

CISG'A VE TBK'NA GÖRE ALICININ DÖNME HAKKININ SINIRLARI

Prof. Dr. Rona Serozan*

ÖNSÖZ

Bu yazıyı hazırlarken, ister istemez 1970'li yıllarda 600 sayfalık bir dönme monografisini hazırlarken çektiğim sıkıntıları anımsadım. Neydi bu sıkıntılar?

Borçlar Hukukumuzda ifa engellerinin her birinde (temerrütte, imkansızlıkta, ayıpta, zaptta, sözleşmenin müspet ihlalinde) ve ayrıca özel sözleşme türlerinin her birinde dönme hakkını ayrı ayrı ele alma zorunluluğu! Dönme hakkının varlığını yasadaki öngörülmemiş bulunduğu ifa engellerinde kıyas yoluyla kabul ettirme zorunluluğu.

O dönemde çektiğim sıkıntıları arttıran bir başka olgu da şu olmuştur: Borçlar Hukukumuzun çağdışı, talihsiz "kavramcı yaklaşımı" yalnız "dönmenin nedenlerini" birbirinden yalıtılmakla kalmamıştır; aynı zamanda "dönme yaptırımının sınırlarını" da birbirinden yalıtılmıştır. Gerçekten de a) somut ihlalin dönme hakkını haklı kılacak ağırlıkta olması, b) borçluya sözleşme ihlalini telafi şansının tanınması, c) borçluya ek süre (son şans) verilmesi, d) dönme hakkının belirli bir süre içinde kullanılması ve e) dönme üzerine iade edilmesi gerekli nesnenin iadesinin imkansız olmaması gibi "dönmenin tipik sınırları" (ya da koşulları), Borçlar Kanunu'muzun ayrı ayrı yerlerinde, kimi zaman Genel Bölüm'de kimi zaman Özel Bölüm'de, kimi zaman borçlu temerrüdünde, kimi zaman satılanın ayıplı ifasında birbirinden kopuk, üstelik yetersiz ve tutarsız olarak düzenlenmiştir.

Herhalde bugün CISG¹ uyarınca ve CISG ışığında dönme hakkının uygulanma alanı ve sınırları konusunda bir monografi yazmaya kalksaydım, 40 yıl önce çektiğim sıkıntıyı ve 600 sayfalık monografi kapsamını adamakıllı düşürebilecektim. Dünyaya kırk yıl erken gelmişim diye hayıflansam yeridir.

"Kırk yılda değişen ne olmuştur acaba" diye sorarsanız, şöyle yanıtlayayım:

İfa engellerini ayrı kompartımanlarda yalıtılan eski ayrımcı anlayış yerini "sözleşme ihlali" (breach of contract, Pflichtverletzung) diye bir üst (şemsiye) kavramda toplayan modern global vizyona, ifa engelinin türüne odaklı eski kavramcı "cause oriented approach" da yerini yaptırım odaklı yeni gerçekçi yaklaşıma (remedy oriented approach'a, Rechtsfolgenorientierung'a) bırakmıştır. Tüm yeni yasalar ve Avrupa Borçlar Hukuku ortak kuralları için geçerlidir.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

¹ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Resmi Gazete 07.04.2010, sayı 27545.

bu. Anlayacağınız, işler yargılayan için de yazan için de adamakıllı kolaylaşmıştır!

Artık alacaklının (alıcının) hangi ifa engellerinde (örneğin temerrütte) dönebileceği, hangilerinde (örneğin imkansızlıkta ve sözleşmenin müspet ihlalinde) dönemeyeceği sorunu hukukçunun başını ağrıtmamaktadır; sadece alacaklının hangi ağırlıkta bir ifa engeline (bu ifa engeli ister temerrütten ister imkansızlıktan ister ayıptan oluşsun) sözleşmeden dönebileceği konusundaki takdiri uğraştırmaktadır hukukçuyu.

Tüm çağdaş sözleşme hukuku düzenlemelerinin izlediği yaptırım ekseni (rechtsfolgenorientiert, remedy oriented) bu ifa engelleri tipolojisinde sözleşmeye aykırılığın türü (öncelikle ağırlığı), olsa olsa, bu türe hangi yaptırımın yakıştığını, hangi yaptırımın amaca uygun düştüğünü belirleme açısından önem taşımaktadır.

CISG bu yeni yaklaşımın tipik ürünüdür.

Yeni rejimde, "grosso modo" (kabaca): a) borçluya yüklenmezlik sınırına kadar ve olanaklar elverdikçe, aynen ifa yaptırımına, onarım yaptırımına, bedelin indirimi yaptırımına, b) borçlunun yüküm ihlalinin alacaklı için zarar doğduğunda ve bu zararın da önceden görülebileceği (foreseeable olduğu) durumda tazminat yaptırımına, c) yüküm ihlalinin özel ağırlığında da "ultima ratio" (son çare) olarak malın değiştirilmesi ve sözleşmeden dönme yaptırımına yer verilmektedir.

Öte yandan, dönmenin sınırları (koşulları) da kolay izlenebilir düzenli bir listede derli toplu sıralanmaktadır.

Ne yazık ki yeni Borçlar Yasasını hazırlayanlar bu gelişmeyi göz ardı ederek ifa engelleri hukukunda ve bu arada dönme yaptırımı konusunda yine 19'uncu yüzyılın çağdışı kavramcı tipolojisine bağlı kalmışlardır.

CISG kuralları her ne kadar yeni TBK'nun² yapımı sürecinde dikkate alınmadıysa da yeni yasamızın yorumlanmasında ve boşluklarının doldurulmasında (toplu hukuki kıyas ve teleolojik redüksiyon operasyonlarında) TBK uygulamasının temel koordinatı TMK 1 kuralı gereği mutlaka göz önünde bulundurulacaktır.

Demek ki CISG Türk hukukçuları için salt ülkeler arası satışlarda doğrudan uygulanacak bir yürürlük kaynağı olmakla kalmaz. CISG aynı zamanda ülke içi satımlarda yararlanılabilecek olan bir yardımcı kaynak oluşturmaktadır. Genelde gözden kaçan bir olgudur bu.

Bu nedenle CISG kurallarını tanımak, her Borçlar Hukukçusunun ana görevi sayılmalıdır.

