T.C.
ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK HUKUKU VE VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ (CISG) UYARINCA SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE ALİUD

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Abdullah Harun ATAŞLAR

ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Ankara, 2019

T.C.
ANKARA YILDIRIM BEYAZIT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TÜRK HUKUKU VE VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ (CISG) UYARINCA SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE ALİUD

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Abdullah Harun ATAŞLAR

ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

Dr. Öğr. Üyesi Akın ÜNAL

Ankara, 2019

TEŞEKKÜR

Bu teze başlarken beni her anlamda özgür bırakan, bilimsel düşünceyi yasam biçimi olarak algılamamı sağlayan yüksek lisans başlangıcımdan bu yana her zaman beni destekleyen, takdir ve taltif eden bir öğrencisi olarak değil meslektaşı olarak gören bana hep güvenen sayın hocam Prof. Dr. Çiğdem KIRCA'ya teşekkür gönül borcumdur. Sayın hocam, tez danışmanım, Dr. Öğr. Ü. Akın ÜNAL'a sabrı ve sevecenliği için sonsuz teşekkürler. Ayrıca Dr. Öğr. Ü. Ünsal DÖNMEZ'e de bu sürede tezime yaptığı katkılardan dolayı teşekkür ediyorum.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR i
İÇİNDEKİLER ii
ÖZET iv
ABSTRACT v
SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ vi
1. GİRİŞ 1
2. TÜRK HUKUKUNDA ALİUD ve AYIP KAVRAMLARI 4
2.1. Aliud Kavramı 4
2.1.1. Roma Hukukunda Aliud Kavramı 4
2.1.2. İsviçre-Türk Hukuklarında Aliud Kavramı 12
2.2. Ayıp Kavramı, Ayıptan Sorumluluk, Hukuki Niteliği ve Çeşitleri 16
2.2.1. Kavram 16
2.2.2. Hukuki Niteliği 17
2.2.2.1. Genel Olarak 17
2.2.2.2. Çeşit Satımında Ayıptan Sorumluluğun Hukuki Niteliği 18
2.2.2.3. Parça Satımında Ayıptan Sorumluluğun Hukuki Niteliği 19
2.2.2.4. Değerlendirme 21
2.2.3. Çeşitleri 22
2.2.3.1. Bildirilen (Vaat Edilen) Niteliklerde Ayıp 22
2.2.3.2. Dürüstlük Kuralı Gereği Bulunması Gereken Niteliklerde Ayıp 23
3. ALİUDUN HUKUKİ NİTELİĞİ ve ÇEŞİT ve PARÇA BORÇLARINDA UYGULANACAK HÜKÜMLER 25
3.1. Genel Olarak 25
3.2. Aliudun Teslimine Ayıptan Sorumluluğa İlişkin Hükümlerin Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş 26
3.3. Aliudun Teslimine İfa Etmemeye İlişkin Hükümlerin Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş 32
3.3.1. Cins Borçları Açısından 33

3.3.2. Parça Borçları Açısından 33
3.3.3. İsviçre Federal Mahkemesinin Yaklaşımı 37
3.3.4. Yargıtay'ın Yaklaşımı 38
3.3.5. Değerlendirme 40
4. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ (CISG) UYARINCA ALİUDUN HUKUKİ NİTELİĞİ 43
4.1. Başlıca Uluslararası Yeknesaklaştırma Metinleri 43
4.1.1. Genel Olarak 43
4.1.2. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) 44
4.1.3. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (PICC) 48
4.1.4. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri (PECL) 50
4.2. CISG İfa Engelleri Sistemini Etkileyen Hukuk Düzenleri 52
4.2.1. Kıta Avrupası (Civil Law) Sistemi 52
4.2.2. Ortak Hukuk (Common Law) Sistemi 54
4.3. Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Aliudun Hukuki Niteliği 56
4.3.1. CISG İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış 56
4.3.1.1. Genel Olarak 56
4.3.1.2. Esaslı İhlal (Fundamental Breach) Kavramı 58
4.3.2. Sözleşme İhlali Sonucunda Alıcının Sahip Olduğu Haklar 63
4.3.2.1. Alıcının Aynen İfa Talebi 63
4.3.2.2. Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı 63
4.3.2.3. Tazminat Talebi 64
4.3.3. Aliudun Tesliminin CISG İfa Engelleri Sistemi İçerisindeki Yeri 65
4.3.3.1. Genel Olarak 65
4.3.3.2. Aliudun Tesliminde Alıcının Sahip Olduğu Haklara İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler 66
4.3.3.3. Değerlendirme 75
5. SONUÇ 77
6. KAYNAKÇA 80

ÖZET

Türk Hukuku ve Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Satış Sözleşmesinde Aliud

Aliud, bir sözleşmenin ifası aşamasında kararlaştırılandan farklı bir şeyin teslim edilmesini ifade etmektedir. Borçlunun bu davranışına karşı alacaklının sahip olduğu hakların tespit edilmesi ise borçlar hukukunun en çok tartışılan sorunlarından birini oluşturmaktadır. Gerek taraf menfaatlerinin tespit edilmesi, gerekse ayıp kavramına olan yakın benzerliği sebepleriyle kavramın sınırları belirli hale getirilmeye çalışılmıştır. Bu sebeple doktrinde aliudun tesliminde hangi hukuki imkânlara başvurulması gerektiğine ilişkin çeşitli fikirler ortaya atılmıştır.

Söz konusu fikirler temel olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu fikirlerden ilki aliudun teslimi halinde ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini ileri sürmekte, diğer fikir ise ifa etmeme dolayısıyla (TBK m. 112 vd.) borçlunun temerrüdü (TBK m. 117 vd.) hükümlerine başvurulması gerektiğini savunmaktadır. Ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunan görüşte hâkim olan yaklaşım, parça ve çeşit borçlarında bir ayrım yapmakta ve aliudun yalnızca çeşit borçlarında gündeme gelebileceğini ifade etmektedir. Bu çalışma kapsamında savunulan ifa etmeme görüşü ise aliudun teslimi halinde parça ve çeşit borcu ayrımı yapılmaksızın TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre aliud kavramsal açıdan ayıptan farklıdır. Türk Borçlar Kanunu'nda özel bir düzenleme yapılmadıkça borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulmalıdır.

Çalışmanın ilk kısmında söz konusu fikirlerin dayanak noktaları, taraf menfaatleri de incelenerek açıklanmaya çalışılmıştır. Ulaşılan sonuçlar İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararları ile de yeri geldiği ölçüde karşılaştırılmıştır. Dördüncü başlıktan itibaren ise Türkiye'nin de 2011 yılında taraf olduğu Viyana Satım Sözleşmesinde aliudun teslimine yaklaşım ve ileri sürülen fikirler Sözleşmenin uluslararası niteliği dikkate alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Aliud, Ayıptan Sorumluluk, İfa Etmeme, Viyana Satım Sözleşmesi

ABSTRACT

Aliud in Sale Contracts According to Turkish Law and Vienna Sales Convention

The concept of aliud expresses the situations where one's delivery of a commodity which is different from the one stipulated between the parties. Determining the rights of obligee against obligor's behavior is one of the most intricate problem of law of obligations. With the aim of ascertaining the interests of parties, the boundries of the concept is attempted to be determined in view of its similarity to the concept of defect. Accordingly, in the doctrine, various opinions have been put forward.

There are two approaches on this issue. According to first of these, defects liability law should be applied. The second approach asserts that the provisions related to default of debtor should be applied. The prevailing position under the first approach distinguishes between generic and specific obligations and asserts that aliud is acceptable only when the generic obligations are at stake. The second approach which is argued for in this dissertation asserts that the provisions related to default of debtor should be applied without distinguish between generic and specific obligations. According to this view, aliud is conceptually distinct from defect. Unless a specific regulation is put into action about aliud, the standing provisions related to default of debtor should be applicable.

In the first part of this study, the main points aforementioned approaches are attempted to be explained in view of the interests of parties. The results are compared with the decisions of the Swiss Federal Court and the Turkish Supreme Court as far as possible. Starting from fourth title the CISG's approach to delivery of aliud is attempted to be explained in the light of the submitted opinions.

Keywords: Aliud, Defects Liability, Non-Performance, Vienna Sales Convention

SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ

Art.	: Artikel
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Bundesgerichtsentscheidung
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CECL	: Commission on European Contract Law
CISG	: Convention on the International Sale of Goods
CLOUT	: Case Law on UNCITRAL Texts
D.	: Digesta
dn.	: Dipnot
eBK	: 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu
HD.	: Hukuk Dairesi
HG	: Haftungsgesetz
HGB	: Handelsgesetzbuch
İçt. Kül.	: İçtihat Külliyatı
İFM	: İsviçre Federal Mahkemesi
İnc.	: İnceleyiniz
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

Karş.	: Karşılaştırınız
LG	: Landgericht
m.	: Madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
Mü-Ko	: Münchener Kommentar
N.	: Nummer (No)
Örn.	: Örneğin
PECL	: Principles of European Contract Law
PICC	: Principles of International Commercial Contracts
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TD.	: Ticaret Dairesi
TKHK	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
UCC	: Uniform Commercial Code
ULFIS	: Uniform Law on the Formation of International Sale of Goods
ULIS	: Uniform Law of the International Sale of Goods
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
vd.	: Ve devamı
Vol.	: Volume
YD.	: Yargıtay Dergisi
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

1. GİRİŞ

Sözleşme ile taraflar, borç ilişkisinde kararlaştırdıkları edime ulaşmayı hedeflemektedirler. Alacaklı ya da borçlunun tek taraflı davranışıyla bunu değiştirmesi, özel hukuka hâkim en temel ilkelerden olan ahde vefa ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Borçlunun borcundan kurtulabilmesi için üzerinde anlaşılan edimi ifa etmesi gerekir.[1] Kararlaştırılandan farklı türden bir şeyin teslimi durumunda borçlu ancak alacaklının bu ifayı kabul etmesi halinde (ifa yerine edim)[2] borçtan kurtulabilir.[3] Gerçekten de alıcı satıcıyı kural olarak değeri borçlanılandan daha düşük bir şeyin ifasına zorlayamayacağı gibi satıcı da, daha yüksek değerli bile olsa başka bir malın alıcı tarafından kabul edilmesini isteyemez.[4] Kararlaştırılan ile teslim edilen şey arasındaki farklılık kalite sapmasından kaynaklanabileceği gibi; miktar, tür, paket ve muhafazanın sözleşmeye uygun olmaması sebeplerinden de kaynaklanabilir.

İşte, satış sözleşmesinde kararlaştırılandan farklı bir malın teslim edilmesi durumlarından birini de aliudun[5] (farklı şeyin) teslimi oluşturmaktadır. Aliudun teslimi durumunda bunun geçerli bir ifa olarak kabul edilip edilmeyeceği ve eğer geçerli bir ifa değilse alıcının sahip olduğu hakları hangi hukuki sebebe dayandırarak talep edebileceği problemi, Roma hukukundan beri tartışma konusudur. Hatta tartışma, iç hukukumuzda yalnızca hukuki sebep boyutuyla kalmamış, Roma hukukundan bu yana yapılan bazı ayrımların da yeniden tartışıldığı metinlerde kullanılan temel argümanlardan biri olmuştur.[6]

---

[1] *Paulus D. 12.1.2.1.: "..quia aliud pro alio invito creditor; solvi non potest"* "..alacaklının rızasına aykırı olarak, edim yerine başka bir şey verilemez".

[2] İfa yerine edim, alacaklının rızası ile satıcı tarafından borçlanılandan başka bir şeyin teslim edilmesidir. Alacaklının kabulü ile birlikte borcun konusu değişmektedir. Bu durumda borçlu, sözleşmenin yeni konusunu ifa ederek borçtan kurtulabilir; **CEMAL, Ahmet** (1969) 'Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim (Leistungs Erfüllungshalber)' MHAD, S. 5, 239-256, s. 242 vd.

[3] **DOĞANAY, İsmail** (1993) Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri, Ankara, Adalet, s. 101; **CEMAL,** s. 242.

[4] Örneğin Fransız Borçlar Kanunu m. 1243'e göre "Alacaklı, kendisine borçlu bulunulan edimden daha yüksek değere sahip olsa dahi, borçlanılan edimden başka bir edimin ifasını reddedebilir.", **KOCAAĞA, Köksal** (2007) 'Borçlanılan Edimin İfası Kuralının Bir İstisnası olarak İfa Amacıyla Edim' BATİDER, C. 24, S. 1, 139-159, s. 139 vd.

[5] Latince kökenli aliud kelimesi, 'başka, farklı şey' anlamına gelmektedir, **ŞENOCAK, Zarife** (1989) 'Borçlar Kanununun 94. vd. ve 194. vd. Maddeleri Açısından Aliudun Teslimi' BATİDER, C: 15, S: 1, 113-135, s. 114. Aliud kelimesi bu çalışma içerisinde sözlük anlamı ile kullanılacaktır. Bu sebeple kavram tek başına değil, 'aliudun teslimi' şeklinde ifade edilecektir.

[6] Bkz. **SEROZAN, Rona** (1969) 'Parça Borcu- Çeşit Borcu: Aşılması Gereken Bir Ayırım' MHAD, S: 5, s. 212-238.

Türk Borçlar Kanunu'nda aliudun teslimi durumunda alıcının hangi hukuki imkânlara sahip olacağı açık olarak hükme bağlanmamıştır. 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda da aliudun teslimine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa satıcının bu fiili, alıcının borç ilişkisi içerisindeki temel menfaatini ortadan kaldırmaktadır. Alıcının rızası ve bilgisi dışındaki söz konusu davranış, karşılıklılık (synallagma) ilişkisi ile de bağdaşmamaktadır. Zira satım sözleşmesinde alıcının temel gayesi, sözleşmeye uygun olan edimi elde etmektir. Bu ilke gereği edim ve karşı edim arasındaki karşılıklılığın sağlanabilmesi için alıcının istediği türden şeyin belirli bir bedel karşılığı devredilmesi gerekir.[7]

Teslim edilen malda bulunan nitelik sapmasının, ticaret hayatına hâkim görüşlere göre malı başka şey haline getirecek ölçüde olması halinde aliudun teslim edildiği kabul edilmektedir.[8] Malda bulunan nitelik sapmasından bahsedildiği için aliudun teslimi halinde hangi hukuki imkânlara başvurulması gerektiği tartışmasına, ayıba karşı tekeffül hükümleri de dâhil edilmektedir. Gerçekten de doktrin ve yargı uygulaması incelendiğinde, aliud ve ayıp arasındaki sınırın muğlaklığı tespit edilebilir. Bu sebeple aliudun teslimi tartışması yapılırken ayıptan sorumluluğun hukuki niteliği ve koruduğu menfaatlerin de incelenmesi gerekmektedir.

Aliud kavramı, taraflardan birinin bir şeyi teslim ile yükümlü olduğu satış, eser, trampa, bağışlama gibi sözleşmelerde karşımıza çıkabilir. Nitekim belirli bir şeyin teslimi borcu, ondan farklı bir şeyin de teslim edilebileceği anlamına gelmektedir. Niteliği gereği yapma ve yapmama borcu doğuran sözleşmelerde aliudun teslimi söz konusu olamaz. Teslim borcu doğuran tüm bu sözleşme tiplerini incelemek çalışmanın kapsamını çok genişletmektedir. Bu sebeple aliudun incelenmesi teslim borcu doğuran sözleşmelerin en önemlisi olan ve en kapsamlı düzenlemeye sahip satış sözleşmesi ile sınırlandırılacak ve kavramsal açıdan incelenmeye çalışılacaktır.

Aliudun teslimi konusu; iradelerin uyuşması, sözleşmenin kurulması, yanılma, başlangıçtaki imkânsızlık, temerrüt ve ayıp hükümleri ile yakından ilgilidir. Dolayısıyla aliud konusu incelenirken kolaylıkla bağlamdan kopulabilir. Biz de bu zorluğu göz önünde bulundurarak, yapılmış ve halen yapılmakta olan tartışmaların yalnızca konuyla ilgili bölümlerini incelemeye çalışacağız.

[7] Karşılıklı (synallagmatik) sözleşmeler tarafların harcamaları arasındaki doğrudan ilişkiyi ifade eder. Bu ilke Roma Hukukunda *"do ut des"* (veriyorum veresin diye) formülü ile gösterilmektedir; **SEROZAN, Rona** (2012) 'Atipik Trampa Sözleşmeleri' BATİDER, C: 23, S: 4, 5-26, s. 14.
[8] Bkz. Aşağıda, Başlık 2.1.2.

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra aliudun hukuki niteliği ile ilgili Türkçe bir akademik çalışma yapılmamıştır. Bu çalışma kapsamında, 818 sayılı eBK döneminde konu ile ilgili yapılan tartışmalara değinilecek ve Türk Borçlar Kanunu'nda hangi hükümlerin uygulama bulabileceği Yargıtay ve mehaz kanunun yürürlükte olduğu İsviçre Federal Mahkemesi kararları da göz önüne alınarak tartışılacaktır. Aynı zamanda çalışmanın son kısmında Türkiye'nin de 2011 yılında taraf olduğu Viyana Satım Sözleşmesi'nin (CISG) ifa engelleri sistemi ve aliudun teslimi halinde hangi hukuki imkânların mevcut olduğu incelenecektir.

2. TÜRK HUKUKUNDA ALİUD ve AYIP KAVRAMLARI

2.1. Aliud Kavramı

2.1.1. Roma Hukukunda Aliud Kavramı

Aliud kavramı, Latince kökenli olup, temel tanımlarda sıklıkla karşımıza çıkan "başka şey" anlamına gelmektedir.[9] Özel hukuk kurumlarının ilk karşımıza çıktığı hukuk olan Roma hukukunda ve bunların düzenlendiği kaynak *Digesta* metinlerinde aliud kavramına rastlanmaktadır.[10] Bununla birlikte, *Digesta* metinlerinde "başka şey" anlamını taşıyan aliud kelimesinin, teknik bir hukuki kavram olarak kullanılmadığı söylenebilir. Oysa modern hukuk dogmatiğinde aliud denildiğinde teknik bir ifade olarak "yanlış ifa" kastedilmektedir.

Satış sözleşmesinin kurulmasıyla ilgili *Digesta* metinlerinde karşımıza çıkan *error in corpore*, *error in materia* ve *error in substantia* kavramları arasında aliud kavramına rastlanmaktadır. Roma hukukunun hata türleri arasında yer alan *error in corpore*, *error in materia* ve *error in substantia*'ya ilişkin çok sayıda *Digesta* metnine rastlanmakla birlikte, *error* (hata) kavramı *Digesta*'da açıklanmış değildir.[11] Ancak dönemin hukukçuları bu metinlerde iradelerin uyuşması ile ilgili fikirlerini ileri sürmüşler ve çeşitli hata türlerini ortaya koymuşlardır.[12] Bu metinler incelendiğinde dönemin hukukçularının sözleşmenin asli unsurları üzerinde, örneğin sözleşmenin konusu, sözleşmenin mahiyeti ya da satış sözleşmesinde bedel üzerinde iradelerin uyuşmamasının (*dissensus*) sözleşmeyi yok, geçersiz, etkisiz kıldığı sonucuna ulaştıklarını söyleyebiliriz.[13] Bu anlamda Roma'daki anlayışın günümüz hukuku ile paralel olduğu göze çarpmaktadır.

Digesta metinlerinde hukuki işlemin konusunda hata olarak ve özellikle de satış sözleşmesi bağlamında karşımıza çıkan *error in corpore* ile ilgili, *Digesta*'da *Ulpianus*'a ait şöyle bir metin yer almaktadır:

---

[9] **ŞENOCAK,** s. 114; Aynı anlamda kullanım için bkz. "*Aliud pro alio"* D. 3.3.58 (*Paulus*), D. 12.1.2, **WATSON, Alan** (1998) The Digest of Justinian, Vol. 1, University of Pennsylvania Press, s. 94-357.

[10] "Başka Şey" anlamına gelecek kullanımlar için bkz.: **WATSON, Alan** (1998) The Digest of Justinian, Vol. 2, University of Pennsylvania Press, s. 57.

[11] Bununla birlikte hata (yanılma) kavramı Türk-İsviçre kanunlarında da tanımlanmamıştır. Ancak PICC Art. 3.2.1'de hatanın (yanılma) tanımı yapılmıştır. Buna göre "hata (yanılma), sözleşme kurulduğunda, gerçekler ya da var olan hukuk hakkında yanlış bir tasavvur (varsayım)'dur."

[12] **BÜYÜKAY, Yusuf** (2007) Roma Borçlar Hukukunda Hata, Ankara, Yetkin, s.47; Burada söz edilen hata tipleri Roma hukukunun kazuistik geleneğinin sonucu olarak sınırlı sayıda (*numerus clausus*) belirlenmiştir.

[13] Bkz. D. 18.1.11 (*Ulpianus*); D. 18.1.14 (*Ulpianus*); D. 44.7.57 (*Pomponius*).

> Digesta 18.1.9.pr. (Ulpianus): "*Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est."*
>
> Digesta 18.1.9.pr. (Ulpianus): "*Eğer ben, Cornelianus'un toprağını satın aldığıma inanıyorsam, buna karşın sen, Sempronianus'*un *toprağını satma iradesine sahipsen, bu durumda satım sözleşmesi geçersizdir, çünkü konu üzerinde tarafların iradeleri uyuşmamıştır*". [14]

Metin incelendiğinde *corpus* (mal, sözleşmenin konusu) üzerinde iradelerin uyuşmamasından (*dissensus*) hareketle, sözleşmenin olmadığı sonucuna ulaşıldığı görülmektedir. Bu sonuç, Roma düşüncesine uygundur. Çünkü "sözleşmenin konusunda yanılma" hali, Roma hukukunda sözleşmenin kurulmasını engelleyen bir sebepti.[15] Roma hukukunda irade ve onun açıklanması olgusal olarak birbirinden ayrılmamış; hata, irade ve beyan arasındaki uygunsuzluk değil, aksine taraf iradelerinin uyuşmaması (*dissensus*) olarak anlaşılmıştır.[16] Pandekt hukukunun izlerini taşıyan günümüz anlayışı ise hukuki işlemi, irade ve iradenin açıklanması olarak iki unsura ayırarak ele alır ve açıklayanın iradesinin açıklamanın içeriğine uygun olup olmadığını inceler. Dolayısıyla da Roma hukuku iradelerin uyuşmaması nedeniyle sözleşmeyi kurulmamış (yok, geçersiz, değersiz) sayarken, Türk hukukunda bu durum yanılana sözleşmeyi iptal etme hakkı tanımaktadır.

Error in substantia ya da *error in materia*[17] ise sözleşmenin konusunun maddi özü, cevheri, temel özellikleri, aslî özellikleri üzerindeki yanılmayı ifade eder. Altın için bakır,

---

[14] **KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/SÖĞÜTLÜ, Özlem** (2018) Roma Özel Hukuku Uygulamalı Çalışmaları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 107.

[15] **ZIMMERMANN, Reinhard** (1992) The Law of Obligations- Roman Foundations of the Civilian Tradition, 2. Baskı, Cape Town, Juta &Co, s. 590; **ÖZSUNAR, Erdal** (2005) Roma ve Türk Hukukunda Hata, Ankara, Turhan, s. 48.

[16] **SCHULZ, Fritz** (1968) Classical Roman Law, Oxford, Clarendon Press, s. 528.

[17] Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının *error in materia* ve *error in substantia* kavramlarını, aynı anlamda, birbirlerinin yerine kullandıklarını ileri süren bir görüş bulunduğu gibi, bunları tamamen farklı anlamlarda kullandıklarını ve farklı sonuçlar bağladıklarını ileri süren bir görüş de bulunmaktadır. Farklı olduğu görüşünde olan yazarlara göre, *error in materia* vasıf hatasını ifade etmektedir. Bu durumda sözleşmenin konusu belirlenmiştir. Dolayısıyla *error in materia* satımın geçerliliğini engellemez (bu görüş için bkz. **BÜYÜKAY (2007),** s. 78; **BÜYÜKAY, Yusuf** (2001) 'Roma Hukukunda Error In Materia ve Error In Substantia' AÜEHFD, C: 5, S: 1-4, 349-359, s. 351. Aksi görüşte olan yazarlara göre, *Iustinianus* döneminde *error in materia*'nın sözleşmelerin geçerliliğini etkilediği kabul edilmeye başlanmıştır; **BÜYÜKAY (2007),** s. 86, dn. 108. Görüş aykırılıkları bulunmakla birlikte, içerisinde *error in materia* ve *error in substantia* kavramlarının geçtiği metinlerin Klasik Hukuk Dönemini yansıttığı ve kavramların birbirinin yerine kullanıldığı görüşü egemendir bkz. **BÜYÜKAY (2007),** s. 84 vd.

gümüş için kurşun, şarap için üzüm sirkesi satın alınması örnekleri, *error in substantia* teşkil eder.

