 35) 350. Ayrıca bkzn: Mecelle m. 262: “Bey'de kabz şart değildir”. Ancak Mecelle'de m. 293'te sistemin özüne aykırı kabul edilebilecek bir kural benimsenmiş ve satılanın alıcıya teslimine kadar hasarın satıcıda kalacağı, satılanın telef olma riskinin ancak teslimle alıcıya geçeceği kararlaştırılmıştır. Ansay (n 37) 455. Bu açıdan öğretide birçok eserde Mecelle'de benimsenen sistem ile Fransız sisteminin aynı esasları benimsediği yönünde takdim edilen görüş tartışmaya açıktır. cf Tandoğan (n 15) 105; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 71; Eren (n 15) 47; Franko (n 35) 350. Ayrıca bkzn: Mecelle m. 293: “Mebi kable'l-kabz bayi'in yedinde telef olsa müşteri hakkında bir şey tertip etmeyip zararı bayi'a ait olur.” Ancak Mecelle m. 236'da satılanın teslimine kadar geçen süre içinde meydana gelen zararın ise alıcıya ait olduğu kararlaştırılmıştır. Ayrıca bkzn: Mecelle m. 236: “Bad-el akd ve kabl-el kabz mebi'de hâsıl olan semen ve ziyade müşteriye ait olur.”

anda alıcıya geçecektir⁶³. Bu durumda CCF art. 1585'te alıcının satılanın teslimini isteyebileceği ifade edilmiştir. O halde satıcı tarafından ferdileştirilerek sözleşmeye özgülenmeyen satılan, en geç satılanın alıcıya teslimi anında belirli hale gelecek ve hasar da satılanın mülkiyetiyle beraber alıcıya geçecektir.

Belirtmek gerekir ki İngiliz Hukuku'nda da mal satışını düzenleyen "Sale of Goods Act"⁶⁴ m. 20'ye göre hasarın geçişi sorunu, mülkiyetin alıcıya geçtiği ana göre çözümlenmiştir. Öte taraftan Fransız Hukuku'nda olduğu gibi "Sale of Goods Act" m. 17'ye göre tarafların mülkiyeti geçirmek hususunda anlaştıkları anda mülkiyet alıcıya geçmektedir. Bu açıdan İngiliz sistemi Fransız Kanun Koyucusu'nun düzenlediği sistemin aynısıdır⁶⁵.

4. Alman Hukuku'nda.

Alman Hukuku'nda karşı edim hasarının geçişi, satılanın alıcıya teslimi ile beraber gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla satılanın teslimine kadar geçen süre içinde karşı edim hasarına satıcı katlanmakta, teslim ile beraber satılanın yok olması veya kötüleşmesi riski alıcıya geçmektedir. Böylece ikinci çözümü benimseyen Alman Kanun Koyucusu "periculum emptoris est" kuralından tamamen ayrılmış, ayrıca hasarın geçişini mülkiyetin devri ile değil zilyetliğin devrinin bir türü olan "teslim" ile açıklamıştır. Alman Medeni Kanunu'nda yapılan 2002 reformu ile BGB § 275, imkânsızlık hallerini tek bir maddede düzenlemiş, ifa imkânsızlığının sübjektif veya objektif ya da sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra olduğuna bakılmaksızın borcu sona erdireceği kuralına yer vermiştir⁶⁶. O halde BGB § 275/I hükmü uyarınca edim hasarına alıcı katlanacak ve satılanın yok olması sebebiyle ifanın imkânsızlaşması halinde borç sona ereceği için alıcı satılanın zilyetlik ve mülkiyetinin kendisine devrini talep edemeyecektir⁶⁷. Ancak belirtmek gerekir ki söz konusu hüküm çeşit borçlarında ve para borçlarında uygulama alanı bulmayacaktır⁶⁸. Dolayısıyla çeşit borçlarında "nevi telef olmaz." kuralı varlığını devam ettirecektir.

BGB § 275/IV hükmü ifa imkânsızlığının sonuçları bakımından BGB § 326 hükmüne atıf yapmaktadır. BGB § 326 hükmüne göre satılanın alıcıya teslimine kadar olan süre içinde satılanın satıcıya atfedilemeyen bir sebeple yok olması sonucu ifanın imkânsızlaşması halinde satıcı, karşı edim olan satış bedelinin ifasını talep edemeyeceği gibi şayet satış bedeli ifa edilmiş ise alıcı söz konusu miktarın kendisine

63 Yavuz, Acar, Özen (n 5) 71.

64 Sale of Goods Act 1979 < <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54> > son erişim tarihi 25.08.2018.

65 Bridge (n 7) 193.

66 Serkan Ergüne, "Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları" (2004) İÜHF 351, 353; Doğan (n 48) 72.

67 Belirtmek gerekir ki BGB § 285 hükmü gereği alıcı ifa imkânsızlığına rağmen borçlunun elde ettiği kaim değeri (surrogat) talep hakkına sahiptir. Bu durumda ifa imkânsızlığının sonuçlarını düzenleyen BGB § 275 hükmü uygulanmayacaktır. Ergüne (n 65) 365ff.

68 Ergüne (n 65) 353.

iadesini talep edebilecektir⁶⁹ 70. Bu durumda satılanın alıcıya teslimine kadar geçen süre içinde satıcıya atfedilemeyen bir sebeple meydana gelen ifa imkânsızlığında karşı edim hasarına satıcı katlanmakta, edimini ifa mecburiyetinden kurtulması sebebiyle karşı edim alacağını da talep hakkını kaybetmektedir. BGB § 326 b. II/1 hükmüne göre alıcının satılanı kabulde alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda karşı edim hasarı malın teslimi gerekmeksizin alıcıya geçmekte, dolayısıyla alacaklı temerrüdünden itibaren malın satıcıya atfedilemeyen sebeplerle yok olması durumunda alıcı satış bedelini ödeme mecburiyeti altında olmaktadır⁷¹.

BGB § 446 hükmü ise satış sözleşmesinde karşı edim hasarının alıcıya geçtiği anı düzenlemektedir. Söz konusu hükme göre karşı edim hasarı satılanın teslimi ile birlikte alıcıya geçmekte ve teslimle beraber satılanın yok olma veya kötüleşme tehlikesine alıcı katlanmaktadır⁷². BGB § 447 hükmü ise mesafeli taşılar açısından bir istisnaya yer vererek, “alıcının isteği üzerine” satılanın ifa yerinden başka bir yere götürülmesi durumunda karşı edim hasarının satılanın bağımsız bir taşıyıcıya devri ile alıcıya geçeceğini düzenlemektedir. Ayrıca söz konusu istisna BGB § 447/II hükmü uyarınca tüketici satışlarında uygulanmayacak ve tüketici satışlarında hasar, genel kurala uygun olarak satılanın alıcıya teslimi ile birlikte tüketiciye geçecektir. Çeşit satışlarında ise satılanın somutlaştırılarak sözleşmeye özgülenmesinden önce meydana gelebilecek olan satılanın yok olması veya kötüleşmesi tehlikesine satıcı katlanacak ve satılan bağımsız bir taşıyıcıya teslim edilebilse bile “genus non perit” kuralı uygulama alanı bulacaktır⁷³. Ancak çeşit satışında satılanın somutlaştırılarak sözleşmeye özgülenmesi durumunda satılanı teslim etme borcu parça borcuna dönüşecek, satılanın somutlaştırılmaması durumunda ise satılan en geç alıcıya teslim anında sözleşmeye özgülenerek somutlaşacağı için teslim anında karşı edim hasarı da alıcıya geçecektir.

II. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçışı

A. Genel Olarak

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nda (CISG) hasarın geçışı meselesi IV. Bölümde CISG m. 66-70 hükümlerinde düzenlenmiştir. CISG m. 66'da hasarın geçişinin temel sonucu

69 Ergüne (n 65) 372; Doğan (n 48) 74.

70 Reform öncesi düzenlemede BGB § 323 hükmünde ifanın imkânsızlaşmasından önce ifa edilen edimin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri isteneceği açıkça belirtilmişti. Yeni düzenlemede ise BGB § 326 hükmü sadece edimlerin iadesi kavramına yer vermektedir. Ancak bu iadenin kapsamının sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir. Ergüne (n 65) 272.

71 Ergüne (n 65) 373.

72 Schwarz (n 14) 161; Tandoğan (n 15) 105; Yavuz, Acar, Özen (n 15) 71; Eren (n 15) 47-48; Franko (n 35) 350.

73 Doğan (n 48) 74-75.

düzenlenmiş olup, CISG m. 67-69 hükümlerinde hasarın hangi anda intikal edeceği sorunu çözümlenmiştir. Son olarak CISG m. 70 hükmünde hasarın intikali sorunu ile sözleşmenin esaslı ihlali arasındaki bağlantı düzenlenmiştir.

Karşılaştırmalı hukuk penceresinden bakıldığında hasarın geçişi meselesini düzenleyen CISG hükümleri ile birçok hukuk sisteminin benzerlik içinde olduğu görülür. Hasar sorununun çözümünde mehz İsviçre Borçlar Kanunu düzenlemesinden ayrılan TBK m. 208 hükmü ile düzenlenen karşı edim hasarının alıcıya geçiş prensipleri ile CISG m. 66-70 hükümleriyle düzenlenen milletlerarası taşınır mal satışlarında karşı edim hasarının alıcıya geçiş prensipleri, Alman Medeni Kanunu'nun karşı edim hasarının alıcıya geçiş düzenlemeleriyle paralellik arz etmektedir. Ayrıca Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu (The Uniform Commercial Code) § 2-509'da malların alıcı veya varsa taşıyan tarafından teslim alınmasıyla karşı edim hasarının alıcıya geçeceği öngörülmüştür. Bu açıdan da Amerikan Yeknesak Ticaret Kanunu, CISG'in hasar hükümlerinin temel kaynağı olarak görülmektedir⁷⁴. Dolayısıyla CISG hükümlerinin Alman, Türk ve Amerikan hukuk sistemleri açısından yakın ve paralel düzenlemeler sevk etmiş olması, CISG'in söz konusu ülkelerde tatbikini kolaylaştırmaktadır.

CISG çerçevesinde hasar kavramının kapsamına hangi hallerin dâhil olduğu ise tartışmalıdır⁷⁵. El koyma ve kamulaştırma gibi resmi müdahaleler bir görüşe göre⁷⁶ sigorta korumasının mevcut olmaması sebebiyle hasar kavramına dâhil edilmemekte ise de bizim de katıldığımız diğer görüşe göre Türk Borçlar Hukuku ile uyumlu olarak hasar kavramına dâhil edilmelidir⁷⁷. Zira bu tür müdahaleler tarafların iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkabilmekte olup, tarafların söz konusu resmi müdahaleye direnemeyecekleri, sözleşmenin kurulması esnasında da nazara alamayacakları belirsiz bir karakter ihtiva etmektedir⁷⁸. Öte yandan taraflara atfedilemeyen sebeple satılanın alıcıya tesliminin imkânsız hale gelmesi hasar sorunu dâhilinde nitelendirilmektedir. Belirtmek gerekir ki resmi müdahalelerin öngörülebilir olduğu durumlarda satıcının gerekli önlemleri almaması, örneğin taşıma organizasyonunun mevcut risklere göre düzenlenmemesi ihtimalinde satılanın satıcının kusuru neticesinde yok olması durumu ile karşılaşılabileceğinden esasen hasar sorunu meydana gelmeyecek ve satıcının tazminat yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Aynı şekilde

74 Bridge (n 7) 193.

75 Pascal Hachem, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi (Ingeborg Schwenzer ve Pinar Çağlayan Aksoy eds, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2015) 1079, para 6; Neumayer, Ming (n 15) 418, para 1; Schlechtriem, Butler (n 22) 165; Sylvain Bollé, "The Theory of Risks in the 1980 Vienna Sale of Goods Convention" (1999-2000) Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods 245, 247.

76 Schlechtriem, Butler (n 22) 165; Bollé (n 74) 274. Yazarlara göre ihracat yasakları ya da el koyma gibi herhangi bir devletin eyleminden kaynaklanan resmi müdahaleler, bu müdahalelere karşı sigorta korumasının olmaması ve ilgili tarafın söz konusu devlet müdahalesine karşı koyabilecek hukuki imkânlarla sahip olması sebebiyle "risk" kavramı içerinden değerlendirilemez. Bollé'ye göre resmi müdahaleler ancak savaş esnasında bir düşman devlet tarafından gerçekleştirilen el koyma eylemleri söz konusu olduğu zaman risk kavramı dâhilinde değerlendirilebilir. Zira bu durum satılanın fiziksel olarak yok olması durumuyla eşdeğerdir. Ayrıntılı bilgi için bknz: Bollé (n 74) 274.

77 Neumayer, Ming (n 15) 418-19, para 1; Hachem (n 74) 1080, para 7.

78 Neumayer, Ming (n 15) 418-19, para 1.

satılanın çalınması riski, değer kaybına neden olabilecek her türlü bozulma ve olağan sayılabilecek değer azalmaları hasar kavramı içinde değerlendirilmelidir⁷⁹.

İhracat lisansının alınmasının söz konusu olduğu hallerde bu lisansın alınması satıcının teslimat yükümlülüğü kapsamında olacağından, lisansın alınmaması CISG m. 66 uyarınca bu durumdan satıcı sorumlu olacaktır⁸⁰. Satıcının sorumluluktan kurtulması ise CISG m. 79 uyarınca söz konusu olabilecektir. Ancak öngörülemez şekilde yürürlüğe girmiş olan ithalat ve ihracat yasakları resmi müdahaleler kapsamında değerlendirilerek, hasar sorunu kapsamına dâhil edilebilmelidir.

CISG 66-70 hükümleri hasar sorununa, karşı edim hasarı açısından bir çözüm geliştirmektedir. Bu hükümler uyarınca karşı edim hasarı kendisine geçen alıcı, satıcının CISG m. 30 uyarınca teslim yükümlülüğünü veya CISG m. 58/I uyarınca malların taşıyıcının tasarrufuna hazır bulundurma yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle satış bedelini ödemekten kaçınamaz⁸¹. Alıcı hasar sorunun söz konusu olduğu hallerde sözleşmenin esaslı ihlalini ileri sürerek CISG m. 25 uyarınca sözleşmeden dönemez ya da CISG m. 81 uyarınca sözleşmenin ortadan kaldırılmasını talep edemez. Satıcı yine aynı durumda malın kötüleştiğini ileri sürerek bedelin indirilmesini isteyemez. Diğer taraftan, hasarın alıcıya intikalinden sonra alıcı CISG m. 79 uyarınca satılanın yok olmasının kendi denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ileri sürerek satış bedelini ödemekten kurtulamaz. Hasarı üstelenen alıcının satılanın yok olmasını ileri sürerek sözleşme ilişkisini sona erdirememesi yahut satılanın kendisine teslim edilmemiş olmasına rağmen satış bedelini ödemekten kaçınmaması sebebiyle bu gibi durumlarda öğretilen hasar doktrinin CISG’da düzenlenen diğer kurallarının önüne geçtiğinden bahsedilmektedir⁸². Zira satılanın yok olması veya kötüleşmesi riskine alıcı katlanmakta ve risk gerçekleşmiş olduğu için de alıcı diğer hukuki imkânlarla başvurma şansını kaybetmektedir.