KONU SEÇİMİ: ALICININ SATICININ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞINDAN ÖTÜRÜ SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKI

Çalışmanın konusu diye özel olarak alıcının satıcısının sözleşme ihlallerinden ötürü dönme yaptırımına başvurma hakkının seçilmesinde dönmenin

² Türk Borçlar Kanunu, Resmi Gazete 04.02.2011, sayı 27836.

öteki yaptırımlardan ayırt edici özelliği (onun status quo ante'ye ve in integrum restitutio'ya yönelik radikal ve kapsamlı etkileri) ve bu nedenle özel olarak sınırlanması gerekliliği rol oynamıştır.

"Satıcının" dönme hakkının sınırlanmasının değil de "alıcının" dönme hakkının sınırlanmasının ele alınmasının nedeni de şudur: Satıcının alıcısının satış parasını ödememesine veya malı almamasına dayanan dönme hakkının sınırları sorunsalı incir çekirdeğini doldurmazken, alıcının satıcısının çok değişik sözleşmeye aykırılıklarından ötürü sözleşmeden dönme hakkının sınırları, özellikle de alıcının dönme üzerine malı iade olanaksızlığı yüzünden dönme hakkını etkisizleştirmesi (ki satıcının alıcısına karşı satımdan dönmesi üzerine parayı iade borcu açısından düşünülemez) özel bir teorik ve pratik önem taşır.

SÖZLEŞMEDEN DÖNMENİN ANLAMI VE ÖNEMİ

Sözleşmeden dönme, geçerli bir karşılıklı borçlandırıcı sözleşmeyi, bu arada konumuzu oluşturan satım sözleşmesini çözüp, henüz yerine getirilmemiş olan edim yükümlerinden kurtarıcı, evvelce yerine getirilmiş edimleri de gerisin geriye sağlayıcı (libératoire ve récupératoire) bir yenilik doğuran hak diye bilinir.

Bu niteliğiyle sözleşme öncesi durumu (status quo ante'yi) kurmaya (in integrum restitutio'ya) yönelen ve düz verme yükümlerini ters geri verme yükümlerine dönüştüren son kertede etkili bir yaptırım olarak tanınır!

Bu kısa tanımdan ve tanıtımdan da anlaşılabilirliği gibi, muhatabı ve bağımlısı için ağır sonuçlar doğurabilecek çok ciddi bir yaptırımdır dönme. İşte bu nedenle de yalnız dönme üzerine gündeme gelecek olan malı iade yükümlerinin yerine getirilmesinin özel bir sıkıntı yaratacağı ülkeler arası uzun mesafeli satımlara ilişkin CISG'da değil, hemen hemen her yasada, bu arada bizim yasamızda da kullanılması adamaklı sınırlanmış ve kullanılmasını bir "son çare"ye (ultima ratio'ya) indirgeyen sıkı koşulların varlığına bağlanmıştır.

CISG'A GÖRE ALICININ SATIMDAN DÖNME HAKKININ SINIRLARI

CISG'a göre alıcının satımdan dönme hakkının sınırları kronolojik ölçüde göre sıralandığında "*dönme hakkı doğmadan önceki*" kimi "*kümülatif*" kimi de "*alternatif*" sınırlar (koşullar) olarak başta şunlar göze çarpar:

1) Borçlu satıcının alıcıya karşı sözleşmeden kaynaklanan özel savunmalarının bulunmaması. (CISG 6, 58, 71)

2) Alıcının ifa engeline kendisinin yol açmış olmaması. (CISG 80: Nemo auditur ilkesi!)

3) Sözleşme ihlalinin esaslı (fundamental) sayılması. (CISG 25; 49, 1; 51, 2)

4) Alıcının sözleşme ihlalinin kabullenmiş sayılmaması. (CISG 35, 3; 41; 42, 2a: Venire contra factum proprium ilkesi!)

5) Alıcının malı muayene ve nitelikçe amaca aykırılığını ihbar etmiş olması. (CISG 38, 39) *Sadece nitelikçe amaca aykırılıkta söz konusu olur.*

Ekleme ki ihlalin kabullenmiş sayılmaması koşuluyla muayene ve ihbar ödevine uyma koşulu geniş ölçüde çakışır. İhlalin kabullenilmesinde "ihlale bile bile lades" denir; muayene ve ihbar ödevlerine uymamada da ihlal savrukça (özensizce) göze alınır! Her iki koşul da son tahlilde "çelişik davranış yasağı"na dayanır.

6) Satıcının ihlali telafi (ikinci servis) şansını kullan(a)maması. (CISG 48) *Sadece sonradan açığı kapatılabilir yüküm ihlallerinde söz konusu olur.*

7) Satıcıya ihlali telafi için ek süre (son şans) verilmesi. (CISG 47, 1; 49, 1b) *Sadece "teslim etmeme" (non-delivery) olgusunda söz konusu olur.*

Dönme hakkını kullanmanın *dönme hakkı doğduktan sonraki* "kümülatif" sınırlarına (koşullarına) gelince: Bunlar da şöyle sıralanabilir:

1) Dönme hakkının makul (reasonable) sürede kullanılması. (CISG 49, 2)

2) Dönme hakkının açıkça veya örtülü olarak gözden çıkarılmamış olması. *Dönme hakkının varlığını bile bile dönme üzerine iade edilecek nesnede tasarruf etme böyle bir feragate örnek gösterilebilir. (CISG 82, 2 c kuralından e contrario çıkarılabılır! Öğreti ve uygulama!)*

3) Dönme üzerine iade edilmesi gerekli malın iadesi olanağının varlığı. (CISG 82)

4) Dönme hakkının varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılması. (CISG 26)

5) Dönme işleminin koşula veya vadeye bağlanmaması. *(Öğreti ve uygulama!) Yalnız bu koşul amaçla sınırlı göreceli bir koşuldur; satıcının korunmayı hak etmediği olasılıkta aşılır.*

Bu dönme sınırlamalarının tümünü burada ele almaya zaman yetmez. Çoğu da ulusal hukuklardaki düzenlemelerle örtüştüğü için yerli hukukçu açısından teorik ve pratik önem de taşımaz. Bu nedenle, burada sadece "bize geniş ölçüde yabancı" ve "daha çok CISG'a özgü" olmasından ötürü yerli hukukçuları özel olarak ilgilendirebilecek olan, üstelik TBK uygulamasını da geride andığım nedenlerden ötürü dolaylı olarak etkileyebilecek olan şu beş dönme *öncesi ve sonrası* sınırlama üzerinde durmakla yetinilecektir:

1) Sözleşme ihlalinin esaslı sayılması koşulu. 2) Satıcının ihlali telafi (ikinci servis) şansını kullan(a)maması koşulu. 3) Satılanın teslim edilmemesi halinde satıcıya teslim için ek süre (son şans) verme koşulu. 4) Dönme hakkını makul sürede kullanma koşulu. 5) Dönme sonrasında iade edilmesi gerekli malın iadesi olanağının varlığı koşulu.