*Error in corpore'*yi *error in substantia'*dan ayıran husus, *substantia'*da hataya düşülmesinin asıl sebebinin malın niteliklerinin onu başka şey haline dönüştürmesidir (öze ilişkin hata). *Error in corpore*'de ise yanılmanın sebebi malın niteliklerinin farklı olması değil, hukuki işlemin konusunda hataya düşülmesidir.[18]

Malın aslî özelliklerine, cevherine ilişkin hata, malın karakterini ve değerini değiştireceği için Yunan felsefesinin[19] etkisiyle Roma hukuk hayatına girmiştir. Sözleşmenin konusunu oluşturan malın aslî özellikleri üzerindeki hatanın (*error in substantia*) sözleşmenin kurulmasını engelleyip engellemeyeceği hususu, Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları arasında tartışmalıydı. Klasik Hukuk Dönemi'nde ağırlıklı görüş, her iki tarafın malın aslî özellikleri, özü, cevheri hakkında hataya düşmesinin sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği yönündeydi.[20] Hâkim görüşe katılmayan *Iulianus*'un görüşü, Post Klasik Hukuk Dönemi'nde egemen görüş halini almış ve taraflardan birinin dahi eşyanın özü, esası, cevheri üzerinde hataya düşmesi, iradelerin uyuşmaması olarak kabul edilmiştir.[21] Bu nedenle de, içerik olan Klasik Dönemi yansıtmakla birlikte, zamanın hukukçuları tarafından *interpolatio*'ya[22] uğratılmış olan konumuzla ilgili metinler Romanistler tarafından farklı değerlendirmelere tabi tutulmuştur.[23]

Iulianus, gümüş olduğu düşünülerek satılan ve alınan, ancak gümüş kaplama çıkan bir masaya ilişkin satış sözleşmesinin, malın aslî vasfındaki eksiklik nedeniyle geçersiz olduğunu belirtmektedir.

---

[18] **ÖZSUNAR,** s. 48.

[19] Nitekim, aşağıdaki metindeki *Ulpianus* ve *Marcellus* arasındaki görüş farklılığı, *Marcellus*'un *Aristo* felsefesini, *Ulpianus*'un ise Stoacı felsefeyi takip etmesine dayandırılmaktadır; **PFEFFERMANN,** Bruno, Begriff des wesentlichen Irrtums bei Rechtsgeschaften, Berlin, 1903, s. 10 (Naklen; **BÜYÜKAY (2007),** s. 48).

[20] *"Buna karşın, satıcı alıcının aldatılmama hakkından doğan zararından sorumludur"*; **ÖZSUNAR,** s. 59.

[21] **SCHULZ,** s. 529.

[22] *"Yazılı bir metin üzerinde, manasını veya şümulünü değiştirmek, bazan kısaltmak veya basitleştirmek için, bile bile yapılan değişiklik. Iustinianus'un emriyle, Corpus Iuris Civilis'i derleyen hukukçuların, klasik hukukçulardan parçalar halinde aldıkları metinler ve imparator emirnameleri üzerinde yaptıkları değişiklikler için kullanılan tabir. Bunların yapılmasının sebebi, klasik Roma hukukunu, zamanın zihnine ve adalet fikrine uydurmaktı. Bilhassa son yüz yıl içinde yapılan araştırmalar, Digesta'nın yarısının interpolatio yoluyla değiştirilmiş olduğunu göstermektedir."* **UMUR, Ziya** (1983) Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, Fakülteler Matbaası, s. 95.

[23] Görüşler için bkz. **BÜYÜKAY (2007),** s. 76 vd.

Digesta 18. 1. 41. 1 (Iulianus):"Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens: nulla est emptio pecuniaque eo nomine data condicetur."

Digesta 18. 1. 41. 1 (Iulianus):"Sen farkında olmadan, gerçekleri bilmeyen bana, gümüş kaplama bir masayı saf gümüş olarak sattın; bu alım satımın hiçbir geçerliliği yoktur."

Satış sözleşmesi gereğince alıcı saf gümüş bir masanın mülkiyetini elde etmeyi istemekte, satıcı da böyle bir masanın mülkiyetin nakletmeyi istemektedir. İradeler olmayan bir masa (saf gümüş) üzerinde uyuştuğu için satış sözleşmesi yoktur; çünkü taraflar böyle bir sonucun gerçekleşmesini istememektedirler. Masanın vasfının her iki tarafça da yanlış değerlendirilmiş olması, *Iulianus*'u, artık gümüş kaplama bir masaya ilişkin bir satış sözleşmesinin taraflarca istenmediği sonucuna ulaştırmakta ve bu nedenle de sözleşmeyi kurulmamış saymaktadır.[24]

Klasik Hukuk Dönemi hukukçusu *Paulus*'a ait bir metinde, mal üzerinde uyuşmanın varlığının sözleşmenin kurulması için yeterli olduğu; malın kalitesinin farklı çıkmasının sözleşmeyi geçersiz kılmayacağı ve fakat satıcının ayıptan sorumlu tutulacağı belirtilmektedir. Metne göre, tarafların iradesi ahşap masa üzerinde uyuşmuş ve fakat ahşap masanın kalitesi (*de qualitate*) üzerinde uyuşmamıştır.

Digesta 19. 1. 21. 2 (Paulus): "Quamvis supra diximus, cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse, tamen venditor teneri debet, quanti interest non esse deceptum, etsi venditor quoque nesciet: veluti si mensas quasi citreas emat, quae non sunt."

Digesta 19. 1. 21. 2 (Paulus): "Satım konusu malın kendisinde anlaştığımızda fakat malın maddesinin özellikleri üzerinde uyuşmadığımızda, satımın var olduğundan söz etmeme rağmen, satıcı bilmiyor olsa bile, hala alıcının ifa menfaatinden sorumlu olmalıdır: Satıcı, ayıbı bilmese dahi, sedir ağacından yapılmış olduğu zannedilerek ahşap bir masa satın alması örneğinde olduğu gibi."

Paulus'un görüşü ile *Iulianus*'un görüşü aslında örtüşmektedir. Mal var ise bu mal üzerinde iradelerin uyuşması sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Ancak, malın aslî

[24] **SCHULZ,** s. 529.

özelliğindeki hata, onu o mal olmaktan çıkarmışsa bu durumda sözleşmenin kurulduğundan söz edilemez.

Klasik Hukuk Dönemi hukukçusu *Ulpianus*'a ait metinlerde, bakire olduğu sanılarak satın alınan kadın kölenin bakire olmadığının anlaşılması, som altın olduğu düşünülerek satın alınan altın bileziğin bronzla karışık olduğunun anlaşılması ve satın alınan şarabın ekşimiş olduğunun ortaya çıkması durumlarında satış sözleşmesinin geçerli olduğu belirtilmektedir.[25]

> *Digesta 18. 1. 11 (Ulpianus): "Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset iam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est."*
>
> *Digesta 18. 1. 11 (Ulpianus):"Şimdi, ya alıcı körse ya da maddeleri ayırt etmedeki yeteneksizliği yüzünden madde üzerinde hataya düşmüşse? Tarafların şey üzerinde anlaştıklarını söyler miyiz? Şeyi göremeyen bir adam nasıl olur da anlaşmaya varabilir? Bununla birlikte eğer ben bir bakire satın aldığımı düşünüyorsam ve gerçekten de öyle ise, satım geçerlidir. Onun cinsiyeti üzerinde yanılma yoktur. Fakat eğer ben sana bir kadın satıyorsam ve sen de bir erkek köle aldığını düşünüyorsan, cinsiyet üzerindeki yanılma sözleşmeyi yok hükmünde (nulla emptio, nulla venditio) kılar."*
>
> *Digesta 18. 1. 14 (Ulpianus): Quid tamen dicemus, si in materia et qualitate ambo errarent? Ut puta si et ego me vendere aurum putarem et tu emere, cum aes esset? Ut puta coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent eaque inventa esset magna ex parte aenea? Venditionem esse constat ideo, quia auri aliquid habuit. Nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro auro veneat, non valet."*
>
> *Digesta 18. 1. 14 (Ulpianus):"Her iki taraf da madde ya da maddenin özelliğinde yanılırsa, bu durumda ne söylemeliyiz? Örneğin, ben altın aldığımı, sen de altın sattığını düşünürken, gerçekte mal bronz ise. Örneğin birlikte mirasçılardan biri,*

[25] **ZIMMERMANN,** s. 596.

altın olduğu düşünülen bir bileziği diğer mirasçıya yüksek bir fiyata sattı ve sonradan bileziğin büyük bir bölümünün bronz olduğu ortaya çıktı. Bu durumda, sözleşmenin konusu altını da içerdiği için sözleşme geçerlidir. Çünkü, eğer satılan altınsa, ben onun som altın olduğunu düşünsem de satış sözleşmesi geçerlidir. Ancak, altın yerine bronz satılırsa satış geçersizdir."

Ulpianus'a ait diğer bir metinde ise, *error in corpore*, *error in materia* ve *error in substantia* ile birlikte aliud kavramı yer almakta ve satış sözleşmesinin geçerli olarak kurulup kurulmadığı tartışması yapılmaktadır.

Digesta 18. 1. 9. 2 (Ulpianus):" Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro vino veneat, aes pro auro vel plumbum pro argento vel quid aliud argento simile, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto digestorum emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope ousia est, si modo vinum acuit: ceterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, aliud pro alio venisse videtur. In ceteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur."

*Digesta 18. 1. 9. 2 (Ulpianus):"Satım konusu üzerinde, şeyin kendisinde (**in ipso corpore**) bir uyuşmazlık olmamakla birlikte, satılanın maddesi, özü üzerinde (**in substantia**) bir hata söz konusu olduğunda, örneğin şarap olarak sirke, altın olarak bakır, gümüş olarak kurşun ya da gümüş içeren bir madde olarak satılırsa, alım-satım sözleşmesinin geçerli olup olmadığı sorulur: Marcellus Digesta'sının altıncı kitabında, şeyin içeriğini oluşturan madde (**in materia**) üzerinde bir yanılma olsa bile, satılan konu üzerinde anlaşmaya varıldığından, bu durumda bir alım-satım olduğunu söylüyor. Ben de, şarabın ekşimesi ile ortaya çıkan madde ile şarap neredeyse aynı şey olduğundan şarap ve sirke ile ilgili olayda aynı görüşteyim. Fakat şarap zamanla ekşimemiş, başından itibaren ekşimiş ve sirke olmuşsa, bu durumda kararlaştırılandan farklı bir şeyin Aliudun **(aliud pro alio)** satıldığı kabul edilmelidir. Diğer örneklerde ise, bence madde üzerindeki (**in materia**) hata sebebiyle sözleşme geçersizdir."*[26]

Söz konusu *Digesta* metninden birçok farklı anlam çıkarılmış ve çeşitli tartışmalara sebep olmuştur. Metin içerisinde öncelikle Klasik Hukuk Dönemi hukukçuları arasındaki

[26] **WATSON,** s.94-357. Latince metin için bkz. https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/ (s.e.t. 12.11.2018)

görüş farklılığına yer verildiği görülür. Buna göre *Marcellus*, *error in substantia* durumunda taraflar sözleşmenin konusu (*corpus*) üzerinde anlaştıklarından (dış ayniyet) sözleşmeyi geçerli kabul etmektedir.[27] Çünkü, *Marcellus*'a göre, *corpus* üzerinde irade uyuşmasının varlığı satış sözleşmesinin geçerliliği için yeterlidir. Buradan çıkan sonuç, *Marcellus*'un, *error in substantia*'nın sözleşmenin geçerliliğini etkilemediği görüşünde olduğudur.

Ulpianus aliud söz konusu ise *corpus* üzerinde uyuşma sağlanmasının yeterli olmadığını; dolayısıyla da her durumda konu üzerinde uyuşmanın varlığı ile yetinilemeyeceğini belirterek, şarap yerine üzüm sirkesi verilmesini örnek olarak göstermektedir. *Ulpianus*'a göre, satış sözleşmesinin yapıldığı sırada şarap ekşimiş ve küflenmiş olması nedeniyle sirkeye dönüşmüşse satış geçerlidir.[28] Yok, başlangıçtan itibaren şarap değil üzüm sirkesi idiyse sözleşme geçersizdir. *Ulpianus*'un görüşü, fiilen var olan bir konu üzerinde tarafların iradelerinin uyuşmasına rağmen, *aliud pro alio venisse* olduğu sürece sözleşmenin kurulmadığı doğrultusundadır. Roma hukuku kaynaklarında "*aliud pro alio solvere*" ifadesiyle geçen aliud tesliminden Romalı hukukçuların anladıkları, alacaklının rızası olmaksızın borçlunun "başka şey" ifa etmesi, böylece borçlunun edim yükümlülüğünü değiştirememesi, borçtan kurtulamamasıdır[29]. Metne geri dönecek olursak, satıcı tarafından ifa edilen, yani gerçekte var olan mal, iradelerinin uyuşmasının içeriğine kıyasla "farklı bir şey" (aliud) oluşturuyorsa, bu durumda satış sözleşmesi geçersizdir.

Ulpianus'un bu görüşü *Digesta* 18. 1. 14'de yer alan "*ancak, altın yerine bronz satılırsa satış geçersizdir."* görüşüyle de uyumludur. *Ulpianus*'a göre, altın olduğu düşünülerek satın alınan bilezik kısmen olsa da altın içeriyorsa satış sözleşmesi geçerlidir. Ancak, altın olarak düşünülen bilezik hiçbir biçimde altın cevherini içermiyor ve bronzdan yapılmışsa artık bu durumda bir aliudun tesliminden söz edilir.[30]

Digesta metinlerine göre *error in substantia* durumunda, satılan şeyin özünde, cevherinde bir hata söz konusu olduğundan konusu belirlenememiş ve dolayısıyla sözleşme geçerli şekilde kurulmamış sayılmaktadır.

---

[27] **ERDOĞMUŞ, Belgin/TAHİROĞLU, Bülent** (2012) Roma Hukuku Dersleri, 8. Baskı, İstanbul, DER, s.157; **BÜYÜKAY (2007)**, s. 81.

[28] **BÜYÜKAY (2007)**, s. 83.

[29] Bkz. Gaius Institutiones 3.168; *Digesta* 12.1.2.1 (*Paulus*).

[30] **BÜYÜKAY (2007)**, s. 83.

Flume'ye göre de, sözleşmenin hükümsüz olmasının sebebi, tarafların sözleşmenin konusu üzerinde anlaşamamış olmalarıdır. [31] Yoksa şey üzerinde iki tarafın yanılması değildir. Çünkü *Ulpianus*, yalnızca malın dış görünüşü üzerinde anlaşılmasını yeterli görmeyerek malın özünün (niteliklerinin) üzerinde de uyuşmanın gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, satım konusu şey belirlenirken uzlaşmanın malın yalnızca dış ayniyetinde değil, onun özünü belirleyen vasıflarında da meydana gelmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu eksikliklerin mevcudiyeti, satım konusunun belirlenememiş sayılmasına sebep olacaktır. Bunun sonucu ise, sözleşmenin kurulamamasıdır. Flume, bu görüşünü desteklemek için, *Ulpianus*'un metinde alıcının ayıptan dolayı sorumluluğuna ilişkin bir tartışmaya girmediğini söylemektedir.[32]

Bu ayrımı yapmamızın sebebi, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuran *aliud pro alio* halinin Roma hukukçuları tarafından sözleşmenin özünden sapılması olarak değerlendirilmesidir. Bu dönemin hukukçuları yanılmayı, günümüzden farklı olarak, irade ve beyan arasındaki uyumsuzluk olarak algılamamakta ve bu yönde bir tartışmaya girişmemektedirler. Taraf iradelerinin uyuşmaması *(dissensus)* sözleşmenin kurulmasını engellemekte, daha doğru bir ifade ile sözleşme yok hükmünde *(nulla emptio, nulla venditio)* sayılmaktadır.[33] Günümüzde ise yanılma (hata) halinde sözleşmenin geçersizliğinden söz edilmemekte, yalnızca kanun tarafından yanılana sözleşmeyi iptal etme hakkı tanınmaktadır. İrade ve beyanı birbirinden ayırarak inceleyen modern hukuk doktrini aliudun teslimi durumunu artık sözleşmenin kuruluş aşamasında değil, ifası aşamasında meydana gelen bir problem olarak görmekte ve tartışmaktadır.[34] Kanaatimizce söz konusu *Digesta* metinlerindeki konuya ilişkin tartışmalar, sorunun çözümü noktasında fikir verici niteliktedir.

Roma hukukunda sözleşmenin kurulması ile ilgili *error in corpore* ve *error in substantia* ayırımını incelememizin sebebi, yukarıda da belirttiğimiz gibi, "*aliud pro alio*" halinin sözleşmenin özünden sapılması olarak nitelendirilmesidir. Klasik Roma Hukukçuları *error in corpore* ve *error in substantia* ayırımını sözleşmenin kurulup kurulmadığı sorunu çerçevesinde ele almışlar ve malın özünde, cevheri üzerindeki hata malın farklı bir mal

---

[31] **BÜYÜKAY (2001)**, s. 355.

[32] **FLUME, Werner** (1992) Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschaft, 4. Tıpkı Basım, Berlin, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, s. 437.

[33] **ERİŞGİN, Özlem SÖĞÜTLÜ** (2016) Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara, Seçkin, s. 100; **FLUME,** s. 438**.**

[34] **BÜYÜKAY (2001)**, s. 359; **BÜYÜKAY (2007)**, s. 42.

olmasına yol açacak derecede ise de *error in corpore* ve aliudun teslimi ile aynı sonuçlara bağlayarak, sözleşmeyi kurulmamış saymışlardır.[35]

Roma hukukunda satıcının ayıptan doğan sorumluluğu gelişmiş hukuk kurallarını içermektedir. Çünkü bu kurallar, hem *Aedilis Curulis*'lerin hem de Klasik Hukukçuların faaliyetlerinden beslenerek gelişmiştir. *Aedilis Curulis*'ler, ayıplı mallara karşı alıcının korunması amacıyla bazı dava hakları tanımışlardır. Bununla alıcı, hayvan ve köle satışlarında satıcıyı bilmediği ayıplardan dahi sorumlu tutabilmekteydi. *Iustinianus* döneminde bu davaların, konusu ne olursa olsun, bütün satım sözleşmelerine uygulanacağı yasal olarak düzenlendi.[36] Böylelikle alıcının satın aldığı malın ayıpsız olmasına ilişkin menfaati koruma altına alınmıştır. Satım sözleşmesinin konusunu kararlaştırılan malın teslimi oluşturmakla birlikte, bu malın ayıplardan ari olması gerekmektedir.

Satıcının ayıptan doğan sorumluluğu alanına bu kadar egemen olan Klasiklerin, farklı şey teslimi durumunda, Flume'nin de iddialarından birisi olarak[37], metinlerinde ayıptan dolayı sorumluluktan söz etmemeleri dikkate değerdir. Bu durum, onların da kararlaştırılandan tamamen farklı nitelikte teslim durumunda satıcıyı ayıptan sorumlu tutmak istemedikleri şeklinde yorumlanabilir. Kanaatimizce Flume'nin görüşlerinde isabet vardır. Parça satımlarında uzlaşma yalnızca malın dış ayniyetinde değil, onun saptanmasında kullanılan niteliklerinde de olmalıdır.

2.1.2. İsviçre-Türk Hukuklarında Aliud Kavramı

Bir kavramın tanımı, kavramı inceleyen kişinin görüşlerinden bağımsız olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla doktrinde aliudun teslimi hakkında yapılan görüşler kadar tanım bulunması beklentisi haksız bir beklenti olmayacaktır. Bununla birlikte aliudun tesliminden söz eden yazarlar, neredeyse ağız birliği yaparak aynı tanıma ulaşmışlardır. Buna göre aliud ifa, yanlış ifadır.[38]

---

[35] **BÜYÜKAY (2007)**, s. 80.

[36] **RADO, Türkan** (2001) Roma Hukuku Dersleri- Borçlar Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 130 vd.; **UMUR, Ziya** (1999) Roma Hukuku Ders Notları, 3. Baskı, İstanbul, Beta, s. 364 vd.

[37] **FLUME,** s. 437.

[38] **HONSELL,** Heinrich (2014) Kurzkommentar- Obligationenrecht, Basel, Helbing Lichtenhahn, Art. 206 N. 2. İngilizce kaynaklarda sözü geçen tanımlarda; "delivery of goods of different kind", "a different kind of good"; Almanca kaynaklardaki tanımlarda ise "Falschlieferung" söz öbekleri kullanılmaktadır.

Yukarıda Roma hukukunda aliud kavramının bugünkü teknik anlamında kullanılmadığını söylemiştik.[39] Günümüzde aliud kavramı yalnızca dış görünüş bakımından değil, özellikler bakımından da kararlaştırılandan farklı nitelikte olan şeyi temsil etmektedir. Aliudun teslimi ise, sözleşme ile kararlaştırılandan farklı bir şeyin teslimidir.[40] Aliudun teslimine ilişkin doktrinde yapılan bu tanım tüm hukuk çevreleri tarafından kabul edilmektedir. Tartışma asıl olarak parça ve cins borcu ayrımında toplanmaktadır.

Tartışmalardan ari olarak aliudun teslimi durumuna ilişkin verilen mahkeme kararlarında birçok örnekle karşılaşılmaktadır. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında[41], antika Şah Abbas halısı olarak satın alınan bir halının sonradan taklit olduğunun anlaşılması üzerine bir aliudun tesliminin varlığını kabul etmiştir. Mahkeme bir başka kararında "Frankfurt Karnabaharı tohumu" yerine "Danimarka Karnabaharı tohumunun" teslim edilmesini yine aliudun teslimi saymıştır.[42] Başka bir kararında ise Federal Mahkeme, satın alınmış olandan bir eski model Jaguar marka araba teslimini aliudun teslimi saymıştır.[43] Doktrinde ise konu hakkında çeşitli örnekler zikredilmektedir. Örneğin Ankara kedisi yerine sağlıklı bir ev kedisi teslimi, içinde fotoğraf makinesi olduğu düşünülerek alınan kutudan tencere çıkması, yaz tohumu yerine kış tohumu teslimi, deniz motoru yerine kara motoru teslimi vb.[44]

Buradaki farklılığı von Tuhr, teslim edilen şeyin kararlaştırılan şeyde bulunması gereken nitelikleri taşımamasının bir ayıp teşkil etmeyeceği, nitekim bu ikisinin doğası gereği farklı şeyler olduğunu belirterek göstermiştir.[45] Örneğin teslim edilen kurşun kalemin

---

[39] Bkz. Yukarıda, Başlık 2.1.1.
[40] **ACEMOĞLU, Kevork** (1972) '"Aliud" ve Federal Mahkemenin "Aliud" Konusundaki Tutumu Üzerine' MHAD, S. 6, 19-29, s. 19; **EREN, Fikret** (2016) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Yetkin, s.103; **EREN, Fikret** (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara, Yetkin, s.1070; **GÜMÜŞ, Mustafa Alper** (2013) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 71; **ŞENOCAK,** s. 114; **YAVUZ, Cevdet** (2016) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 14. Baskı, İstanbul, Beta, s. 74; **YAVUZ,** Cevdet (2014) Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Beta, s. 90; **CYPRIAN, Roberto** (1981) Die Aliud-Lieferung im Schweizerischen Kauftvertragsrecht, St.Gallen, Ekkehard Presse, s. 3; **YAVUZ, Nihat** (2016) Ayıplı İfa, 5. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 904; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip** (1968) Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, Garanti Matbaası, s. 73 dn. 98; **VON TUHR,** Andreas, (Çev. EDEGE, Cevat (1983) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara), s. 286 dn. 39; **ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan** (2012) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara,Yetkin, s.104; **HONSELL,** Art. 206 N. 2.
[41] BGE 52 II 146.
[42] SJZ 44 (1948) **ŞENOCAK,** s. 129.
[43] BGE 94 II 26 **ACEMOĞLU,** s. 22.
[44] **YAVUZ (2016),** s. 905 vd. ve orada anılan örnekler.
[45] **VON TUHR,** s. 286, dn. 39.

dolma kalem özelliği taşımaması onun için bir ayıp sayılmaz. Ancak sürekli mürekkep akıtan bir dolma kalem ayıplı sayılabilir.