CISG m. 66’da⁸³ hasarın geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesinin alıcıyı semeni ödeme borcundan kurtarmayacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm genel olarak karşı edim hasarının alıcıya intikalinin sonuçlarını öngörmektedir. O halde CISG m. 67 ve devamı hükümlerine göre karşı edim hasarının alıcıya geçmesinden sonra satılanın yok olması veya kötüleşmesi durumunda alıcı yine de satış bedelini ödeme borcu altında olacaktır. CISG m. 66 hükmünde ziya ve zararın satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanması durumu bir istisna

79 Neumayer, Ming (n 15) 418, para 1.

80 Hachem (n 74) 1081, para 10.

81 Neumayer, Ming (n 15) 419, para 2; Bridge (n 7) 196.

82 Bridge (n 7) 197.

83 CISG m. 66’da “Hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz” denildikten sonra “Meğerki, ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın” denilerek hasara taraflardan birinin sebebiyet verdiği durumların sanki hasar sorunu kapsamında değerlendirilebileceği itibarı uyandırılmıştır. Ancak “hasar” yahut “risk” kavramı yukarıda açıklandığı üzere hukuki olarak taraflara atfedilemeyen bir sebeple satılanın yok olması veya kötüleşmesi ihtimalini ifade etmektedir.

olarak öngörölmüştür. Esasen satılanın yok olması veya kötüleşmesi durumunun satıcının bir fiilinden ileri geldiği durumlarda hasar sorunundan bahsedilemeyeceği için bu durumun gerçek bir istisna teşkil ettiğinden söz edilemez. Esasen ziya veya zararın satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı durumlarda bir sözleşme ihlalinden bahsedilecek ve alıcı CISG’da kendisine tanınan hukuki çarelere başvurma imkânı elde edecektir.

O halde hasar sorunun söz konusu olduğu hallerde satılanın taşıma esnasında satıcıya atfedilmeyen bir olay sonucu mu hasara uğradığı, yoksa satıcının borcunu sözleşmeye uygun ifa etmemesi sonucu mu kötüleştiği sorusunun cevaplandırılması önem arz etmektedir⁸⁴. Bu açıdan alıcı ve satıcının ispat yükünü yerine getirmesi gerekmektedir⁸⁵. Bu gibi durumlarda GAFTA Standart Sözleşmesinde olduğu gibi satıcıya, malı taşıyıcıya teslim etmeden önce satılanının muayene edilmesi yönünde bir külfet yüklenmesi önerilmektedir⁸⁶.

B. Mesafeli Satışlarda (Gönderilecek Borçlarda) Hasar Sorunu

CISG m. 67/I hükmü bütün dünyada genel bir prensip olarak kabul eden taşıma esnasındaki risklere alıcının katlanması gerektiği kuralını düzenlemektedir. Bu hükme göre satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde alıcıya teslim etmeye mecbur değilse hasar, malların alıcıya ulaştırılması amacıyla satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile birlikte alıcıya geçecektir. Zira satılan üzerindeki hâkimiyet ve gözetimini sona erdiren satıcının değil satılanı teslim alacak olan alıcının meydana gelecek olan hasarlardan sorumlu tutulması amaçlanmış, ayrıca alıcı açısından söz konusu hasar sebebiyle taşıyıcı ile hesaplaşmak daha kolay ve pratik olduğu için alıcının satılanın taşıyıcıya teslimi ile birlikte karşı edim hasarını üsteneceği öngörölmüştür⁸⁷. Belirtmek gerekir ki söz konusu hükmün uygulanması CIF, FOB ya da Incoterms⁸⁸ gibi kayıtların sözleşmelere eklenmesi suretiyle bertaraf edilebilmektedir⁸⁹.

CISG m. 67/I c. 3 hükmünde belirtildiği üzere satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa da bu durum hasarın intikaline etki etmeyecektir⁹⁰. Bu belgeler tasarruf yetkisi veren belgeler olabileceği gibi daha sınırlı yetkiler veren

84 Bridge (n 7) 198; Schlechtriem, Butler (n 22) 168-69; Neumayer, Ming (n 15) 425, para 6.

85 Yargıtay’a göre satılanın sözleşmeye uygun bir şekilde taşıyıcıya teslim edildiğini ve meydana gelen hasarın satılanın taşıyıcıya devrinden sonra oluştuğunu ispat yükü satıcıdadır. Karar için bkz: Yargıtay 13. HD, T. 5.7.2004, E. 2004/1640, K. 2004/10820 <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-2004-1640.htm>> son erişim tarihi 25.08.2018: “Ne var ki, satıcı samanları vagonlara ayıpsız ve hasarsız olarak teslim ettiğini, samanların çürütmesi ve hayvan yemi olma özelliğini kaybetmesinin vagona yüklendikten sonra oluştuğunu kanıtlamalıdır. Mahkemenin samanlardaki çürümenin vagona teslimden önce meydana geldiğini ispat yükümlülüğünün davacıda olduğunun kabulü doğru değildir.”

86 Bridge (n 7) 198.

87 Hachem (n 74) 1090, para 5.

88 Güncel Incoterms listesi için bkz: <<http://www.iccwbo.org>> son erişim tarihi 25.08.2018.

89 Schlechtriem, Butler (n 22) 167; Neumayer, Ming (n 15) 420, para 3.

90 Schlechtriem, Butler (n 22) 167-68; Neumayer, Ming (n 15) 433-34, para 7; Sevón (n 22) 201; Hachem (n 74) 1097, para 27.

belgeler de olabilir. Söz konusu bu hüküm, hasarın intikalinin mülkiyetin devrinden bağımsız düzenlediği CISG sisteminde açısından da oldukça mantıklıdır⁹¹. Belirtmek gerekir ki şayet satıcı malları alıkoyma hakkına sahipse bu durum belgeleri alıkoyma durumundan farklıdır. Esasen satılan satıcının hâkimiyetinde kalacağı için satılanın alıkoyma olduğu durumlarda hasar alıcıya geçmeyecektir.

Karşı edim hasarının satılanın taşıyıcıya teslimi ile birlikte alıcıya geçmesi için satılanın taşınmasının gerekli olması, bağımsız bir taşıyıcının mevcut olması, satılanın taşıyıcıya verilmesi ve satılanın somutlaştırılması gerekmektedir.

1. Satılanın taşınmasının gerekli olması.

CISG m. 67/I'e göre satım sözleşmesinin malların taşınmasını gerekli kılması, hasarın alıcıya geçişi için ilk koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde hasarın satılanın taşıyıcıya teslimi ile birlikte alıcıya geçmesi için mevcut olayda bir mesafeli satıştan yahut bir gönderilecek borcun varlığından bahsetmek gerekmektedir⁹². Ayrıca bu husus CISG m. 67/I'de satıcının malları belirli bir yerde vermeye mecbur olmaması şeklinde de ifade edilmiştir. Zira satıcı malları belirli bir yerde alıcıya vermeye mecbur ise bu durumda bir gönderilecek borçtan değil götürülecek borçtan bahsedilecektir⁹³. Bu durumda karşı edim hasarı satılanın taşıyıcıya teslimi ile değil CISG m. 69 uyarınca satılanın alıcıya teslimi ile geçecektir⁹⁴. Ayrıca CISG m. 31'de satıcının malların teslimi yükümlülüğü, malların belirli bir yerde teslimi gerekli değilse ve satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ilk taşıyıcıya vermek şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla CISG m. 67/I uyarınca hasarın geçişi için satıcının teslim yükümlülüğünü satılanın taşıyıcıya teslimi ile ifa ettiği bir durum mevcut olmalıdır. Bu durumun mevcut olup olmadığının tespitinde ise masraflara hangi tarafın katıldığı, taşıma için organizasyon yükümlülüklerinin hangi tarafın üzerinde olduğu ya da satılanın sigorta ettirilmesi yükümlülüğünün hangi tarafa yüklendiği gibi hususlar önem kazanacaktır⁹⁵.

CISG m. 67/I hükmünün ikinci cümlesinde de açıkça ifade edildiği üzere satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmeyecektir⁹⁶. Bu durumda söz konusu hüküm, hasarın taraflar arasında dağıtılmasını öngörmektedir⁹⁷. Ancak belirtmemiz gerekir

91 Schlechtriem, Butler (n 22) 167-68; Neumayer, Ming (n 15) 433-34, para 7; Sevón (n 22) 194; Hachem (n 74) 1097, para 27; Zeytin (n 98) 224-25.

92 Neumayer, Ming (n 15) 433, para 6; Hachem (n 74) 1091, para 9.

93 Neumayer, Ming (n 15) 433, para 6.

94 Schlechtriem, Butler (n 22) 167; Neumayer, Ming (n 15) 427, para 2.

95 Hachem (n 74) 1091, para 10.

96 Örneğin FOB (free on board) Hamburg şeklinde bir kayıt öz konusu olduğu hallerde hasar, satılanın Hamburg limanında gemiye yüklenmesine kadar alıcıya geçmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Schlechtriem, Butler (n 22) 167; Neumayer, Ming (n 15) 430, para 5.

97 Schlechtriem, Butler (n 22) 168; Hachem (n 74) 1096, para 22.

ki son tahlilde satılanın belirlenen bir yerde taşıyıcıya teslimden önce mi yoksa taşıma esnasında mı hasara uğradığının tespitinde ispat yükü uyumsuzlukta belirleyici olacaktır. CISG m. 67/I c. 2 hükmü, sözleşmeye eklenen CIF Rotterdam benzeri kayıtlar nedeniyle CISG m. 6⁹⁸ uyarınca uygulanmayacak olsa da getirilen bu kayıtlar söz konusu hükümle paralellik arz etmektedir. Zira bu kayıtların varlığı halinde de belirlenen limanda satılan taşıyıcıya teslim edilene kadar hasar satıcıda kalmakta, ancak bu andan sonra alıcıya geçmektedir.

2. Bağımsız bir taşıyıcının mevcut olması.

Karşı edim hasarının satılanın taşıyıcıya teslimi ile alıcıya geçmesi için bağımsız bir taşıyıcının mevcut olması gerekmektedir⁹⁹. Dolayısıyla satıcının işçileri veya bağlı şirketleri ancak ifa yardımcısı sayılabilecek ve ifa yardımcıları bağımsız bir taşıyıcı olamadığı için hasarın ancak CISG m. 69 uyarınca satılanın alıcıya teslimi ile geçmesi mümkün olacaktır¹⁰⁰. Taşıma şirketinin satıcının bir iştiraki ya da bağlı kuruluşu olduğu durumlarda¹⁰¹ ise satıcı şayet talimat verme hakkını kullanmak suretiyle satılan üzerindeki fiili hâkimiyetini devam ettirebiliyorsa bu durumda bağımsız bir taşıyıcıdan bahsetmek mümkün olmayacaktır¹⁰².

Bu durumda tespit edilmesi gereken sorun satıcının bizzat kendisinin ya da ifa yardımcılarının taşıma zincirinin daha sonraki halkalarında taşıyıcı olarak ortaya çıkması durumunda hasarın intikal edip etmeyeceği hususudur. Bu durumda bağımsız ilk taşıyıcıya teslimle alıcıya geçen hasarın satıcıya “geri intikali sorunu” ile karşılaşmış olmaktadır. Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre satıcının satılanın ilk taşıyıcıya tesliminden sonra taşıma halkasına dâhil olması durumunda hasar, tekrar satıcıya intikal edecektir¹⁰³. Aksi halde satıcının satılanı ilk taşıyıcıya teslim ettikten sonra tekrar taşıma zincirine dâhil olması yoluyla kanuna karşı hile (*in fraudem legis*) yapılmasının önu açılmış olacaktır. Hükümün *ratio legis*'i de satıcının satılan üzerinde gözetim ve hâkimiyetini sona erdiği taşıma esnasında hasara katlanmaması gerektiği üzerine kurulur. Ancak mevcut durumda hasarın geri intikali reddedilecek olursa, örneğin satıcının sahibi olduğu taşıma şirketi

98 CISG m. 6'ya göre “Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler”. Söz konusu hükme göre Antlaşma'nın uygulama alanına giren durumlarda (CISG m. 1-5 ve 100'de ifade edilen şartların karşılanması durumunda) taraflar CISG hükümlerinin uygulanmasını istemiyorlarsa CISG'nin uygulanmayacağı kararlaştırabilirler, CISG'da yer alan kuralların yerine geçecek başka kurallar koyabilirler ya da çeşitli eklemelerde bulunabilirler. CISG m. 6 konusunda detaylı bilgi için bkz: Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, CISG m. 6-7, (Ingeborg Schwenzer ve Pinar Çağlayan Aksoy eds, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2015) 241ff, para 2ff; Schlechtriem, Butler (n 22) 18ff.

99 Schlechtriem, Butler (n 22) 168; Bridge (n 7) 202; Neumayer, Ming (n 15) 430-31; Hachem (n 74) 1092, para 12; John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention (3rd ed. Kluwer Law International, The Hague 1999) 399; Zafer Zeytin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2011) 255.

100 Schlechtriem, Butler (n 22) 168; Hachem (n 74) 1096, para 22.

101 Satıcının kendi çalışanlarını nakliye için görevlendirdiği durumlarda da satılan bağımsız bir taşıyıcıya devredilmişse hasarın yine de alıcıya geçtiği kabul edilmelidir. Ancak bu durumda satıcının hukuken zarardan sorumlu olmaması için hasarı meydana getiren olayın satıcının çalışanlarına atfedilememesi gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Schlechtriem, Butler (n 22) 168.

102 Schlechtriem, Butler (n 22) 168; Neumayer, Ming (n 15) 430-31, para 4; Hachem (n 74) 1093, para 14.

103 Hachem (n 74) 1092, para 13. Aksi görüşte: Zeytin (n 98) 226.

tarafından malların ilk taşıyıcıdan sonra taşınmaya başlanması durumunda satıcı gözetim imkânına sahip olduğu gibi satılan üzerinde hâkimiyetini muhafaza edecek, ancak hasar riskine katlanmaktan kurtulacaktır. Bu durum ise CISG m. 67 hükmü uyarınca getirilen temel menfaatler dengesine aykırıdır.

Satılanın bir taşıyıcı dışında bir taşıma komisyoncusuna¹⁰⁴ veya aracısına ya da nakliyeciyeye teslim edildiği durumlarda¹⁰⁵ ise bir görüş uyarınca satılanın söz konusu nakliyeciyeye teslimi ile birlikte hasar da alıcıya geçer¹⁰⁶. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüş uyarınca CISG, hasarın geçişi için bir taşıma aracısını değil bizzat taşıma işini gerçekleştirecek olan taşıyıcıya teslimi öngördüğü için hasar taşıma aracısına değil taşıyıcıya teslimle birlikte alıcıya geçmelidir¹⁰⁷. Öğretide ifade edilen karma görüşe göre ise hasarın alıcıya geçmesi için satılanın devredildiği taşıma aracısının ya da nakliyecinin bağımsız olarak hareket edebilmesi gerekmektedir¹⁰⁸. Bu bağımsızlığın da özellikle komisyon sözleşmesini düzenleyen ülke kanunları tarafından öngörülmesi gerekmektedir¹⁰⁹. Özellikle komisyoncunun taşıyıcı olarak nitelendirilememesi, satıcının hesabına hareket etmesi ve çoğu zaman satıcıyı temsil ederek onun adına ve hesabına taşıma sözleşmesi akdetmesi gibi durumlar göz önünde bulundurulduğunda hasarın taşıma komisyoncusuna değil taşıyıcıya teslimle alıcıya geçmesi menfaatler dengesine daha uygun düşecektir¹¹⁰.

Bağımsız bir taşıyıcının mevcut olduğu durumlarda karşı edim hasarı satılanın satıcı tarafından ilk taşıyıcıya teslim edilmesi ile birlikte alıcıya geçecek, taşıma esnasında taraflara atfedilemeyen bir sebeple satılanın yok olması veya kötüleşmesi durumunda alıcının bedel ödeme borcu devam edecektir.