Şimdi bu beş özel dönme sınırını (koşulunu) tek tek ele alalım.

Bu arada dönmenin CISG'daki sınırlarını TBK'ndaki sınırları (özellikle mad. 227 ve 228'deki/ OR 206 ve 207'deki sınırlar) ile karşılaştırmayı da savsaklamayalım. Bu karşılaştırma ortaya ilginç noktalar çıkaracaktır. İsviçreli meslektaşlarımız açısından da ilginç olacaktır bu karşılaştırma. Ne de olsa TBK kuralları İsviçre OR kurallarıyla geniş ölçüde örtüşmektedir.

SÖZLEŞME İHLALİNİN AĞIRLIĞI KOŞULU

Sözleşme ihlalinin dönmeye (aynı zamanda malın değiştirilmesi istemine de) elverişli sayılabilmesi için, söz konusu ihlalin köklü, esaslı (fundamental) olması gerekir. Buna karşılık satıcının kusurlu olması ve alıcının zararının ağır olması gerekmez. (CISG 49, 1; 51, 2)

İhlalin öneminin ölçütü, ihlal yüzünden alacaklının (alıcının) sözleşmeyle izlediği amacın, sözleşmeden beklentisinin boşa çıkmasıdır; başka bir anlamla, onun sözleşme gereğince beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmasıdır.

Yalnız alıcı yanlısı bu ölçütün satıcı yanlısı bir düzelticisi vardır: Alacaklı - alıcının söz konusu "menfaat kaybı" borçlu - satıcı tarafından önceden görülebilir (foreseeable) olmalıdır. (Vorhersehbarer Interessenfortfall) (CISG 25)

"Tahdidi" değil de "tadadi" olarak sıralamak gerekirse, ister baştan, ister sonradan, ister objektif ister sübjektif, her çeşit temelli imkansızlık, ciddi ve kesin ifa etmeme beyanı (anticipatory breach), kesin vadeli işlemde (Fixgeschäft'de) gecikme, özel nitelik vaadine aykırılık, ortadan kaldırılamaz hukuki ayıp, onarılamaz maddi ayıp, olmazsa olmaz belgelerin eksikliği, alıcının çıkarını sarsıcı ciddi "eksik ifa" ve "aliud ifası" hep "esaslı ihlal" sayılır.

CISG'ın sözleşmeden dönebilmek için ihlalın esaslı olması koşuluna denk düşen bir sınırlama bizde TBK 227 II'de (İsviçre'de OR 205'te) yer alır. Actio redhibitoria'nın talihsiz kalıntısı bir yargısal süreç içinde yargıcın hakkaniyet (ölçülülük) denetimini öngören ve sıkça eleştirilen bu kural mutlaka "teleolojik reduksiyon" yoluyla düzeltilmeli ve salt somut olayda ölçüsü kaçmış dönmenin haksızlığını ve hükümsüzlüğünü "tespit etme" yetkisi vermekle kalan usulî bir kurala indirgenmelidir. Böylece yargıç için değil de salt alacaklı - alıcı için kendi menfaatine ve iradesine uygun düşen dönmeden başka seçeneklere yönelme (ius variandi) şansı açık tutulmuş olacaktır.

Ayrıca bölümsel hükümsüzlüğe ilişkin TBK 27 II (OR 20 II) ve haklı nedenle olağanüstü feshe ilişkin TBK 617/OR 527 ekseninde yürekli bir "toplu hukuki ilke kıyası" yoluyla geliştirilebilecek olan şöyle bir genel dönme sınırı (koşulu) da bizde CISG 25/49 ikilisinin paralelinde ve eşdeğerde bir dönme sınırı oluşturabilir: "Dönme hakkı ancak ihlal edilen sözleşmesel yüküme uymanın dürüstlük kuralına göre alacaklının gözünde bir olmazsa olmaz koşul önemi ve ağırlığı taşıdığı ya da alacaklının sözleşmeyle izlediği çıkarı ve amacı çökerttiği ve böyle bir ihlalden sonra artık alacaklıdan sözleşme ilişkisine katlanmasının beklenemeyeceği durumda kullanılabilir. Aksi halde dönme işlemi hükümsüz sayılır."³

SATICININ SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞI TELAFİ (İKİNCİ SERVİS) ŞANSINI KULLAN(A)MAMASI KOŞULU

CISG 48, 1 kuralı satıcıya alıcısına her türlü eksikliği masrafı kendisine ait olmak üzere giderme hakkını (right to cure, Behebungsrecht) tanıyarak, ona alıcının sözleşmeden dönme hakkını bloke etme olanağını vermiştir.

Satıcının bu ikinci servis şansı sonradan telafi edilebilir (açığı kapatılabilir) tüm edim yükümüne aykırılıklar için ama kuşkusuz özellikle ayıplı ifa için geçerlidir.

³ İhlalin esaslı olması koşulu konusunda bk. **Atamer**, CISG Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, s. 397 i.s.; **Staudinger/Magnus**, Kommentar CISG 49 N 2-21; **Schlechtriem/Schwenzer**, Kommentar CISG 25 N 1 - 29; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer, Kommentar CISG 49 N 4 - 14.