Aliudun tesliminin meydana gelebilmesi için teslim edilen malın, kararlaştırılan şeyi farklı bir tür sayılmasını gerektirecek nitelikte olması gerekir. Hayatın olağan akışı içerisinde, bazı uç örnekler dışında, sözleşme konusunu kalem olarak kararlaştırılıp silgi teslim alınan olaylarla sıkça karşılaşıldığının söylenmesi zordur.[46] Aliudun tespitinin şüpheli olduğu durumlarda ise kararlaştırılan şeyde meydana gelen nitelik sapmalarının onu farklı bir türe dâhil etmeye yetecek ölçüye sahip olup olmadığının tespiti zordur.

İsviçre Federal Mahkemesi, aliud konusunda verdiği kararlarda birden fazla yaklaşım benimsemiştir. Bu farklı yaklaşımlar zaman zaman tartışmalara sebep olmuş ve farklı fikirlerin ileri sürülmesi sonucunu doğurmuştur. Yukarıda sözü geçen eski bir Federal Mahkeme kararında alıcı ve satıcının üzerinde tartışıp kararlaştırdıkları bir Şah Abbas halısını teslim alan alıcının, sonradan bunun modern bir kopya olduğunu fark ettiğinde açtığı dava üzerine teslim edilen şeyin aliudun teslimi olduğuna hükmetmiştir.[47] Bu karardan daha sonra yaşanan başka bir olayda, yine tarafların üzerinde anlaştıkları ve belirli bir bankanın kasasında bulunan Van Gogh tablosunu satın alan alıcı, tablonun sonradan yapılmış bir reprodüksiyon olduğunu fark etmiştir. Bunun üzerine açılan davada Federal Mahkeme, söz konusu parçanın tarafların üzerinde anlaştıkları tablo olduğunu, dolayısıyla satıcının kararlaştırılan şeyden başka bir mal teslim etmediğini söyleyerek aliudun tesliminin olmadığına hükmetmiştir.[48] Söz konusu iki kararın konusu da parça borcu olduğundan, birbirine taban tabana zıt iki karar karşımıza çıkmaktadır. Ancak sonraki bir kararında Federal Mahkeme, tutumunu somutlaştırmış ve konusu cins borcu olan bir sözleşmede kararlaştırılan otomobilin bir eski modelinin teslim edilmesini aliudun teslimi olarak nitelendirerek yalnızca cins borçlarında aliudun tesliminin söz konusu olabileceğini kabul etmiştir.[49] Bu kararında İsviçre Federal Mahkemesi cins borçlarında aliudun teslimine ilişkin, tanıma yakın bir ifadeye yer vermiştir.[50] Federal Mahkeme, parça borcu ve cins borcu arasında bir ayrım yapmakta ve cins borcunda sözleşmede kararlaştırılan şeyin tüm özelliklerinin teslim edilen şeyde bulunması gerektiğini, bunlardan birinin dahi eksik olması

[46] **DOĞANAY,** s. 102.
[47] BGE 52 II 143 **ACEMOĞLU,** s. 21.
[48] BGE 82 II 411 **ACEMOĞLU,** s. 21.
[49] BGE 94 II 26 **ACEMOĞLU,** s. 22.
[50] Bkz. dn. 48'deki İFM kararı.

durumunda bunun artık bir aliud teşkil edeceğini söylemiştir. Federal Mahkemenin söz konusu tanımı halen geçerliliğini korumaktadır.[51]

Türk-İsviçre ifa engelleri sisteminde, Alman hukuku ve yeknesaklaştırma metinlerinden farklı olarak, sözleşmeye aykırılığın türü başlangıçta önem taşımaktadır.[52] Ortaya çıkan ifa engeli hâkim tarafından öncelikle değerlendirilerek, ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlar ve tarafların sahip olduğu haklar sözleşmeye aykırılığın türüne göre tespit edilmektedir. Bunun doğal sonucu olarak, konumuz dâhilinde, teslim edilen malın ayıplı mı yoksa başka şeyin teslimi mi olduğu hâkim tarafından öncelikle tespit edilmesi gereken bir konudur. Zira uygulanabilecek hükümlerin tespiti, ancak bu belirleme sonrasında gündeme gelebilecektir. Sözleşmeye aykırılığın türünün başlangıçta önemli olup olmadığı sorunu, çalışmamızın kapsamını aşacağından burada yalnızca Türk Hukuku açısından durum tespiti yapmakla yetineceğiz.[53]

818 sayılı eBK'da aliud kavramı ya da buna bağlanan sonuçlar hakkında açık bir hüküm sevk edilmemişti. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 11.01.2011 tarihinde kabul edilen ve 01.07.2012 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'nda da aliud kavramına ya da buna bağlanan hukuki sonuçlara ilişkin düzenleme yapılmamıştır. Kanun tasarı metninde de aliudun teslimine ilişkin bir tartışma meydana gelmemiştir.[54] Bu sebeple aliudun tespitinde hangi kriterlerden hareket edilmesi gerektiği sorusunun cevabı doktrinde aranmalıdır.

Aliudun tespitinde kullanılacak kriterin objektif nitelikte olması gerektiği söylenebilir.[55] Bununla birlikte şeyleri birbirinden ayıran unsurlar her eşya açısından farklı takdir edilir. Örneğin Iğdır kayısısını Malatya kayısısından ayıran şey, Iğdır'da bulunan mikroklima sebebiyle daha iri ve farklı renkte kayısının elde edilmesi iken; kayısı ile şeftaliyi birbirinden ayıran şey türlerinin farklı olmasıdır. Burada Malatya kayısısını Iğdır

---

[51] BGE 121 III 453.
[52] Bu farklılıklara aşağıda değinilecektir, bkz. Başlık 4.3.1.
[53] Örneğin Alman Hukuku 2002 yılında yapılan kapsamlı değişiklik sonucunda, ifa engellerini sözleşmeye aykırılık çatısı altında birleştirerek iç hukukunu yeknesak metinlere yaklaştırmıştır. Bu durum ulusal hukukumuz açısından farklılık göstermektedir. Kapsamlı bilgi için bkz.; **SEROZAN, Rona** (2000) 'Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku' İÜHFM, C. 58, S. 1-2, 233-248.
[54] İnc. T.C. BAŞBAKANLIK Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0499.pdf (s.e.t. 10.05.2019)
[55] Bu noktada DOĞANAY, "...kanaatımızca, genel anlamda bir malın 'satılandan başka bir mal' olup olmadığı yönünü tespit ederken, o malın 'alıcının tasvip edemeyeceği kadar sipariş edilen maldan daha başka bir mal' olması icap eder" fikrini ileri sürmüştür. Kanaatimizce böyle bir genel kural koymak, tespiti satıcı aleyhine çok güçleştirecektir. Nitekim alıcının satılan mala ilişkin tüm saikleri satıcı tarafından bilinemez. Gerçi yazar, daha sonra objektif ölçütün kabul edilmesi gerektiğini de belirtmiştir. **DOĞANAY,** s. 100-101 ve 106.

kayısısından ayıran şey tür farklılığı değildir. Nitekim iki durumda da kayısıdan söz edilmektedir. Ticari hayatta yaygın olan görüşler bu tespitin yapılmasında yol gösterici olacaktır.

Hangi durumlarda teslim edilen malın başka şey haline geleceği, ticaret hayatındaki görüşlere göre belirleneceği söylenmektedir.[56] Ancak bu durumda, hâkimin bu muğlaklığı nasıl gidermesi gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte aliudun teslimi hakkında farklı çalışmalar yapılmasına rağmen, hâkime yol gösterecek kesin bir ayrım ortaya konulamamıştır.[57] Ticari hayatın dinamik yapısı ve ticarete konu olan malların değişim içerisinde olması sebepleri objektif bir kriterin belirlenmesini engellemektedir.[58] Bu sebeple biz de, bir malın ne zaman başka bir mal haline geleceği noktasında ticari hayattaki görüşlerin belirleyici olacağı görüşüne katılıyoruz.[59]

Aliud kavramının doktrinde ve yargı kararlarında nasıl anlaşıldığı açıklandığından, tartışmanın diğer kısmını oluşturan ayıplı ifa ile karşılaştırmaya geçmeden önce ayıp kavramı ve ayıbın hukuki mahiyetine değinilecektir.

2.2. Ayıp Kavramı, Ayıptan Sorumluluk, Hukuki Niteliği ve Çeşitleri

2.2.1. Kavram

Ayıptan sorumluluk Türk Borçlar Kanunu'nun ikinci kısmında "Özel Borç İlişkileri" başlığı altında düzenlenmekle birlikte, kanuni temelini farklı tipli sözleşmeler arasında bulmaktadır.[60] Ayıp *(peius)* kavramı, satıcının malda bulunduğunu vaat ettiği nitelikler ile sözleşme konusu malın niteliklerine ve bu niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya

[56] **TANDOĞAN, Haluk** (1990) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 6. Baskı, İstanbul, Evrim, s. 172; **BECKER, Herman** (1934) Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 184-551, Bern, Verlag von Stampfli & Cie (Çeviren: Dura, A. Suat (1993) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm- Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Ankara, Yargıtay), Art. 197 N. 2; **EDİS, Seyfullah** (1963) Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, Ajans-Türk, s. 12; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s.73, dn.98; **HONSELL,** Art. 206 N. 2; **YAVUZ (2014),** s. 129.

[57] **ZIMMERMANN,** s. 594.

[58] **ZIMMERMANN,** s. 617.

[59] Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşü benimsemektedir; bkz. Y. TD. 15.2.1955, 954-6608/1116 İçt. Kül. C. 10, N. 289 (Naklen; **ŞENOCAK,** s. 125, dn. 52); BGE 121 III 453.

[60] TBK'da sayılan isimli sözleşmeler arasında satış, mal değişim (trampa), kira ve eser sözleşmelerinde ayıba ilişkin özel hükümler bulunmaktadır. Bununla birlikte mal değişim (trampa) sözleşmelerinde (TBK m. 284) ayıptan sorumluluğa ilişkin satış sözleşmesine atıf yapmakla yetinilmiştir.

da ekonomik eksikliklerin bulunmasıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ise ayıplı mal m. 8'de tanımlanmıştır. Buna göre "Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır."[61] TKHK m. 8'in ikinci ve üçüncü fıkralarında da ayıplı mal kavramının kapsamı genişletilmiştir.[62] Satıcı, *Aedilis Curulis*'lerin döneminden beri söz konusu eksikliklerden kusuru olmasa dahi sorumlu tutulmuştur.[63]

Kanun koyucu ayıptan sorumluluğa ilişkin maddeleri sevk etmekle, alıcının söz konusu sözleşmeyi yapmasına sebep olan iradesini boşa çıkarmamak ve ticari doğruluk gereği o sözleşme sonucunda elde etmesi beklenen menfaatlerin engellenmesinin önüne geçmek istemiştir. Bu sebepledir ki, yalnızca satıcı tarafından vaat edilen niteliklerin değil, kullanım amacı bakımından malın değerini ortadan kaldıran veya azaltan nitelik eksikliklerinden de satıcıyı sorumlu tutmuştur.

2.2.2. Hukuki Niteliği

2.2.2.1. Genel Olarak

Sözleşmenin yapılması ile taraflar arasında karşılıklı bir borç ilişkisi doğar. Borçlunun yapılan sözleşmeye uygun olarak borcunu ifa etmesi (ifa modalitelerine uyması) beklenir.[64] Borçlunun, sözleşme ve kanun tarafından belirlenen bu gereklere uymaması durumunda borç geniş anlamda gereği gibi yerine getirilmemiş olur.[65] Kanunumuzun genel yapısının, üçlü bir sözleşmeye aykırılık şeması benimsediğini söylemek mümkündür. İfası mümkün bir borcun hiç ifa edilmemesi olarak özetlenebilecek temerrüt, gerçekleşen ifanın kararlaştırılan şartlara uygun olmaması olarak ifade edilebilecek gereği gibi ifa etmeme ve borcun ifasının mümkün olmaması şeklinde ortaya çıkan imkânsızlık halleri, sözleşmeye aykırılığa ilişkin

---

[61] Bu hüküm yalnızca lafzı incelendiğinde anlaşılabilir olmadığı ve objektif ve sübjektif ayıp kavramlarının birbirine karıştırılması sebepleriyle eleştirilmektedir, bkz. **KIRCA, Çiğdem** (2016) '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal': Aksoy, Hüseyin Can (Editör) Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015 (Makaleler-Tebliğler) Ankara, Yetkin, 149-174, s. 150 vd.

[62] **KIRCA (2016),** s. 150.

[63] Bkz. yukarıda, Başlık 2.1.1.

[64] Burada söz edilen "modalite" kavramı; ifanın konusu, ifa yeri, ifa zamanı, ifanın tarafları ve sırası gibi eksiksiz bir ifanın gerçekleşebilmesi için getirilen kurallar bütününü ifade etmektedir, bkz. **EREN (2016a),** s. 928.

[65] **TANDOĞAN, Haluk** (2010) Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), İstanbul, Vedat, s. 398; **OĞUZMAN/ÖZ,** s. 472 vd.

genel bir norm niteliğindeki TBK m. 112 ve devamında yer alan hükümlerin temel eksenini oluşturmaktadır. Kanun koyucu bunlara ek olarak özel hükümler bahsinde, teslim edilen şeyin sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımaması ya da ondan beklenen faydayı ortadan kaldıracak şekilde eksikliklerinin bulunması durumuna özgü olarak ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler sevk etmiştir.

Satıcının ayıpsız mal teslim etme yükümlülüğü, teslim yükümlülüğünün tamamlayıcı bir parçasıdır.[66] Bu yükümlülüğün tam ve doğru bir biçimde yerine getirilmesi gerekmektedir.

Satıcının ayıptan ayıba karşı tekeffül borcu kusura dayanmayan ve kanunda özel olarak düzenlenmiş bir borçtur.[67] Bu borcun kusura dayanmaması satıcının kusursuzluk iddiasının önüne geçerek alıcıya korunma imkânı sağlamaktadır.[68]

2.2.2.2. Çeşit Satımında Ayıptan Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Çeşit borcunda taraflar, sözleşme konusu edimin vasıf ve niteliklerini özel bir belirleme yapmaksızın genel olarak kararlaştırmaktadırlar. Bir diğer deyişle, edim konusu borç, türünün genel özellikleriyle kararlaştırılmıştır. Ancak bu kararlaştırma dahi, borçluya sınırsız bir ifa özgürlüğü sağlamayacaktır. TBK m. 86 malın kalitesini seçim hakkını çeşit borçlarında malın borçlusuna bırakmıştır. Bununla birlikte aynı hükmün ikinci cümlesi, borçlunun seçim hakkını orta kalite ile sınırlandırmıştır. Yani borçlu, orta kaliteden aşağı bir malı teslim etmesi halinde alacaklının ifayı reddetme hakkı doğacaktır. Bu durumda alacaklının temerrüdünden söz edilemez. Borçlu tarafından orta kaliteden aşağı bir mal teslim edilmek istenir ve alacaklı da bu ifayı reddederse borç ifa edilmemiş sayılır. Bu durumda TBK m. 112 devreye girecektir. Alacaklı, tam iki tarafa borç yükleyen karşılıklı sözleşmelerde borçluyu temerrüde düşürüp TBK m. 125'te söz edilen seçimlik haklarını kullanabilir.[69] Bununla birlikte satım sözleşmelerinde mal kendisine teslim edilen alacaklı muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirerek ayıptan sorumluluğun düzenlendiği TBK m. 219 vd. hükümlerine de başvurabilir. Nitekim teslim edilen malın orta kaliteden aşağı olması, alıcının ondan beklediği faydaları önemli ölçüde azaltabilir ya da ortadan

[66] **EDİS (1963),** s. 19, 133; **YAVUZ (2014),** s. 124; **TANDOĞAN (1990),** s. 163.
[67] **GÜMÜŞ (2013),** s. 63; **EDİS (1963),** s. 20. Türk Hukukunda hâkim görüş ayıptan sorumluluğu kanuni bir tekeffül borcu olarak görmesine rağmen, aksi görüş ayıptan sorumluluğu "hâsıl edilmesi taahhüt edilmiş bir sonuç için sorumluluk; gerçek tekeffül borcu" olarak görmektedir; **ARAL (2011),** s. 115 dn. 15'te anılan yazar.
[68] **EDİS (1963),** s. 20; **EREN (2016b),** s. 101.
[69] **ARAL /AYRANCI**, s. 103; **ŞENOCAK**, s. 116; **EREN (2016a),** s. 111; **GÜMÜŞ,** s. 63.

kaldırabilir. Örneğin pazarda satılmak üzere sipariş edilen kayısıların ezilmiş ve kurtlu teslim edilmesi durumu böyledir.

Kanun koyucu tamamlayıcı bir hüküm olan TBK m. 86 ile tarafların malın kalitesi hakkında bir anlaşma yapmadıkları durumda taraf yerine geçerek asgari bir kalite bildiriminde bulunmuştur. Teslim edilen şey aynı cinse dâhil olsa bile en azından orta kalitede olması gerekmektedir. Buradan tarafların cins borçlarında kararlaştırılan şeyin kullanım amacına uygun olarak belirledikleri vasıf ve niteliklerin sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu sonucu çıkarılabilir.[70] Yani sözleşmede kararlaştırılan çeşide ilişkin borç, aynı zamanda kararlaştırılan vasıf ve nitelikleri de içine almaktadır. Bu nitelikleri taşımayan ifa ayıplı ifa teşkil eder.[71] Söz konusu sonuca TBK m. 219/I uyarınca da ulaşılabilir. Dürüstlük kuralı gereği sözleşme konusundan beklediği faydaları azaltacak ya da ortadan kaldıracak ayıpların varlığı halinde de alıcı ifayı kabul etmek zorunda değildir. Yani TBK m. 86 düzenlenmemiş olsaydı da aynı sonuca TBK m. 219/I uyarınca ulaşılabilecektir.[72] Zira bu noktada aslolan, alacaklının en azından orta kalite bir malı teslim almasına ilişkin menfaatidir. Çeşit satımlarında malın niteliklerinin de sözleşmenin asli bir parçası olduğu dikkate alındığında, bu kararlaştırılan veya dürüstlük kuralı gereğince var olduğu kabul edilen standartların altındaki bir ifa, alıcının çeşitli haklara sahip olabilmesini de beraberinde getirecektir.

2.2.2.3. Parça Satımında Ayıptan Sorumluluğun Hukuki Niteliği

Parça borcunda taraflar, sözleşme konusu edimi bireysel nitelikleri ile tam olarak belirlemekte ve benzerlerinden ayırmaktadırlar.[73] Parça borcunda edimin niteliklerinin sözleşme içeriğine dâhil olup olmadığı konusunda bazı tartışmalar yapılmıştır. Söz konusu tartışmalar iki görüş etrafında toplanmaktadır. Bunlar garanti (tekeffül) görüşü ve ifa görüşüdür.

Görece daha eski olan ve artık pek taraftarı olmayan garanti (tekeffül) görüşüne göre[74], parça borçlarında borçlu borçlandığı malı sözleşmenin kurulduğu andaki haliyle

[70] **ARAL, Fahrettin** (2011) Kötü İfa, Ankara, Yetkin, s. 113; **ŞENOCAK,** s. 117.
[71] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s. 68 dn. 84.
[72] **ARAL (2011),** s. 114.
[73] **EREN (2016a),** s. 110.
[74] **BECKER,** Herman, m. 197-210 Ön Düşünceler, N. 1, s. 68; **BUCHER,** Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich, 1988, s. 68; **VON TUHR/ESCHER,** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrecht, Band 2, 3. Auflage, Zürich, 1974, s.97-98; (Naklen; **GÜMÜŞ,** s. 64, dn. 265). Ayrıca konu hakkında bkz.; **EREN (2016a),** s. 101; **ARAL/AYRANCI,** s. 103.

teslim etmekle yükümlüdür. Satıcı, sözleşme kurulduğu anda ayıplı olan şeyi teslim etmekle borcundan kurtulur. Satılan malın vasıf ve nitelikleri sözleşme içeriğine dâhil değildir. Bu vasıflar alıcı için ancak bir "saikten" ibaret olabilir. Dolayısıyla alıcı, kendisine teslim edilen malı kabulden imtina edemez. Aksi halde alacaklı temerrüdüne düşmüş olacaktır. Ancak malı teslim aldıktan sonra ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurabilir.[75] Söz konusu garanti (tekeffül) görüşünün ortaya çıkmasında Zitelmann'ın saikte hataya ilişkin görüşlerinin etkili olduğu ifade edilmektedir.[76] Yazara göre, parça borçlarında satıma yönelik hukuki işlem iradesi sözleşme konusunun niteliklerini içermez. Sözleşmenin konusu belirli bir eşyadır. Bu sebeple, ancak o eşyanın elde edilmesi üzerinde hukuki işlem iradesi beyan edilir. Alıcının şeyde bulunmasını istediği niteliklerin bulunmaması sözleşme konusunu hiçbir surette değiştirmez. Alıcının buna ilişkin istekleri ancak hukuki işlem iradesinin oluşmasında rol oynayan saiklerden ibaret olabilir. Bu sebeple o parçanın teslim edilmesi ile sözleşme ifa edilmiştir.[77]

Doktrinde hâkim olan ifa görüşüne göre ise[78], parça borçları da dâhil tüm borçlarda satılanın vasıf ve nitelikleri sözleşmenin içeriğine dâhildir. Satıcı malı ayıplardan ari bir biçimde teslim etmekle yükümlüdür.[79] Garanti (tekeffül) görüşünün gerekçeleri Flume tarafından çürütülmüştür.[80] Yazara göre sözleşme konusu malın vasıfları ile şeyin kendisini birbirinden ayırmak yapay bir ayrım olacaktır. Nasıl gerçek hayatta malın kendisi ile vasıfları birbirinden ayrılamazsa; mala ilişkin düşünce ile malın niteliklerine ilişkin düşüncelerin birbirinden ayrılacağından da söz edilemez. Örneğin sözleşme kurulurken alıcının iradesi 'şu tablo'ya değil 'şu van Gogh'a ait tablo'ya yönelmektedir. Satım konusu mal nasıl iradenin içeriğine dâhilse, o mala ilişkin nitelikler de sözleşme içeriğine dâhildir.

[75] **GÜMÜŞ,** s. 64.
[76] **ARAL (2011),** s. 115; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s. 59.
[77] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s. 59 vd.
[78] **ARAL/AYRANCI,** s. 104; **ŞENOCAK**, s. 117 vd.; **GÜMÜŞ,** s. 63; **KANETİ, Salamon** (1962) Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul, Ahmed Said Matbaası, s. 112 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s. 84. Burada Kocayusufpaşaoğlu, "..söz konusu vasıfların şeyin ferdiyetini (hüviyetini) tayin ettiği, bu sebeple de BK m. 24/b. 2'de yazılı sözleşme konusu şeyde (şeyin hüviyetinde) hata (error in corpore) halinin gerçekleştiği söylenebilir."
[79] Aral'a göre burada parça borcu söz konusu olduğu için alıcının aynen ifayı talep edemeyeceği düşünülebilir. Ancak satıcının yükümlülükleri, alıcının taleplerine göre belirlenemez. Bu durumda satıcının edim yükümlülüğünün içeriği değişecek, alıcı bedel indirimi ya da dönme haklarını kullanabilecektir, **ARAL (2011),** s. 115.
[80] **FLUME, Werner** (1948), Eigenschaftsirrtum und Kauf, Münster, s. 17 vd. (Naklen; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,** s. 59 vd.)

2.2.2.4. Değerlendirme

Türk Borçlar Kanunu'nun mevcut yapısı göz önüne alındığında garanti (tekeffül) görüşünün kabul edilmesi makul görünmemektedir. Alıcının teslim anında maldaki ayıbı tespit etmesi durumunda malı reddetme hakkını elinden almak için hukuki bir sebep yoktur. Ayrıca malın kendisi ile vasıfları arasında yapılan ayrımın tarafların durumunu iyileştirdiği de söylenemez. Satıcının amacı kararlaştırılan bedele mümkün olduğunca çabuk ulaşmaktır. Alıcı ise elde etmek istediği şeyi ayıpsız şekilde teslim almak ister.[81] Ticari hayatın dinamik yapısı dikkate alındığında alıcının sözleşme konusu mala, satıcının da bedele bir an önce erişmesi sağlanmalıdır. Bunun yanında TBK m. 222/II'de satıcının sorumluluğu alıcının satılanı yeterince gözden geçirmekle bulabileceği ayıplara karşı, bu ayıplardan sorumlu olmayı ayrıca üstlenme koşulu getirilerek sınırlandırılmıştır. Garanti (tekeffül) görüşü kabul edildiğinde alıcının söz konusu ayıpları ileri sürerek malı reddetme hakkı olmayacak, bu da TBK m. 222/I[82] gereği alıcının ayıptan sorunluluğa ilişkin hükümlere başvuramamasına yol açacaktır.