3. Satılanın taşıyıcıya verilmesi.

CISG m. 31/a satıcının teslim yükümlülüğünü düzenlemesine rağmen CISG m. 67/I malların ilk taşıyıcıya verilmesinden bahsetmektedir. Bu durum CISG çerçevesinde

104 Taşıma komisyoncusu, öğretilerde ücret karşılığında kendi adına ve müvekkil hesabına eşya taşımayı yükümlenmiş kişi olarak tanımlanmaktadır. Taşıma Komisyonculuğu için bkz: Tercier, Bieri, Carron (n 22) 777; Tandoğan (n 15) 382.

105 Söz konusu ihtimal, CISG metninde çözüme kavuşturulmadığı gibi, görüşmeler esnasında da tartışılmamıştır. Bknz: Neumayer, Ming (n 15) 428, para 3

106 Schlechtriem, Butler (n 22) 167.

107 Schönle (n 15) 278; Hachem (n 74) 1093, para 15; Zeytin (n 98) 225.

108 Neumayer, Ming (n 15) 429, para 3.

109 ibid.

110 Schönle (n 15) 278; Neumayer, Ming (n 15) 428, para 3. Yazar özellikle İtalyan Medeni Kanunu m. 1741, Alman Ticaret Kanunu m. 412 ve yine Avusturya Ticaret Kanunu m. 412'de taşıma komisyoncusuna satıcıyı temsil etme ve onun adına satılanı taşıyıcıya teslim etme benzeri haklar tanındığını ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Neumayer, Ming (n 15) 428, para 3. Belirtmek gerekir ki Avusturya Ticaret Kanunu m. 412'de taşıma komisyoncusunun satıcıyla aynı hak ve yükümlülüklerle haiz olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 439'da taşıma komisyoncusunun kendi adına ve satıcı-müvekkil hesabına malları göndermekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. TBK 546/III'te taşıma komisyonculuğu hakkında özel hükümlerin saklı olduğu ifade edilmektedir. O halde TBK 546/III uyarınca taşıma komisyonculuğu sözleşmesine özel hükümler öncelikle uygulanacak, daha sonra TBK'daki komisyon sözleşmesine ilişkin hükümler ve vekâlet sözleşmesi hükümleri tamamlayıcı olarak uygulanacaktır. Söz konusu hükümler ise komisyoncunun bağımsız olarak hareket etme imkânının bulunmadığını doğrulamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Tandoğan (n 15) 382.

düzenlenmemiş olan zilyetlik ve mülkiyet gibi konulara girilerek çeşitli tartışmaların önüne geçilmesinin amaçlanması şeklinde açıklanmaktadır. Dolayısıyla malların taşıyıcıya verilmesi kavramı basit yorumlanmalı ve “fili hâkimiyetin taşıyıcı lehine satıcı tarafından terk edilmesi” şeklinde ifade edilmelidir¹¹¹.

CISG m. 67/I’de malların “satış sözleşmesine uygun olarak verilmesi” gerektiği ifade edilmiştir. Bu hükümden anlaşılması gereken husus, satılanın nitelik olarak sözleşmeye uygun yani ayıpsız olması değil, satılanın taşınmasının satış sözleşmesi çerçevesinde borçlanılmış olması yani sözleşmesel olarak bir mesafeli satımın bulunmasıdır¹¹². Ayrıca Konvansiyon, taşıma türleri arasında da bir ayrıma gitmeyerek bütün taşıma türleri açısından CISG m. 67 hükmünü sevk etmiştir¹¹³. Ayrıca belirtmek gerekir ki satılanın ifa zamanından önce alıcıya sunulması yani erken ifanın söz konusu olması durumunda alıcı, ifa zamanından önce satılanı ifa olarak kabul edip teslim alırsa hasar, satılanın taşıyıcıya teslimi ile birlikte alıcıya geçmiş sayılacaktır¹¹⁴. Ancak alıcı erken ifayı kabul etmezse bu durumda ifa zamanına kadar satılanın zarara uğrama riski satıcı üzerinde kalacaktır¹¹⁵.

Belirtmek gerekir ki satılanın taşıyıcıya verilmesi ifadesinden istiflemenin değil yüklemenin kast edildiği anlaşılmalıdır.¹¹⁶ Ancak yine de Incoterms kurallarının sözleşmeye dâhil edildiği durumlarda hasarın alıcıya geçiş anı daha açık bir şekilde tespit edilebilmektedir¹¹⁷.

4. Satılanın somutlaştırılması.

CISG m. 67’e göre üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla satılan açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmeyecektir¹¹⁸. Bu açıdan satılanın somutlaştırılması, satıcının söz konusu malları bir sözleşmeye tahsis ederek o sözleşmeden kaynaklanan borcunun ifasında sözleşmeye özgülediği malları kullanma niyetini davranışlarıyla açıkça ortaya koymasını ifade eder¹¹⁹. Satılanın somutlaştırılması ile ilgili CISG m. 32/I¹²⁰ ve m. 69/III ile söz konusu hüküm birlikte değerlendirildiğinde cins borçları için “satılanın somutlaştırılması prensibi” CISG

111 Neumayer, Ming (n 15) 427-28, para 2; Hachem (n 74) 1094, para 17.

112 Sevón (n 22) 201; Hachem (n 74) 1097, para 27.

113 Schlechtriem, Butler (n 22) 167; Hachem (n 74) 1095, para 19.

114 Neumayer, Ming (n 15) 434, para 9.

115 ibid.

116 Hachem (n 74) 1095, para 20.

117 Örneğin CIF ve FOB satışlarda hasarın geçişi için satılanın gemiye yüklenmesi gereklidir. Satılanın gemiye yüklenirken küpeşteyi geçmesi “yükleme” anlamına gelmektedir.

118 Schlechtriem, Butler (n 22) 168; Neumayer, Ming (n 15) 435, para 10; Hachem (n 74) 1097, para 29.

119 Bridge (n 7) 207.

120 CISG m. 32/I’e göre “Satıcı, sözleşmeye veya bu Anlaşmaya uygun olarak, malları bir taşıyıcıya vermiş ancak mallar, üzerlerine ayırt edici bir işaret konulmak suretiyle, taşıma belgeleriyle veya başka herhangi bir şekilde açıkça sözleşmeye tahsis edilmemişse, satıcının göndermeyi alıcıya bildirmesi ve malları özel olarak belirlemesi gerekir.”

m. 7/II¹²¹ kapsamında anlaşmanın temelinde yatan bir genel ilke teşkil etmektedir.¹²² Zira satılanın yok olması veya kötüleşmesi sebebiyle meydana gelen hasarın sözleşmenin ifasını etkileyip etkilemediğinin bilinebilir olması gerekmektedir. Söz konusu hükmün ihdas edilmesindeki amaç, riskin gerçekleşmesi sebebiyle ifa beklentisi tehlikeye düşmüş olan alıcının kimliğinin satıcının tek taraflı takdirine bırakılmasının hakkaniyete aykırı olması ve satıcının malları yok olan veya kötüleşen alıcıyı kötü niyetle belirlemesinin önüne geçilmesi şeklinde ifade edilebilir¹²³. Bu açıdan satılanın sözleşmeye özgülenmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerektiğinden söz edilebilir: “ayırt edilebilir ve somut bir şekilde satılanın nitelendirilmesi” ve “bu nitelendirmenin alıcıya bildirilmesi”¹²⁴. Belirtmek gerekir ki malın somutlaştırılması için madde metninde ifade edildiği üzere satılanın somutlaştırılarak sözleşmeye tahsis edildiğini gösteren herhangi bir yol yeterli görülmüştür.

Dökme yük (*bulk cargo*) ya da toplu taşıma¹²⁵ durumlarında ise satılanın somutlaştırılması hususu önem arz etmektedir. Dökme malların tank, silo veya geminin boş alanlarında taşındığı bu taşımacılık yönteminde satılanın ne zaman ve ne şekilde tam anlamıyla somutlaşacağı tartışmalıdır. Bu konuda öğretilerde birçok görüş ifade edilmiştir. Öğretilerde satılanın fiziksel olarak ayırt edilmesi gerektiği¹²⁶ ya da satılanın taşıyıcıya teslimle sözleşmeye tahsis edilmiş olduğu ve yükleme sırasında ya da sonrasında malın diğer mallarla karışması durumunda ayrıca bir somutlaştırılmaya ihtiyaç duyulmadığı¹²⁷ ifade edilmiştir. Diğer bir görüş ise öğretilerde bir alıcıya yapılacak olan bir bildirimle malların ayırt edilmiş sayılacağını

121 CISG m. 7/II'ye göre “Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.” CISG’ın kapsamına giren konularda ilişkin soruların CISG’da cevaplanmamış olması durumunda bir anlaşma içi boşluktan söz edilir. Söz konusu kural anlaşma içi boşlukların nasıl doldurulacağını düzenlemektedir. CISG m. 7/II'ye göre anlaşma içi boşluk Anlaşma’nın temelinde yatan genel ilkelere yani yeknesak kurallara göre çözümlenecektir. Öte yandan sorunun bu şekilde çözümlenememesi durumunda yargı yetkisine sahip olan yerin kanunlar ihtilafı kuralılarına belirlenmiş olan ulusal hukuk hükümlerine başvurularak boşluğun doldurulmasına çalışılır. Bu açıdan hasarın geçişi için satılanın sözleşmeye tahsis edilmesi gerektiği hususu da öğretilerde anlaşmanın temelinde yatan genel ilke olarak değerlendirilmektedir. Bknz: Schwenger, Hachem (n 95) 273ff, para 27ff; Schlechtriem, Butler (n 22) 66.

122 Hachem (n 74) 1097, para 29. Söz konusu bu prensibin İsviçre, Alman ve Fransız Hukuk sistemleri için de geçerli olduğuna değinmişti.

123 Neumayer, Ming (n 15) 435, para 10.

124 ibid.

125 Örneğin buğday, yağ, petrol veya doğal gibi mallarda toplu taşıma usulü sıkça kullanılmaktadır. Bknz: Neumayer, Ming (n 15) 436, para 12.

126 Sevón (n 22) 202. Yargıtay bir kararında satılanın ölçülmek, sayılmak veya tartılmak suretiyle (fiziksel olarak) ayırt edileceğini savunmuştur. Karar için bknz: Yargıtay 13. HD, T. 15.9.1994, E. 1994/6197, K. 1994/7587; <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-1994-6197.htm>> son erişim tarihi 25.08.2018 “Sözleşmede de görüldüğü şekilde, tarafların mahsulün miktarı üzerinden bir anlaşmaları mevcut değildir. Yine akdin kuruluşu sırasında fiilen ayırdedilmiş ve akde tahsis olunmuş belirli bir mahsul de bulunmamaktadır. Bir anlamda; taraflar arasında nev’i (çeşit) satımı kurulmuştur. Nev’i borcu ferdan değil sadece cins ve miktar itibarıyla belirtilmiş olan edimlerdir. Bir edimin nev’i borcu) sayılabilmesi için cins ve miktarının tayini yeterli ise de bu cins bir şeyin satım aktine konu olması halinde nef’i ve hasarın alıcıya intikali için; akdin in’ikadı yetersizdir. Ayrıca BK.m.183/II uyarınca satılanın ayırdedilmiş olması gerekir. Ayırdetmeden maksat, satılan şeyin; cinsine göre “ölçülmek, sayılmak veya tartılmak suretiyle akde tahsis edilmesidir. İşte ayırdetme suretiyle akde tahsis etme işlemi akdin in’ikadı ile birlikte yapılmışsa, nefi ve hasar da akdin kuruluşu tarihinden itibaren alıcıya geçer, fakat akdin kuruluşundan sonra yapılacak ise, nef’i ve hasarın alıcıya intikali de o işlemin yapılması tarihinde vucut bulur.”

127 Bu görüş için bknz: Bridge (n 7) 207.

savunmaktadır¹²⁸. Bu durumda toplu göndermenin yöneldiği bütün alıcılar bir risk ortaklığı oluşturacak, satılanın kısmen veya tamamen yok olması veya kötüleşmesi durumunda söz konusu risk pro-rata dağıtılarak hasar orantısız olarak alıcılar arasında bölüştürülecektir¹²⁹. Öte yandan öğretide CISG m. 67’de ifade edildiği üzere satılanın somutlaştırılarak sözleşmeye tahsis edilmesinin, satılanın fiziksel olarak ayırt edilmesi, satılanı temsil eden belgelerde ya da taşıma belgelerinde ayırt etmenin gerçekleştirilmesi yahut alıcıya bildirimde bulunulması yollarından herhangi biriyle yapılabileceği de savunulmaktadır¹³⁰. Diğer bir görüşe göre ise dökme yük konusunda genel bir kural koymaktan kaçınılmalı, her olay nazarında ayrıca bir değerlendirmeye gidilmelidir¹³¹. Bu görüşe göre satılanın somutlaştırmasının satıcı tarafından makul bir ücretle gerçekleştirilebileceği durumlarda bunu yapmamışsa satıcı hasarı taşımaya devam etmeli, şayet satılanın somutlaştırılması satıcıya hakkaniyete aykırı bir yük getirecekse satıcının alıcıya yaptığı bir bildirimle yahut herhangi bir başka yolla satılan ayırt edilmiş sayılmalıdır.

Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise alıcının rızasının olup olmadığı değerlendirilmeli, şayet satıcı alıcının isteğine uyarak satılanı toplu yük şeklinde taşıyıcıya teslim etmişse bu durumda satılanın sözleşmeye tahsis edilmesinden hareketle somutlaştırıldığı kabul edilmelidir¹³². Alıcı satılanın toplu halde taşınmasına rıza göstermişse hasar, satılanın taşıyıcıya teslimiyle birlikte alıcıya geçmeli, aksi halde satılanın fiziksel olarak diğer mallardan ayırt edilmiş olması aranmalıdır.

128 Neumayer, Ming (n 15) 435, para 10; Zeytin (n 98) 227. Satıcının salt alıcıya yaptığı bir bildirim hasarın geçmesine sebebiyet vermeyeceği görüşünde: Sevón (n 22) 202. Yargıtay bir kararında ayırt etmenin satıcı tarafından yapılacak bir bildirimle (ihbar) gerçekleşeceğini savunmuştur. Karar için bkz: Yargıtay 13. HD, T. 15.2.1985, E. 1984/7828, K. 1985/1010 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13hd-1984-7828.htm> son erişim tarihi 25.08.2019: “BK.nun 183. Maddesinin 2. fıkrası hükmü uyarınca, aynı mahaldeki misli eşyanın satımında, hasarın alıcıya geçebilmesi için, satın alınan ayırt edilmiş olması gerekmektedir. Ayırdetme kavramı değişik biçimlerde yorumlanmakta ise de, öğretide daha çok ayırdetmenin satıcı tarafından yapılması ve fakat alıcıya ihbar edilmesi şekli daha doğru bulunarak tercih edilmektedir (Bakınız: Doç. Dr. Turgut Akıntürk, Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, Sahife: 134; Prof. Dr. Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Hususi Kısım, Cilt I, İstanbul-1970, Sahife: 160; Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Borçlar Hukuku, Cilt II, İstanbul-1977, Sahife 77-78; Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, Ankara- 1984, Sahife: 111). Bu şekil tarafların ve özellikle alıcının menfaatine daha uygun düşmektedir. Somut olayda satılanın ayırdedilerek davacı alıcıya ihbar edildiği iddia ve ispat edilemediğine göre nefi ve hasarın henüz alıcıya geçtiğinden sözedilemez. Bu nedenle satılan eşyaların yanmasından doğan zarardan davalı satıcı sorumludur. O halde mahkemece bu yönler gözeticilerle davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken aksine bazı düşüncelerle davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirir.”