Yalnız satıcının bu olanaktan yararlanması, bu ikinci servis yoluna başvurmanın makul olmayan bir gecikmeye, alıcı için makul olmayan bir zahmete ve onun ek masrafların karşılanması konusunda bir tereddüde kapılmasına yol açmaması (kısacası alıcıdan bu sürece katlanmasının üç açıdan beklenebilirliği -Zumutbarkeit-) koşuluna bağlanmıştır. (CISG 48, 1)

İkinci servis şansını kullanmak isteyen satıcı, alıcısının itirazlarıyla karşılaşma riskine karşı, onu daha baştan öneriyi geri çevirip çevirmeyeceği konusunda (bu arada ileride göreceğimiz gibi sözleşmeden dönüp dönmeyeceği konusunda da) karar vermeye davet edebilir. Alıcının bu çağrıyla karşı susması alıcının önerisini benimseme beyanı yerine geçer. (CISG 48, 2/3)

Satıcının alıcısının dönme hakkını bloke etme olanağını "süre", "icra" ve "masraf" yönlerinden sınırlayan üç boyutlu "yüklenebilirlik (Zumutbarkeit) koşulu" dışında zayıflatan bir olgu da bu olanağı öngören 48, 1 kuralının başında 49. maddenin esaslı ihlalde alıcıya sağladığı dönme hakkının her halde saklı tutulmasıdır; açıkçası, bir elle satıcıya sunulan ikinci servis şansının adeta öteki elle geri alınmasıdır.

CISG'in alıcının dönme hakkına satıcının ihlali telafi şansı karşısında böylesine öncelik vermesi çok eleştirilen ve bitmez tükenmez çekişmelere yol açan alıcı yanlısı bir hukuk politikası tercihidir.

Satıcı zararına bu talihsiz düzenleme karşısında tutulması gerekli yol şu olmalıdır:

Satıcının ihlali telafi yolundaki alıcıya yüklenebilir (zumutbar) gerçekçi önerisi, alıcının dönme hakkını talihsiz CISG 48, 1 kuralının varlığı yüzünden dolaysız olarak bloke etmiş sayılmasa bile, hiç olmazsa, karine olarak ihlalin esaslılığı koşulunu kaldırmak suretiyle dönme hakkını dolaylı biçimde bloke etmiş sayılmalıdır.

Bu dönme blokağı ikinci servis bağlamında önerilen makul süre boyunca geçerli olacağı gibi, eğer ikinci servis başarılı olursa sürekli olarak da geçerli olacaktır.

Bize gelince: TBK 227 III (OR 206 II) kuralında satıcının ikinci servis şansını (tüm zararları tazmin edip ayıplı malı değiştirmeyi) önererek alıcısının dönme hakkını boşa çıkarma ve bu öneri süresince dondurma yetkisi daha açık düzenlenmiştir. Anımsayalım: Eskiden BK 203'te ve bugün de OR 206'da "yerinden satım" dışında satıcının yasadaki açıkça öngörülme-yen bu yetkisi ya doğrudan doğruya dürüstlük kuralından ya da dolaylı olarak hata nedeniyle iptal hakkını iptal muhatabının karşıt yenilik doğuran hakkıyla bloke eden BK 25 II (OR 25 II) kuralından çıkarılırdı. Şimdi hukuki durum bizde daha nettir.⁴

ALICININ SATICISINA TESLİM EDİLMEMİŞ MALİ TESLİM İÇİN EK SÜRE VERME ÖDEVİ

Satılan malın veya olmazsa olmaz belgelerin teslim edilmemesi (non delivery) olasılığında alıcı satıcıya teslim için makul bir ek süre (son şans) veririrse ve satıcı bu ek süreyi sonuçsuz geçirirse, alıcı zamanında teslim etmeme

⁴ Satıcının ikinci servis şansı konusunda bk. **Atamer**, adı geçen yapıt, s. 354 i.s.; **Müller-Chen**, Schlechtriem/Schwenzer Kommentar CISG 48 N 1 - 31; **Huber**, Münchener Kommentar CISG 48 N 1 - 28.

(örneğin bir kesin vadeli işlem söz konusu olmadığı için) esaslı bir ihlal oluşturmasa bile sözleşmeden dönebilir. (CISG 47, 1 / 49, 1 b)

Görülen odur ki satıcının malı veya önemli belgeleri teslim etmemesi durumunda, esaslı sayılmayabilecek olan bir sözleşme ihlali satıcıya ek süre vermek suretiyle esaslı ihlal düzeyine terfi (upgrade) ettirilmektedir.

Yalnız dikkat edilecek ilginç nokta şudur: Ek süre vererek dönme hakkını kazanabilmek "her" sözleşme ihlalinde (örneğin ayıplı ifade) söz konusu olmayıp, salt satılan malı veya belgeleri teslim etmeme (non delivery) tarzındaki ihlalde söz konusudur. Buna karşılık, sözleşmeye aykırı ifa (teslim) bir kez gerçekleştikten sonra ek süre verip satımdan dönme hakkı kullanılamaz.

Eklmeli ki CISG çevrelerinde Alman ve İsviçre hukuklarının modeli olduğu için kinayeli bir Almanca-Fransızca karışımı ifadeyle "Nachfrist allemand" diye tanımlanan ek sürenin işlerliğinin CISG'da böylesine sınırlı tutulması uzun tartışmaların sonucunda kabul edilmiştir; bugün de birçok hukukçu tarafından eleştirilmektedir.

Ek süre vererek sürenin sonunda sözleşmeden dönme şansını çok sınırlı tutan CISG düzenlemesi karşısında, esaslı sayılmayabilecek teslim etmeme (non delivery) dışı bir ihlalde alıcının satıcısına karşı ek süre verme ve bu sürenin sonunda sözleşmeden dönme olanağını sözleşmede özel olarak saklı tutması ve böylece dayanaksız olarak ek süre vermekle bu sefer kendisinin sözleşmeyi ihlal etme konumuna düşmesi riskini baştan ortadan kaldırması salık verilir.

Ek süre veren alıcının bu beyanıyla bağlı sayılıp, bu ek süre boyunca dönme hakkını kullanamayacağı doğaldır; çelişik davranış (venire contra factum proprium) yasağının kendiliğinden anlaşılabilir bir gereğidir bu. (CISG 47, 2)

Hiç kuşku yok ki satıcının bu ek süre işlerken ciddi ve kesin bir teslim etmeme bildiriminde bulunması üzerine alıcının ek sürenin dolmasını beklemeden (makul süre içinde) dönme hakkı doğacaktır. (CISG 47, 2: Anticipatory breach!)