Kanaatimizce cins borçlarında dahi orta kaliteden aşağı mal teslimini kabul etmeyen kanun koyucunun (TBK m. 86), bireysel özellikleriyle belirlenen malın niteliklerini sözleşme içeriğine dâhil etmemesi çelişki meydana getirirdi. Bu sebeple parça borcu-cins borcu ayrımı bir kenara bırakılarak, malın niteliklerinin sözleşme içeriğine dâhil olduğu görüşüne biz de katılıyoruz. İfa görüşü yönündeki çözüm kanunun iç sistemine daha uygun görünmektedir. Zaten kanun koyucu da bu tip bir ayrıma ihtiyaç duymamıştır.

Bu başlık altında ayrıca ayıplı mal tesliminde satıcının edim yükümlülüğünün kapsamının aliudun teslimi ile ilişkisine de değinmek istiyoruz. İfa görüşü doktrinde hâkim olarak benimsenmekte ve çeşit ve parça borcu açısından malın niteliklerinin edim yükümlülüklerinin içeriğine dâhil olduğu kabul edilmektedir. Bu noktadan hareketle parça borçlarında aliudun teslim edilmesi halinde (örneğin sahte Van Gogh teslimi) de ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere gidilebileceğini hatta gidilmesi gerektiğini söylenmektedir.[83] Biz bu konuda hâkim fikre katılmamaktayız. Parça borçlarında malın niteliklerinin de teslim

[81] **YAVUZ (2014),** s. 124.
[82] TBK m. 222/I: "Satıcı, satış sözleşmesinin kurulduğu sırada alıcı tarafından bilinen ayıplardan sorumlu değildir." Bu hüküm (eBK m. 197) TBK'ya aktarılırken bir değişikliğe uğramamış, yalnızca Türkçeleştirilmiştir. Yani önceki kanunda da aynı yaklaşım benimsenmekteydi. Ayrıca hükümde parça ya da cins borcuna ilişkin bir ayrım yapılmamıştır.
[83] Bkz. Aşağıda, Başlık 3.1.2.

yükümlülüğü kapsamına dâhil olduğu görüşü mantıklıdır. Yukarıda da değinildiği gibi[84], bir malın nitelikleri onun özünden (hüviyetinden, kimliğinden) ayrı olarak düşünülemez. Bir malı, o mal yapan onun nitelikleridir. Örneğin bir tabloyu Van Gogh tablosu yapan şey, onun Van Gogh tarafından resmedilmiş olmasıdır. Ressam Ahmet tarafından tıpatıp aynı şekilde yapılan bir Van Gogh tablosu, artık Ahmet tarafından yapılmış bir tablodur. Burada açıklamaya çalıştığımız şey bunun bir tablo olmadığı değil, bir Van Gogh tablosu olmadığıdır. Kanaatimizce Van Gogh tablosunun gerçekten de Van Gogh tarafından yapılmamış olması onu başka şey (aliud) kategorisine sokar. Bu sebeple teslim edilen tablonun orijinalliği de edim yükümünün içeriğine dâhildir.

2.2.3. Çeşitleri

Ayıp çeşitleri düşünüldüğünde akla ilk önce maddi, hukuki ve ekonomik ayıplar gelmektedir. Bununla birlikte TBK m. 219 asıl olarak bildirilen ve dürüstlük kuralı gereği beklenen niteliklerin bulunmaması temel ayrımından hareket etmektedir. Nitekim maddi, hukuki ve ekonomik ayıplar bu iki ana başlık altında da söz konusu olabilir. Biz de incelememize bu başlıklarla devam edeceğiz.

2.2.3.1. Bildirilen (Vaat Edilen) Niteliklerde Ayıp

Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılanda bulunmaması sebebiyle sorumludur. Kanun koyucu satıcının malın satın alınmasında etkili olan vaatlerine hukuki sonuçlar bağlamıştır.

Edis'e göre nitelik kavramı geniş bir kavramdır. "*Alman hukukçuları çoğunlukla, şeyin cevherine ilişkin nitelik kavramını reddedip, sübjektif ve genişletici bir yorum şeklini benimsemişlerdir. Buna göre, bir şeyin ferdileştirilmesi, değerinin tesbiti veya kullanılması ve bir şahsın ferdileştirilmesi için önemli olan bütün fiili veya hukuki şartlar ve karakteristikler nitelik kavramının kapsamına girer. Bununla beraber bir şeyin değeri üzerindeki yanılmalar bir iptal sebebi sayılmazlar. Zira değer; bir nitelik değil, fakat şeyin niteliklerinin bütünü göz önünde tutularak verilmiş olan bir yargıdır.*"[85] Nitelik bildirimi ise malda objektif ve sübjektif olarak belirli niteliklerin var olduğuna ilişkin ciddi ve bağlayıcı

[84] Bkz. Yukarıda, Başlık 2.2.2.3.
[85] **EDİS, Seyfullah** (1973) Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara, AÜHF Yayınları, s. 33.

bir düşünce açıklamasıdır. Satıcının bu bildirimden dolayı sorumlu tutulabilmesi için yapılan vaat ile alıcının malı satın alması arasında bir nedensellik bağı aranmaktadır. Söz konusu bildirim açık olarak yapılabileceği gibi örtülü olarak da yapılabilir. Örneğin bir tablonun fiyatının çok yüksek olması onun gerçek olduğuna işaret edebilir. [86]

Satıcının bildirilen niteliklerden dolayı ayıptan sorumluluğunun kaynağı hakkında farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüş sorumluluğu kanuni bir sorumluluk olarak tanımlarken[87], bir başka görüş sözleşmeye dayandırmaktadır.[88] Bununla birlikte bildirilen niteliklerdeki ayıbı sözleşmesel, dürüstlük kuralı gereği bulunması gereken niteliklerin olmamasını ise kanuni sorumluluğa tabi tutan bir üçüncü görüş de bulunmaktadır.[89] Kanaatimizce ayıptan sorumluluğun kaynağı sözleşmede aranmalıdır. Zira malda objektif olarak bulunması gereken niteliklerin taraflarca zımnen kararlaştırıldığı söylenebilir. Bu sebeple biz de ayıptan sorumluluğun kaynağını sözleşmeye dayandıran görüşe katılmaktayız.

Nitelik bildirimi TBK m. 220'de sözü geçen hayvan satışları dışında herhangi bir şekle tabi değildir.[90] Nitekim hayvan satışında satıcının malın ayıplarından sorumlu olabilmesi için yazılı olarak üstlenmesi ya da ağır kusurlu olması gerekir.

2.2.3.2. Dürüstlük Kuralı Gereği Bulunması Gereken Niteliklerde Ayıp

TBK m. 219, satıcının malda kullanım amacı bakımından değerini ve ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan ayıpların bulunması durumunda da sorumlu olduğunu söylemektedir. Objektif olarak bir malda bulunması gereken niteliklerin bulunmaması onun için bir ayıp teşkil eder. Bir mal için beklenen nitelik, ticari doğruluk veya ortak kullanım şekli itibariyle ondan objektif olarak beklenen niteliklerdir. Örneğin bir bisikletin tekerlerinden birinin olmaması, onun beklenen ve bulunması gereken niteliklerinde bir eksikliktir.

---

[86] **EREN (2016b),** s. 106 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s. 61 dn. 60.
[87] **TANDOĞAN (1990),** s. 163.
[88] **YAVUZ, Cevdet** (1989) Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, Sermet Matbaası, s. 32-33.
[89] **EREN (2016b),** s. 108.
[90] **EREN (2016b),** s. 108; **ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Kaya Emre** (2017) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Ankara, Turhan, s. 122; **AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan** (2017) Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri- Sözleşmeler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Adalet, s. 152.

TBK m. 219 anlamında beklenen niteliklerde ayıptan doğan sorumluluktan söz edilebilmesi için ayıbın önemli olması gerekir. Nitekim kanun "..ortadan kaldıran.." ve "..önemli ölçüde azaltan.." ayıplardan söz etmektedir. Bir malın kullanım amacı bakımından değer ve faydası öncelikle sözleşmeye göre belirlenir.[91] Bununla birlikte alıcının kendisine teslim edilen malı değerlendirebilip değerlendirememesinin bir önemi yoktur.[92] Bu kriterler dikkate alınırken dürüst, makul ve orta zekâlı bir kullanıcının kullanım amacı dikkate alınmalıdır. Ortaya çıkan ayıp maddi olabileceği gibi, hukuki ya da ekonomik bir ayıp da olabilir.

Satıcının bulunması gereken niteliklerden dolayı sorumlu tutulabilmesi için söz konusu ayıbın gizli olması gerekir. Gizli ayıp, alıcı tarafından teslim esnasında olağan bir inceleme sonucu ortaya çıkarılamayacak ayıplardır. Bununla birlikte satıcı ile aralarında bir sorumsuzluk anlaşması yapılmamış olmalıdır.[93]

[91] **EREN (2016b),** s. 110; **AYDOĞDU/KAHVECİ,** s. 146; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 115.
[92]Nitekim CISG uygulamasında sözleşme, bir şekilde alıcıyı yük altına sokmadan ifa edilebilir ya da düzeltilebilirse burada sözleşmenin esaslı ihlali (fundamental breach) söz konusu değildir. Alıcının satın aldığı malda özel bir menfaatinin bulunmaması durumunda bu kural aliudun tesliminde de uygulama alanı bulacaktır, **FERRARI, Franco** (2005) 'Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention- 25 Years Article 25 CISG' 2005 International Business Law Journal 389, s.392.
[93] **TANDOĞAN (1990),** s. 174; **EDİS (1963),** s. 62; **ŞENOCAK,** s. 119.

3. ALİUDUN HUKUKİ NİTELİĞİ ve ÇEŞİT ve PARÇA BORÇLARINDA UYGULANACAK HÜKÜMLER

3.1. Genel Olarak

Aliudun teslimine doktrinin yaklaşımı temel olarak iki görüş etrafında toplanmaktadır. Yazarlar aliudun teslimi durumunda alıcıya tanınan hakların kapsamı, ihlal edilen hukuki değer ve taraflar arası menfaatlerin dengelenmesi noktalarında birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Bu başlık altında yalnızca söz konusu görüşlerin neler olduğundan söz edilecektir. Daha sonra ise, her bir görüş ayrı bir başlık altında değerlendirilecektir.

Bu yaklaşımlardan ilki, aliud kavramını tamamen reddetmektedir. Bu fikirde olan yazarlara göre[94], ayıp kavramı aliudun teslimini de kapsayacak ölçüde geniştir. Bu sebeple yeni bir aliud kavramı yaratmaya gerek yoktur. Hem parça borcu hem de cins borcunda aliudun teslimi halinde ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurulmalıdır. Aliudun teslimi halinde ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği fikrini savunan yazarlardan bazıları[95] bu uygulamanın yalnızca parça borçlarına hasredilmesi gerektiğini söylemektedirler. Parça borçlarında sözleşmenin konusu üzerinde uzlaşılan "o" şey olduğundan, ticari doğruluk gereği şeyi başka nitelikte bir mal kategorisine sokmak gerekse bile, kararlaştırılan şey teslim edilmiştir. Dolayısıyla burada bir aliudun teslimi söz konusu değildir. "*Parça borçlarında bu anlamda aliud kavramına yer yoktur.*"[96] Bu durumda alıcı ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurabilir. Türk hukukunda da hâkim görüş bu yönde evrilmiştir.

İkinci yaklaşım ise aliudun teslimi durumunda parça ve çeşit borcu ayrımı yapılmaksızın ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere değil, borcun ifa edilmemesine ilişkin TBK m. 112 vd. hükümlerine dayandırılması gerektiğini savunmaktadırlar.[97] Bu fikre göre

---

[94] **ACEMOĞLU,** s. 21 dn. 8'de zikredilen yazarlar.

[95] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s. 74 dn. 98; **BECKER,** Art. 197 N. 2; **İNAL,** Tamer (2017) Borca Aykırılık Dönme ve Fesih, 6. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 266; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 117; **EREN (2016b),** s. 63; **ARAL/AYRANCI,** s.104-105; **ŞAHİNİZ, C. Salih** (2008) Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara, Seçkin, s. 33 vd.; **GÜMÜŞ,** s. 72 dn. 300; **ŞENOCAK,** s. 135.

[96] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s.74, dn. 98. Kocayusufpaşaoğlu tarafından aktarılan görüşte kanaatimizce parça borçlarında tamamen aliudun teslimini dışlayıcı bir anlam çıkarılmamalıdır. Kocayusufpaşaoğlu "bu anlamda" aliud kavramına yer yoktur demekle, gösterilerek satın alınan parça borçlarını kastetmektedir. Yoksa "bu tablo olsun" dedikten sonra gönderilen "şu tablo" pek tabii aliudun teslimini oluşturacaktır.

[97] Bu görüşün savunucuları olarak bkz. **VON TUHR,** s. 286, dn. 39; **SEROZAN (1969),** s. 235, dn. 45; **ACEMOĞLU,** s. 25 vd.

teslim edilen malın kararlaştırılandan tamamen farklı nitelikte olması onun için bir ayıp teşkil etmez.[98] Kavramsal olarak ayıbın kapsamına girmeyen bu durumlarda ifa etmeme hükümleri uygulanmalıdır.

3.2. Aliudun Teslimine Ayıptan Sorumluluğa İlişkin Hükümlerin Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş

Aliudun teslimine ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre sözleşme ile kararlaştırılandan farklı bir şeyin teslim edilmesi halinde, TBK m. 219 vd. 'da kanuni temelini bulan ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Nitekim ayıp kavramı, aliudu da içine alacak kadar geniştir. Hukuk düzenine aliud gibi ayrı bir kavram getirmeye gerek yoktur.[99]

Söz konusu görüşün taraftarlarına göre aliudun teslimi ile ayıplı ifanın arasındaki sınır belirsizdir. Bu durum uygulamada hâkimleri zor durumda bırakmaktadır. Bununla birlikte alıcılar tarafından ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin dolanılması tehlikesini de bünyesinde taşımaktadır. Ayıptan sorumluluğun muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmeyen ya da kısa zamanaşımı süresini kaçıran alıcılar, kendilerine aliudun teslim edildiğini iddia etmektedirler. Böyle bir tehlikenin varlığı ve kesin olmayan aliud kavramı nedeniyle parça ve cins borçlarında herhangi bir ayrım yapmaksızın TBK m. 219 vd. hükümleri uygulama alanı bulmalıdır.[100] Bu belirsizliğe yazlık tohum yerine kışlık tohum teslimi, başka bir damarda kömür teslimi ya da daha az yağlı sabun teslimi gibi örnekler gösterilebilir.[101]

Bu görüşü savunan yazarlardan bazıları hakkaniyet gerekçesiyle alıcıya ek olarak aynen ifa talebi de sağlamaktadır. Bir başka deyişle, ayıba karşı tekeffülle ilişkin düzenlemelerde açık olarak tanınmayan bir hak olan aynen ifa talebi, hakkaniyet düşüncesinin bir getirisi olarak tanınmaktadır. Nitekim Schubiger, parça borçlarında aliudun tesliminde dahi ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanmasını ancak alıcıya ek olarak aynen ifa talebi sağlanması gerektiğini savunmaktadır.[102] Cyprian'a göre, parça

---

[98] **VON TUHR,** s. 286, dn. 39.
[99] **HECK, Philipp** (1958) Grundriss des Schuldrects, Tübingen, unveranderter Nachdruck, s. 278; **VON CAEMMERER** (1952) Falschlieferung, Festschrift für Martin Wolff, Tübingen, s. 13 vd.; **SCHUBIGER, Alfred** (1957) Verhaltnis der Sachgewahrleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Bern, s. 126 vd. (Naklen; **ACEMOĞLU,** s. 21); **CYPRIAN,** s. 132 vd.
[100] **ŞENOCAK,** s. 121.
[101] **BECKER,** Art. 197 N. 2.
[102] **SCHUBIGER,** s. 126 vd.,(Naklen; **ACEMOĞLU,** s. 21.)

borçlarında satım konusunu oluşturan eşya mevcutsa ve aynen ifa satıcıdan beklenebilir ise alıcının elinden aynen ifa talebinin alınmaması gerekir. Ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması alıcının aynen ifadan doğan hakkını dışarıda bırakmaz. Bu durumda ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler ile ifa etmemeden doğan hükümlerin sınırlandırılmamış yarışması ortaya çıkmaktadır.[103]

Söz konusu görüşün ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanmayacağını savunan ikinci görüşten farkı, dogmatik gerekçelere dayanmaktadır. Esasen bu görüş, aliudun teslimini de ayıp kategorisine sokmakla birlikte eBK döneminde ayıptan sorumluluk hükümleri arasında parça borçlarında alıcıya aynen ifa hakkı (ayıpsız benzeri ile değişim) tanınmamasından dolayı bu talebi ek olarak tanımaktadır.[104] Oysa ikinci görüş takip edildiğinde alıcının doğrudan aynen ifayı talep hakkı doğmaktadır.

Aliudun teslimi halinde ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunan yazarlardan bazıları parça borcu ile cins borcu arasında bir ayrım yaparak, yalnızca parça borçları açısından ayıp hükümlerinin uygulanması gerektiği fikrini öne sürmüşlerdir.[105]

Sözleşme konusu edilen mal taraflarca bireysel nitelik ve özellikleriyle tam olarak belirlendiğinde "parça borcundan" söz edilir.[106] Gerçekten de taraflar, bir malı diğerlerinden tam ve kesin olarak ayırdıklarında bu duruma hukuk düzeni cins borcundan farklı sonuçlar bağlamıştır. Parça borcunun tesliminde borca aykırılık; ifa etmeme ve ayıplı teslim şeklinde karşımıza çıkabilir.

Hâkim görüş, satıcının kararlaştırılandan farklı bir mal teslim ettiğinde aliudun tesliminin varlığını kabul etmekle birlikte, parça borçlarında kararlaştırılan şeyin vasıflarında şeyi bir başka mal haline getirebilecek ölçüde bir eksiklik bulunması durumunda

---

[103] **CYPRIAN,** s. 133, § 6. Burada sözü edilen "sınırlandırılmamış yarışma" hali, alıcının ayıptan sorumlulukta söz edilen külfetleri yerine getirmeksizin genel hükümlere başvurabilmesini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **CYPRIAN,** s. 4 vd.

[104] Burada şu önemli noktanın belirtilmesinde yarar görüyoruz: Söz konusu görüş 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde ortaya atılmıştır. Buna göre ayıba karşı tekeffül hükümlerini düzenleyen eBK m. 194 vd.'da alıcıya aynen ifanın şekil değiştirmiş bir biçimi olan onarım hakkı tanınmamakla birlikte genel hükümlere atıf yapan bir fıkra da bulunmamaktaydı. Bununla birlikte eBK m. 203'te alıcıya, yalnızca "miktarı muayyen misli şeyler" bakımından bir değişim hakkı tanınmaktaydı. Bu da parça borcu alıcısının, satıcının elinde aynı maldan bulunsa dahi, aynen ifa talep edememesine yol açıyordu. 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girmesiyle kanundaki bu eksiklikler giderilmiş ve TBK m. 227/I b. 4 hükmü ile alıcıya "**İmkân varsa,** satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme" hakkı tanınmıştır. Kanun metninden de anlaşılabileceği gibi parça borçlarında mal değişimine ilişkin bu talep yalnızca "imkân dâhilinde" kullanılabilecektir.

[105] **EREN (2016b),** s. 63; **ARAL/AYRANCI,** s.104-105; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s. 73 dn. 98; **ŞAHİNİZ,** s. 33 vd.; **GÜMÜŞ,** s. 72 dn. 300; **ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 117; **ŞENOCAK,** s. 135.

[106] **EREN (2016a),** s. 110 vd.

ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.[107] Buna verilen örnek, Van Gogh tablosu sanılarak kararlaştırılan tablonun aslında reprodüksiyon olması ve bu tablonun teslim edilmesidir. Bu durumda satıcının (borçlunun) ifa yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilmekte ve dolayısıyla borcun hiç ifa edilmemesinin söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir. Böylece alıcıya ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere başvuru hakkı tanınmıştır.[108]

Hâkim görüşün dayandığı en temel nokta, yukarıda da söz edildiği üzere[109], sözleşmede kararlaştırılan belirli eşyanın teslim edilmesi sebebiyle artık başka şeyin teslim edildiğinin ileri sürülemeyeceğidir. Zira taraflar belirli bir eşya üzerinde anlaşmışlar ve gerçekten de o malı teslim etmişlerdir. Burada eksiklik malın kimliğinde değil, niteliğindedir. Teslim edilen malda bulunan herhangi bir vasıf eksikliği, artık onu ayıplı mal kategorisine sokar. Ayıp kelimesi, bu konuda daha geniş anlaşılmalıdır.[110]

Parça borçlarında nitelik sapması halinde aliudun teslimini kabul etmeyen bu görüşün Federal Mahkemenin meşhur van Gogh kararında izlediği mantıki yolun takip edilmesi ile şekillendiği söylenebilir. Gerçekten de Federal Mahkemeye göre, şeyde bulunması gerektiği halde bulunmayan vasıflar onu objektif olarak başka bir cins kategorisine sokacak ölçüde olsa dahi burada aliudun teslimi söz konusu olmaz. Nitekim kararlaştırılan ile teslim edilen şey aynıdır.

Kocayusufpaşaoğlu'na göre[111] üzerinde kararlaştırılan parça teslim edildiğinden tablonun sahte olması, ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanmasına engel değildir. Yazar aynı zamanda ulaşılan bu sonucun, kendisi tarafından benimsenen sübjektif ayıp kavramı ile de tamamen uygun olduğunu söylemektedir.[112]

Doktrinde Serozan tarafından savunulan bir görüşe göre, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda ayıptan sorumluluk hükümleri kıyasen aliudun teslimi durumuna da

---

[107] **BECKER,** Art. 197, N. 2; **EDİS (1963),** s. 12; **ARAL/AYRANCI,** s. 105; **GÜMÜŞ,** s. 71 vd. Cyprian, burada bir vasıf aliudunun varlığından (iç ayniyetin mevcut olmaması-Qualifikationsaliud) söz etmektedir. **CYPRIAN,** s. 11 vd.: Tandoğan ise, aliudun tesliminde ifa etmemenin söz konusu olduğunu belirtmekle birlikte, parça borçlarına ilişkin özel bir açıklamada bulunmamıştır. **TANDOĞAN (1990),** s. 172; **TANDOĞAN (2010),** s. 400.

[108] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s. 67 vd.; **ŞENOCAK,** s. 132.

[109] Bkz. Yukarıda, Başlık 2.2.2.3.

[110] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s. 73, dn. 98.

[111] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s. 74, dn. 98.

[112] Sözleşme taraflarının birlikte belirledikleri ya da satıcının tek taraflı bir beyanla vaat ettiği niteliklerin satılanda bulunmaması hali sübjektif ayıp olarak ifade edilmektedir; **EREN (2016b),** s. 102. Aksi görüşte **SEROZAN (1969),** s. 235, dn. 45.

uygulanmalıdır.[113] Bu uygulama ayıptan sorumluluğa ilişkin hak düşürücü süre içerisinde gerçekleştirilebilir. Bu süre geçtikten sonra ise alıcı, eBK m. 96 vd. hükümlerine de başvurabilecektir.[114] Serozan, aliudun teslimi ile ayıplı mal teslimini birbiri ile özdeş tutmamaktadır.[115] Ancak yazara göre aliudun teslimi ayıptan sorumluluğa göre çok daha ağır bir sözleşmeye aykırılık oluşturur. Bu sebeple satıcının ayıptan dolayı kusursuz sorumluluğu, bir yıllık hak düşürücü süre içinde (eBK m. 207) aliudun teslimi durumunda da kıyasen uygulanabilir. Bu fikir eleştirilmektedir. Eleştirilerin dayanak noktası, Serozan'ın ayıplı ifanın yan edim yükümlülüklerine aykırılık olduğunu kabul etmesidir.[116] Aliudun teslimi halinde ifa etmemeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kabul edildiğinde, ihlal edilen yükümlülük teslim yükümlülüğüdür. Bu da asli edim yükümlülükleri arasındadır.[117] Oysa aliudun teslimi halinde kıyasen ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için iki sözleşmeye aykırılık türünün de aynı edim yükümlülüğüne dâhil olması gerekir.[118]

Edim, doktrinde karşı taraf yararına yapılan bir harcama (sarfiyat) olarak ifade edilmektedir.[119] Yapılan bu harcama malvarlığından olabileceği gibi, sözleşmeye bağlı olarak yapma veya yapmama şeklinde gerçekleşen bir katlanma olarak da kendini gösterebilir.[120] Bir borcun beklenen sona erme biçimi, ancak kararlaştırılan edime uygun ifa ile mümkündür. Bunun gerçekleşebilmesi için ise ifa modalitelerinin eksiksiz şekilde yerine getirilmesi gerekir.[121] Dolayısıyla kararlaştırılan şey, kararlaştırılan zaman ve yerde borçlanılana uygun bir biçimde ifa edilmelidir. Bunlardan biri dahi eksik olduğunda, alıcının teslim edilmesi teklif edilen şeyi reddetme hakkı doğmaktadır.