129 Zeytin (n 98) 227. Fiziksel olarak ayırt edilen malların daha sonra hasar anında birbirine karışarak yok olması durumunda uygulanacağı yönünde: Sabah Altay, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçişi” (2013) I GSÜHFD 183, 208. Hasarın orantısız olarak paylaşılmasını öngören bu sonucun, satılanın taşıyıcıya teslimle sözleşmeye tahsis edilmiş olduğu ve yüklenme sırasında ya da sonrasında malın diğer mallarla karışması durumunda ayrıca bir somutlaştırılmaya ihtiyaç duyulmadığı yönündeki görüş için de tatbik edileceği yönünde: Bridge (n 22) 207-208.

130 Neumayer, Ming (n 15) 435, para 10; Schlechtriem, Butler (n 22) 168. Belirtmek gerekir ki Schlechtriem ve Butler satılanın sözleşmeye özgülmesi için en ideal yolun satılanı temsil eden konişmento gibi belgelerde ayırt etmenin gerçekleştirilmesi olduğunu ifade etmektedir.

131 Kübra Yetiş Şanlı, “Borçlar Hukuku ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali” (2007) İÜHF 303, 330-31. Başka bir yere gönderilecek borçlarda satıcının satılanı taşıyıcıya teslimi ile hasarın alıcıya geçeceğini düzenleyen eBK m. 183/II hükmü uyarınca dökme yükün söz konusu olduğu durumlarda, Tunçomağ da bu konuda genel bir kural koymaktan imtina edilmesi gerektiğini savunmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz: Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, vol 2 (3. Bası, Sermet Matbaası 1977) 82.

132 Hachem (n 74) 1098-99, para 34. Yazar bütün alıcıların bilinçli bir risk ortaklığı oluşturması gerektiğinden söz ederek alıcının rızasının bulunması gerektiğini belirtmektedir.

Bu durumda satıcının salt bir beyanıyla satılanın ayırt edilmiş sayılması kabul edilmemelidir. Zira her bir satıcının zarar görmemiş kısmı talep hakkı bulunmaktadır. Bu durumda alıcının rızası olmaksızın kendisini bir risk ortaklığı içinde bulması sözleşmenin nisbiliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır¹³³.

Alıcının satıcı ile satılanın somutlaştırılması konusunda işbirliği yapma şeklinde bir yan edim yükümlülüğünün bulunduğu hallerde, alıcının söz konusu yükümlülüğüne aykırı davranarak satılanın somutlaştırılmasını engellemesi durumunda, alıcının borcuna aykırı davranarak temerrüde düştüğü anda hasarın kendisine geçtiği kabul edilmelidir¹³⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere satılan somutlaştırılmadıkça karşı edim hasarı da alıcıya geçmeyecektir. Bu durumda taşıma boyunca ya da taşıyıcının varış yerine ulaşmasına kadar geçecek süre içinde satılanın hasar riskine satıcı katlanacak, yok olması veya kötüleşmesi durumunda alıcı CISG'da kendisine tanınan hukuki imkânlarla başvurabilecektir. Bu kural taşınmakta olan malların satımında hasarın geçmişe etkili olarak intikal edeceği durumlarda da göz önünde bulundurulacaktır. Bu husus doktrinde oldukça eleştirilmektedir¹³⁵.

C. Taşıma Halinde Satılan Mallarda Hasarın Geçışı

1. Genel olarak.

CISG m. 68/I'e göre kara, denizyolu yahut demiryolu gibi herhangi bir yolla taşınmakta iken satılan mallarda karşı edim hasarı sözleşme kurulduğu anda alıcıya geçer¹³⁶. Bu hükmün uygulanabilmesi için genel olarak kabul edilen görüşe göre malların bağımsız bir taşıyıcıya teslim edilmiş olması yeterlidir. Dolayısıyla dar anlamda taşımanın başlamış olması yani taşıma aracının hareket etmesi gerekmemektedir¹³⁷. CISG m. 23'e göre sözleşme kabul beyanının hüküm doğurduğu anda kurulmuş sayılır. Kabul beyanı ise CISG m. 18/II uyarınca icapta bulunana varması anında hüküm doğurur. Dolayısıyla taşıma halinde satılan mallarda hasar, kabul beyanının önerene ulaşmasıyla birlikte alıcıya geçmektedir. Belirtmek gerekir ki bu durumda malların hasara uğradığı anın tespitinde büyük güçlükler yaşanacak ve son tahlilde bu sorun ispat yükü ile çözümlenecektir¹³⁸. Özellikle gemide yavaş yavaş meydana gelen sızıntılar gibi zararın zaman içinde ve artarak meydana geldiği durumlarda yaşanacak ispat sorununun, CISG m. 68/I c. 2'de öngörülen hasarın geçmişe etkili

133 Hachem (n 74) 1099, para 34.

134 Neumayer, Ming (n 15) 436, para 11. Belirtmek gerekir ki söz konusu çözüm, CISG m. 69/I c. 2'de ifade edilen "Madde 67 ve 68 kapsamına girmeyen hallerde hasar, alıcının...malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer." hükmüyle de uyumludur.

135 Hachem (n 74) 1099, para 35.

136 Bu açıdan CSG m. 68, İsviçre Borçlar Kanunu m. 185/I hükmünde genel kural olarak kabul edilmiş olan "periculum emptoris est" yani "hasar alıcıya aittir" kuralına karşılık gelmektedir. Bknz: Neumayer, Ming (n 15) 437, para 1.

137 Hachem (n 74) 1102, para 5.

138 Bollé (n 74) 261; Schlechtriem, Butler (n 22) 169; Neumayer, Ming (n 15) 438-39, para 2.

olarak alıcıya geçmesi yoluyla çözümlenmesi öğretide önerilmektedir¹³⁹.

Türk Hukuku'nda kabul edildiği üzere birçok ulusal hukuk sisteminde parça satışlarında başlangıçtaki objektif imkânsızlık sözleşmenin geçersizliğine neden olmaktadır¹⁴⁰. Ancak belirtmek gerekir ki CISG m. 68 ile birlikte bu hükümlerin uygulama alanının engellendiği doktrinde savunulmaktadır¹⁴¹. CISG m. 4/II'ye göre sözleşmenin geçersizliğine ilişkin hususlar Anlaşma dışında tutulmuş olsa da bu kural Anlaşma'da aksine bir düzenleme bulunmadığı durumlarda uygulanacaktır. CISG m. 68 ise doktrinde kabul edildiği üzere açıkça sözleşmelerin geçerlilik soruna değinen bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin satıcının satılanın hasara uğradığını bildirmedeği durumlarda hasarın alıcıya geçmeyeceği kuralı, ancak sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunun kabul edildiği durumunda uygulanabilecektir. Dolayısıyla bu maddenin uygulamasına giren durumlarda parça satışında başlangıçtaki objektif imkânsızlık kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmayacaktır¹⁴². Bu durum CISG m. 79'da düzenlenen sorumluluktan kurtulma ve ifa engelleri kısmında da açıkça anlaşılabilirliği üzere CISG m. 7/II uyarınca Anlaşmanın temelinde yatan genel bir ilkeye atıf yapmaktadır. CISG kapsamında karşımıza çıkan bu genel ilke "edimin imkânsız olmasının sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacağı" yönündeki kabuldür.

2. Taşıma halinde satılan mallarda hasarın geçmişe etkili olarak geçmesi.

CISG m. 68/I c. 2'de göre koşulların haklı göstermesi durumunda taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasarın alıcıya geçeceği düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca hasar sözleşmenin kurulmasından daha önceki bir dönemde yani satılanın taşıyıcıya teslimi anında alıcıya geçmektedir. Bu durumda hasarın geçmişe etkili olarak alıcıya geçtiği bir durumla karşılaşılmaktadır¹⁴³. Bu hükmün pratik önemi taraflar açısından bir ispat kolaylığı sağlamasıdır. Zira birçok halde zararın zaman içinde ve artarak meydana gelmesi sebebiyle riskin gerçekleştiği an tam olarak saptanamamaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere, gemide yavaş yavaş meydana gelen sızıntılar yahut konteynır taşımacılığında zaman içinde oluşabilecek bozulmalar halinde alıcının hasarın kendisine geçmişe etkili olarak satılanın ilk taşıyıcıya teslimi anında

139 Bollé (n 74) 261; Neumayer, Ming (n 15) 438-39, para 2.

140 Bu husus Roma Hukuku'nda (CELSUS, Dig. 50, 17, 185) ifade edilen "impossibilium nulla obligatio est" yani "imkânsızlık borç doğurmaz" kuralıyla açıklanmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu m. 20 ve TBK m. 27'de sözleşmenin kuruluşu esnasında konusu imkânsız olan sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı düzenlenmektedir. Aynı şekilde Alman Hukuku'nda BGB § 275'te de imkânsızlık halinde sözleşmenin geçersiz olacağına yer verilmiştir. Bknz: Ergüne (n 65) 353.

141 Schlechtriem, Butler (n 22) 169-170; Hachem (n 74) 1101, para 4; aynı doğrultuda Neumayer, Ming (n 15) 440-41, para 4.

142 Schlechtriem, Butler (n 22) 169-170; Hachem (n 74) 1101, para 4; aynı doğrultuda Neumayer, Ming (n 15) 440-41, para 4. Belirtmek gerekir ki bu durumda tarafların CISG m. 6 uyarınca anlaşarak CISG m. 68'in söz konusu uyumsuzluğa uygulanmayacağını kararlaştırmaları mümkündür. Ancak özellikle sigorta korumasının bulunduğu durumlarda, zararın tazmin edilmesini arzu eden alıcının zararının tazmini yerine sözleşmenin geçersizliğinden yana irade beyan etmesi sık karşılaşılabilecek bir durum olmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bknz: Neumayer, Ming (n 15) 440-41, para 4.

143 Bollé (n 74) 262; Schlechtriem, Butler (n 22) 169; Neumayer, Ming (n 15) 440, para 4; Hachem (n 74) 1102, para 7; Zeytin (n 98) 228-29.

geçmesini istediği kabul edilmelidir¹⁴⁴. Ancak belirtmek gerekir ki hükmün uygulama amacı yalnızca zararın ne zaman gerçekleştiği belirli olmayan durumlarla sınırlı değildir. Söz konusu hüküm zararın gerçekleşme anının belirli olduğu hallerde de uygulama kabiliyetine sahiptir¹⁴⁵. Belirtmek gerekir ki ithalat odaklı ülkelerde bu hükmün daha geniş bir şekilde uygulaması savunulurken, ihracat odaklı ülkelerde ise bu hükmün daha dar bir yorumla uygulanması gerektiği savunulmaktadır¹⁴⁶. Bu durum CISG m. 7/I¹⁴⁷ ile sağlanmaya çalışılan anlaşmanın yeknesak bir şekilde uygulanmasını tehlikeye atmaktadır.

Hasarın geçmişe etkili olarak alıcıya geçmesi için ilk olarak koşulların bu durumu haklı göstermesi gerekmektedir. Alıcının geçmişe etkili olarak sigorta himayesinden yararlanabileceği durumlarda öğretide ittifakla koşulların bu durumu haklı gösterdiği savunulmaktadır¹⁴⁸. Aynı şekilde satıcının malları sigorta ettirmediği durumlarda satılanın yok olma veya bozulma riskini bizzat kendisi üstlenmek istediği kabul edilmeli ve hasar alıcıya geçmemelidir¹⁴⁹.

Hasarın geçmişe etkili olarak intikal etmesi için ikinci olarak malların her taşıyıcıya değil, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya verilmiş olması gerekmektedir. Ödeme yükümlülüğünü düzenleyen CISG m. 58'in¹⁵⁰ aksine burada söz konusu belgelerin malların üzerinde tasarruf yetkisini barındırması gerekli değildir¹⁵¹. Birden fazla taşıyıcı, taşıma sözleşmesine ilişkin belge düzenlemişse bunlardan ilki esas alınmalıdır¹⁵². Herhangi bir belge düzenlenmemişse bu hükmün uygulanması mümkün değildir¹⁵³. Zira bu durumda alıcı eksik belgeleme sebebiyle sigorta korumasından mahrum kalacak ve sigortacıya rücu etme imkânını kaybedecektir¹⁵⁴. Taşıma sözleşmesine ilişkin belgeler olmadan alıcı, sigorta şirketine karşı ispat yükümlülüğünü yerine getiremeyecek ve hasarın geçmişe etkili intikali ile de alıcının satıcıya karşı herhangi bir talep imkânı da

144Bollé (n 74) 261-62; Neumayer, Ming (n 15) 438-39, para 2.

145Hachem (n 74) 1103, para 10.

146Hachem (n 74) 1102-03, para 8.

147CISG m. 7/I'e göre "Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir." Söz konusu hüküm Antlaşma maddelerinin yorumu konusunda nasıl bir yol izleneceğini öngörmektedir. Bu açıdan CISG m. 7/I üç ilke üzerinde durmaktadır. Bunlar Antlaşma'nın uygulanmasında hükümlerin kökenini oluşturan Antlaşma'nın uluslararası niteliği, yeknesaklığın sağlanması amacı ve son olarak uluslararası ticarete dürüstlük kuralının teşvik edilmesi olarak nitelendirilebilir. Bu hüküm CISG hükümlerini uygulayan ulusal mahkemelere ve hakem heyetlerine yöneltilen zorunlu bir yorum kuralı olma özelliği taşımaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Schwenzer, Hachem (n 95) 261ff, para 6ff, 55.

148Schlechtriem, Butler (n 22) 169; Bollé (n 74) 262; Neumayer, Ming (n 15) 438-39, para 2; Hachem (n 74) 1103, para 9; Zeytin (n 98) 229.

149ibid.

150CISG m. 58'de satıcının göndermeyi, malların veya malları temsil eden belgelerin alıcıya ancak semenin ödenmesi karşılığında verilmesi koşulu ile gerçekleştirebileceği düzenlenmektedir. Bu maddede söz konusu taşıma belgelerinin malları temsil eden belgeler olması aranmaktadır. Ancak tek bir konişmentoda her iki şart da gerçekleşebilmektedir.

151Bollé (n 74) 263; Neumayer, Ming (n 15) 438-39, para 2; Schlechtriem, Butler (n 22) 170; Hachem (n 74) 1104, para 12; Zeytin (n 98) 229.

152Hachem (n 74) 110, para 12; Zeytin (n 98) 229. Bu çıkarım "çoğun içinde az da vardır" kuralıyla da uyumludur.

153Bollé (n 74) 263; Sevón (n 22) 202; Neumayer, Ming (n 15) 438, para 2; Schlechtriem, Butler (n 22) 170; Hachem (n 74) 1104, para 13.

154ibid.

olmayacaktır. Bu sebeple taşıma sözleşmesine ilişkin belgeler düzenlenmemişse CISG m. 68'deki genel kuralın uygulanması daha isabetli olacaktır.

3. Satıcının kötü niyetli olması durumu.

CISG m. 68/I c. 3'e göre satım sözleşmesinin kurulması anında malın yok olduğunu veya kötüleştiğini satıcı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa ve bu durumu alıcıya bildirmemişse bu durumda kötü niyetli olarak nitelendirilecek ve karşı edim hasarı alıcıya geçmeyecektir. Bu durumda hasar riskine satıcı katlanacaktır. Satıcının kötü niyeti yalnızca sözleşmenin kurulması esnasında bildiği yahut bilmesi gerektiği kayıplar bakımından söz konusu olacak, kendinin bildiği ya da bilmesi gerektiği daha sonraki kayıplar bakımından alıcıyı haberdar etmemesi aynı etkiyi doğurmayacaktır¹⁵⁵. Belirtmek gerekir ki bu durumda hükmün uygulama alanı tartışmalıdır¹⁵⁶. Bir görüşe göre bu hüküm hem CISG 68/I c. 1'de taşınmakta olan mallarda hasarın geçişini düzenleyen genel kural için hem de CISG m. 68/I c. 2'de hasarın geçmişe etkili olarak intikalini düzenleyen istisna kuralı için uygulama alanı bulacaktır¹⁵⁷. Bizim de katıldığımız öğretideki baskın görüşe göre ise bu hüküm sadece hasarın geçmişe etkili olarak alıcıya geçtiği durumlarda uygulama alanı bulacak ve hasarın geçmişe etkili olarak alıcıya geçişini düzenleyen CISG m. 68/I c. 2 hükmünün satıcı tarafından kötüye kullanılmasını engelleyen bir düzeltici rol edinecektir¹⁵⁸.