Alıcı satıcısına ek süre (son şans) verirken, aynı zamanda (daha baştan) bu sürenin sonunda sözleşmeden döneceğini de bildirebilir. O zaman ek süre boşuna geçince sözleşme de çözülmüş sayılır. Dönmenin koşul ve vade düşmanlığı özelliğine getirilen ve amaçla haklı kılınan bir ayırık sayılabilir bu!

Ama alıcı kuşkusuz ek süre verimsiz geçtikten sonra da karar verebilir satımdan dönüp dönmeyeceğine. Hatta o satıcısına yeni bir ek süre de verebilir.

Bizde durum farklıdır: TBK 123 - 125 (OR 106 - 108) kurallarından toplu (hukuki) kıyas yoluyla türetilen ilke-kurala göre, alıcı tüm sözleşme ihlallerinde (yoksa yalnız malı teslim etmemede değil) borçlu satıcıya ek süre (son şans) vererek bu sürenin verimsiz geçmesi halinde sözleşmeden dönebilir. Başka bir deyişle, alıcı her ihlali ek süre vermek suretiyle dönmeye elverişli bir ihlal katına çıkarabilir. Hatta anlamsız olmadıkça, alacaklının her ihlalde borçlusuna sözleşmeden dönmeyen önce böyle bir ek süre vermek zorunda olduğu kabul edilir. Yalnız kesin vadeli işlemde ve ek süre tanınmanın herhangi bir anlam taşımayacağı durumlarda, örneğin ifa imkansızlığında ve öncelenmiş ihlalde (anticipatory breach'te) ek süre vermeye yer ve gerek olmaz.⁵

⁵ Satıcıya ek süre verme gereği konusunda bk. **Atamer**, adı geçen yapıt, s. 401; **Huber**, Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları, Milletlerarası Satım Hukuku, s. 271 i.s.;

DÖNME HAKKINI MAKUL SÜREDE KULLANMA GEREĞİ

Alicının dönme hakkını kullanmayı spekülâtif amaçlarla bekletmesine karşı bu hakkın kullanılmasına bir zamansal sınır getirmek kaçınılmaz gözüktür.

Gelgelelim, CISG'da dönme hakkına genel bir süre sınırlaması getirilmiş değildir.

Gerçekten de satılan malın veya zorunlu belgelerin teslim edilmemesi (non delivery) olgusunda satıcının ek sürede de teslimi telafi etmemesi veya satıcının malı ve zorunlu belgeleri teslim etmeyeceğini önceden açıkça beyan etmesi (anticipatory breach) hallerinde dönme hakkının kullanılması bakımından hiçbir zamansal sınır yoktur.

Satımdan dönme hakkı ister esaslı ihlale, ister ek sürenin sonuçsuz geçmesine, ister öncelenmiş ihlale dayansın, alıcı ne zaman isterse dönebilir.

CISG 49, 2 kuralının ters anlamından (argumentum e contrario) çıkan sonuçtur bu.

CISG'ın satıcı için yol açtığı bu belirsizlik ortamında onun CISG 48, 2 uyarınca ifayı belirli bir süre içinde telafi etmeyi önererek son aşamada alıcısını dönme hakkını kullanıp kullanmama konusunda bir karar vermeye davet etme olanağı saklıdır. Böylece alıcı kendisine verilen süre içinde satımdan dönmek, aksi halde satıcının ifasını kabullenmek zorunda kalır.

Yalnız satılan malın geç de olsa alıcıya "*teslim edilmesi*" durumundadır ki dönme hakkını teslimden, daha doğrusu teslimi öğrenmeden sonra makul bir süre (reasonable time) içinde kullanma ödevi vardır. Bu ödevde uyulmazsa dönme hakkı yitip gider. (CISG 49, 2)

Bunun gibi, geç teslim dışı ihlal olgularında (örneğin ayıplı ifa olgusunda) da dönme hakkını bu olguyu öğrenmeden sonra makul bir süre içinde kullanmak gerekir. (CISG 49, 2b)

Eğer ihlalin ortadan kaldırılması için satıcıya bir ek süre verilmişse, bu sefer de söz konusu ek sürenin dolmasından veya satıcının yükümünü yerine getirmeyeceğini bildirmesinden sonra makul bir süre içinde dönme hakkını kullanma zorunluluğu öngörülmüştür.

Bunun gibi, satıcı tarafından alıcıya CISG 48, 2'ye göre önerilen süre boşuna geçmişse, sürenin tamamlanmasıyla birlikte sözleşmeden dönme hakkını kullanma konusunda makul bir süre işlemeye başlar. (CISG 49, 2 iii)

İtiraf etmeli ki 49, 2'nin bu kazüistik "hak düşümü süresi tarifesi" düpedüz baş döndürücüdür.

Makul süre somut olayın özelliklerine göre belirlenir. CISG "reasonable time" deyiimiyle alabildiğine geniş bir takdir alanı açarken somut sözleşme adaletini gerçekleştirilmeye yatkınlığını bir kez daha göstermiştir.

Ayıplı ifa olgusunda bu sürenin ayıbu ihbar süresinden biraz daha uzun tutulması gerektiği yaygın kanıdır.

Makul süreyi kaçıran ve dönme hakkını etkisizleştirmiş sayılan alıcının yeniden bir ek süre vererek dönme hakkını ihya edebilip edemeyeceği tartışmalıdır; olumsuz görüş ağır basmaktadır.

CISG'ın bu düzenlemesi tüm esnekliğine karşın, malın teslim edilmemesi olasılığında hiçbir süre öngörmediği için "yetersiz", teslim etmeme dışı ihlallerde ise her bir ihlale göre farklı farklı süre başlangıçları öngördüğü için "karmaşık" bulunur.

CISG'ta a) satılanı teslim etmeme olgusunda ve b) malı teslim etmeme olgusu dışındaki sözleşme ihlallerinde öngörülen makul süre dışında herhangi bir süre sınırlaması öngörülmüş değildir. Yalnız CISG 39, 2'de "ihlali ihbar" konusunda teslimden işlemeye başlayan iki yıllık bir süre vardır. Dönme hakkını kullanmanın zamansal sınırı konusu ulusal hukuklara ve hakkın kötüye kullanılması bağlamında "venire contra factum proprium" ilkesi çerçevesinde "hakkın etkisizleşmesi" (Verwirkung) kavramına ve kuramına havale edilmiş sayılır.