Asli edim yükümlülükleri, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan karşılıklılık (synallagma) ilişkisinin edim yükümlülüklerine ilk yansımasıdır. Buna göre asli edim yükümlülükleri, sözleşmenin tipini ve niteliğini belirleyen, borçlunun yerine getirmek

[113] **SEROZAN (2016),** s. 248; **SEROZAN (1969),** s. 236.
[114] **SEROZAN (1969),** s. 236 dn. 47.
[115] **SEROZAN (1969),** s. 236 dn. 47.
[116] Ayıplı teslimin yan edim yükümlülüğüne aykırılık oluşturduğu yönündeki görüş için bkz. **ACEMOĞLU,** s. 27 dn. 29.
[117] **EREN (2016a),** s. 31,32.
[118] **ACEMOĞLU,** s. 27 dn. 29.
[119] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip** (2010) Borçlar Hukuku Genel Bölüm- Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 5. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 33.
[120] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2010),** s. 33 vd. Edim kavramı, genellikle borcun konusu olarak ifade edilmektedir. Ancak gerçekleştirilen bir edanın geçersiz bir ilişkiden de doğabilecek olması sebebiyle edim, borcun konusundan daha geniş bir kavramdır.
[121] **EREN (2016a),** s. 928.

zorunda olduğu edim yükümlülükleridir.[122] Yan edim yükümlülükleri ise, asli edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak sözleşmenin tipini veya niteliğini değiştirmeyen; bununla birlikte kanundan, sözleşmeden ya da dürüstlük kuralından doğan edim yükümlülükleridir. Yan edim yükümlülükleri, asli edim yükümlülüklerinden bağımsız olmasına karşın taraflar arasındaki karşılıklılık ilişkisine dayandıklarından bağımsız olarak aynen ifası talep ve dava edilebilen yükümlülüklerdir. Bir sözleşmede yan edim yükümlülüğünün bulunması, sözleşmeyi karma sözleşme haline getirmez. Bununla birlikte yan edim yükümlülükleri aynı asli edim yükümlülükleri gibi sözleşmenin başından itibaren mevcutturlar.[123]

Yan edim yükümlülükleri için doktrinde verilen genel örnek, kiralanan taşınmazda kiracının taşınmazda bulunan bahçeye bakım yükümlülüğü olarak gösterilmektedir. Buna göre söz konusu sözleşmede tarafların asli edim yükümlülükleri kiraya veren tarafından taşınmazın kullanımını kiracıya bırakmak; kiracı tarafından ise kararlaştırılan bedeli belirlenen kira dönemlerinde karşı tarafa ödemektir. Tarafların bu asli edim yükümlülükleri sözleşmenin tipini belirleyerek onu TBK m. 299 vd. maddelerinde sözü geçen kira sözleşmesi içine sokmaktadır. Ayrıca bahçenin bakımının sağlanması ise taraflarca kiracıya yüklenerek, onu asli edim yükümlülüğü olan kira bedeli ödeme yükümlülüğünden bağımsız olarak ayrı bir borç altına sokmaktadır. Burada kiracı, kira sözleşmesinin dışında ek bir edim yükümü üstlenmiştir.

Buradan çıkarılabilecek bir diğer sonuç, yan edim yükümlülüğüne aykırılığın asli edim yükümlülüklerine aykırılıktan ayrı değerlendirilmesi gerektiğidir. Dolayısıyla bir aykırılığın ortaya çıkması durumunda iki ayrı borca aykırılık söz konusu olacaktır. Tüm bunlar göz önüne alındığında, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin niteliklerinin kararlaştırılan şeye uymaması durumunda bir asli edim yükümüne mi yoksa bir yan edim yükümüne mi aykırılık oluşacağı problemi ortaya çıkmaktadır. Bu nokta, yukarıda da değinildiği gibi aliudun teslimi durumunda ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin "kıyasen uygulaması" fikri açısından önem taşımaktadır.

Serozan'a göre, ayıplı ifa bir yan edim yükümlülüğüne aykırılıktır. Yazar değerlendirmesini asli edim yükümlülüklerinin sözleşmenin tipini belirleyen yükümlülükler olduğu fikrinden hareketle yapmaktadır. *"Yan edim yükümlerinin amacı* ise, *alacaklının asli*

[122] **EREN (2016a),** s.31; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2010),** s. 7; **ARAL (2011),** s. 34.
[123] **EREN (2016a),** s. 32 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2010),** s. 11; **ARAL (2011),** s. 36.

edim yükümünün yerine getirilmesine olan menfaatinin en geniş ölçüde ve tam olarak gerçekleşmesini sağlamaktır. Bu itibarla, asli edim yükümüne fonksiyon itibariyle bağlı, onun görevini tamamlayıcı bir nitelik taşırlar."[124] Asli edim yükümlülükleri, yan edim yükümlülüklerinden farklı olarak mutlak karakterdedirler. Satım sözleşmesinin konusuna bağlı olarak değişmezler.[125] Bununla birlikte kanaatimizce, asli edim yükümlülüklerinin satım sözleşmesinin konusuna göre değişmezliği argümanı, ayıptan sorumluluğun değerlendirilmesinde şüpheli bir hareket noktasıdır. Nitekim burada değişmeyen şey, 'satıcının ayıptan kusursuz sorumlu olmasıdır. Satıcının bu yükümlülüğü, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin konusuna göre değişmeyecektir.

Serozan, Kocayusufpaşaoğlu'nu alıcının sübjektif menfaatinden satıcı aleyhine bir asli edim yükümü çıkarması noktasında eleştirmektedir.[126] Bu noktada Serozan'ın görüşlerine katılmamaktayız. Kanaatimizce, satıcının ayıptan sorumluluğa yan edim yükümlülüğü denildiğinde, asli edim yükümü diyememizin sebebi tatmin edici bir şekilde açıklanamamaktadır. Yan edim yükümlülüklerinin "yan" olma fonksiyonu, alıcının asli edim üzerindeki menfaatlerinin ihlal edilmemesi amacı güder. Yan edim yükümlülüklerinden muhafaza, paketleme ya da aydınlatma yükümlülüklerinin amacı budur. Tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları yan edim yükümlülükleri ise yine iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin karşılıklı (synallagmatik) olması ile ilgilidir. Aksi halin kabulü, taraf menfaatlerinin görmezden gelinerek satım sözleşmesinin yalnızca satıcının alıcıya belirli bir ücret karşılığında bir şey teslim etmesine indirgemek anlamına gelecektir. Burada söz konusu olan, alıcının (satıcının çoğu zaman bilemeyeceği ve bilmekle de yükümlü olmadığı) sübjektif saiklerinin sözleşme içeriği haline getirilmesi değildir. *Ius Honorarium*'un satıcıyı bilmediği ayıplardan da sorumlu tutması, alıcının o şeyin ayıpsız olması üzerindeki menfaatinin, satıcı üzerinde de bir yükümlülük doğurması gerektiği fikridir.

[124] **ARAL (2011),** s. 36.
[125] **SEROZAN (1969),** s. 230, dn. 41.
[126] İki yazar da ayıptan sorumlulukta sübjektif ayıp teorisini kabul etmelerine rağmen, hangi edim yükümlülüğüne aykırılığın gerçekleştiği konusunda fikir ayrılığı yaşamaktadırlar. **SEROZAN, Rona** (2007) Sözleşmeden Dönme, 2. Baskı, İstanbul, Vedat, s. 304, dn. 163; **SEROZAN (2016),** s. 247; **SEROZAN (1969),** s. 230, dn. 41. Ayrıca Acemoğlu da bu konuda Serozan ile aynı görüşü paylaştığını ifade etmiştir; **ACEMOĞLU (1972),** 25.

3.3. Aliudun Teslimine İfa Etmemeye İlişkin Hükümlerin Uygulanması Gerektiğini Savunan Görüş

Aliudun teslimine ifa etmemeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre kararlaştırılandan tamamen farklı nitelikte bir malın teslim edilmesi durumunda borcun ifa edilmemesi hükümlerine (TBK m. 112 vd.) başvurulması gerekir.[127] Burada ayıptan sorumluluğa ilişkin (TBK m. 219 vd.) hükümler uygulanmaz. Çünkü farklı şeyin tesliminde ayıp söz konusu değildir. Örneğin içinde fotoğraf makinesi olduğu düşüncesiyle alınan bir kutudan dürbün çıkması halinde, dürbünün fotoğraf çekememesi onun için bir ayıp değildir.[128]

İfa etmemeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunan bizim de katıldığımız bu görüşe göre aliudun teslimi halinde parça ve cins borcu ayrımı yapılmamalıdır. Zira aliudun teslimi durumunda hem parça hem de cins borçlarında kararlaştırılan şey teslim edilmemiştir. Ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini söyleyen birinci görüş[129], özellikle parça borçlarında kararlaştırılan "o şeyin" teslim edildiğini, bu sebeple ifa etmemenin söz konusu olamayacağını söylemektedir. Bu yaklaşım ilk bakışta doğru görülebilir. Ancak satıcının teslim yükümlülüğü yalnızca malın fiili olarak alıcıya devredilmesiyle sınırlandırılmamalıdır.[130] Parça borçlarında kararlaştırılan malın nitelikleri de malın kimliğinin bir parçası olarak görülmeli ve o niteliklerde bir mal teslim edilmemişse ayıptan değil de hiç ifa etmemeden bahsedilmelidir.[131] Her ne kadar birinci görüşün taraftarları, ayıp kavramının bu konuda daha geniş anlaşılması gerektiğini söyleseler de, satıcının teslim yükümlülüğünü belirli bir malın devri ile sınırlandırmak, ayıptan sorumluluğun hukuki niteliğine ilişkin garanti (tekeffül) görüşünün kabul edilmesi anlamına gelebilecektir.

İfa etmeme hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan ikinci görüş, parça ve cins borçları arasında bir ayrım yapmasa da, bu çalışma planı çerçevesinde konunun daha iyi

---

[127] **ACEMOĞLU,** s. 22 vd.; **VON TUHR,** s. 286, dn. 39.; **SEROZAN (1969),** s. 230 vd. Gerçi yukarıda Serozan'ın ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümleri kıyasen aliud'a da uyguladığından söz etmiştik. Bununla birlikte Serozan söz konusu makale s. 235 dn. 45'te sert bir biçimde özellikle parça borçlarında aliudun tesliminin ifa etmeme oluşturduğunu savunmaktadır.

[128] **VON TUHR,** s. 286, dn. 39.

[129] Bkz. Yukarıda, Başlık 3.2.

[130] *"Her sözleşme gibi dürüstlük (objektif iyiniyet) kurallarına göre anlamlandırılması gereken satış sözleşmesinde de satıcının (ayıplı olup olmadığına bakılmaksızın) satılan belirli şeyi teslim etmekle ifa mükellefiyetini yerine getirmiş olacağını söylemek, tamamen şekli bir ifa kavramı ile yetinmek demek olurdu."* **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s. 68 dn. 84.

[131] **ACEMOĞLU,** s. 23 vd.; **SEROZAN (1969),** s. 235 dn. 45.

anlaşılabilmesi ve birinci görüşten ayrılan noktalarının belirtilebilmesi amacıyla cins ve parça borçları ayrı ayrı ele alınacaktır.

3.3.1. Cins Borçları Açısından

İfa etmeme görüşünün birinci görüşe yönelttiği en büyük eleştiri, cins borçlarında aliud kavramının varlığını reddederek ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini söylemeleridir. Teslim edilen malın ayıplı olması ile kararlaştırılandan tamamen farklı nitelikte olması aynı hukuki sonuca tabi olmamalıdır.[132] Gerçekten de cins borçlarında satıcının pirinç yerine bulgur göndermesi halinde elde edilen bulgurun ayıplı olduğu iddia edilemez. Ayıplı olmayan bir malın da ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere tabi olduğu iddia edilmemelidir. Birinci görüşün, ayıp ile aliud kavramları arasındaki sınırın muğlak olduğu yönlü savunması da ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması için yeterli bir argüman değildir.

3.3.2. Parça Borçları Açısından

Aliudun teslimi durumunda hangi hükümlerin uygulanması gerektiğine ilişkin asıl tartışma parça borçları hakkında yapılmaktadır. İfa etmeme görüşüne göre, parça borçlarında teslim yükümlülüğü malın yalnızca dış ayniyetine hasredilemez. İç ayniyetin de sağlanması gerekir. Bu fikri savunan yazarlara göre, aliudun tesliminin varlığı ve buna ifa etmeme hükümlerinin uygulanması asıl olarak parça borçlarında kabul edilmelidir.[133]

Parça borçlarında aliudun teslimi durumunda ayıp hükümlerinin uygulanması gerektiğini söyleyen görüş, cins borçları için rahatlıkla ifa etmeme hükümlerinin uygulanması gerektiğini söylemektedir. Hatta İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre; *"Bir çeşit borcunun ifasında o çeşidi belirleyen her unsur teslim edilen şeyde mevcut olmalıdır. Bunlardan bir tanesi dahi eksikse o şey artık üzerinde uyuşulan şey değildir; bir aliud 'dur."*[134] Şimdi, pirinç yerine buğday gönderen satıcıyı hiç tereddütsüz ifa etmeme hükümleri ile baş başa bırakan bu görüş, sahte van Gogh tablosunu ayıplı teslim olarak nitelendirmektedir. Oysa Serozan'ın isabetle belirttiği gibi sahte van Gogh tablosu gerçek

[132] **ACEMOĞLU,** s. 22 vd.
[133] **ACEMOĞLU,** s. 29.
[134] BGH 94 II 26 (Naklen; **ACEMOĞLU,** s. 22).

van Gogh tablosuna ne kadar yakın ise, bir Gauguin tablosuna da o ölçüde yakındır.[135] Yukarıda da belirtildiği gibi[136], bir van Gogh tablosunun asıl özelliği, onun van Gogh tarafından yapılmış olmasıdır. Konunun daha iyi anlaşılması için bu duruma bir başka örnek daha verelim. Koleksiyoner Füsun Hanım, Winston Churchill'in içtiği bir puroyu yüksek fiyata almış ve kendisine bu puro teslim edilmiştir. Oysa söz konusu puro, başkası tarafından tüketilmiş alelade bir purodur. Burada başkası tarafından tüketilmiş puroya, Churchill'in ayıplı purosu gözüyle bakmamız ne kadar isabetlidir? Parça borcu haline getirilmiş misli eşyalar açısından söz konusu örnekler daha ilginç hale gelmektedir. Örneğin, alıcı Memduha mağazaya girerek bir TV seçmiş ve kendisine seçtiği TV teslim edilmiştir. Ancak daha sonra Memduha, kendisine teslim edilen TV'nin içerisinde hiçbir elektronik aksam olmadığını fark etmiştir. TV yalnızca dış ekrandan oluşmaktadır. Bu durumda teslim edilenin bir televizyon olduğundan ne kadar söz edilebilir? Kanaatimizce söz konusu örnekte teslim edilen mal ne kadar televizyonsa, sahte van Gogh da o kadar gerçek van Gogh tablosudur.

Örneklerden de görülebileceği üzere ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunan görüşün dayanak noktası, satılan ile teslim edilenin aynı olmasıdır.[137] Verilen örnekleri bir de şu şekilde ele alalım: Hem orijinal hem de reprodüksiyon tablo satışı yapan satıcı ile alıcı orijinal olduğunu düşündükleri reprodüksiyon tablo üzerinde (parça borcu haline getirerek) yüksek bir fiyata anlaşmışlardır. Daha sonra satıcı, *orijinal* tabloyu alıcıya göndermiştir. Satıcının iradesi orijinal tablo üzerinde işlem yapmak iken, yanılarak önündeki reprodüksiyon tabloyu satmak istediğini beyan etmiştir. Sözleşme alıcının, satıcının bu beyanına dürüstlük kuralı gereği vermesi gereken anlam üzerine kurulmuş sayılır.[138] Bu durumda kararlaştırılan şey gönderilmediği için, reprodüksiyon tablonun teslimi, aliudun yani başka şeyin teslimi olur. Oysa iki taraf da sözleşmeden beklediği tüm menfaati elde etmiştir. Bu durumda satıcının sonradan durumu fark edip teslim ettiği tabloyu iade talebi kabul edilecek midir?

---

[135] **SEROZAN (1969),** s. 235, dn. 45. Serozan'ın burada verdiği "Gauguin Tablosu" örneği, iki ressamın da post-empresyonist kuşak ressamları olması ve aynı dönemde yaşayıp tanışarak bir süre birlikte resim yapmaları açısından önemlidir. Gauguin'in resimleri incelendiğinde van Gogh'a olan benzerliği dikkat çekecektir. Kanaatimizce yazar, dış ayniyet anlamında birbirine benzeyen şeylerin aslında birbirlerine oldukça uzak iki şey olabileceğine, üstü kapalı ancak güzel bir örnekle dikkat çekmek istemiştir.

[136] Bkz. Yukarıda, Başlık 2.2.2.4.

[137] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s. 73 dn. 98.

[138] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2010),** s. 138.

Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde parça borcu ile çeşit borcu arasındaki ayrım hafifletilmeye çalışılmaktadır.[139] Bu sebeple parça ve cins borçları arasında yeni bir fark yaratmaya gerek yoktur. İsviçre Federal Mahkemesi ve birinci görüş taraftarları taraf menfaatlerini göz ardı etmekte ve fikirlerini yalnızca kavramsal gerekçelere dayandırmaktadır.[140] Bu gerekçe, satılan ile teslim edilenin aynı olmasıdır. Oysa Federal Mahkemeye göre satılan bir cins borcu olsaydı, o cinsin taşıması gereken tüm özellikleri taşıması gerekecekti.

İfa etmeme hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre, ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurulması durumunda adaletsiz durumlar ortaya çıkmaktadır. Kendisine aliud teslim edilen alıcı, satıcının hilesi dışarıda bırakılırsa, ya TBK m. 30 vd.'da sözü geçen yanılma hükümlerine ya da ayıptan sorumluluk hükümlerine başvuracaktır.[141] Ayıptan sorumluluğa ilişkin TBK m. 231 gereği iki yıllık hak düşürücü süreyi kaçırması halinde ise alıcının elinde yalnızca yanılma hükümleri kalacaktır. Bu noktada sözleşme üzerinden çok uzun süre geçmesi durumunda yanılmanın ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ve alıcı TBK m. 34[142] engeli ile karşılaşacaktır.[143] Dolayısıyla gerçek van Gogh tablosunu elde etmek isteyen alıcının elinde yalnızca aldatma hükümlerine başvurma imkânı kalacaktır. Oysa parça borçlarında aliudun tesliminde ifa etmemeye ilişkin hükümlerin uygulanma amacı alıcıya aynen ifayı talep imkânı sağlamaktı. Bu koşullar altında ise alıcının aynen ifayı talep etmesi ve elde etmek istediği şeye kavuşması mümkün görünmemektedir.

İfa etmeme hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşüne aynen ifa talebinin her zaman uygulanamayacağı gibi bir eleştiri yöneltilebilir. Ancak ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin alıcıya tanıdığı haklar da uygulamacıyı aynı sonuca ulaştıracaktır. Gerçekten de TBK m. 227/I b. 4 alıcıya "*İmkân varsa*, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme" hakkı tanımıştır. Burada ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği görüşüne karşı itiraz edilen olgu, teslim edilen şeyin nitelikleri onu başka bir mal haline getirdiği için ayıptan sorumluluk kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğidir.

---

[139] **ACEMOĞLU,** s. 23; **SEROZAN (1969),** s. 217; **ROSSUM, Medelein Van** (1996) 'The Prinicples of Europen Contract Law', A Review Essay, 3 Maastricht Journal of European & Comparative Law 69-87, s. 82 vd.

[140] **ACEMOĞLU,** s. 23.

[141] Yanılma ve ayıptan sorumluluk hükümlerinin yarışacağı doktrinde hâkim görüş tarafından kabul edilmektedir; **EREN (2016b),** s. 156; **ARAL/AYRANCI,** s. 148; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2010),** s. 335.

[142] TBK m. 34/I; "Yanılan, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez."

[143] **ACEMOĞLU,** s. 26.

Aliudun teslimine ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunanlar da sorumluluğun hukuki niteliği hakkında ifa görüşünü kabul etmektedirler. Ancak kanaatimizce ifa görüşü, teslim edilen şeyin niteliklerinin onu başka bir mal haline getirdiği nokta ile sınırlandırılmalıdır. Bu noktanın tespiti ticaret hayatına hâkim görüşlerle yapılabilir.[144] Bu durumda satıcının sahte van Gogh, içi boş TV ya da sahte Churchill purosu teslimi artık bir ayıplı ifa değil ifa etmeme söz konusu olmalıdır. İmkân varsa alıcının aynen ifa talebi öncelikli olarak karşılanmak gerekir. Nitekim alıcı satın almak istediği malı parça borcu haline getirdiyse, niyeti o malın kendisine teslim edilmesidir. Bu noktada alıcının ifa talebi üstün tutulmalıdır. Aynen ifanın yerine getirilmesi söz konusu değilse, alıcıya müsbet zararlarının tazmini imkânı ya da sözleşmeden dönüp menfi zararını tazmin imkânı tanımak gerekir.

Ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasının kabul edilmesi halinde kendisine tanınan diğer seçimlik haklar açısından alıcı, teslim edilen van Gogh tablosunun onarılarak gerçek van Gogh'a dönüştürülmesini talep edemez. İndirim talebi ise TBK m. 227/V sebebiyle çoğu zaman engellenecektir.[145] Bir diğer ifadeyle malın ayıplı ve ayıpsız değerleri arasındaki fahiş farklılık, satım bedelinden indirim hakkının yerine dönme hakkının kullanılmasına mecbur kalınması sonucunu doğuracaktır. Bu sebeplerle satıcıyı ayıptan sorumluluk hükümleri ile sorumlu tutmak, zarar talebinin kusursuz sorumluluk esasına dayalı olması dışında alıcıya ek bir koruma imkânı sağlamamaktadır. Parça borçlarında ve özellikle sanat eserlerinin satımında söz konusu ayıpların kısa süre içerisinde ortaya çıkmaması olağan karşılanmalıdır. Gizli ayıpların varlığı durumunda da ayıptan sorumluluğun kısa süreleri alıcıyı mağdur edebilecek niteliktedir. Yukarıda söz edilen[146] aliudun teslimi durumunda ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini söyleyen görüşe göre gizli ayıbın ayıp hükümlerinde söz edilen iki yıllık hak düşürücü süreden sonra ortaya çıkması halinde TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması gerekir.[147] Nitekim aksi halin kabulü taraf menfaatlerinin ağır biçimde ihlaline sebebiyet verecektir. Satılan "o şey" teslim edildiği için ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerektiğini söyleyen bu görüş, gizli ayıbın varlığı durumunda alıcının menfaatlerinin değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedir. Bu çalışmada ifa etmeme görüşünün

[144] **ARAL/AYRANCI,** s. 105; **EDİS (1963),** s. 12; **BECKER,** Art. 197, N. 2; **TANDOĞAN (1990),** s. 172.
[145] TBK m. 227/V; "Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir."
[146] Bkz. Yukarıda dn. 101.
[147] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (1968),** s. 81 vd.

savunulmasının gerekçelerinden birisi de budur. Nitekim önce teslim kavramına sıkı sıkıya bağlı kalınarak alıcının ifa etmeme hükümlerine dayanamayacağı, sonra ise ayıbı süresi içinde fark edemeyen alıcıya kanunun kesin hükmünü (TBK m. 231) aşarak ifa etmeme hükümlerine dayanabileceği iddia edilmektedir. Oysa teslim edilen tablo hala aynı tablodur. Bu durumda alıcı ayıbı süresi içinde fark ederse satıcıyı ayıptan dolayı sorumlu tutacak ancak aynen ifayı talep edemeyecek[148], ancak süresi içinde fark edilemeyen ayıp karşısında alıcıya birincil olarak aynen ifa talebi sağlanacaktır.[149] Kanaatimizce buradaki menfaatçi yaklaşım, teslim ile ilgili kavramsal bakış açısıyla bağdaşmamaktadır. Kanunda doğrudan ilgili bir hüküm bulunmayan aliud konusunda menfaat hukukçuluğu başından itibaren kabul edilerek, söz konusu örneğe "gizli ayıp" yerine "ifa etmeme" denilmek suretiyle bu sorun çözülmelidir.