Esasen incelemekte olduğumuz CISG m. 68/I c. 3 hükmünün hasarın sözleşmenin kurulması ile karşı tarafa intikal ettiği CISG m. 68/I hükmü açısından uygulanması mümkün görünmemekte, söz konusu uygulama hasar sorununu etkileyici bir karakter taşımamaktadır¹⁵⁹. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere hasar sorunu, sözleşmenin kurulması ile ifası arasında geçen süre içinde meydana gelen risklere sözleşmenin hangi tarafının katlanması gerektiğini düzenler. Sözleşmenin kurulmasından önce satılanın yok olması veya kötüleşmesi durumu hasar sorunu içinde yer almaz. Oysa hasarın geçmişe etkili olarak intikal ettiği durumlarda sözleşmenin kurulmasından önce ancak taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anından sona meydana gelen risklere de alıcı katlanmaktadır. İşte CISG m. 68/I c. 3 hükmü, satıcının kötü niyetli olarak hasarın alıcıya geçmesine neden olduğu durumlarda hakkaniyet esasını gözeterek, kendi kusurundan kendi lehine bir hak çıkarmasını -riskin alıcı üzerine bırakılmasını- engellemektedir. Böylece CISG m. 68/I c. 3, satıcının kendi kusuruyla kendisine daha elverişli bir hukuki konum yaratmasına engel olmaktadır.

¹⁵⁵Schlechtriem, Butler (n 22) 170.

¹⁵⁶Söz konusu tartışma için bkz: Hachem (n 74) 1105, para 15-16.

¹⁵⁷Neumayer, Ming (n 15) 439, para 3; Schlechtriem, Butler (n 22) 170. Belirtmek gerekir ki yazarlar, bir ayrıma yer vermeksizin maddenin 1. ve 2. fıkralarını kapsar şekilde açıklamada bulunmaktadır.

¹⁵⁸Hachem (n 74) 1105, para 15; Bollé (n 74) 264; Nicholas (n 5) 500; Honnold (n 98) 412; Zeytin (n 98) 229; Yeşim Atamer, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları (1. Bası, Beta yayıncılık 2005) 268; Yetiş Şamlı (n 130) 335.

¹⁵⁹Bollé (n 74) 264; Nicholas (n 5) 500-501; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri (n 157) 268; Yetiş Şamlı (n 130) 335.

Kötü niyetli olduğu durumlarda satıcı, yalnızca kötü niyetli kabul edildiği zararlar bakımından hasarı üstlenmelidir¹⁶⁰. Satıcının bildiği ya da bilmesi gerektiği sebepler dışında kalan, kötü niyetli kabul edilemeyeceği başka bir sebepten ileri gelen sonraki risklere satıcı katlanmamalıdır. Satıcı satılanın yarısının hasara uğramış olduğunu biliyorsa, buna karşılık bir kaza sebebiyle satılanın tamamı yok olmuşsa bu durumda ancak yarısı için alıcının satış bedelini ödeme borcu söz konusu olmalıdır. Belirtmek gerekir ki satıcının kötü niyetli sayıldığı sebeplerle bağlantılı olarak meydana gelen diğer zararlar da hükmün kapsamına dâhil edilmeli ve satıcının kötü niyetli sayıldığı zararlar nedensellik bağı dâhilinde değerlendirilen eklenen zararlar sebebiyle hasara satıcı katlanmalıdır¹⁶¹. Satıcı, bildiği ya da bilmeyi ihmal ettiği sebebin muhtemel ve olağan sonucu sayılabilecek zarar riskini de üzerine almalıdır. Örneğin satıcının bir gemideki şeker yükünün üçte birinin deniz suyu sebebiyle zarar gördüğünü bildi durumlarda, söz konusu zararın yükün yarısına sirayet etmesi durumunda hasar, ancak yükün yarısı için alıcıya geçmelidir.

Satıcının kötü niyetli olmasını düzenleyen CISG m. 68/I c. 3 hükmünün uygulandığı durumlarda ise maddede tarif edilen kötü niyetin ölçütü öğretide tartışmalıdır. Öğretide savunulan bir görüşe göre söz konusu hüküm, yalnızca satıcının satılanın yok olduğunu yahut kötüleştğini bildiği ve alıcıyı aldatarak bu durumu gizlediği kasıt halini ve aynı şartlar içinde bulunan herkesin göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermemesi sonucu satılanın durumunu öğrenemediği ağır ihmal hallini¹⁶² kapsamaktadır¹⁶³. Bu durumda ağır kusur olarak ifade edilen satıcının kastı ve ağır ihmali dışında kalan hasar riski, alıcıya intikal edecektir. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göre CISG m. 68/I c. 3'te ifade edilen kötü niyet kavramı, satıcının hafif ihmali de içine alacak şekilde yorumlanmalıdır¹⁶⁴. Zira CISG m. 68/I c. 3'te ağır ihmali çağrıştıran “bilinmesinin mümkün olmaması”¹⁶⁵ ifadesi yerine, genellikle hafif ihmal için kullanılan “bilinmesi gerektiği”¹⁶⁶ ifadesi tercih edilmiştir¹⁶⁷. Zira

160 Hachem (n 74) 1106, para 19-20; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 213.

161 Bollé (n 74) 264; Nicholas (n 5) 500; Honnold (n 98) 411; Zeytin (n 98) 229-30. Aksi görüşte: Yetiş Şamlı (n 130) 337-37.

162 İhmal, Roma Hukuku'ndan gelen ayırım çerçevesinde temelde ikiye ayrılarak incelenmektedir: ağır ihmal (culpa lata) ve hafif ihmal (culpa levis). “Ağır ihmal” ve “Hafif ihmal” ayrımı için bkz: Oğuzman K, Öz T, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, vol 2 (12. Bası, Vedat Kitapçılık 2016) 58; Haluk Nami Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (15. Bası, Beta Yayıncılık 2017) 167-68.

163 Neumayer, Ming (n 15) 439, para 3.

164 Hachem (n 74) 1107, para 21; Zeytin (n 98) 230; Yetiş Şamlı (n 130) 336.

165 Söz konusu ibare, CISG m. 8/I'de “Bu Anlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın”, CISG m. 35/III'te “Alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, fıkra 2'nin (a) ilâ (d) bendleri çerçevesinde sorumlu değildir”, CISG m. 40'da “Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı 38 ve 39. madde hükümlerine dayanamaz”, CISG m. 42/I'de “Satıcı, üçüncü kişilere ait sinai veya diğer bir fikri mülkiyete dayanan ve sözleşmenin akdedilmesi sırasında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hak veya taleplerden ari mallar teslim etmek zorundadır” hükümlerinde yer almaktadır.

166 Söz konusu ibare, CISG m. 38/III'te “Mallar alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkânâna sahip olmaksızın, taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilir veya onun tarafından başka bir yere gönderilirse ve satıcı sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse, muayene, malların yeni varna yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir” CISG m. 39/I'de “Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder” hükümlerinde yer almaktadır.

167 Hachem (n 74) 1107, para 21.

bir hususun bilinmesinin mümkün olması ifadesi, ağır ihmali çağrıştıracak şekilde o şartlar altında bulunan herkesin bilmesi gerektiği yönünde bir çıkarımı mümkün kılarken, bilmesinin gerekmesi ifadesi hafif ihmali çağrıştıracak şekilde dikkatli ve tedbirli bir kişinin göstermesi gereken özen ve dikkati hedef alır gözükmemektedir.

D. Önceki Maddelerin Kapsamına Girmeyen Hallerde Hasarın Geçişi

CISG m. 69, CISG m. 67 ve 68'in kapsamına girmeyen hallerde hasarın intikalini düzenlemektedir. Bu açıdan CISG m. 69, malların taşınmasının gerekmediği ve taşınma halinde bulunmadığı durumlarda hasarın intikalinde genel düzenleme olma özelliği göstermektedir¹⁶⁸. Bu düzenlemede ise CISG, malları en iyi şekilde koruyabilecek ve gerektiğinde sigorta ettirebilecek kişiyi esas almaktadır¹⁶⁹. Bu kapsamda CISG m. 69/I'de aranılacak borçlarda (*dette quérable*), satıcının işyerinde alıcının satılanı teslim almasının gerektiği yerinden satışlarda (*vente sur place*) veya fabrikadan satışlarında (*ex usine*) hasarın geçişi ile CISG m. 69/II'de ise satıcının belirli bir yerde ifa yükümlülüğünün bulunduğu mesafeli satışlarda (*vente à destination*) örneğin bir sınırda ya da limanda teslim zorunluluğu içeren borçlarda hasarın intikali düzenlenmiştir¹⁷⁰. Bu açıdan CISG m. 69, satılanın satıcının işyerinde teslim edileceği durumlar (CISG 69/I) ile satılanın satıcının iş yerinden farklı bir yerde teslim dileceği durumlar (CISG m. 69/II) arasında bir ayrıma gitmiştir.

1. Yerinden satışlarda hasarın geçişi.

a. Aranılacak borçlarda hasarın geçişi. CISG m. 69/I'e göre aranılacak yani malların satıcının bulunduğu yerde teslim alınmasının gerektiği borçlarda karşı edim hasarı, alıcının veya ifa yardımcılarının satılanı teslim aldığı anda alıcıya geçmektedir. CISG m. 60'a göre alıcının teslim alma borcu, satıcının teslimi gerçekleştirebilmesi için kendisinden makul olarak beklenebilecek her türlü eylemde bulunmayı ve malları fiilen devralmayı kapsamaktadır. Şayet mallar alıcının tasarrufuna sunulmuş ve alıcı da malları teslim almış ancak malları reddetme hakkını kullanmışsa malları teslim almasına rağmen hasar kendisine geçmeyecektir¹⁷¹. Zira CISG m. 86'ya göre alıcı malları muhafaza etmekle yükümlüdür ve bu yükümlülüğünü yerine getirmesi, hasarın kendisine geçtiği anlamına gelmemektedir.

Söz konusu düzenleme TBK m. 208/I, BGB § 446 ve Uniform Commercial Code § 2-509 hükümleriyle¹⁷² de paralellik arz etmektedir. Bu açıdan özellikle

168 Neumayer, Ming (n 15) 442, para 1; Schlechtriem, Butler (n 22) 170; Nicholas (n 5) 502; Bollé (n 74) 265; von Hoffmann (n 36) 295; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri (n 157) 269; CR CO-I, Silvio Venturi, Marie-Noelle Zen-Ruffinen, art. 185 CO, para 32.

169 Schlechtriem, Butler (n 22) 170; Nicholas (n 5) 503; Bollé (n 74) 266; Honnold (n 98) 415; von Hoffmann (n 36) 295.

170 Schlechtriem, Butler (n 22) 170; Bollé (n 74) 265; Neumayer, Ming (n 15) 442, para 1; Honnold (n 98) 413; von Hoffmann (n 36) 295.

171 Hachem (n 74) 1111, para 8; von Hoffmann (n 36) 296.

172 Honnold (n 98) 415.

Türk Hukuku bakımından hasar rejiminde bir değişiklik meydana getirdiğinden bahsedilememektedir¹⁷³.

b. Alıcının malları zamanında teslim almaması halinde hasarın geçişi. CISG m. 69/I c. 2'ye göre alıcının malları zamanında teslim almaması halinde malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve alıcının teslim almayarak sözleşmeye aykırı davrandığı anda hasar alıcıya geçer. Mevcut düzenleme satıcının alıcı tarafından satılanın teslim alınmayarak tek taraflı olarak hasarı üstlenmek zorunda bırakılmasının olumsuz sonuçlarını gidermeyi amaçlamaktadır. Belirtmek gerekir ki söz konusu düzenleme alıcının alacaklı temerrüdü halinde hasarın kendisine geçeceğini öngören TBK m. 208/II hükmü ile paralellik arz etmektedir.

Söz konusu hüküm uyarınca hasarın alıcıya geçmesi için ilk olarak satılanın somutlaştırılarak sözleşmeye tahsis edilmesi gerekmektedir. Zira CISG m. 69/III uyarınca sözleşmenin henüz ayırt edilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesiyle alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilecektir. Böylece kendi yükümlülüğünü ifa eden satıcı, alıcı tarafından satılanın teslim alınması yükümlülüğünün ifa edilmesini bekleyebilecektir. Dökme mallarda ise satış sözleşmesinin konusu olan dökme malın mevcut olması ve alıcıya tesliminin mümkün olması satılanın somutlaştırılması açısından yeterli kabul edilmektedir¹⁷⁴. Dökme mallarda satılanın kısmen hasara uğramış olması ihtimalinde ise önce temerrüde düşmemiş olan alıcıya karşı borç ifa edilmeli, daha sonra kalan kısmı ise temerrüde düşmüş olan alıcıya verilmelidir¹⁷⁵.

İkinci olarak satılan alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmalıdır. Bu durumda hasarın geçmesi için satıcının alıcıya bir bildirimde bulunmasının gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre CISG m. 69'un yorumlanması sonucu satıcıya bildirimde bulunma yükümlülüğünün getirilmesi gerektiği ve satıcının satılanı alıcının tasarrufuna hazır bulundurmuş sayılabilmesi için alıcıyı bu durumdan haberdar etmesinin zorunlu olduğu savunulmaktadır¹⁷⁶. Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre ise Anlaşma'da düzenlenmemiş böyle bir bildirim yükümlülüğünün satıcıya yüklenmesi doğru değildir¹⁷⁷. Öte yandan bu görüşe göre alıcının kendisine bildirim yapılmaksızın satılanı teslim almasının mümkün olmadığı

173 Belirtmek gerekir ki mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 185/I'de ve buna paralel olarak eBK m. 183/I'de aranılacak borçlarda genel prensip, hasarın sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçişi (periculum emptoris est) şeklinde düzenlenmiş ve farklı bir çözüm yolu tercih edilmiştir.

174 Schlechtriem, Butler (n 22) 171; Hachem (n 74) 1112, para 10; Nicholas (n 5) 505; Bollé (n 74) 266-67.

175 Hachem (n 74) 1113, para 13.

176 Neumayer, Ming (n 15) 445, para 3. Yazar, satılanın alıcının tasarrufuna hazır bulundurmuş sayılabilmesi için satıcının bütün gerekli önemi almış olması gerektiğinden bahsetmekte ve bunun için satıcının satılanı tasarrufa hazır halde bulundurduğunu alıcıya bildirmesi gerektiğini ifade etmektedir.

177 Hachem (n 74) 1112, para 12; Bollé (n 74) 267; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri (n 157) 271; Yetiş Şamlı (n 130) 341; Honnold (n 98) 414.

durumlarda satıcıya bildirimde bulunma şartı getirilmelidir¹⁷⁸. Belirtmek gerekir ki bildirimde bulunma bazen teslim borcunun kapsamına dâhildir. Örneğin aranılacak borçlarda vadenin belirli olmadığı veya ifa zamanının tam olarak belirlenmeyip belirli bir dönem şeklinde kararlaştırıldığı durumlarda bildirimde bulunma yükümlülüğü satıcının satılanı teslim etme borcunun kapsamına dâhil sayılmalıdır¹⁷⁹. Ancak belirtmek gerekir ki hangi görüş kabul edilirse edilsin satıcının alıcıya bildirimde bulunması gereken hallerde CISG m. 27¹⁸⁰ uygulama alanı bulmamalı ve bildirim ulaşmamasına dair riski her zaman satıcı taşımalıdır¹⁸¹. Zira bu bildirim alıcıya varması gerekli olup, alıcıya ulaşmadığı durumlarda satıcının bu bildirimde dayanması mümkün olmamalıdır.