Bizim hukukumuzda gelince: Genel olarak alıcının dönme hakkını satıcısına tanıdığı ek sürenin dolmasından sonra vakit geçirmeksizin kullanma ödevi TBK 125 II/OR 107 II kuralına dayanılarak kabul edilir. Bu arada ayıp nedeniyle dönme hakkının kullanılmasına da malın alıcıya devrinden sonra iki yıllık bir tavan - süre çekilmiştir. (TBK 231/OR 210'da 1 yıldır bu süre) Ayrıca bizde de borçlu satıcının alıcıyı makul bir süre içinde dönme hakkını kullanmaya davet edebileceği, boşluk doldurma yoluyla (MK 451 II'de ehliyetli sözleşme tarafına ehliyetsiz sözleşme tarafının yasal temsilcisini icazete davet etme yetkisi örnek alınarak) kabul edilebilir.

Öte yandan, bizde de a) dönme hakkının kullanılmasının hak sahibinden beklendiği halde somut ilişkinin özelliklerinin gerekli kıldığı süre içinde ileri sürülmemesi, b) hakkın kullanılmasındaki bu gecikmenin satıcıda dönme hakkının artık kullanılmayacağı yolunda köklü bir güven yaratması ve c) dönme hakkının bundan böyle kullanılmasının dönme muhatabını eskisine oranla daha ağır yüklerle katlandırması durumunda özelde "feragat varsayımı" ile "çelişik davranış" (venire contra factum proprium) yasağı ve genelde "hakkın kötüye kullanılması" yasağı bağlamında dönme hakkının etkisizleşmiş (verwirkt) sayılacağı yaygın kanıdır.⁶

⁶ Dönme hakkını makul sürede kullanma koşulu üstüne bk. **Atamer**, adı geçen yapıt, s. 403 i.s.; **Staudinger/Magnus**, CISG 49 N 30 - 44; **Müller-Chen**, Schlechtriem/ Schwenzer Kommentar, CISG 49 N 27 - 39.

DÖNME ÜZERİNE İADESİ GEREKLİ MALİ EVVELCE DEVRALINDIĞI ESKİ HALİNDE İADE ETME OLANAĞININ VARLIĞI

Dönme hakkının en fazla tartışmaya ve eleştiriye çanak tutan sınırı CISG 82'de yer alır:

CISG 82'ye göre, alıcı malı evvelce teslim almış olduğu durumda iade etme imkansızlığına düşerse dönme hakkını etkisizleştirmiş olur; dönme hakkını yitirir.

Bir eliyle boş gelenin öteki eliyle boş döneceğini belirtmekle ilk bakışta adaletili bir hasar düzeni öngören bu kuraldan daha önemlisi aslında onun adaletsiz bir hasar rejimi yaratan talihsiz ayrıklardır.

Dönme hakkının iade imkansızlığının varlığına karşın etkisizleşmiş sayılmamasını kurala bağlayan ayrıklar şunlardır:

a. İade imkansızlığına alıcının yol açmış bulunmaması (CISG'in tanımıyla, iade imkansızlığının onun eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmaması).

b. İade imkansızlığının malın muayene edilmesi sonucunda ortaya çıkmış bulunması.

c. İade imkansızlığının alıcının dönme nedenini bilmeksizin malı alışveriş yaşamının normal akışına uygun görülecek tarzda devretmesi, tüketmesi ya da başkalaştırması sonucunda oluşmuş bulunması.

İade imkansızlığının satıcının sözleşmeye aykırılığı (örneğin ayıp yüzünden) ortaya çıkması halinde dönme hakkının etkisizleşmeyip alıcı tarafından kullanılabilmesine diyecek yoktur. Ama satıcının yol açmadığı bir iade imkansızlığının riskini de satıcıya yüklemek doğrusu kolay anlaşılacak gibi değildir.

Alıcı yanlısı, satıcı düşmanı bir hasar düzenidir bu; yergiyi hak eder. Gerçekten de aslında malı teslim aldıktan sonra alıcıya ait olması gereken "kaza riskini" ve alışveriş yaşamına uygun "tasarruf riskini" gerisin geriye satıcıya sıçratmak (Zurückspringen der Gefahr auf den Verkäufer) satıcıyı sözleşmeye aykırılığından ötürü ölçüsü kaçmış bir ceza ile cezalandırmaktan başka bir anlam taşımaz.

Kinayeli (ironik) bir saptama: CISG 82'nin satıcı aleyhtarı haksız hasar düzeni ile CISG 48'in satıcının ikinci servis şansını adeta kağıt üstünde bırakan düzenlemesi ve CISG 49'un alıcının dönme hakkına kural olarak bir zamansal sınır çekmeyen ucu açık düzenlemesi yan yana getirildiğinde, ister istemez, CISG düzenleyicilerinin alıcıyla satıcı arasındaki menfaat çatışmasında alıcıyı kayırmış oldukları izlenimi uyarır.

Doğaldır ki dönme hakkı kullanıldıktan ve satım ilişkisi bir tasfiye (iade) ilişkisine dönüştükten sonra satıcı aleyhine alıcıyı kayıran bu haksız hasar düzeni uygulanmayıp, iyi bilinen beylik adaletili sorumluluk ve hasar düzeni uygulanacaktır. (CISG 79/86-88)

Hemen belirtelim ki salt kronolojik bir ölçüte dayanan bu ayrımcı düzenleme (dönmeden önce ve sonra ayrı ayrı hasar ve sorumluluk rejimleri) bizim bugün geçerli hukukumuzda baştan imkansızlık ile sonraki imkansızlık arasında yapılan ve hiç de "lojik" olmayan salt "kronolojik", arkaik ayrımcılığı anımsatır.

Unidroit'nun, PECL'in ve BGB'nin adalete çok daha uygun "değer tazmini" (Wertersatz) çözümünde böylesi bir indii ayrımcılığa yer yoktur. Alıcı iade olanaksızlığında dönme hakkını yitirmez, sadece satıcısına iadesi gereken nesnenin değerini kusursuz da olsa tazmin eder. Görülüyor ki CISG'in "ya hep - ya hiç" (iade olanağı varsa dönebilme, yoksa dönememe) çözümünü yerine yeni kaynaklarda "her aşamada ve her olasılıkta değer tazmini" çözümünü benimsenir.