Söz konusu tartışmaların pratik sonuçları İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında da kendine yer bulmuştur. Şimdi sırasıyla cins ve parça borçları açısından mahkemelerin hangi yaklaşım içerisinde oldukları incelenecektir.

3.3.3. İsviçre Federal Mahkemesinin Yaklaşımı

Doktrinde ve uygulamada yukarıda sözü edilen[150] ve "Jaguar Kararı" olarak da bilinen İsviçre Federal Mahkemesinin 94 II 26 sıralı kararında, *"Bir çeşit borcunun ifasında o çeşidi belirleyen her unsur teslim edilen şeyde mevcut olmalıdır. Bunlardan bir tanesi dahi eksikse o şey artık üzerinde uyuşulan şey değildir; bir aliud 'dur."*[151] demek suretiyle cins borçları açısından aliudun tesliminin sınırlarını çizmiştir. Bu karardan sonra doktrin ve Yargıtay uygulaması da bu açıklamayı kabul etmiş görünmektedir.[152] Federal mahkemenin söz konusu tanımı ilk bakışta çok geniş görünebilmektedir. Bununla birlikte mahkeme, "cinsi o cins yapan" unsurlardan bahsetmek istemiştir. Bu ifadeye göre, cinsi o cins yapan unsurlarda meydana gelebilecek herhangi bir eksiklik, aliud oluşturmaktadır.[153]

---

[148] Bu tartışmanın yapıldığı dönemde ayıp hükümlerinde alıcının parça borçlarında aynen ifa talebi bulunmamaktaydı. TBK'daki değişiklikle ilgili değerlendirme aşağıda bu başlık altında yapılacaktır.
[149] **ACEMOĞLU,** s. 27 dn. 29.
[150] Bkz. Yukarıda, Başlık 2.1.2.
[151] BGH 94 II 26 (Naklen; **ACEMOĞLU,** s. 22).
[152] YHGK, 30.6.1999, 11-557/567; Y. 19. HD. , 19.1.2017, 11823/265; Y. 19. HD. , 26.11.2004, 1917/11686; Y. 19. HD. , 6.3.2017, 6208/1785; Y. 19. HD. , 18.3.2015, 16823/3791; Y. 11. HD. , 9.6.2015, 11508/7972; Y. 19. HD. , 24.11.2014, 12207/16807; Y. 19. HD. , 14.6.2016, 3980/10632 ve benzeri kararlar, www.kazancı.com. (s.e.t. 10.02.2019)
[153] **ŞENOCAK,** s. 124.

İsviçre Federal Mahkemesi 1995 yılında verdiği başka bir kararda cins borçlarında aliud ve ayıp arasındaki ayrımdan tekrar söz etmiştir. Buna göre teslim edilen kararlaştırılandan açıkça ve önemli ölçüde farklı bir şey ise aliud gündeme gelir. Ayıpta ise borçlanılmış olan cinse ait bir eşya teslim edilmiştir fakat sözleşmeyle kararlaştırılan veya yasal olarak öngörülen kalite eksiktir.[154] Aliud ile ayıplı ifa arasında ayrımın yapılmasının ticaret hayatının dinamik yapısı gereği kesin ve objektif bir kritere bağlanamayacağından yukarıda söz etmiştik.[155] Ancak örneğin çamaşır makinesi yerine bulaşık makinesi gönderilmesi gibi durumlarda aliudun teslim edildiği aşikârdır.[156] Federal Mahkeme, halen söz konusu görüşü benimsemektedir.[157] Cins borçları açısından doktrinde ve yargı kararlarında kararlaştırılandan farklı nitelikte ifa durumlarında aliudun teslimine ifa etmemeye ilişkin TBK m. 112 vd. ve özellikle TBK m. 125 hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Söz konusu farklılığın tespit edilebilmesi için uygulanan ölçüt dogmatik açıdan ve ticaret hayatındaki yaygın teamüllere göre şeyi başka bir mal kategorisine sokacak derecede kararlaştırılandan sapılmasıdır.[158]

3.3.4. Yargıtay'ın Yaklaşımı

Yargıtay, 1955 yılında verdiği bir kararında bir aliudun varlığının tespit edilebilmesi için ticarette yaygın olan görüşlerin dikkate alınacağını belirtmiştir. Bu davada Yargıtay, deniz motoru yerine kara motoru teslim edilmesini aliudun teslimi saymıştır.[159] Güncel bir kararında ise Yargıtay, ürünlerin 25 m^3/h kapasitede olması gerekirken 18 m^3/h kapasiteli UCD 345 model dekantörlerin teslim edilmesini aliudun teslimi olarak değerlendirilebileceğini söylemiştir.[160] Söz konusu kararda yerel mahkeme 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 25/III gereği altı aylık zamanaşımı süresini geçiren alıcının sözleşmeyi feshedemeyeceğine karar vermiştir. Bunun üzerine Yargıtay, söz konusu olayda eBK m. 125 gereği on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini ve aynı zamanda aliudun

[154] BGE 121 III 453, 5.12.1995. Söz konusu kararda taraflar arasında açıkça makinenin otomatik frene sahip olması kararlaştırılmış fakat manuel makine teslim edilmiştir. Federal mahkeme bu durumda aliudun varlığını kabul etmiştir.
[155] Bkz. Yukarıda Başlık, 2.1.2.
[156] İsviçre Federal Mahkemesinin benzer kararları için bkz. **ŞENOCAK,** s. 126 vd.
[157] Bkz. **RUSCH, Arnold F.** (2018) 'Aliud beim Werkvertrag' Baurecht- Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen, 2/2018, 89-92.
[158] **ARAL/AYRANCI,** s. 105; **EDİS (1963),** s. 12; **BECKER,** Art. 197, N. 2; **TANDOĞAN (1990),** s. 172; Ayrıca bkz. BGE 121 III 453.
[159] Y. TD. 15.2.1955, 954-6608/1116 İçt. Kül. C. 10, N. 289 (Naklen; **ŞENOCAK,** s. 125, dn. 52)
[160] Y. 19. HD. 19.1.2017, 11823/265, www.kazancı.com. (s.e.t. 10.02.2019)

teslim edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini söyleyerek kararı bozmuştur.[161] Kararda açıkça gerekçelendirme yapılmasa da kanaatimizce Yargıtay, burada cins borcunun varlığını kabul ediyor görünmektedir. Bu durumda farklı kapasitelere sahip cihazların tesliminin de aliudun teslimi teşkil edebileceği sonucu çıkmaktadır.

2016 yılında verdiği bir kararında Yüksek Mahkeme, cinsiyle belirlenen ve 2005 model olması gerekirken 1998 model makine teslimini aliudun teslimi saymıştır.[162] Yine bir başka kararda, davacı tarafından satın alınan üç adet araçtan aynı özelliklere sahip olan ikisinden bir tanesinin, yükleme aracından indirilirken hasar görmesi üzerine kendisine başka bir araç teslim edilmiştir. Teslim edilen aracın hasar gören araçta bulunan ekoteknik özellikleri taşımadığı ve göstergesinin de dijital olmadığının anlaşılması üzerine Yargıtay aliudun teslim edildiğine karar vermiştir.[163] Bu kararında Yargıtay, teslim edilen malın özelliklerinden birinin dahi sözleşmede kararlaştırılandan farklı olması halinde aliudun teslimine karar vereceğini göstermiştir.[164] Bu görüş Federal Mahkemenin yaklaşımıyla da örtüşmektedir.[165]

Parça borçlarında ise Yargıtay, aliudun teslimi durumunda ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği görüşünü benimsemiş görünmektedir. Parça borçlarına ilişkin Yargıtay'ın eski tarihlerde fazla kararı bulunmamasına karşın, yeni tarihli birçok kararı bulunmaktadır.

Örneğin, 2004 tarihli bir kararında Yargıtay; *"Eğer davacılar makinaları görüp belirleyip bu makinaların finansal kiralama yolu ile kiralanması için davalıya başvurmuş ve davacıların görüp belirledikleri makinalar davacılara teslim edilmiş ise aliud teslimden değil ayıplı ifadan söz edilir ve TTK ve BK.'nun ayıba ilişkin hükümleri uygulanır"* şeklinde görüşünü beyan etmiştir.[166] Yine 2016 tarihli bir başka kararında Yargıtay; *"Davacı, davaya konu makineyi görüp beğenerek sipariş etmiş ve Finansal Kiralama yolu ile makine kendisine teslim edilmiştir. ... dava tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın 25/3. maddesine göre ... değerlendirilip çözümlenmesi gerekirken bu yönler üzerinde durulmayıp yanılgılı değerlendirme ile eksik inceleme sonucunda yazılı şekilde hüküm kurulması doğru*

[161] Y. 19. HD. 24.11.2014, 12207/16807, www.kazancı.com. (s.e.t. 11.02.2019)
[162] Y. 19. HD. 14.6.2016, 3980/10632, www.kazancı.com. (s.e.t. 11.02.2019)
[163] Y. 19. HD. 18.3.2015, 16823/3791, www.kazancı.com. (s.e.t. 11.02.2019)
[164] Gerçi Yargıtay'ın bu yaklaşımı uzun süredir devam etmektedir. Örneğin bkz. Y. 11. HD. 20.2.1990, 9372/1085.
[165] Bkz. Yukarıda dn. 43.
[166] Y. 19. HD. 26.11.2004, 1917/11686, www.kazancı.com. (s.e.t. 11.02.2019)

görülmemiştir" doğrultusunda karar vermiştir.[167] Gerekçede de görülebileceği üzere, parça borçlarında Yargıtay TTK m. 25/3'te karşılığını bulan ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurulması gerektiğini kabul etmiştir.

Yargıtay'ın, belirli bir çizgide karar verdiği ve kararları arasında tutarlılık bulunduğu söylenebilir. Bununla birlikte Yargıtay'ın anlaşılması güç kararları da bulunmaktadır. Örneğin Yargıtay, 2016 tarihli bir kararında[168] taraflar arasında yapılan leasing sözleşmesine göre 2005 model olarak teslim edilmesi gereken pamuk hasat makinalarının 1998 modelinin teslim edildiği bir olayda, yerel mahkemece ayıplı ifanın söz konusu olduğu söylenmesine rağmen, aliudun teslim edildiğine hükmetmiştir. Ancak bu tespit yapılırken makinelerin parça borcunun mu yoksa cins borcunun mu konusunu oluşturduğunu belirlememiştir. Söz konusu kararını açıklayıcı herhangi bir gerekçe sunmayan hukuk dairesi, aliudun teslim edildiğini söylemesine rağmen yerel mahkemenin bedel indirimine hükmeden kararını onamıştır. Aliudun teslimi ile ayıplı ifa arasında böylesine bir tartışma varken, aceleci denebilecek bu yaklaşım, Yargıtay'ın tutarlılığına gölge düşürmektedir.

3.3.5. Değerlendirme

Tarihi sebepler ve kanun koyucu tarafından korunmak istenen menfaatler göz önüne alındığında yukarıda açıklanan gerekçelerle birlikte aliudun teslimi durumunda ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanmaması gerekir. Doktrinde hâkim olan görüşe göre, aliudun teslimi ile ayıptan sorumluluk kurumlarının hukuki nitelikleri birbirinden farklıdır.[169] Ayıptan sorumluluk kötü ifayı meydana getirirken aliudun teslimi bir ifa etmeme durumu oluşturur. İfa etmeme durumunda alıcı, elde etmeyi istediği malı hiç elde edememiştir. Dolayısıyla kanun alıcının bu sözleşmeyi yapmasına ilişkin menfaatini korumak istemektedir. Ayıplı ifada ise alıcı istediği mala ulaşmıştır. Ancak bu mal maddi, hukuki ya da ekonomik bir eksiklik barındırmaktadır. Kanun alıcının teslim aldığı maldaki kusurları ortadan kaldırmak istemektedir. Hâkim, somut olaydaki hukuki uyuşmazlığı

[167] Y. 19. HD. 8.4.2016, 14605/6137, www.kazancı.com. (s.e.t. 11.02.2019)
[168] Y. 19. HD. 14.6.2016, 3980/10632, www.kazancı.com. (s.e.t. 12.02.2019)
[169] **TANDOĞAN (1990),** s. 172;**TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla** (1993) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz, s. 762**; EDİS (1963),** s. 11**; YAVUZ (2016),** s. 74**; ŞENOCAK,** s. 122**; ACEMOĞLU,** s. 22 vd.**; GÜMÜŞ (2013),** s. 71**; ARAL/AYRANCI**, s. 104**; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA,** s. 117.

mahiyet itibarıyla farklı bir norm altına yerleştiremez. Bu yöntem metodolojik açıdan da yanlış bir tutumdur.[170]

Bu sebeplerle aliudun teslimi durumunda ayıptan sorumluluğa ilişkin özel hükümler uygulanmamalıdır. Birinci görüşün ileri sürdüğü aliud ve ayıbın birbirine karıştırılma ihtimalinin olması ise, bir hukuki kuruma başka bir kurumun kurallarının uygulanmasını haklı göstermemektedir.[171]

Türk Borçlar Kanunu'nun ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümleri yeni kanunla birlikte kapsamlı değişikliklere uğramıştır. Bir kere TBK m. 227 ile ayıp sorumluluğu ile karşılaşan satıcıya, aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde aynen ifa yükümlülüğünün bir başka şekli olan onarım yükümlülüğü yüklenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında da alıcıya, önceleri tartışma konusu olan, genel hükümlere başvurma hakkı tanınmıştır. Üçüncü ve konumuz açısından hayati bir önem taşıyan değişiklik ise, 818 sayılı kanunda 203'üncü maddeye tekabül eden, imkân varsa satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme hakkıdır. Bu hüküm, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nda "Satılan miktarı muayyen misli şeylerden ise.." şeklinde ifade edilmekteydi. Buradan yola çıkıldığında, ayıpsız benzeri ile değişim hakkının yalnızca çeşit borçları açısından alıcıya tanındığı görülmektedir. Parça borçlarında ise, kavramsal olarak kararlaştırılan mal ferdiyle tayin edilmiş ve benzerlerinden kesin olarak ayrılmış durumda olduğundan, alıcıya bir değişim hakkı hukuk mantığı itibarıyla tanınmamak gerekiyordu. Bu sonuç ise, parça borçlarında aliudun teslimi durumunda alıcıya kararlaştırılan şey teslim edildiğinden dolayı, satıcıya yöneltilecek hukuki yaptırımın türünün ayıba karşı tekeffülü düzenleyen hükümler olması gerektiği yönünde yorumlanması sonucuna yol açmaktaydı. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ifade tarzından ise, artık hem parça[172] hem de çeşit borçları açısından talep edilmesi halinde alıcıya imkân varsa malın ayıpsız bir benzeri ile değiştirme hakkı verilmiştir.[173] Kanunun gerekçesinde de bu durum ayrıca ifade edilmektedir. Buna göre *"Gerçekten, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 203'üncü maddesinin birinci fıkrasında değiştirme hakkı sadece çeşit satışları için kabul edildiği halde, tasarıda, "imkân varsa" denilmek suretiyle, bu seçimlik hakkın kullanılabileceği durumlar genişletilmiştir".*

[170] Aksi halin kabulü bizi, öncüllerin örtüşmezliği (Disconnected Premises) mantık hatasına sürükleyecektir. **SEROZAN, Rona** (2015) Hukukta Yöntem, İstanbul, Vedat, s. 14.
[171] **ŞENOCAK,** s. 122.
[172] Parça borçlarında değişim hakkının kullanılabilmesi için alıcı ve satıcının anlaşması gerekmektedir; **EREN (2016b),** s. 150.
[173] **YAVUZ (2016),** s. 108.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda, Türk Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi aliudun teslimini düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Alman Medeni Kanunu'nda ise 2002 hukuk reformu ile aliudun teslimi pozitif bir düzenlemeye bağlanmıştır. BGB § 434'ün üçüncü fıkrasında, kararlaştırılan türden sapan malların teslimi halinde ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağı kuralı yer almaktadır. Alman Borçlar Hukuku böylelikle, uzun süredir tartışma konusu olan bir konuya ilişkin boşlukları doldurarak, hukuki güvenilirliğin sarsılmasının önüne geçmiş bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu ise BGB'de yapılan bu değişiklikten etkilenmemiş ve aliudun tesliminde hangi hükümlerin uygulanması gerektiği sorununu göz ardı etmiştir. Ayıptan sorumluluğa ilişkin TBK m. 227'de, parça borçlarının da değişime konu olabileceği düzenlemesi kanaatimizce aliud problemini çözmemektedir. Nitekim halen çözülememiş bir konu hakkında ikincil öneme sahip bir noktanın aydınlatılmış olması, aksi görüşü ortadan kaldırmaya yetecek kuvvette olmamalıdır. Alman hukukunda bir görüşe göre, aliudun kavramsal olarak ayıp olmadığı kabul edilmiştir.[174] Ancak pozitif düzenleme, bu noktada kavramsal tartışmaların önüne geçerek somut bir çözüm ortaya koymaktadır.

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gerekçelerden ötürü, pozitif bir düzenleme ile ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kanunumuzda öngörülmedikçe, hem parça hem de cins borçları açısından, aliudun teslimi durumuna ifa etmemeye ilişkin TBK m. 112 vd. hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Belki aliudun tesliminin, kavramın muğlak niteliği ve uygulamada ayırt edilmesinin güçlük arz etmesi *de lege feranda* ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler arasında düzenlenmesini haklı gösterebilir. Ancak pozitif hukukumuz açısından bunun söylenmesi güçtür. Alman Medeni Kanunu'nda olduğu gibi, Türk Borçlar Kanunu'nda da aliud kavramı pozitif bir düzenlemeye kavuşturulmalıdır. Ancak böyle bir düzenleme olmadığı sürece Türk pozitif hukuku aliudun teslimi halinde ifa etmemeye ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektirmektedir.

[174] **PALANDT/WEIDENKAFF** (2010) Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Baskı, München, C.H. Beck, § 434, 52b; İsviçre hukukunda da hâkim fikrin bu yönde olduğu ifade edilmektedir, bkz. **HONSELL,** Art. 206 N. 2.

4. VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ (CISG) UYARINCA ALİUDUN HUKUKİ NİTELİĞİ

4.1. Başlıca Uluslararası Yeknesaklaştırma Metinleri

4.1.1. Genel Olarak

Tezimizin ilk üç başlığında aliudun teslimini kavramsal açıdan incelenmeye çalışmış, bunun yanında konunun iç hukukumuzda nasıl değerlendirildiğini ve doktrindeki yansımalarını açıklamaya çalışmıştık. Bu başlıkta ise uluslararası camiada kabul edilen yeknesaklaştırma metinlerinde konumuzun nasıl değerlendirildiğini incelemeye çalışacağız.

Tezimiz bir karşılaştırmalı hukuk tezi değildir. Dolayısıyla Türk Hukuku öncelikli olarak incelenmiştir. Bu sebeple söz konusu yeknesaklaştırma çabalarının doğuş sürecini 20. yüzyılın başından itibaren uzunca anlatmak ve konunun özünden uzaklaşmak niyetinde değiliz. Bu sebeple asıl olarak metinlerin sistematik bakış açıları üzerinde duracak ve yeri geldiği ölçüde yapım sürecine değineceğiz.

Milletlerarası ticaret hukukunun başlıca iki kaynağı bulunmaktadır. Bunlar bağlayıcı olmayan metinler ve uluslararası alanda kabul edilen bağlayıcı sözleşmelerdir. Bağlayıcı olmayan metinlerden kasıt teamüller olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu teamüller, uluslararası alanda bazı kuruluşlarca ilke seviyesinde yazılı hale getirilmeye çalışılmıştır. Nitekim taraflarca sözleşmede uluslararası teamüllere atıf yapıldığı durumlarda, hangi yerleşik uygulamanın daha önce uygulanacağı noktasında karışıklıklar ortaya çıkabilmektedir. Bunun önüne geçebilmek için UNIDROIT[175] *(International Institute for the Unification of Private Law)* ve UNCITRAL[176] *(United Nations Commission on International Trade Law)* tarafından 80'li yılların başlarında ticari ilkelerin yazılı hale getirilmesi kararlaştırılmıştır. Söz konusu yeknesaklaştırma metinleri tabii ki bunlarla sınırlı değildir. Ancak CECL *(Commission on European Contract Law)* tarafından oluşturulan PECL, UNIDROIT prensipleri *(Principles of International Commercial Contracts- PICC)* ve CISG *(Convention on the International Sale of Goods)* en önemli yeknesaklaştırma metinleri

[175] Enstitünün amacı özel hukukun yeknesaklaştırılması yöntemlerinin tespit edilmesidir. Ayrıntılı bilgi için resmi internet sitesi; www.unidroit.org.

[176] Özellikle CISG bakımından UNCITRAL'in önemli olduğunu belirtmek yerinde olacaktır. Birleşmiş Milletlerin bir komisyonu olan UNCITRAL da, uluslararası ticarete uygulanacak hukukun yeknesaklaştırılması için çalışmalar yapmaktadır. Ayrıntılı bilgi için resmi internet sitesi; www.uncitral.org.

olarak görülmektedir.[177] Aynı zaman diliminde yapılmaya başlanan bu metinler, ortak değerler çerçevesinde geliştirilmiştir. Bu sebeple terminolojik açıdan büyük ölçüde birbirine benzemektedirler.

4.1.2. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)

Söz konusu Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (Viyana Konvansiyonu olarak da adlandırılır), yalnızca milletlerarası mal satımlarını düzenlemekle kendisini sınırlamıştır.[178] Antlaşmanın hazırlık çalışmalarında (La Haye Konvansiyonları olarak da adlandırılır) ULIS *(Uniform Law of the International Sale of Goods)* ve ULFIS *(Uniform Law on the Formation of International Sale of Goods)*'den etkilenilmiştir.[179]

10 Mart-11 Nisan 1980 tarihleri arasında Viyana'da toplanan Birleşmiş Milletler Komisyonunda söz konusu yeknesaklaştırma metni 42 ülkenin evet oyuyla kabul edilmiştir. Bununla birlikte Antlaşma, belirli bir ülke katılım sınırından ötürü, 1988 yılında yürürlüğe girebilmiştir. Söz konusu uzun çalışmalardan sonra günümüzde 84 devlet tarafından kabul edilen bir antlaşma meydana gelmiştir.[180]

Türkiye Cumhuriyeti, antlaşmayı 5870 sayılı uygun bulma kanunu ile kabul etmiş, 11 Mart 2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile katılma belgesinin tevdi edilmesine karar verilmiştir. 7 Temmuz 2010 tarihi itibarıyla ülkemiz antlaşmaya taraf olmuş ve antlaşma 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.[181]

Yukarıda sayısı zikredilen devletlerin, çeşitli hukuk sistemlerini bir potada eritebilmek elbette kolay olmamıştır. CISG ile birlikte dünya ticaret hacminin neredeyse üçte ikilik çoğunluğu bu antlaşmaya taraf devletlerden oluşmaktadır. CISG'nin başarısı, milletlerarası

---

[177] **DIMATTEO, Larry A.** (2002) 'Contract Talk: Reviewing the Historical and Practical Significance of the Principles of European Contract Law' 43 Harvard International Law Journal 569-581, s. 571.

[178] Bununla birlikte Antlaşmaya konu mallar taşınır mallar ile sınırlıdır. Gayrimenkuller Antlaşma kapsamına dâhil olmadığı gibi tüketici işlemleri de kapsama dâhil değildir. Bunun yanında 'satım' kavramı bazı durumlarda eser ve hizmet sözleşmelerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

[179] Söz konusu antlaşmalar türünün ilk örnekleri olması ve devletlerin yetersiz katılımları sebebiyle uluslararası camiada etkinlik gösterememişlerdir.