Son olarak bu kısım kapsamında hasarın geçişi için alıcının satılanı zamanında teslim almamış olması gerekmektedir. Teslim borcunun kapsamı ise CISG m. 60/I uyarınca belirlenecektir. O halde alıcının satılanı teslim almasından kasıt, satıcının teslimi gerçekleştirebilmesi için kendisinden makul olarak beklenebilecek her türlü eylemde bulunmayı yani hazırlık fiillerini gerçekleştirmeyi ve malları fiilen teslim almayı kapsamaktadır¹⁸². Bu durumda alıcının bir yan edim yükümlülüğü olan işbirliği borcu altında olduğundan bahsedilmekte ve bu borca aykırı olarak satılanın kendisinin tasarrufuna hazır bulundurulmasını engelleyen alıcının hasara katlanması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸³. Alıcının bu yükümlülüklerinden birini ihlal etmesi karşı edim hasarının kendisine geçmesi sonucunu doğurabilecektir. Aynı şekilde alıcının hiçbir kayıt öne sürmeden erken ifayı kabul etmesi durumunda da hasar yine kendisine geçecektir¹⁸⁴.

Belirtmek gerekir ki alıcının ifaya yönelik öyle bazı yükümlülükleri vardır ki bunlar da teslim alma yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilmektedir. Akreditif açma, kredi mektubunun ya da garantilerin satıcıya sağlanmaması, CISG m. 58 uyarınca aynı anda ifanın gerektiği hallerde alıcının satış bedelini ödemekten kaçınması¹⁸⁵, satılanın

178 Hachem (n 74) 1112, para 12; Bollé (n 74) 267; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri (n 157) 271; Yetiş Şamlı (n 130) 341; Honnold (n 98) 414; Zeytin (n 98) 231; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 215-16.

179 CISG m. 33'e göre "Satıcı malları (a) sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir tarih varsa bu tarihte; (b) sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir zaman dilimi varsa, koşullardan tarih saptama yetkisinin alıcıda olduğu anlaşılmadıkça, bu zaman dilimi içinde herhangi bir anda; (c) diğer tüm hallerde, sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içinde teslim etmek zorundadır." Söz konusu hükmün b ve c bentlerinde satıcının bir bildirim olmaksızın alıcının ifa zamanını bilebilmesi mümkün görünmemektedir. Bu sebeple özellikle bu durumlar alıcıya yapılacak olan bildirim teslim borcunun kapsamına dâhil edilmelidir.

180 CISG m. 27'e göre "Antlaşmanın bu Kısımında açıkça aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu Kısım uygunu bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz."

181 Neumayer, Ming (n 15) 445, para 3; Hachem (n 74) 1112, para 12.

182 Schlechtriem, Butler (n 22) 17071; Nicholas (n 5) 507; Neumayer, Ming (n 15) 445-46, para 3; Bollé (n 74) 267, von Hoffmann (n 36) 296.

183 Hachem (n 74) 1114, para 15; Schlechtriem, Butler (n 22) 170-71; Neumayer, Ming (n 15) 445-46, para 3; Bollé (n 74) 267; von Hoffmann (n 36) 296.

184 Neumayer, Ming (n 15) 448, para 5. Erken ifa CISG m. 52'de düzenlenmiştir.

185 Aksi görüşte: Nicholas (n 5) 507.

ambalajının gönderilmesi, taşıma gemisinin belirlenmesi ya da seçim hakkının kullanılması gibi yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde hasarın alıcıya geçmesi söz konusu olabilecektir¹⁸⁶. Bu durumda alıcının kurusunun bulunmaması ya da malları teslim alacak olan geminin gecikmesi gibi üçüncü bir kişinin fiilinden kaynaklanması da hasarın geçişi üzerinde etkili olmayacaktır. Bu durumda alıcı, CISG m. 79 uyarınca¹⁸⁷ sorumlu olmadığını ileri sürerek hasarın kendisine geçişini engelleyemez¹⁸⁸.

2. Satıcının belirli bir yerde ifa yükümlülüğünün bulunduğu mesafeli satışlarda hasarın geçişi.

CISG m. 69/II hükmü uyarınca alıcının, satıcının iş yerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde hasar teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda intikal eder. Satıcının satılanı belirli bir yerde ifa yükümlülüğü, teslim yeri olarak satıcının iş yerinden başka bir yerin ifa yeri olarak kararlaştırıldığı durumlarda karşımıza çıkar. Söz konusu kapsama alıcının işyeri de girmektedir¹⁸⁹. Satıcının birden fazla iş yeri varsa borcun ifa yeri bu iki iş yerinden farklı bir yer olmalıdır. Söz konusu madde depolanan veya muhafaza edilen (*ex warehouse*) mallara ilişkin olmakla beraber götürülecek borçlar ve bu kapsamda değerlendirilen mesafeli satışları kapsamına almaktadır¹⁹⁰.

CISG m. 69/II'nin uygulama alanına giren durumlarda hasarın intikal anı CISG m. 33 uyarınca borcun muaccel olma anına göre belirlenecektir. Bu durumda hasarın alıcıya intikal anı teslimden önceki bir zamana çekilmektedir¹⁹¹. Zira malların satıcının iş yerinden başka bir yerde bulunması, satıcının hâkimiyeti altında olmadığı ve çoğunlukla malların satıcı tarafından sigortalanmadığı durumları kapsamaktadır. Bu açıdan hükmün *ratio legis*'i satıcının korunmasıdır¹⁹². İfa yeri, satıcının işyerinden başka bir yer olduğu için satıcının satılanı koruma konusunda alıcıdan daha elverişli bir konumda bulunduğu bahsedilemez. Bu sebeple hasar, teslimle değil belirlenen yerde satılanın alıcıya sunulduğunun bildirilmesiyle alıcıya geçmektedir¹⁹³.

186 Schlechtriem, Butler (n 22) 170-71; Hachem (n 74) 1114, para 15; Neumayer, Ming (n 15) 446, para 4; Bollé (n 74) 267; von Hoffmann (n 36) 296.

187 CISG m. 79/I'e göre "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 etmeden dolayı sorumlu tutulmaz"

188 Schlechtriem, Butler (n 22) 171; Hachem (n 74) 1114, para 14; Neumayer, Ming (n 15) 445-46, para 3.

189 Bollé (n 74) 268; Schlechtriem, Butler (n 22) 171; Neumayer, Ming (n 15) 448, para 6.

190 Uygulamada sıkça karşılaşılan "Ex Warehouse", "Ex Works", "Ex Quay", "Ex Ship" ve "FOB buyer's city" gibi kayıtlar CISG m. 69/II hükmünün uygulanmasını gerektirecektir. Satılan gemiyle belli bir yere taşınıp orada teslimini gerektiren "ex ship" veya "FOB Hamburg" gibi kayıtlar mevcutsa, satılan her ne kadar taşınacak olsa da satıcının yükümlülüğü satılanın belirlenen yere getirilmesine kadar devam edecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Bollé (n 74) 268; Nicholas (n 5) 504; Honnold (n 98) 417.

191 Schlechtriem, Butler (n 22) 171-71; Hachem (n 74) 1115, para 18; Honnold (n 98) 416; Nicholas (n 5) 503-504.

192 Bollé (n 74) 268; Hachem (n 74) 1115, para 18; Nicholas (n 5) 503-504.

193 Nicholas (n 5) 503-504; Bollé (n 74) 268.

Satıcının belirli bir yerde ifa yükümlülüğünün bulunduğu mesafeli satışlarda hasarın alıcıya geçişi için ilk olarak satıcının satılanı iş yerinden farklı bir yerde teslim edecek olması gerekmektedir. İkinci olarak teslim borcunun CISG m. 33 uyarınca muaccel olması ve satılanın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması, üçüncü ve son olarak da alıcının bu durumdan haberdar olması gerekmektedir¹⁹⁴. Satılanın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğundan bahsedebilmek için, satıcının kendisine düşen bütün yükümlülükleri yerine getirmesi ve alıcıyı başka herhangi bir durumun araya girmesine gerek kalmaksızın satılanı teslim alabilir hale getirmesi gerekmektedir¹⁹⁵. Bu açıdan alıcının tasarrufuna hazır bulundurma, satıcının satılan üzerindeki zilyetliğini tam anlamıyla sona erdirmeyeceği ancak alıcının satılanın muhafazasını elde edebileceği, satıcının tek taraflı gerçekleştirdiği bir işlemdir¹⁹⁶.

Maddede açıkça alıcının haberdar olmasından bahsedildiği için alıcının malların kendi tasarrufuna hazır bulunduğu yönünde pozitif bir bilgiye sahip olması gerekmektedir¹⁹⁷. Bu açıdan söz konusu düzenlemenin CISG m. 27'ye bir istisna getirdiği ifade edilmektedir¹⁹⁸. Madde metninde açıkça satıcıya, alıcının hâkimiyet alanında sonuçlarını doğuracak bir bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Söz konusu bildirim hâkimiyet alanı teorisi uyarınca alıcının hâkimiyet alanına girmesi yeterli görülmelidir¹⁹⁹. Aksi halde alıcının satılanın tasarrufuna hazır bulundurulduğunu bilmediğini iddia ederek hasarın kendisine geçmesinin engellenmesi söz konusu olabilecektir²⁰⁰. Bildirim için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Belirtmek gerekir ki öğretide satıcının bir bildirim olmaksızın alıcının herhangi bir şekilde satılanın kendisinin tasarrufuna hazır bulundurulduğunu öğrendiği durumlarda da hasarın alıcıya geçeceği ifade edilmektedir²⁰¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki CISG m. 69'da düzenlenen hasarın geçişi hallerinde de Anlaşma'nın temel ilkelerinden olan "malların sözleşmeye tahsis edilmesi" koşulu gerçekleşmedikçe karşı edim hasarı CISG m. 69/III uyarınca alıcıya geçmeyecektir.

194 Bollé (n 74) 268-69; Schlechtriem, Butler (n 22) 171; Nicholas (n 5) 503-504; Hachem (n 74) 1116, para 20ff.

195 Schlechtriem, Butler (n 22) 172; Neumayer, Ming (n 15) 448, para 6.

196 Neumayer, Ming (n 15) 449, para 7; Bollé (n 74) 269; Nicholas (n 5) 504.

197 Schlechtriem, Butler (n 22) 171; Hachem (n 74) 1116, para 20; Bollé (n 74) 269; Neumayer, Ming (n 15) 448-49, para 6.

198 Zira alıcı CISG m. 69/II uyarınca satılanın tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olmadığını ispat ederek hasarın kendisine geçişine engel olabilecektir. Oysa CISG m. 27'de koşullara uygun araçlarla yapılan bir bildirim iletimdeki hata veya gecikme sebebiyle ulaşmaması ya da geç ulaşması durumunda bildirimde bulunan tarafı ona dayanmak hakkından mahrum bırakmayacağı düzenlenmiştir.

199 Neumayer, Ming (n 15) 448-49, para 6; Hachem (n 74) 1117, para 22; Zeytin (n 98) 231. Aksi görüşte: Bollé (n 74) 269. Hâkimiyet alanı teorisi için bkz: Oğuzman, Öz (n 26) 75.

200 Aksi görüşte: Atamer, Satıcının Yükümlülükleri (n 157) 270.

201 Sevón (n 22) 205; Neumayer, Ming (n 15) 448, para 6. Bildirimin üçüncü bir kişi tarafından da yapılabileceği hakkında bkz: Zeytin (n 98) 231.

3. Satıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal etmesi durumunun hasarın geçişi üzerindeki etkisi.

CISG m. 25²⁰²'te sözleşmenin esaslı ihlali (*fundamental breach of contract*) ve esaslı olmayan ihlali ayırımına yer verilerek; alıcıya sözleşmenin esaslı olmayan –basit- ihlali halinde onarım, bedel indirimi yahut tazminat talep etme, sözleşmenin esaslı ihlali halinde ise sözleşmeyi sona erdirmeye ve ikame mal talep etme imkânı tanınmıştır²⁰³. Bu açıdan CISG m. 25, sözleşmenin ihlali kavramını esaslı olan ve esaslı olmayan şeklinde ayırmak üzere sevk edilmiştir²⁰⁴. Bu açıdan sözleşme ihlalleri türlerine göre değil, esaslı olup olmamalarına göre çeşitli hukuki imkânlarla donatılmıştır²⁰⁵. “Borca aykırılık” kavramının kilit noktasını teşkil eden sözleşmenin esaslı ihlali, sözleşmenin ortadan kaldırılmasının ve satıcı açısından ağır ekonomik sonuçları olan ikame mal tesliminin²⁰⁶ ön şartı olması sebebiyle oldukça önem taşımaktadır²⁰⁷. Bu açıdan CISG, sözleşme ihlalinin ağırlık arz etmediği durumlarda olabildiğince sözleşme ilişkisinin ayakta tutulmasını teşvik etmektedir²⁰⁸. CISG m. 25'te belirtildiği üzere bir sözleşmeye aykırılığın esaslı sayılabilmesi için taraflardan birinin yükümlülüklerine aykırı davranarak bir sözleşme ihlalinde bulunmuş olması, bu ihlalin karşı taraf nezdinde bir olumsuzluğa sebep olmuş olması, bu olumsuzluğun karşı tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yosun bırakıyor olması ve son olarak bu sonucun makul bir kişi tarafından öngörülebilir olması gerekir²⁰⁹.

CISG m. 70, satıcının sözleşmeyi esaslı bir şekilde ihlal etmesi durumunda 67, 68 ve 69. madde hükümlerinin, alıcının sözleşme ihlali dolayısıyla sahip olduğu hukuki imkânlarla halel getirmeyeceğini öngörmektedir. Bu açıdan söz konusu hüküm hasarın intikali ile alıcının sözleşmeyi esaslı bir şekilde ihlal etmesi nedeniyle sahip

202 CISG m. 25'e göre “Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun.”

203 Michael Will, Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention, CISG art. 25 (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987) 205; Schlechtriem, Butler (n 22) 97; Ulrich G. Schroeter, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, CISG m. 25 (Ingeborg Schwenzer ve Pinar Çağlayan Aksoy eds, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2015) 553ff, para 6ff; Franco Ferrari, “Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention -25 Years of Article 25 CISG-” (2006) 25 Journal of Law and Commerce 489, 490; Yeşim Atamer, “Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış”, in Yeşim Atamer (ed), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008) 230-31; Ali Gümrak Tokar, “Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali” (2013) 33 MHB 213, 214.

204 İbid. Will'e göre bu ayırımın önemi, sözleşmenin ölümüne yahut yaşamasına karar vermesi açısından kendisini gösterir. Zira ancak esaslı ihlal halinde alıcı, sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilmektedir. Bknz: Will (n 202) 205.

205 Atamer, İfa Engelleri (n 202) 230, Tokar (n 202) 217.

206 İkame mal tesliminin ekonomik sonuçları, neredeyse sözleşmenin ortadan kaldırılması kadar ağırdır. Zira malların satıcıya geri gönderilmesi, taşıma masraflarına da satıcının katlanması ya da malların buldukları yerde tekrar satılmasının organize edilmesi, adeta bir sözleşme tasfiyesi süreci gibi işlemektedir. Bknz: Schroeter (n 202) 553, para 6; Atamer, İfa Engelleri (n 202) 231.