Değer tazmini çözümünün üstünlüğü hukukçuyu yalnız imkansızlığın dönme öncesinde mi yoksa dönme sonrasında mı gerçekleştiğini araştırmaktan ve buna bağlı olarak rastlantısal ve indii bir hasar ve sorumluluk rejimi uygulamaktan kurtarmasında yatmaz. Değer tazmini çözümü aynı zamanda hukukçuyu iadesi gerekli maldaki bozulmanın önemli mi yoksa önemsiz mi olduğu ve bozulmanın alıcının özensizliğine bağlı olup olmadığı konularını araştırmaktan da kurtarır.

Ekleme ki Romanist Fransız, İtalyan ve İspanyol yasalarında da rastlanmaz CISG'in adaletsiz hasar düzenine.

Yalnız BGB'de alıcının kendi işlerinde gösterdiği özeni (diligentia quam suis rebus adhibere solet) gösterdiği halde satılanın hasara uğraması durumunda ve evleviyetle kazara hasara uğraması durumunda dönme hakkının etkisizleşmesini ve değer tazmininin ödenmemesini öngören anlamsız bir ayırık (§ 346 III 1 Nr. 3) övgüyü hak eden Alman "değer tazmini çözümüne" koyu bir gölge düşürür.

CISG 82'nin hasar düzeni sözleşme hukukunun temel kavramlarına ve kuramlarına, "casum sentit dominus" ilkesine, "risk alanları" kuramına (Sphärentheorie'ye), "genel yaşam riski" (allgemeines Lebensrisiko) kavramına, "alternatif hukuka uygun davranış" (rechtmässiges alternativ Verhalten) savunmasına, sinallagmadaki fonksiyonel bağlılık (funktionelle Abhängigkeit im Synallagma) anlayışına, sözleşmenin haksız zenginleşme kurallarına göre tasfiyesinde geçerli "hesap artığı" kuramına (Saldo - Theorie'ye) ters düşer; ayrıca biraz önce de değindiğimiz gibi, dönme sonrası tasfiye ilişkisindeki sorumluluk ve hasar düzeniyle de göze batıcı bir "asimetri" oluşturur.

Gerçi satıcının sözleşme ihlali ile iade imkansızlığı arasında bir nedensellik bağı mevcut bulduğukça, örneğin:

a) peynir zamanla kokmuş olup yenmez hale geldiği için,

b) bozuk akaryakıt gibi ancak tüketildiğinde ayıbı anlaşılabileninden zorunlu olarak tüketilmiş olduğu için veya

c) muayene sırasında yok olmuş olduğu için,

iade edilemez duruma gelmişse, satıcının bu riske katlanması yerindedir, haklıdır.

Gelgelelim satıcının sözleşme ihlali ile iade imkansızlığı arasında herhangi bir nedensellik bağı bulunmadıkça (örneğin alıcının hiçbir dahli olmaksızın peynir fareler tarafından yenip bitirilmişse) satıcının kendi etki alanı dışında gerçekleşen bu riske katlandırılması, alıcısının dönme hakkına muhatap olması ve malına kavuşmadığı halde onun parasını alıcıya bırakmak zorunda kalması kolay anlaşılacak gibidir.

Gerçekten de satıcının borca aykırılık etti diye (hatta kusursuz bile olsa) dönme yaptırımına hedef olması hangi ölçüde adaletli gözüküyorsa, satıcının sırf borca aykırılık etti diye ayrıca kazadan da sorumlu tutulması (kazanın

riskini taşınması) satıcıya verilmiş o ölçüde haksız ve ilgisiz bir ceza görünümündedir.

Nitekim kusursuz sorumluluğa yol açan borçlu temerrüdünde de borçlu edimin başına gelen kazanın alacaklıda da gerçekleşeceğini, yani nedenselliğin kesildiğini kanıtlayarak kazadan ötürü sorumluluktan sıyrılabilmektedir. (Bk. örneğin TBK 119 II)

Hele CISG 82'ye göre, alıcının satılan malı kendi iradesiyle başkalarına devretmesine ve kullanmasına bağlı iade imkansızlığında bile onun dönme hakkını kullanabilmesi ve dolayısıyla satıcının malına gerisin geriye kavuşamadığı halde malın parasını alıcıda bırakmak zorunda kalması hiç mi hiç anlaşılabilir.

Hoş, bizdeki ve İsviçre'deki hasar tablosu da satıcı için daha bir toz pembe değildir. TBK 228/OR 207 kuralına göre alıcı iade imkansızlığının varlığına karşın satımdan dönme ve parasını kurtarma hakkını satılan malın yalnız ayyıp yüzünden yok olması veya ağır hasara uğraması durumunda değil (ki yerindedir bu) ama aynı zamanda malın zorlayıcı neden veya kaza yüzünden yok olması veya ağır hasara uğraması durumunda da kullanabilir. Adaletsizlik işte buradadır.

Yalnız yeni TBK 228 İde yanlış anlaşılmaya elverişli bir düzenleme, açıkçası bir "örtülü boşluk" vardır ki mutlaka teleolojik redüksiyon yolundan düzeltilip doldurulmalıdır. Kuraldaki aksaklık ayıplı malın kazara hasara uğraması durumunda sözleşmeden dönülebilmek için hasarın mutlaka ağır olması koşulunun öngörülmesinde gizlidir. Hiç kuşkusuz ne yazık ki kazara "yok olmada" bile sözleşmeden dönülebileceğine göre, yasa koyucunun mantığına göre "kazara hafif hasara uğramada" haydi haydi (a fortiori) sözleşmeden dönülebilecektir.

Aslında yasaya yeni eklenen "ağır biçimde hasara uğratma" deyiminin yeri, alıcının satılanı kendisine yüklenebilir nedenlerle yok etmesinin dönme hakkını engelleyeceğini belirten TBK 228 II kuralı olmalıydı. O zaman öğretilde de kabul edildiği gibi, yalnız yok etmenin değil yok etmeye yakın ağır hasara uğratmanın da dönme hakkını bloke edeceği açıklığa kavuşturulmuş olurdu.