[180] Taraf ülkelerin tam listesi için bkz. https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/notables.html. (s.e.t. 19.07.2019)

[181] **ERDEM, H. Ercüment** 'Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı': Şıpka, Şükran/Yıldırım, Ahmet Cemil (Editörler) (2012) Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, 117-156, İstanbul, XII Levha, s. 119.

özel hukuk kurallarının basitleştirilmesinden ileri gelmektedir.[182] Bu da dünya ticaret hukukunda yeknesaklaşmaya yönelik en güçlü adım olarak nitelendirilmektedir.[183] Antlaşma, uluslararası satış sözleşmesinin taraflarına açık, anlaşılır ve tarafsız bir metin sunmaktadır.

Viyana Satım Sözleşmesi, amacına ve ruhuna uygun olarak içtihat hukukunda yer alan bir takım temel ilkelere dayanır.[184] Bir kere CISG, sözleşme taraflarına her zaman öncelik tanır bir yapıdadır. Bunun anlamı, sözleşme özgürlüğü ilkesinin her şeyden üstün tutulduğudur.[185] Nitekim taraflar CISG'nin sözleşmeye uygulanmayacağını kararlaştırabilirler (CISG m. 6).[186] Sözleşme özgürlüğü ilkesi ise, irade serbestisinin bir yansımasını oluşturmaktadır.

Bununla birlikte tıpkı Türk Borçlar Kanununa hâkim olduğu gibi[187] CISG m. 8(1)'de de sözleşmelerin yorumlanmasında güven ilkesine öncelik tanımıştır.[188] Söz konusu maddenin devam eden fıkralarında bu durum daha da açık olarak ifade edilmiştir. Sözleşmenin uygulanabilmesi için tarafların farklı ülkelerde bulunması gerektiğinden iradelerin yorumuna ilişkin CISG m. 8 büyük önem taşımaktadır. Nitekim farklı ülkelerde – her ne kadar ticari bir birlik olsa da- bulunan tacirlerin, kendi kültür ve ticaret hayatlarını bilmeleri olağan ise de bir başka ülkenin ticari teamüllerini bilmemesi de olağan karşılanmalıdır. Bu noktada taraf iradelerinin yorumlanması büyük önem arz etmektedir. CISG m. 8(2)'ye göre, birinci fıkranın uygulanamadığı durumlarda *"taraflardan birinin*

---

[182] **CASTELLANI, Luca** 'Türkiye'nin CISG'a Taraf Olmasına İlişkin Çerçeve' : Atamer, Yeşim (Editör) (2008) Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG), İstanbul, XII Levha, 1-5, s. 3.

[183] **BONELL, Michael Joachim** (2001) 'Do We Need a Global Commercial Code?' Dickinson Law Review, Vol. 106, Issue 1, 87-110, s. 91, www.heinonline.org. (s.e.t. 10.03.2019)

[184] **FERRARI, Franco** 'CISG'de Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler' : Atamer, Yeşim (Editör) (2008) Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG), İstanbul, XII Levha, 37-83, s. 71.

[185] Lookofsky'e göre, sözleşmenin üstünlüğü ilkesi Viyana Satım Sözleşmesinden kaynaklanmaz. Aksine genel bir ilkedir; Joseph **LOOKOFSKY**, 'Chapter 2. Convention Overview' (2016), s. 25–36, in Jacques Herbots (Volume Editor), Roger Blanpain (General Editor), Frank Hendrickx (General Editor) IEL Contracts (Kluwer Law International, The Netherlands) (Naklen; **ERDEM (2012),** s. 124 vd.). Bununla birlikte, sözleşmenin üstünlüğü ilkesinin CISG m.6'dan kaynaklandığını savunan yazarlar için bkz. **SCHLECHTRIEM, Peter/ BUTLER, Petra** (2009) UN Law on International Sales: The UN Convention of the International Sale of Goods, Springer- Heidelberg, s. 29.

[186] Avustralya ve ABD arasında görülen bir davada Amerikan yerel mahkemesi de bu yönde karar vermiştir. Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centriys Corporation / Centriys Corporation v. Separator Technology Solutions Pty Ltd, CV F 09-1424 LJO GSA, https://www.iicl.law.pace.edu/cisg/case/united-states-state-minnesota-county-hennepin-district-court-fourth-judicial-district-4 (s.e.t. 15.03.2019); **UNCITRAL** Digest of Case Law on the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods, United Nations, New York, 2016 Edition, Art. 6, s. 33, http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests.html. (s.e.t. 15.03.2019)

[187] **EREN (2016a),** s. 154.

[188] **SCHLECHTRIEM/BUTLER,** s. 56.

*irade beyanı veya **diğer davranışları**, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır.".* Görüldüğü gibi taraflardan birinin yalnızca açık irade beyanları değil, beyan yerine geçebilecek diğer davranışlarının yorumlanmasında da m. 8(2) esas alınmalıdır.[189] CISG m. 8(3) ise yorum faaliyeti gerçekleştirilirken *"..taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da"* dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

Viyana Satım Sözleşmesi'nin taraf iradelerine öncelik tanıması ve iradelerin yorumunda güven ilkesinin esas alınıp, mümkün olduğunca objektif kriterlerden hareket etme isteği karşısında, antlaşmanın tamamlayıcı kurallar bütünü olduğu göze çarpmaktadır(CISG m. 6).[190]

CISG çerçevesinde sözü geçen bir başka ilke ise *Estoppel Yasağı* adı altında kendini göstermektedir. Estoppel yasağı, kaynağını dürüstlük kuralında bulan ve CISG'nin temelinde yer alan genel bir ilkedir.[191] Türk-İsviçre doktrini tarafından hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak anlaşılmakta ve uygulanmaktadır.

Viyana Satım Sözleşmesi m.11'e göre, satım sözleşmesinin kurulması ve ispatı yazılı şekilde yapılmak zorunda olmadığı gibi başka herhangi bir şekil hükmüne de bağlı değildir. Dolayısıyla CISG'ye hâkim prensiplerden bir başkası da şekil serbestisi ilkesidir. Tabii ki bu hükmün m. 12 ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Akit devletin hukuku uygulama alanı bulduğunda, söz konusu ulusal hukukun emredici kurallarına aykırı şekilde sözleşme ile şekil serbestisi kararlaştırılamaz.

Antlaşmaya hâkim olan bir diğer ilke ise gönderme ile hüküm doğurma *(dispatch principle)* ilkesidir.[192] Bu ilke CISG m. 27'ye dayandırılmaktadır. Hükme göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, uygun araçlarla gönderilen bildirimin[193] iletimindeki gecikme

---

[189] Gerçi ATAMER'e göre, davranışlarla ifade edilen iradeler de beyan kavramı içinde değerlendirileceğinden söz konusu metin özel bir düzenleme olarak görülmemelidir. **ATAMER, Yeşim** (2005) Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, Beta, s. 71.

[190] **UNCITRAL,** Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, s. 4 dn. 6 , 2016 Edition, http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests.html. (s.e.t. 16.03.2019)

[191] **UNCITRAL,** Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, s. 44 , 2016 Edition, http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests.html. (s.e.t. 16.03.2019)

[192] OLG München, 17.11.2006, 24 U 501/06, CISG-Online No: 1395; Söz konusu kararda mahkeme, açıkça *'dispatch principle'*ı vurgulamıştır.

[193] Kassel Bölge Mahkemesi 1996 yılında verdiği bir kararda, Alman alıcının serbest çalışan bir komisyoncu aracılığıyla malların sözleşmeye uygun olmadığını İtalyan satıcıya bildirmesi durumunda riski kendisinin

veya hata veya hiç ulaşmamış olma durumu, bildirimi yapanın bu bildirime dayanma hakkını ortadan kaldırmaz. Bu hüküm, antlaşmanın üçüncü bölümünde yer alan bildirimleri de kapsamaktadır.[194] Söz konusu kuralın istisnaları bulunmaktadır. Örneğin satıcının eksiklileri giderme hakkını düzenleyen CISG m. 48(4)'te *"..(4) Satıcının 2. veya 3. fıkra çerçevesindeki talep ve bildirimleri alıcıya ulaşmış olmadıkça hüküm doğurmaz."* denilerek, Antlaşmanın bu konuda genel kuraldan ayrıldığı belirtilmiştir. Türk hukukunda, irade beyanlarının ulaşması ile ilgili böyle açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak hâkim görüşe göre Türk hukukunda, hazır olmayanlar arasında bir tarafça yapılan beyanın hüküm ifade edebilmesi için karşı tarafa ulaşması gerekmektedir.[195]

Doktrin ve mahkemeler tarafından kabul edilen bir diğer ilke ise, aksi kararlaştırılmadıkça teamüllerin bağlayıcı nitelikte olacağıdır. Buna göre teamül, tarafların bildiği ya da bilmesi gerektiği ticari uygulamalar ile uluslararası ticarette veya ilgili ticari branşta yaygın olarak uygulanan yazılı olmayan krallar bütününü ifade etmektedir.[196]

CISG kapsamında kabul edilen ve uygulanan bir başka ilkeye göre, sözleşmelerin ayakta tutulması kuralı esastır. Bu ilkeye *favor contractus* ilkesi denilmektedir. Buna göre sözleşmenin ortadan kaldırılması son çare *(ultima ratio)* olmalıdır. Örneğin bir kararda İsviçre Federal Mahkemesi, sözleşmenin sona erdirilebilmesi için ancak istisnai koşulların meydana gelmesi gerektiğini söylemiştir. Söz konusu kararda alıcının malları işleyebileceği ya da daha düşük bir fiyata satabileceği hallerde dahi sözleşmenin ayakta tutulması gerektiği belirtilmiştir.[197]

CISG m. 7(2)'de *"..Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere…göre çözümlenir"* denilmek suretiyle CISG'nin amacına ve ruhuna göre yorum yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu noktada UNIDROIT prensipleri ile PICC ve PECL'de sözü geçen ilkelerin CISG ile nasıl ilişkilendirileceği tartışılmıştır. Ferrari'ye göre, CISG m. 7(2) uygulanırken doğrudan diğer uluslararası metinlerde kabul edilen ilkeler uygulanır demek yanlış olacaktır. Bununla birlikte CISG'nin temelinde yatan genel ilkelerin anlamlarının tespit edilmesinde diğer yeknesaklaştırma metinlerinden

taşıyacağını ve bunun CISG m. 27'nin ruhuna aykırı (uygun olmayan bildirim) olduğunu kabul etmiştir. LG Kassel, 15.02.1996, 11 O 4185/95, CISG-Online No:191.

[194] **UNCITRAL,** Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, s. 120 , 2016 Edition, http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law/digests.html. (s.e.t. 18.03.2019)

[195] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (2010),** s. 155.

[196] **FERRARI (2008),** s. 77.

[197] Bundesgerichtshof, 28.10.1998, 4C.179/1998/odi, CISG-Online No: 413; Benzer bir karar için bkz. Oberster Gerichtshof, 07.09.2000, 8 Ob 22/00v, CISG-Online No: 642.

faydalanılabileceğinin altı çizilmiştir.[198] CISG'de bu yönde bir hüküm bulunmamasına rağmen UNIDROIT'nın uluslararası ticari sözleşmelere ilişkin genel prensipleri arasında bu kuralların diğer uluslararası yeknesaklaştırma metinlerinin yorumlanmasında ve tamamlanmasında kullanılabileceği belirtilmiştir.[199]

Bu açıklamalardan da anlaşılabileceği üzere CISG için ön planda olan uluslararası ticaretin hızlı ve sorunsuz işlemesidir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan aliudun tesliminin sonuçları da bu anlayışa uygun olarak değerlendirilmelidir. Nitekim Antlaşma içerisinde aliudun teslimi hakkında doğrudan bir hüküm sevk edilmemiştir. Bu durum da çeşitli görüşlerin ortaya atılmasına sebebiyet vermiştir. Bu başlık altında yalnızca Antlaşmaya hâkim olan prensipleri ve iradelerin yorumunu incelemekle yetineceğiz. Aliudun teslimi konusu ve bu ihlalin sonuçlarına aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir.[200] Şimdi, bir diğer önemli yeknesaklaştırma metni olan PICC'ye hâkim ilkeler incelenecektir.

4.1.3. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (PICC)

CISG metninin uluslararası bağlamda 42 ülke tarafından kabul edildiği 1980 yılında, UNIDROIT, uluslararası ticaretin genel ilkelerinin belirlenmesi için bir komisyon oluşturmuştur. Komisyonun çalışmasının kapsamı ve amacı uluslararası arenada bağlayıcı bir metin ortaya koymak değil ve fakat farklı ulusal hukuk sistemlerinde yer alan ticari ilkelerin tek bir potada eritilmesidir.[201] Söz konusu komisyon ilk çalışmasını 1994 yılında yayınlamıştır. Bu yıla kadar yayınlanmış çalışmalar ya da yerel hukuklar arasında PICC'nin ilk hali kadar kapsamlı bir örnek bulunmamaktadır. Bu özelliği ile PICC birçok konuda öncül bir metin haline gelmiştir. Bununla birlikte PICC'ye hâkim genel prensipler, devletler için bağlayıcı bir özellik taşımamaktadır. Esasında PICC ile kabul edilen uluslararası ticari ilkeler, CISG'de kabul edilen genel ilkelerle büyük oranda örtüşmektedir. Fakat doğal olarak ayrıldığı bazı noktalar da vardır. PECL ile PICC'yi birbirinden ayıran en önemli özellik ise PECL'nin tarafların kim olduğuna bakılmaksızın –tacir ya da tüketici- tüm sözleşmelere uygulanabilir olmasına rağmen, PICC yalnızca uluslararası ticari sözleşmelere uygulanmaktadır.[202]

---

[198] **FERRARI (2008),** s. 80.
[199] **UNIDROIT** Principles of International Commercial Contracts, 2016, *Preamble*, s.1, https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016. (15.03.2019)
[200] Bkz. Aşağıda, Başlık 4.3.3.
[201] **ATAMER (2005),** s. 16; **ROSSUM,** s. 72.
[202] **ROSSUM,** s. 72.

PICC'nin tespit edebildiğimiz en önemli özelliği tıpkı CISG'de olduğu gibi tamamlayıcı bir yapıda olmasıdır. Bu durum söz konusu prensiplerin başlangıç hükümlerinde belirtilmiştir.[203] PICC'nin uygulanması taraflarca doğrudan belirlenebileceği gibi tarafların hukukun genel ilkelerine ya da *lex mercatoria'*ya atıf yapması yolu ile de belirlenebilir.

PICC, temel olarak uluslararası ani ve sürekli edimli satış sözleşmeleri için hazırlanmış bir metindir. Bu açıdan yukarıda kısaca söz edilen CISG ile benzerlik göstermektedir. Aynı zamanda söz konusu prensipler taraflar arasında hazırlanan sözleşme taslaklarına rehberlik etme amacı da taşımaktadır. Prensiplerin basit ve anlaşılır yapısı da bunu mümkün kılmaktadır.

PICC genel hükümlerinin başlangıcında (Art. 1.1) öncelikle sözleşme özgürlüğünün uluslararası ticaretteki başat rolü vurgulanmaktadır. Aynı zamanda prensiplere yine CISG'de olduğu gibi şekil serbestisi ilkesi hâkimdir (Art. 1.2). Bu ilke sözleşmenin kurulmasında uygulandığı gibi, sonradan yapılacak değişikliklerde ve sözleşmenin ortadan kaldırılması durumunda da uygulanır.[204]

PICC, adından da anlaşılabileceği üzere, uluslararası ticari sözleşmelere ilişkin genel prensipler getirmeyi amaçlamaktadır. Onun bu özelliği, hükümlerinin yorumlanmasında otonom yorum yönteminin kullanılmasını da zorunlu kılmaktadır (Art. 1.6). Buna göre hükümler, prensiplerin uluslararası niteliği de dikkate alınarak kendi içinde değerlendirilmelidir. Bu prensipler arasında düzenlenmeyen fakat prensiplerin kapsamı dâhilinde olan boşluklar, prensiplerin altında yatan genel ilkelere uygun olarak doldurulmalıdır.

Emredici doğası gereği uluslararası ticarette dürüstlük kuralı ve iyiniyet ilkelerinin de taraflarca gözetilmesi gerekmektedir. Bu kural, Art. 1.7'de açıkça gösterilmiştir. Yine dürüstlük kurallarının bir izdüşümü olan tutarsız davranış yasağına da Art. 1.8'de değinilmiş ve taraflara diğerinin zararına olacak şekilde ve haklı güveninin aksine tutarsız davranışta bulunmasını yasaklamıştır.

---

[203] **UNIDROIT** Principles of International Commercial Contracts- 2016, s. 1, https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016. (s.e.t. 15.03.2019)

[204] **UNIDROIT** Principles of International Commercial Contracts- 2016, s. 8, https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016. (s.e.t. 15.03.2019)

PICC'ye hâkim olan bir başka prensip ise tarafların kendi aralarında önceden beri uyguladıkları veya o ticaret dalında uzun süredir uygulanagelen teamüller ile bağlı olduğu prensibidir. Buna göre taraflar bu uygulamanın dışına çıkamazlar. Meğerki böyle bir teamülün uygulanması anlamsız olsun.

Yukarıdaki başlıkta CISG'ye gönderme ile hüküm doğurma *(dispatch principle)*'nın hâkim olduğunu belirtmiştik. PICC ise bu noktada CISG'den ayrılmaktadır. PICC'ye göre gönderilen bildirim, karşı tarafa ulaşma ile hüküm doğurur *(receipt principle).* Bununla birlikte taraflar her zaman gönderme ile hüküm doğurma prensibini de kabul edebilirler. Ancak uluslararası ticaretin zorlukları düşünüldüğünde, gönderme ile hüküm doğurma prensibini kabul etmenin sözleşmenin karşı tarafı açısından olumsuz sonuçları olabileceği söylenmektedir.[205] Buradan PICC'nin, CISG'de yer alan bildirim usulünün ötesine geçerek kendi yorumunu üstün tuttuğu sonucu çıkarılabilir.

PICC çerçevesinde aliudun teslimi ise, CISG'den farklı bir terminoloji kullanılarak tartışılmaktadır. Ancak iki metnin de temelinde benzer prensipler yatmaktadır. Bu sebeple terminoloji farklılığına rağmen sonuçların aynı olacağı söylenebilir. Sözleşmelerine PICC hükümlerinin uygulanacağını kararlaştıran tarafların aliudun teslimi durumunda hangi sonuçlarla karşılaşacaklarına yeri geldiği ölçüde değinilecektir.

Son olarak PICC yanında PECL'ye hâkim olan ilkelerin de yeknesaklaştırma metinlerinin mantığını kavramak açısından incelemekte fayda görüyoruz.

4.1.4. Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri (PECL)

Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri, temelde ekonomik bir topluluk olan Avrupa Birliği'nde ortak bir Medeni Kanun'un yaratılması amacıyla yayınlanmış ilkeler topluluğudur.[206] CISG'nin kabul edilmesinden sonra 1982 yılında, herhangi bir otoriteden bağımsız olarak oluşturulan Avrupa Sözleşmeler Hukuku Komitesi'nce *(Commission on the European Contract Law- CECL)* hazırlanmaya başlanan PECL çalışması, 2003 yılında üçüncü ve son bölümünün de yayınlanması ile birlikte nihayete ermiştir.[207] PECL'nin,

[205] **UNIDROIT** Principles of International Commercial Contracts- 2016, s. 28, https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016. (s.e.t. 15.03.2019)
[206] **LANDO, Ole** (2001) 'The Structure and Salient Features of the Principles of European Contract Law' Juridica International VI/2001, 4-15, s. 4 vd.
[207] **LANDO (2001),** s. 5; **ÖZKAN, Zehra** (2017) 'Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması' AÜHFD, 66(1): 157-199, s. 186.

Avrupa Medeni Kanunu'na hazırlık amacı dışında uluslararası ticarette *lex mercatoria* olarak kabul edilmek (PECL 1:101) ve ulusal hukukların gelecekte yapacakları Medeni Kanunlarına model alabilecekleri bir metin olma amaçları da bulunmaktadır.[208]

Taraflar PECL'nin uygulanmasını kararlaştırabilecekleri gibi, *lex mercatoria'*ya atıf yaptıkları durumda yine prensiplerin uygulanmasını sağlayabilir.[209]

PECL'nin genel hükümleri düzenleyen birinci bölümünde, diğer yeknesak düzenlemelere benzer hükümler sevk edilmiştir. Tıpkı CISG m. 6'da olduğu gibi, PECL hükümleri de tamamlayıcı niteliğe sahiptir (PECL 1:102:2).[210]

Yine CISG m.11'de olduğu gibi PECL 2:101'de de şekil serbestisi ilkesi geçerlidir. Doğal olarak ahde vefa ilkesi de PECL'nin temel prensipleri arasında yerini almıştır (PECL 1:105).

CISG m. 27'de kendine yer bulan gönderme ile hüküm doğurma prensibi *(Dispatch Principle)* PECL m. 1:303:4'te benzer şekilde kaleme alınmıştır. Ancak CISG'deki düzenlemeye ek olarak aynı maddenin ikinci fıkrasında herhangi bir ihbarın muhataba ulaştığı anda hüküm ve sonuç doğuracağı belirtilmiştir.

Tarafların milletlerarası ticarette dürüstlük kurallarına uyma yükümlülüğü ise PECL m. 1:201'de açıkça ifade edilmiştir (CISG m. 7(1)). Prensiplerin yeknesak uygulamasının sağlanması için otonom yorum yöntemi PECL metni için de geçerlidir (PECL m. 1:106).

PECL içerisinde sevk edilen prensipler geniş çerçeveli olup, detaylandırılmamıştır. Geniş çerçeveli prensipler, geniş yorumlamaya da açık olmalıdır. Hükümlerin geliştirilebilir olması ve esnekliğinin sağlanabilmesi adına böyle bir yöntem tercih edilmiştir.[211]

PECL'nin CISG terminolojisinden ayrıldığı en önemli nokta 'ifa etmeme' *(non-performance)* kavramının kullanılış şeklidir. PECL m. 1:301:4'te ifa etmeme kavramı ile sözleşmesel yükümlülüklerden herhangi birine aykırılığın kastedildiği ifade edilmektedir. Bu yükümlülüklerin kapsamına geç ifa, ayıplı ifa ve sözleşmenin tam olarak yerine

---

[208] **LANDO (2001),** s. 5; **DAYINLARLI, Kemal** 'Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri': Ünal, Mehmet (Editör) (2006), Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, Yetkin, 327-396, s. 337 vd.; **DIMATTEO (2002),** s. 576 vd.

[209] Örneğin İngiltere ve Fransa arasında yapılan *Manş Tüneli* sözleşmesinde PECL hükümlerinin sözleşmeye dâhil olması kararlaştırılmıştır. **DAYINLARLI,** s. 336.

[210] Bkz. Yukarıda, Başlık 4.1.2.

[211] Nitekim yukarıda açıklandığı üzere, prensiplerin temel amaçlarından biri Avrupa Medeni Kanununa çerçeve oluşturabilecek bir metin hazırlanmasıdır. Bu sebeple hükümlerin sürdürülebilir ve esnek olması gerekmektedir; **LANDO (2001),** s. 5 vd.

getirilebilmesi için gerekli olan işbirliği yükümlülükleri de dâhildir.[212] Söz konusu terminoloji farklılığının sebebi, İngiliz Hukukunda ihlal *(breach)* kavramının yalnızca zarar gören tarafça tazminat talep edilmesi durumunda kullanılmasıdır.[213] Bu sebeple PECL m. 1:301'de ifa etmeme *(non-performance)* kavramı tercih edilmiştir. Bununla birlikte PECL'de, PICC'ye benzer şekilde ifa etmeme hallerinin tek tek sayılması yönteminden de sakınılmıştır.[214]

Aynen ifa talebine ilişkin olarak PECL'nin CISG ile benzer bir yaklaşımın benimsendiği de söylenebilir. Bu yaklaşım aynen ifanın sınırlandırılması gerektiği fikridir.[215] Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde kural olarak alıcının birincil talebinin aynen ifaya yönelik olduğu kabul edilse de, oluşturulan istisnalar sebebiyle yine söz konusu aynen ifa talebi oldukça sınırlı bir biçimde uygulanmaktadır.[216] Bu sebeple PECL m. 9:102'de para borçları dışında aynen ifayı talep hakkı tanınmış, ancak bu talebin sınırlandırılmasına yönelik durumlar da ayrı bentler halinde sıralanmıştır. Söz konusu hükmün aynen ifa talebine yaklaşımı benzer olsa da sevk ediliş tarzı CISG m. 28'den farklı nitelik taşımaktadır.