207 Ferrari (n 202) 490-91; Schroeter (n 202) 553, para 6; Atamer, İfa Engelleri (n 202) 230.

208 Schroeter (n 202) 553-54, para 8; Atamer, İfa Engelleri (n 202) 230.

209 Schlechtriem, Butler (n 22) 97; Ferrari (n 150) 492ff; Schroeter (n 202) 556ff, para 13ff; Atamer, İfa Engelleri (n 202) 237; Tokar (n 150) 223ff.

olduğu hukuki imkânlar arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir²¹⁰. CISG m. 70 hükmü, satıcının sözleşmeyi esaslı bir şekilde ihlal etmesinin malın zayi olmasına neden olduğu halleri kapsamamaktadır. Zira hasar sorunu esasen satıcıya atfedilemeyen bir sebeple satılanın yok olması veya kötüleşmesi hallerini düzenlemektedir. Bu açıdan sözleşmenin esaslı ihlalinin malın zayi olmasına yol açtığı haller düzenlemenin kapsamına girmemektedir. Bu durumda satılan zayi olsa bile alıcı esaslı ihlal sebebiyle sahip olduğu hakları kullanabilecektir. Bu durumda alıcıya intikal eden hasar alıcının sahip olduğu hukuki imkânları kullanmasıyla birlikte satıcıya geri intikal edecektir²¹¹. Zira CISG m. 25'te öngörülen şartları yerine getiren alıcının ikame mal talep etmesi ya da sözleşmeyi ortadan kaldırması durumunda satılanın yok olma riskine satıcı katlanmaktadır. Satıcının kusuru sebebiyle yok olan satılanın sözleşmenin ortadan kaldırılması durumunda alıcı tarafından satıcıya iade edilmesi mümkün olmayacak, öte yandan satıcı ise aldığı satış bedelini iade etmek yükümlülüğü altında olacaktır. Alıcının ikame mal talep ettiği durumlarda satıcı satılan hasara uğramış olsa dahi ifa mecburiyetinden kurtulmayacak ve alıcıya tekrar ifade bulunma yükümlülüğü altında olacaktır. İşte tüm bu hallerde aslında alıcıya geçmiş olan hasar, tekrar satıcıya geri intikal edecek ve netice itibarıyla malın yok olması riskini satıcı katlanacaktır.

IV. TBK ve CISG Hükümlerinin Karşılaştırılması

TBK m. 208 kural olarak karşı edim hasarının alıcıya geçişini, satıcının zilyetliğin ve mülkiyetin devri borçlarından zilyetliğinin devrine bağlamıştır. Satılardan ekonomik olarak yararlanabilecek hale gelen alıcının satılanın yok olması veya kötüleşmesi riskine de katlanması gerektiği hükmün *ratio legis*'ini oluşturur²¹². Satılanın sözleşme taraflarına atfedilemeyecek şekilde yok olması veya kötüleşmesi durumu ise beklenmedik bir halden, mücbir sebepten, üçüncü kişinin fiilinden, hırsızlık veya gasp olaylarından ileri gelebilmektedir²¹³. Dolayısıyla satılanın yok olması veya kötüleşmesi riski, hukuki veya fiili sebeplerden ileri gelebilmektedir.

TBK m. 136'ya göre borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa borç sona erecektir. O halde sözleşmenin kurulması ile birlikte edim hasarına alıcı katlanacak ve hasar sorunun meydana geldiği hallerde alıcı borcun ifasını satıcıdan talep edemeyecektir²¹⁴. Sözleşmenin kurulmasından itibaren ifaya kadar geçen süre içinde çeşit borçlarında²¹⁵ "*genus non perit*" kuralı uygulama alanı

210 Nicholas (n 5) 510; Hachem (n 74) 1118, para 2; Honnold (n 98) 420.

211 Hachem (n 74) 1121, para 10; Nicholas (n 5) 510; Atamer, Satıcının Yükümlülükleri (n 157) 277.

212 Eren (n 15) 49; Nomer, Engin (n 4) 80; Bilgehan Çetiner, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayrıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi" (2009) LXVII İÜHF 97, 100; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçiş (n 128) 198.

213 Yavuz, Acar, Özen (n 5) 72-73; Eren (n 15) 52; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30ff; Nomer, Engin (n 4) 74.

214 Eren (n 15) 49; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 72-73; Nomer, Engin (n 4) 74; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 36; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçiş (n 128) 189.

215 Çeşit borcu için bkz: Oğuzman, Öz (n 26) 282-83.

bulacaktır. O halde çeşit borcunun yok olması veya kötüleşmesi durumunda satıcı satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devir borcundan kurtulmayacak ve satıcının tedarik borcu devam edecektir²¹⁶. Zira çeşit borçlarının imkânsızlaşması ancak o çeşitten olan malların tamamının yeryüzünde tükenmesiyle mümkündür.

Çeşit borçlarının imkânsızlaşmaması yani “nevi telef olmaz” kuralının istisnası ise *sınırlı çeşit borcu*, *mahdut nevi borcu* ya da *stok borcu* olarak ifade edilen durumlarda söz konusu olacaktır²¹⁷. Zira bu hallerde çeşit borcu, o çeşitten olmakla birlikte belirli bir stok içinden borçlanılmıştır²¹⁸. Belirli bir depodan, belirli bir sürü içinden yahut belirli bir yılın mahsulünden borçlanılmış olan edimlerde o stoktan borçlanılmış olan malların tamamının yok olması durumunda veya kötüleşmesi durumunda stok borcu imkânsızlaşır ve edim hasarına alıcı katlanır²¹⁹.

Esasen çeşit borcu sözleşmeye özgülenmedikçe ve borcun konusu belirli hale gelmedikçe çeşit borcunun yok olması veya kötüleşmesi durumu eşyaya gelen geniş anlamda hasarı ifade eder²²⁰. Belirtmek gerekir ki çeşit borcunun somutlaştırılarak sözleşmeye tahsis edilmesi durumunda ancak söz konusu borç ferden tayin edilmiş bir parça borcu haline gelir ve artık “nevi telef olmaz” kuralı uygulama alanı bulmaz²²¹. Sözleşmeye özgülenerek ferden belirli hale gelen satılanın yok olması veya kötüleşmesi halinde parça borcuna dönüşmüş olan çeşit borcu imkânsızlaşır ve edim hasarı meydana gelir²²². Bu durumda parça borcunda olduğu gibi edim hasarı alıcı üzerindedir. Dolayısıyla somutlaştırılarak sözleşmeye özgülenmiş bir çeşit borcunun satıcıya atfedilemeyecek bir şekilde yok olması veya kötüleşmesi durumunda alıcı, artık ifayı talep etme hakkını kaybeder. Götürülecek borçlarda edimin ifa yerine götürülerek eylemli olarak alıcıya sunulması, gönderilecek borçlarda ayırt edilerek taşıyıcıya teslim edilmesi ve aranılacak borçlarda alıcı veya onun temsilcisinin huzurunda satılanın ayırt edilmesi ya da tek taraflı olarak alacaklı temerrüdüne yol açacak şekilde satılanın ayırt edilerek alıcının tasarrufuna sunulması çeşit borcunun somutlaşması için yeterli olacaktır²²³.

TBK m. 116 uyarınca satıcının ifa yardımcısının fiili sebebiyle ya da borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen TBK m. 119 uyarınca satıcının beklenmeyen hallerden sorumlu olduğu durumlarda her ne kadar kusursuz ifa imkânsızlığı söz konusu olsa da satıcı bu imkânsızlıktan sorumlu olacağı için hasar sorunu

216 Eren (n 15) 49; Nomer, Engin (n 4) 74; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 36; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 189.

217 Nomer, Engin (n 4) 75.

218 Oğuzman, Öz (n 26) 282.

219 Nomer, Engin (n 4) 77.

220 ibid 75.

221 Nomer, Engin (n 4) 75; Çetiner (n 211) 202; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 190.

222 ibid.

223 Yavuz, Acar, Özen (n 5) 73; Nomer, Engin (n 4) 76; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 38; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 191. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Eski Borçlar Kanunu döneminde ayırt etme ve satılanın somutlaştırılmasının nasıl olacağı yönündeki tartışmalara son verdiği yönünde bkz: Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 37-38.

meydana gelmez²²⁴. Belirtmek gerekir ki TBK m. 136 uyarınca satılanın taraflara atfedilemeyecek bir şekilde yok olması durumunda satıcının satılanın zilyetlik ve mülkiyetini devir borcundan kurtulmasına karşılık alıcı da satıcıya satış bedelini ödeme borcundan kurtulacaktır. Bu durumda sözleşmenin kurulmasından borcun ifasına kadar geçen süre içerisinde karşı edim hasarına satıcı katlanmaktadır²²⁵.

TBK m. 208/I uyarınca satış sözleşmesinde karşı edim hasarı zilyetliğin devri ile alıcıya geçecektir. Bu durumda satılardan ekonomik olarak yararlanabilecek duruma gelen alıcı satılanın yok olması veya kötüleşmesi riskine de katlanacaktır²²⁶. Bu hususun aksi taraflar arasında kararlaştırılabileceği gibi durumun gereğinden de anlaşılabilir. Söz konusu düzenleme çeşit ve parça borcu açısından yeknesak bir düzenleme getirmiştir. Zira çeşit borcu da en geç zilyetliğin devri anında somutlaşarak parça borcuna dönüşmektedir.

TBK m. 208 hükmü CISG m. 69 hükmü ile paralellik arz etmektedir. Zira CISG m. 69/I, diğer durumlar saklı kalmak kaydıyla satıcının işyerinde gerçekleşecek olan aranılacak borçlarda -yerinden satışlar- karşı edim hasarının geçişini satılanın teslimine tabi tutmuştur. Ancak TBK m. 208/I'de karşı edim hasarının geçişi daha genel bir ifade olan zilyetliğin devrine tabi tutulmuştur²²⁷. Öğretide bir görüşe göre satıcı satılanın zilyetliğini teslim yoluyla devredebileceği gibi teslimsiz olarak da zilyetliğin hükmen devri, havale yoluyla devri ya da kısa elden devri ile alıcıya devredebilir²²⁸. Bu gibi hallerin tümünde hasar zilyetliğin devriyle birlikte alıcıya geçecektir. Diğer bir görüşe göre ise alıcı satılardan ekonomik anlamda yararlanabilir duruma gelmedikçe karşı edim hasarı kendisine geçmeyecektir²²⁹. Bu durumda her olay bazında bir inceleme yapılacak ve örneğin zilyetliğin havalesi yoluyla alıcı satılardan ekonomik olarak yararlanma imkânına sahip olmuyorsa hasarı da üstlenmek zorunda kalmayacaktır. Ancak öğretilerde bizim de katıldığımız diğer görüşe göre alıcının satılanın zilyetliğinin teslim dışında zilyetliğin havalesi veya hükmen devri yoluyla devralmaya zorlanamayacağı ifade edilmektedir²³⁰. Bu durumda alıcı satılanın zilyetliğini ancak teslim yoluyla devralmaya zorlanabilecek ve şayet rıza gösterirse satılanın zilyetliğinin teslim dışında devir şekillerine başvurulabilecektir. O halde CISG m. 69/I ve TBK m. 208/I hasarın intikali için aynı çözüm yolunu benimsemiş olmaktadır.

224 Eren (n 15) 52.

225 Yavuz, Acar, Özen (n 5) 72, 73; Eren (n 15) 48ff; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 30ff; Nomer, Engin (n 4) 74.

226 Nomer, Engin (n 4) 80.

227 BGB § 446'da ve CISG m. 69'da açıkça teslimden bahsedilmiş ve zilyetliğin diğer devir şekilleri dışlanmıştır. Ancak teslim kavramının bu durumda geniş yorumlandığı hakkında bkz: Çetiner (n 211) 99.

228 Eren (n 15) 51; Hakan Acar, "Hasarın Riskinin Geçişine İlişkin TBK, CISG ve Incoterms Hükümlerinin Mukayeseli Olarak İncelenmesi, Milletlerarası Satım Hukuku" in Sinan Okur (ed), Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG) (1. Bası Adalet Yayınevi 2016) 510.

229 Nomer, Engin (n 4) 84; Çetiner (n 211) 100; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişini (n 128) 198.

230 Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 33.

Doktrinde hasarın alıcıya geçmesi için ifa sonucunun gerçekleşmesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır. *Gümüş*'e göre "zilyetliğin devri" ifadesi aynı akit ve teslim ya da alıcının kabul etmesi ihtimalinde zilyetliğin teslim dışında bir yolla devri olarak kabul edilmeli ve hasarın intikali için ifa fiilinin yani zilyetliğin devrinin değil ifa sonucunun yani mülkiyetin devrinin gerçekleşmesi gerekmektedir²³¹. *Yavuz*'a göre hasarın geçişi açısından ifa fiilinin gerçekleşmesi yeterli görülmeli, hasar ifa fiilinin gerçekleşmesiyle beraber ifa sonucunun gerçekleşmesinden bağımsız olarak alıcıya geçmelidir²³². *Nomer ve Engin*'e göre ise zilyetliğin satış sözleşmesinin ifası amacıyla devri yeterli görülmelidir²³³.

TBK m. 208 karşı edim hasarının alıcıya geçmesinde genel kural olan zilyetliğin devrine bazı istisnalar öngörmektedir. Kanundan doğan bu istisnaların ilki TBK m. 208/II hükmünde düzenlenmektedir. TBK m. 208/II'ye göre alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi halinde zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçecektir. Alacaklı, satıcı tarafından sözleşmeye uygun bir şekilde gerçekleştirilen ifayı kabulden ya da hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması durumunda alacaklı temerrüdüne düşecektir²³⁴. Belirtmek gerekir ki bu madde uyarınca hasarın alıcıya geçmesi için de çeşit borçlarında satılanın somutlaştırılarak sözleşmeye tahsis edilmesi ve ifa için alıcıya sunulması gerekmektedir. CISG m. 69/I'de, malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve alıcının satılanı teslim almayarak sözleşmeye aykırı davranışta bulunduğu anda hasarın alıcıya geçeceği öngörülmüş, ayrıca CISG m. 69/II'de ise alıcının, satıcının iş yerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde hasarın teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda intikal edeceği düzenlenmiştir. Ayrıca CISG m. 7/II uyarınca Anlaşmanın temelinde yatan genel ilkelerden sayılan malın somutlaştırılması koşulu da Türk Hukuku açısından kabul edilmektedir²³⁵. Bu açıdan bakıldığında TBK m. 208/II'de öngörülen ve alıcının alacaklı temerrüdüne düşmesiyle hasarın kendisine geçeceğini öngören düzenleme ile CISG m. 69 düzenlemesi uyum içindedir. CISG m. 69'da benimsenen çözüm aslında alacaklı temerrüdünü tarif etmekte ancak farklı hukuk sistemlerinde de uygulanabilir olması adına "alacaklı temerrüdü" ifadesine yer vermemektedir.

TBK m. 208'de getirilmiş olan diğer kanuni istisna ise mesafeli satışlarda gönderilecek borcun söz konusu olduğu durumlarda uygulama alanı bulacaktır. O halde mesafeli

231 Gümüş, *Borçlar Hukuku* (n 6) 30.

232 Yavuz, Acar, Özen (n 5) 74.

233 Nomer, Engin (n 4) 81. Nomer ve Engin'e göre çoğu zaman zilyetliğin devri ile birlikte mülkiyet de alıcıya geçmektedir. Ancak mülkiyeti saklı tutma kaydıyla satışta ve geciktirici koşula bağlı satışlarda hasar mülkiyetten bağımsız olarak ekonomik anlamda satılardan yararlanma imkânına kavuşan alıcıya geçmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkzn: Nomer, Engin (n 4) 82.