Ekleme ki CISG 82'nin ve TBK 228/OR 207 kurallarının haksız hasar düzeninin tarihsel kökeni ilginçtir: Şöyle ki Roma hukukunun "mortuus redhibetur" kuralına göre hasta olarak teslim edilmiş köle hastalıktan öldüğünde actio redhibitoria'ya olanak tanınıyordu ama köle kazara Roma'da Tiber nehrine düşüp boğulduğunda actio redhibitoria'ya olanak tanınıyordu. CISG'da ve TBK'da geçerli haksız hasar düzeni Romalıdan çok Romalı kesilen ve başını da Rabel'in çektiği pandektistlerin "mortuus redhibetur"u çarpıtmalarının ve bu kuralı özüne yabancılaştırmalarının sonucudur!

Yalnız şu var: TBK 228'in düzenlemesi CISG 82 düzenlemesinden bir yerde daha adaletlidir. O da alıcının malı devretmesi ya da başkalaştırması konusundadır. Şöyle ki alıcının etki ve risk alanında gerçekleşen "alıcının tasarrufuna bağlı" iade imkansızlığı riski hiç olmazsa CISG'tan farklı olarak TBK'nda satıcıya yansıtılmamaktadır.

CISG'ın ve TBK'nın adaletsiz düzenlemelerinin sivriliklerini dinamik yorum ve teleolojik redüksiyon yollarını forse ederek karşılaştırmalı hukuk yönteminin de desteğiyle törpülemekten başka bir umar ufukta gözükmemektedir.⁷

⁷ Dönme üzerine geri verilmesi gerekli malın geri verilmesinin olanaksızlığı halinde dönme hakkının etkisizleşmesi üstüne bk. **Atamer**, adı geçen yapıt, s. 358 i.s.; **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, s. 428 i.s.; **Schlechtriem**, Internationales UN-

BÜTÜN BU SINIRLAMALARDAN SIYRILAN DÖNME HAKKININ KULLANILMASININ SONUÇLARI

Burada ele alınan sınırlamaların süzgecinden geçebilmiş olan dönme yaptırımı bir yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla yaşama geçirilir; yoksa "ipso iure" değil.

Dönme işleminin sonuçlarına (CISG 81'e) gelince:

Sözleşmeden dönen alıcı satıcısından yalnız malın parasını kurtarmakla kalmayacak, ondan ayrıca eksiksiz sözleşmeye aykırılık tazminatı da isteyebilecektir. (Restitution + Reparation)

Alıcının bütün bu istemleri evvelce düz verme edimlerini güvence altına alan aynı ve şahsi güvencelerin korunması altında sayılacaktır. Sözleşmesel tahkim kayıtları için de geçerlidir bu.

İade istemlerinin niteliği ve gücü bir devletler hususi hukuku sorunudur. Ama şunu eklemeli ki dönmeye ilişkin modern dönüşüm kuramından beri çoğu yerde bu iade istemleri aynı hak kökenli veya haksız zenginleşme kökenli sayılmayıp, sözleşmesel kökenli sayılmaktadır. Bu anlayışın pratik sonuçları azımsanacak gibi değildir.

SONSÖZ: GENEL DEĞERLENDİRME

CISG'ın ifa engellerine ve bu engellere bağlanacak yaptırımlara ilişkin modeli Anglo-Amerikan hukuk sistemiyle Kara Avrupası hukuk sisteminin başarılı bir sentezi olarak övgüyü hak eder.

CISG'ın hukuk güvenliğini gözden çıkarmaksızın, her fırsatta "fundamental", "deprivation of expectation", "reasonable" ve "foreseeable" gibi normatif, esnek nitelendirmelerle ve kavramlarla somut olayın özelliklerine uyarlanmaya elverişli bir "menfaat hukukçuluğu" (Interessenjurisprudenz) yöntemine, hatta neredeyse yargıca daha da geniş bir takdir yetkisi veren "tipolojik yöntem" (typologische Methode'ye) yatkınlığı özellikle övgüye değer.

CISG'ın övgüye değer olumlu çözümlerini "hukuksal örnekseme" (Rechtsanalogie) ve "amaca uygun sınırlama" (teleolojik redüksiyon) teknikleriyle bizim hukukumuz için benimseme şansı her zaman açıktır. Hukuk sistemimiz (MK 1 kuralının da desteğiyle) buna elverişlidir.

Ama kendimizi CISG'ın düzenlemesi konusunda aşırı bir iyimserlik heyecanına da (euphorie'ye de) kaptırmayalım. Bu arada tüm eksikliklerine ve aksaklıklarına karşın kendi yasamız konusunda ve CISG karşısında da bir aşağılık kompleksine kapılmayalım.

Ne yazık ki CISG, dönmenin nedenleri konusundaki "esaslı ihlal" odaklı düzenlemesinde yakaladığı başarı çitasını burada ele aldığımız dönmenin sınırları konusunda yakalamış sayılamaz.

CISG'ın dönmenin sınırları konusunda eleştiri oklarına hedef tahtası olabilecek düzenlemeleri özellikle a) satıcının ikinci servis şansı (right to cure),

Kaufrecht, s. 216 i.s.; **Honsell**, Festschrift Picker, s. 263 i.s.; **Honsell**, Basler Kommentar, OR 207 N 1 - 5; **Giger**, Berner Kommentar, OR 207 N 5 i.s.; **Schlechtriem/Schwenzer**, CISG 82 N 1 - 26; **Huber**, Münchener Kommentar, CISG 82 N 1 - 20.

b) ek süre (Nachfrist allemand), c) dönme hakkını makul süre (reasonable time) zarfında kullanma ödevi ve d) dönme üzerine iade edilmesi gerekli malın iadesinin imkansızlaşmasındaki hasar rejimi alanlarında göze çarpar.

Hele süreler konusundaki kazüistik düzenlemeler CISG sempaticianlarının bile itiraf ettikleri gibi kolay çözülemez bir kördüğüm görünümündedir.

Anlaşılan, Kara Avrupası ile Anglo - Amerikan hukuk çevrelerini ve farklı ulusal hukuk düzenlemelerini karşılıklı ödünlerle uzlaştırmanın "altın ortada" uyumlu bir sentez yaratma gibi olumlu yanları bulunduğu kadar, çelişiklere ve karmaşalara yol açma gibi olumsuz yanları da olabilmektedir.