234 Yavuz, Acar, Özen (n 5); Çetiner (n 211) 101; Altay, *CISG Uyarınca Hasarın Geçiş* (n 128) 191. Alacaklı temerrüdü için bkzn: Oğuzman, Öz (n 26) 352ff; Nomer (n 161) 332ff.

235 Çetiner (n 211) 102. Belirtmek gerekir ki bu husus 818 sayılı eski Borçlar Kanunu m. 183/II'de açıkça ifade edilmişti. Çeşit borçlarında satılanın ayırt edilmesi koşulu, sözleşmenin kurulmasıyla beraber hasarın alıcıya geçeceğini öngören eBK m. 183/II hükmüne getirilmiş bir istisna olma özelliği göstermekteydi. eBK m. 183/II: "Bununla beraber yalnız nevan tâyin edilmiş olan mebin ayırt edilmiş olması da lâzımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayiin bu maksata mebi üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır."

satışlarda taraflar sözleşme ile satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi hususunda anlaşılırlarsa CISG m. 67/I hükmünde olduğu gibi karşı edim hasarı, alıcının isteği üzerine satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi durumunda satılanın “bağımsız” taşıyıcıya teslimi ile birlikte alıcıya geçecektir²³⁶. Ayrıca aynı CISG uygulamasında olduğu gibi alıcının toplu taşımaya rıza gösterdiği durumlarda hasarın yine satılanın bağımsız taşıyıcıya teslimi ile alıcıya geçeceği kabul edilmektedir²³⁷. Diğer toplu taşıma hallerinde ise satılan somutlaştırılana kadar hasar alıcıya geçmeyecektir²³⁸. Alıcıların satılanın toplu olarak taşınmasına rızaları varsa karşı edim hasarına payları oranında katlanacaklardır²³⁹. Bu husus CISG m. 67/II ve CISG m. 69/III hükmünün Türk Borçlar Kanunu sistematigi içinde de kabul edildiğini göstermektedir.

Belirtmek gerekir ki TBK m. 208 hükmüne sözleşme ile istisna getirilerek uluslararası ticarete kullanılan, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yayımlanan Incoterms²⁴⁰ gibi kayıtlarının, CIF²⁴¹ ve FOB²⁴² satış gibi sözleşme hükümlerinin uygulanması her zaman sağlanabilecektir. Bu durumda emredici nitelik taşımayan TBK m. 208 hükmü uygulama alanı bulmayacaktır.

Sonuç

Roma Hukuku’ndan beri oldukça eleştirilen düzenlemelere sahip olan hasar kurumu, Türk Borçlar Kanunu, CISG ve Alman Medeni Kanunu’nun getirdiği ve satılanın teslimini esas alan hasarın geçişi düzenlemeleri ile daha sağlam bir zemine oturmuş, zira söz konusu hukuk sistemleri hasarı öğretide hâkim olan görüşlere ve temel eleştirilere

236 Eren (n 15) 55; Yavuz, Acar, Özen (n 5) 73; Nomer, Engin (n 4) 86; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 38; Çetiner (n 211) 103; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 200.

237 Nomer, Engin (n 4) 86; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 38; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 200. Cf n 131.

238 Nomer, Engin (n 4) 86; Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 38; Altay, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi (n 128) 201.

239 Gümüş, Borçlar Hukuku (n 6) 38.

240 Yargıtay 7. HD, T. 31.1.2013, E. 2012/3883, K. 2013/659 <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=7hd-2012-3883.htm&kw=nef%27i+sat%C4%B1%C5%9F#fm>> son erişim tarihi 25.08.2018: “Davacı ile dava dışı İngiliz firması arasındaki satım sözleşmesi denizasırsı satış niteliğinde olup, konu Mülga TTK’nun 1133 ve devam eden maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca milli hukuktaki düzenleme yanında Milletlerarası Ticaret Odası tarafından “ticari terimlerin yorumlanmasında kullanılan uluslararası kararlar” adlı kısa adı “incoterms” olan, ilk defa 1936 yılında yayınlanan ve bugüne kadar da güncellenmiş olan 350 numaralı yayında da konuya dair Uluslararası uygulama kuralları belirlenmiştir. Gerek Mülga TTK’da gerekse “incoterms” de kural olarak denizasırsı satışlarda sözleşmede açıkça belirtilmediği takdirde teslim FOB ve SİF esasına göre yapılmaktadır. Anılan esaslar gereğince satıcının malı gemi bordosuna teslimi ile birlikte hasar ve nef’i alıcıya geçer. Böyle bir durumda satıcı, mal ile ilişkisini kesmiş olacağından bir başka deyişle mal sahipliği sıfatını yitirmekle taşıma sırasında 3.kişilerle mala verilecek zararların tazminini talep hakkını kaybedecektir.”

241 CIF satışın söz konusu olduğu bir uyumsuzlukla yarar ve hasarın geçişi hakkında Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 11. HD, T. 18.4.2014, E. 2013/18638, K. 2014/7694 <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-201318638.htm&kw=nef%27i+sat%C4%B1%C5%9F#fm>> son erişim tarihi 25.08.2018: “Bilindiği üzere mal mukabili satımda, satılan malın teslim yerine ulaşması ve malın alıcısına teslim edilmesinden sonra satım bedeli ödenmektedir. Bu tür bir satışta, satıcının eşya üzerindeki menfaati teslimde kadar devam edeceğinden taşıma sırasında hasar meydana gelmesi halinde de sorumlulara müracaat hakkı bulunmaktadır. Bu durumda, mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda davacının tüm delilleri toplanarak dava konusu taşımanın tamamen CIF satış koşullarında yapıldığı ve yapılmadığının, mal bedelinin satıcı tarafından alınıp alınmadığının tespiti ile sonucuna göre davacının aktif husumet ehliyetinin değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru olmamış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.”

242 FOB satışın söz konusu olduğu bir uyumsuzlukla yarar ve hasarın geçişi hakkında Yargıtay kararı için bkz: Yargıtay 19. HD, T. 28.3.1997, E. 1996/10078, K. 1997/3268 <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/19hd-1996-10078.htm>> son erişim tarihi 25.08.2018; ayrıca bkz: Neumayer, Ming (n 15) 430, para 5.

uygun olarak düzenlemişlerdir. Özellikle 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde mehz kanuna uygun olarak kabul edilmiş olan ve oldukça eleştirilen İsviçre Hukuku'nda yer alan hasarın geçişi sistemi, yeni Türk Borçlar Kanunu'nda kabul edilmemiş ve Alman Hukuku'nda kabul edilen hasarın geçişi sistemi esas alınmıştır. CISG'in özellikle teslimi esas alan 69. maddesinde ise Alman delegasyonunun önemli bir etkisi olmuştur. Bu açıdan TBK ve CISG hükümleri yukarıda açıklandığı üzere tam bir uyum içerisindedir. Ancak gayet doğaldır ki CISG hükümleri uluslararası ticaretin gereksinimlerine uygun olarak çok daha kapsamlı düzenlemeler öngörmüştür. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun uygulama alanı, ticari olmayan satış ilişkilerinden uluslararası satışa kadar çok geniş bir yelpazeye yayılmıştır. Bu açıdan uygulama alanına giren durumlarda CISG, TBK hükümlerinin yerini almış ve onu kısmen ilga etmiştir.

Kanımca CISG'in getirdiği ayrıntılı düzenlemeler, özellikle taşınmakta olan mallarda hasarın geçişi ile ilgili CISG m. 68 hükmü, Türk Borçlar Kanunu'nda bu yönde bir düzenleme bulunmadığı için kıyasen uygulanabilecek niteliktedir. Zira öngörülen çözüm kanunun amacı, menfaatler dengesi ve teslimi esas alan hasar rejimi açısından uygunluk arz etmektedir. Taşınmakta olan bir malın satışını konu edinen sözleşme ilişkilerinde satıcı, satılanı koruma ve ondan ekonomik olarak yararlanma imkânına sahip değildir. TBK 208 hükmünün bu doğrultuda bir menfaatler dengesi öngörmüş olması göz önüne alınırsa CISG m. 68 hükmünün TBK sistematiğine uygun olduğu anlaşılır. Bu açıdan kanunda boşluk bulunduğu hallerde Türk hâkimi gerek kıyasen gerek ise kanun koyucu gibi hukuk yaratma görevini kullanırken CISG'da düzenlenmiş olan hasar rejimini kendisine referans olarak almalıdır.

TBK ve CISG hükümlerinin benzer çözümleri benimsemiş olması özellikle uygulama açısından önemli bir husustur. Böylece CISG m. 7'de öngörülmüş olan CISG'in farklı hukuk sistemlerinde aynı şekilde uygulanması hedefine de daha rahat bir şekilde ulaşılabacaktır.

Kaynakça / References

- Acar H, "Hasarın Riskinin Geçişine İlişkin TBK, CISG ve Incoterms Hükümlerinin Mukayeseli Olarak İncelenmesi, Milletlerarası Satım Hukuku" in Sinan Okur (ed), *Milletlerarası Mal Satım Hukuku (CISG)* (1. Bası Adalet Yayınevi 2016)
- Akıntürk T, *Satım Akdinde Hasarın İntikali* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları no:212 Sevinç Matbaası, 1966)
- Altay S, *Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişini* (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2008)
- — "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçişini" (2013) I GSÜHFD 183
- Ansary S, "Menkul Mallarda Mülkiyetin ve Hasarın İntikali Hakkında Muhtelif Sistem Arasında Bir Mukayese" (1953) 1-4 AÜHFD 450
- Atamer Y, "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", in Yeşim Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008)

- — *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları* (1. Bası, Beta yayıncılık 2005) 268
- Bollé S, “The Theory of Risks in the 1980 Vienna Sale of Goods Convention” (1999-2000) *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods* 245
- Bridge M, “CISG Uyarınca Hasarın Geçmesi”, in Yeşim Atamer (ed), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)* (1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık 2008)
- Çakırca İ, “Satımda Edim ve Karşı Edim Hasarının Alıcıya Geçmesi” (2007) *İÜHF* 177
- Çetiner B, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Yarar ve Hasarın İntikali ile Satıcının Ayıptan Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi” (2009) *LXVII İÜHF* 97
- Devellioğlu F, *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat* (2. Baskı, Aydın Kitabevi 2010)
- Doğan M, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın İntikali* (1. Bası, Yetkin Basımevi 2016)
- Engel P, *Traité des obligations en droit suisse: Dispositions générales du CO* (2^{ème} Edition, Staempfli Editions SA 1997)
- — *Contrats de droit suisse: Traité des contrats de la partie spéciale du Code des obligations, de la vente au contrat de société simple, articles 184 à 551 CO, ainsi que quelques contrats innomés* (2^{ème} Edition, Staempfli Editions SA 2000)
- Erdoğan B, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri* (1.7.2012’de Yürürlüğe Giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Yeni Bası, Der Yayınları 2014)
- Eren F, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (4. Baskı, Yetkin Yayınları 2017)
- Ergüne S, “Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları” (2004) *İÜHF* 351
- Ferrari F, “Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention -25 Years of Article 25 CISG-” (2006) *25 Journal of Law and Commerce* 489
- Franko N, “Satım Akdinde Hasarın İntikali” (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları 1998) Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan 349
- Gümüş A, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, vol 1: İsimli Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Kullanım Ödücüsü, Tüketim Ödücüsü, Genel Hizmet Sözleşmesi (3. Bası, Vedat Yayıncılık 2013)
- — *Borçlar Hukuku Özel Hükümler: Kısa Ders Kitabı, İsimli Sözleşmeler Teorisi, Satış, Mal Değişimi, Bağışlama, Kira, Eser, Vekâlet, Kefalet* (2. Baskı, Filiz Kitabevi, 2017)
- Hachem P, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Vienna Satım Sözleşmesi) Şerhi*, CISG m. 66-70 (Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy eds, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2015)
- von Hoffmann B, “Passing of Risk in International Sales of Goods”, in Hoffman et al Sarcevic and Paul Volken (eds), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures* (Oceana 1986)
- Honnold J, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention* (3rd ed. Kluwer Law International, The Hague 1999)
- Neumayer K, Ming C, *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises Commentaire* (François Dessemontet ed, Centre du droit de l’entreprise, droit industriel, droit d’auteur, droit commercial, Publication Cedidac 1993)
- Nicholas B, *Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention*, CISG art. 66-70 (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987)

- Nomer H, Engin B, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi Özel Borç İlişkileri, Cilt I: Satış Sözleşmesi Birinci Fasikül: Giriş; Madde 207-216, 245* (3. Bası, Seçkin Yayıncılık 2017)
- Nomer H, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15. Bası, Beta Yayıncılık 2017)
- Oğuzman K, Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, vol 1 (16. Bası, Vedat Kitapçılık 2018)
- Oğuzman K, Öz T, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, vol 2 (12. Bası, Vedat Kitapçılık 2016)
- Oruç M, *Satış Sözleşmesinde Riskin Geçişi: Türk Borçlar Kanunu CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Anlaşması) INCOTERMS Uluslararası Ticari Terimler* (1. Bası, Vedat Kitapçılık 2015)
- Rado T, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku* (Filiz Kitabevi 2014)
- Schlechtriem P, Butler P, *UN Law on International Sales The UN Convention on the International Sale of Goods* (Springer Verlag 2009)
- Schönle H, “Réflexions sur le transfert des risques dans la vente internationale” (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 1990) Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, *Mélange à la mémoire du Professeur Haluk Tandoğan*
- Schroeter U, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, CISG m. 25* (Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy eds, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2015)
- Schwarz A, “Satış Aktinde Hasarın İntikali” (Kudret Ayiter tr, 1947) 1-4 AÜHFD 159
- Schwenzer I, Hachem P, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Satım Sözleşmesi) Şerhi, CISG m. 6-7* (Ingeborg Schwenzer ve Pınar Çağlayan Aksoy eds, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık 2015)
- Sevón L, “Passing of Risk” in Institut suisse de droit comparé, *Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises: colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre* (Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985)
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, vol 1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama (6. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık 2008)
- Tercier P, Bieri L, Carron B, *Les contrats spéciaux* (5^{ème} Edition, Schulthess Verlag Editions Romandes 2016)
- Tercier P, Pichonnaz P, *Le droit des obligations* (5^{ème} Edition revue et augmentée, Schulthess Editions Romandes 2012)
- Thévenoz L, *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-529 CO* (Luc Thévenoz et Franz Werro Eds, 2^{ème} Edition, Helbing Lichtenhahn 2012) (CR CO-I)
- Toker A, “Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali” (2013) 33 MHB 213
- Tunçomağ K, *Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, vol 2 (3. Bası, Sermet Matbaası 1977)
- Umur Z, *Roma Hukuku Ders Notları* (3. Bası, Beta Yayınevi 2010)
- Venturi S, Zen-Ruffinen M, *Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-529 CO* (Luc Thévenoz et Franz Werro Eds, 2^{ème} Edition, Helbing Lichtenhahn 2012) (CR CO-I)
- Will M, *Commentary on the International Sales Law: the 1980 Vienna Sales Convention*, CISG art. 25 (Cesare Massimo Bianca ve Michael Joachim Bonell eds, Giuffrè 1987)
- Yavuz C, Acar F, Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (10. Bası, Beta Yayınevi 2014)
- Yetiş Şamlı K, “Borçlar Hukuku ve CISG Çerçevesinde Hasarın İntikali” (2007) İÜHF 303
- Zeytin Z, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku* (1. Bası, Seçkin Yayıncılık 2011)