Terminolojik farklılıklar bir yana bırakılacak olursa, PECL ve CISG ifa engelleri sistemi birbirine oldukça yakındır. Sözleşmeye aykırılığın ağırlığı, ihlale uğrayan tarafça başvurulabilecek hukuki imkânlar açısından belirleyici bir faktör niteliği taşıyacaktır. Söz konusu uygulama Lando tarafından "oranlılık prensibi" olarak ifade edilmektedir.[217]

4.2. CISG İfa Engelleri Sistemini Etkileyen Hukuk Düzenleri

4.2.1. Kıta Avrupası (Civil Law) Sistemi

Kıta Avrupası *(Civil Law)* ile *Common Law* hukuk sistemleri arasında karşılaştırma yapmak kapsamlı ve tek bir tezin içerisine sığdırılamayacak kadar geniş bir konudur. Ancak bu çalışma ile ilgili olarak birçok kez bu ayrıma değinmemiz gerekmektedir. Bu sebeple söz konusu hukuk sistemleri hakkında genel anlamda bir çerçeve çizeceğiz. Bu bağlamda

---

[212] *"..(4) 'non-performance' denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract."*
[213] **LANDO, Ole** (2006) 'How the Principles of European Contract Law (PECL) Were Prepared' 8 European Journal of Law Reform 477-483, s. 483.
[214] **ROSSUM,** s. 79.
[215] **LANDO (2001)**, s. 7.
[216] **ROSSUM,** s. 82 vd.
[217] **LANDO (2001),** s. 11.

yalnızca ifa engelleri sistematiği açısından, genel hatlarıyla bu konuya değinmek istiyoruz.[218]

Türk hukuk sisteminin de parçası olduğu Kıta Avrupası *(Civil Law)* hukuk sistemi birçok yönden *Common Law* sisteminden ayrılmaktadır. Kıta Avrupası sistemi, *Common Law'*un aksine kaynağını parlamento tarafından çıkarılan kanunlardan almaktadır. Mahkemeler tarafından verilen hükümler, bu kanunlarda yer alan temeller üzerine inşa edilmektedir.

Kıta Avrupası sözleşmeler hukuku sistemi, içerisinde farklı sözleşmeye aykırılık türleri barındırmakta ve tarafların hak ve yükümlülükleri de bu esaslar çerçevesinde değerlendirilmektedir. Temel olarak imkânsızlık ve temerrüt ayrımı üzerine inşa edilen bu sisteme zaman içerisinde gereği gibi ifa etmeme ve aşırı ifa güçlüğü kavramları eklenmiştir.[219] Böylelikle taraflardan biri üzerine düşen edim yükümlülüklerinden birini ihlal ettiğinde önce sözleşmeye aykırılığın türü saptanmakta, ardından sorumluluğun kapsamı belirlenmektedir.

Tarihi gelişimi içerisinde sözleşmeye aykırılık türleri toplumsal ihtiyaçlar göz önünde bulundurularak çeşitli alt ayrımlara tabi tutulmuştur. Bunun en güzel örneği imkânsızlık konusunda kendini göstermektedir. Başlangıçtaki-sonraki, objektif-sübjektif, kusurlu-kusursuz imkânsızlık ayrımları, farklı görünümlerdeki borca aykırılık durumlarını birbirinden ayırmak için ortaya atılmışlardır. Söz konusu ayrıntılı düzenlemeler somut olay adaletinin sağlanmasına yardımcı olmakla birlikte uygulayıcı açısından bazı zorlukları da beraberinde getirmektedir. Nitekim Kıta Avrupası ifa engelleri sisteminde karar vermek zorlaşmakta ve kural ile istisnai durumlar arasındaki çizgi de muğlaklaşmaktadır.[220]

Kıta Avrupası özel hukuk sisteminde asıl talep, temerrüt ve imkânsızlık kavramları da göz önüne alındığında, aynen ifa talebidir.[221] Buna göre alıcının öncelikle sözleşme konusu üzerindeki menfaati korunmalıdır. Böylelikle sözleşme ile istenen amaç gerçekleşecek, alıcı

[218] Bu çerçevede daha ayrıntılı bir karşılaştırma için bkz. **MARCANTONIO, J. Barrigan** (1984) 'Unifying the Law of Impossibility' 8 Hastings International & Comparative Law Review, s. 41-59.
[219] **ARAL,** s. 76 vd.
[220] Bunun en güzel örneği yukarıda başlık 2.1.2.'de açıklamaya çalıştığımız aliud-ayıp ayrımıdır.
[221] **BAŞOĞLU, Başak** (2012) Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul, XII Levha, s.69; **SERT, Selin** (2013) Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul, Vedat, s. 33.

istediği mala satıcı ise semene kavuşmuş olacaktır. Tazminat talebi ise ikincil talep olarak benimsenmiştir.[222]

Kıta Avrupası sisteminde aynen ifanın asli talep olması bir yana, tazminatın belirlenmesinde de genellikle ihlal edenin kusuru belirleyici bir etken olmaktadır. Aynen ifa ve gecikme tazminatı dışındaki borca aykırılık yaptırımları kusur ekseni etrafında dönmektedir. Böylelikle kusursuzluğunu ispat eden taraf bir ölçüde sorumluluktan da kurtulabilecektir.

Kıta Avrupası hukuk siteminde Alman ve Fransız hukuklarının temel aldığı Roma hukukunun etkileri sürmekle birlikte[223], teknoloji ve ticari imkânların gelişmesi ve birçok işlemin hızlanması sebebiyle ulusal hukuklar da sözleşmeye aykırılık sistemlerinde değişikliğe gitmeye başlamışlardır. Bu değişim özellikle *Common Law'*un sözleşmeye aykırılık *(breach of contract)* yönünde olmaktadır. *Common Law* sisteminin etkisiyle satım hukukunda Finlandiya 1988 yılında, Norveç 1989 yılında, İsveç 1990 yılında değişikliğe gitmiştir. Bunun yanında 1992 yılında Hollanda Medeni Kanunu'nda değişiklik yapılmış, 2002 yılında ise Almanya hukuk reformu ile söz konusu yenilikleri BGB ile uyumlu hale getirmiştir.[224]

4.2.2. Ortak Hukuk (Common Law) Sistemi

Kıta Avrupası sisteminden oldukça farklı olan *Common Law,* kaynağını parlamento tarafından çıkarılan kanunlarda değil, hâkimlerin daha önce karşılaştıkları olaylara verdikleri cevaplarda bulmaktadır.[225] Böyle meseleci yaklaşımla hareket eden hukuka *Case Law* da denilmektedir. İlk olarak İngiltere'de uygulanmaya başlanan *Common Law* sistemi, daha sonra Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, İrlanda, Avusturalya ve Güney Afrika hukuk sistemlerine dâhil olmuştur.[226] Özellikle İngiltere'de yüzyıllardır uygulama bulan *Case Law* sistemindeki adetlerin sertliğini gidermek amacıyla, somut olay adaletine dayanılarak verilen kararlardan oluşan hukuka ise *Equity Law* (Hakkaniyet hukuku) denilmektedir.

---

[222] Ancak TBK ticari hayatın gerekleri gereği, tacir alıcının aynen ifa yerine müspet zarar talep ettiği karine olarak kabul edilmektedir. **EREN (2016b),** s. 71.
[223] **BİLGE, Necip** (2008) Hukuk Başlangıcı- Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Ankara, Turhan, s. 70.
[224] **ATAMER (2005),** s. 288 vd.; **SEROZAN (2000)**, s. 233; **SEROZAN (2016),** § 11 N. 16, s. 139 vd.; **SERT,** s. 32;
[225] İngiltere'de 19. Yüzyıldan itibaren, Avrupa'daki kadar geniş çapta olmasa da bazı kanunlaştırma çalışmaları yapılmıştır. Böyle kanunlara dayanan hukuka Kanun Hukuku *(Statute Law)* denilmektedir. Ancak sistem temel olarak olaya dayalı çözümü benimsemiştir. Bkz. **BİLGE (2008),** s. 79.
[226] **BİLGE (2008),** s.79; **SERT,** s. 27.

Böylelikle mahkeme içtihatlarına dayanan *Common Law* (Ortak Hukuk) ortaya çıkmıştır.[227] *Case Law* hukuk sisteminde hukukun amacına ulaşabilmesi için salt mantıktan başka araçların da kullanılması gerekir. Uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için özellikle zamanın gereklilikleri ve hukuki tecrübeler önemli rol oynamaktadır.[228]

Common Law hukuk sistemi içtihat temelli gelişen bir sistem olduğu için, Kıta Avrupası sisteminde olduğu gibi genel-özel hükümler ayrımı yoktur. Yine aynı sebeple sözleşme tipleri de içtihatlar aracılığıyla gelişmiştir.[229]

Ahde vefa ilkesi *(sanctity of contract) Common Law* sistemine de hâkim olan bir ilkedir. Taraflar karşılıklı olarak yükümlülüklerini yerine getirme taahhüdü içerisine girmektedirler. Bu yükümlülükten kurtulmanın tek yolu ise tazminat ödemektir.

Common Law ifa engelleri sistemi alıcının sözleşmeye aykırılık talepleri açısından tazminatı esas alan bir sistemdir. Başka bir deyişle, sözleşmeye aykırılığın türü ister asli edim isterse de yan edim yükümlülüğünden kaynaklansın aslolan sözleşmeye aykırılığın varlığıdır. Uygulayıcının öncelikle sorması gereken soru, sözleşmeye aykırılığın bulunup bulunmadığıdır.[230] Bir kere bu soruya olumlu cevap verildiğinde, artık yükümlülüğünü ihlal eden tarafın tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Sözleşmeye aykırılığın ağırlığı ise, alıcının sahip olduğu haklardan hangilerinin kullanılıp kullanılmayacağında belirleyici rol oynayacaktır.

Taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulduğunda artık bir garanti yükümlülüğünün varlığından söz edilir. Buna ortak hukukta "warranty" denilmektedir. Buna göre sözleşmenin iki tarafı da borç ilişkisine dâhil tüm yükümlülüklerin yerine getirileceğini garanti etmiş sayılır. Garanti taahhüdünün ihlal edilmesi, ihlal eden aleyhine kusursuz sorumluluk doğuracaktır.

İngiliz Hukuku uygulayıcıları "warranty" taahhüdünü yetersiz bulmuşlar ve sorumluluğu ikiye ayırarak değerlendirme yoluna gitmişlerdir. Buna göre sözleşme içerisinde daha az önemli koşul olarak "warranty" değerlendirilmesi yapılmakta, sözleşmenin esaslı koşullarını ise "condition" adı altında değerlendirmektedirler.[231] Bu

[227] Ayrıntılı bilgi için bkz. **JENKS, Edward** (1936) 'The Book of English Law', Part 2,3,4 (Çeviren: Özyörük, Mukbil (1950) İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler, AHFD, No:1-2, s.40 vd.).
[228] **HOLMES, Oliver Wendell, Jr.** (2009) The Common Law, Harvard University Press, s. 3.
[229] **SERT,** s. 28.
[230] **SERT,** s. 29; **SARIKAYA, Murat** (2017) Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması "CISG" Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali, İstanbul, s. 93 vd.
[231] **SERT,** s. 30.

durumda eğer sözleşme ihlali yalnızca "warranty" olarak nitelendirilen koşullardan birine aykırılık teşkil ediyorsa tazminat hakkı doğacaktır. Bununla birlikte ihlal edilen yükümlülük "condition" adı altında değerlendirilen koşullardan birine karşılık geliyorsa artık tazminat yanında sözleşmeden dönme hakkı da tanınacaktır.[232] İngiliz hukukunda kabul edilen bu sistem CISG uygulamasındaki esaslı ihlal kavramı ile benzerlik göstermektedir.

Sözleşme ile kararlaştırılan yükümlülüklerin ihlali halinde tazminat temelli bir sistemin benimsenmesi, aynen ifayı ikincil ve istisnai bir talep haline getirmiştir. Aynen ifanın görünüm biçimleri olan yenisiyle değiştirme hakkı ve onarım talebi de tıpkı aynen ifa yaptırımı gibi ikincil bir niteliğe bürünmüştür.

Common Law sisteminde kabul edilen sözleşme ihlali sistemi, sözleşmeye aykırılık kurumunu oldukça sade bir hale getirmiştir. Böylelikle özel-genel hüküm ikilemleri ve yarışma problemlerinden de kaçınılmıştır.

İhlal edenin garanti sorumluluğunun sözleşmenin amacı ile sınırlandırılması, alacaklı lehine ayıbın giderilmesi istemi ve sözleşmeden dönme hakları ihlalin esaslı olması koşuluna bağlıdır. Tazminatın kapsamı da öngörülebilirlik prensibi ile sınırlandırılmıştır.

4.3. Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Aliudun Hukuki Niteliği

4.3.1. CISG İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış

4.3.1.1. Genel Olarak

CISG düzenlenirken *Common Law* sistemindeki gibi tek bir sözleşmeye aykırılık tipi esas alınmış, fakat bunu Kıta Avrupası ülkelerinin kabul edebilmesi ve Antlaşmanın uygulanabilirliğinin artırılması amacıyla sistem yumuşatılmaya çalışılmıştır.[233] Özellikle aynen ifanın talep edilebilirliğinin *Common Law* sistemine nazaran kolaylaştırıldığı söylenebilir. Nitekim *Common Law* sisteminde ihlale uğrayan tarafın esas talebinin tazminat olduğu kabul edilmekte ve aynen ifaya çok istisnai durumlarda hükmedilmektedir.[234]

[232] **SERT,** s. 30.
[233] **SERT,** s. 27; CISG'nin bu yaklaşımı m. 45 metninden de anlaşılmaktadır: "Satıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse.." bkz. **DAYIOĞLU, Yavuz** (2011) CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul, XII Levha, s.31, dn. 3; **SARIKAYA,** s. 5; **BAŞOĞLU,** s. 219.
[234] **BAŞOĞLU,** s. 235.

CISG'de ise Antlaşmanın Kıta Avrupası ülkelerince kabul edilmesini sağlamak amacıyla, mahkemenin iç hukukuna göre Antlaşma ile benzer satım sözleşmelerinde aynen ifaya hükmedecek olması durumunda, aynen ifa talebi kabul edilmektedir. Böylelikle aynen ifa talebi, *Common Law'*a nazaran istisnai olma niteliğinden kurtulmuştur.[235] Gerçekten de Antlaşmanın m. 28 hükmü "*Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahip ise, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür.*" demek suretiyle aynen ifanın talep edilebilmesine imkân tanımaktadır.

CISG ifa engelleri sisteminde borçlunun borca aykırı herhangi bir davranışı sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Sözleşmeye aykırılığın sonucu olarak alıcının taleplerinin temelinde tazminat yükümlülüğü öngörülmüştür.[236] Alıcının aynen ifa, bedel indirimi, maldaki ayıbın giderilmesi, değişim talebi ve sözleşmeden dönme imkânları yine tanınmıştır. Bununla birlikte alıcının aynen ifa, malın yenisiyle değiştirilmesi talebi ve sözleşmeden dönme haklarını kullanabilmesi için sözleşmenin esaslı bir biçimde ihlal edilmesi *(fundamental breach)* gerekmektedir. Esaslı ihlal kavramı aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir. Alıcının bedel indirimi ve onarım haklarını kullanması ise herhangi bir ek koşula bağlanmamıştır. Alıcı kendisine tanınan seçimlik hakları kullanmakla, tazminat talep etme hakkını kaybetmemektedir.[237]

Common Law sisteminde borca aykırılığın ağırlığı pek tabii olarak hakkı ihlal edilen tarafın başvurabileceği hukuki imkânlarını etkilemektedir. Ancak söz konusu etkiler başlangıç aşamasında değil, sonradan kendini göstermektedir.

CISG ifa engelleri sisteminde, borçlunun tazminattan sorumlu olabilmesi için kusurlu olması şartı aranmamıştır. Bu açıdan incelendiğinde Antlaşmanın *Common Law* sisteminden etkilendiği görülebilmektedir. Bununla birlikte CISG Kısım III, Bölüm V, Ayrım IV'te m.

---

[235] **SCHLECHTRIEM, Peter/SCHWENZER, Ingeborg (Eds.)/MÜLLER-CHEN,** (2010) Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), First Publication, New York, Oxford University Press, Art. 28 N. 1,2.

[236] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN,** Art. 45 N. 1. *Common Law* sisteminde aynen ifanın talep edilebilmesi çok istisnai hallere özgüdür. Örneğin Amerikan UCC § 2-711(2)(b) ve § 2-716 uyarınca alıcı, malların eşsiz olması veya aynen ifaya hükmedilmesinin uygun olduğu hallerde bu hakkını talep edebilecektir; İngiliz *Sale of Goods Act* 1979 § 52(1) uyarınca parça borcunun kararlaştırılmış olduğu hallerde ve sözleşmeye uygun bir çözümün getirdiği takdirde hâkim, aynen ifaya hükmedebilecektir. Ancak cins borçlarında alıcının tazminatı uygun bir şekilde elde edemeyeceği durumlarda aynen ifayı talep edebilecektir, bkz. **DAYIOĞLU,** s. 33, dn. 9.

[237] **BAŞOĞLU,** s. 222. Alıcının tazminat talebinin saklı tutulması CISG m. 45/II ve m. 61/II'de düzenlenmiştir.

79 ve m. 80'da taraflardan birinin veya görevlendirdiği üçüncü kişinin denetimi dışında gerçekleşen vakalardan ötürü borcunu ifa edememesi halinde sorumluluktan kurtulma kurumu düzenlenmiştir. Burada m.79(5) hükmü ile getirilen sınırlamanın da gözden kaçırılmaması gerekir. Hükme göre sorumluluktan kurtulma ancak tazminat yükümlülüğü açısından söz konusu olabilir. Yani hüküm, diğer seçimlik hakların kullanılmasını engellemez.[238]

Genel özelliklerini anlatmaya çalıştığımız CISG ifa engelleri sisteminde *aliudun* teslimini tartışmaya geçmeden önce; aynen ifa talebi, yenisiyle değiştirme hakkı ve sözleşmeden dönme kavramlarının üzerinde biraz daha durmak gerekir. Böylelikle alıcının sahip olduğu hakların tespit edilmesi kolaylaşacaktır. Bu kavramların CISG bağlamında değerlendirebilmek için öncelikle sözleşmenin esaslı ihlali *(fundamental breach)* kavramının açıklanması gerekmektedir. Nitekim CISG bağlamında taraflardan birinin söz konusu hakları kullanabilmesi için esaslı ihlalin varlığı şarttır.

4.3.1.2. Esaslı İhlal (Fundamental Breach) Kavramı

Alıcının sözleşmeyi sona erdirme hakkının ihlalin ağırlığına bağlanması düşüncesi UNIDROIT'in uluslararası satıma ilişkin yeknesak bir hukuk yaratma çalışmalarına başladığı 1930'lu yıllara kadar takip edilebilir.[239] Söz konusu çalışmalardan sonra hazırlanan çeşitli taslaklarda esaslı ihlal kavramının izlerine rastlanmaktadır. ULIS öncesi taslaklarda, yukarıda da sözü geçen *warranty* ve *condition* ayrımından hareket edildiği söylenebilir. Bunun anlamı tek bir sözleşmeye aykırılık prensibi yerine, alıcının ihlal edilen yükümlülük olmasaydı sözleşmeyi hiç yapmayacak olmasının esas alınmasıdır. Ancak yapılan tartışmalar sonucunda "asli yükümlülüklerin ihlali" yerine "yükümlülüklerin esaslı ihlali" yaklaşımının benimsenmesi ile yeknesak bir sözleşmeye aykırılık kavramının benimsenmeye başladığı görülmektedir.[240]

İhlale uğrayan tarafın seçimlik haklarından hangilerini kullanabileceğinin belirlenebilmesi için öncelikle ihlalin esaslı olup olmadığı kontrol edilmelidir.[241] CISG m.

---

[238] Bkz. CISG m. 79/V: "Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez."

[239] **KOCH, Robert** (1999) 'The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)' Kluwer Law International, 177-354, s. 269, http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/koch.html.

[240] Böylelikle 1956 ve 1963 yılı taslaklarında ilk kez sözleşme ihlali tek bir madde altında incelenmiştir, bkz. **SARIKAYA,** s. 72 vd.

[241] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER,** Art. 25 N. 6.

25'e göre sözleşmenin esaslı bir biçimde ihlal edildiğinin söylenebilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Buna göre esaslılık değerlendirmesi ikisi olumlu biri de olumsuz olmak üzere üç şartın bir araya gelmesinden oluşur. Bu şartlar; sözleşmenin ihlal edilmiş olması, bu ihlalin karşı tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatlerden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep olması ve böyle bir sonucun sözleşmeyi ihlal eden tarafından öngörülmüş ya da aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişinin öngörebilecek olmasıdır.

Sözleşme İhlali (Breach of Contract)

Esaslı ihlalin söz konusu olabilmesi için öncelikle bir sözleşme ihlali *(breach of contract)*bulunması gerekir. CISG m. 25 anlamında sözleşme ihlali, taraflar arasında kurulan sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali şeklinde anlaşılmalıdır.[242] CISG m. 8 ve m. 9 uyarınca tarafların açıkça ya da zımnen kararlaştırmış oldukları yükümlülüklerin ihlali halinde de sözleşme ihlali söz konusu olacaktır. Nitekim m. 9/I'e göre *"Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır."* Burada önemli olan tarafların açık ya da zımni olarak kararlaştırdıkları yükümlülüklerin sözleşme içeriği haline gelmiş olup olmadığıdır. Nitekim bir kararında Alman Federal Mahkemesi, taraflar arasında yapılan midye satışına ilişkin sözleşmede satıcının özel koşullar sebebiyle bildiği sebepler ya da alıcı tarafından bilgilendirilmesi veya satıcının uzmanlığına güvenilmesi gibi koşullar oluşmadıkça, satıcının alıcının ülkesinde yürürlükte olan yasal düzenlemeleri bilmemesini sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirmemiştir.[243] Bu kapsamda taraflarca kararlaştırılan her türlü asli edim, yan edim ya da yan yükümlülüklerin ihlali sözleşmeye aykırılık oluşturacak ve ihlale maruz kalan taraf tazminat talep edebilecektir.[244] Ancak bunların sözleşme içeriği haline gelmesi gerekir. Yükümlülük ihlali ve CISG m. 25'te yer alan diğer koşulların gerçekleşmesi ile birlikte esaslı ihlalin varlığı kabul edilmelidir.

Sözleşme ihlali ne kadar büyük olursa olsun esaslılık değerlendirmesindeki tek ölçüt değildir. İhlalin esaslı olup olmadığı değerlendirilirken diğer iki kıstasın da varlığı aranmalıdır. Bu yaklaşım CISG'nin tüm sözleşmeye aykırılık tiplerini tek bir potada eritme anlayışıyla da örtüşmektedir. Buna göre, sözleşmeye aykırılık –Kıta Avrupası sistemi

[242] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER**, Art. 25 N. 13.; **SARIKAYA,** s. 94.
[243] Bkz. Bundesgerichtshof, 08.03.1995, CLOUT No: 123.
[244] **DAYIOĞLU,**s. 36; **SARIKAYA,** s.100. Ayrıca CISG m. 45/I " Satıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse.."

düşünüldüğünde- ne kadar ağır olursa olsun karşı taraf açısından önemli ölçüde bir olumsuzluğa sebebiyet vermiyorsa ihlalin esaslı olduğundan söz edilemez.[245]

İhlalin Önemli Bir Olumsuzluğa (Detriment) Yol Açması

CISG anlamında esaslı ihlalin varlığından söz edilebilmesi için sözleşmeye aykırılık aranan ilk koşul olmakla birlikte en önemlisi değildir. İhlalin varlığı mantıksal bir giriş kapısı mahiyetindedir. CISG asıl olarak ihlalin sonuçlarına odaklanmaktadır.[246]

CISG m. 25 metni, olumsuzluk ölçütü değerlendirmesinde tarafların beklemekte haklı olduğu menfaatlerin saptanması, saptanan bu menfaatlerden önemli ölçüde yoksun kalınıp kalınmadığının tespit edilmesi ve karşı tarafın uğradığı olumsuzluğun tespitinin dikkate alınması gerektiğine işaret etmektedir.

Doktrinde kimi görüşler olumsuzluk ölçütüne dar bir anlam vermekte ve bu şartı hakkı ihlal edilen tarafın mali açıdan zarar görmesi ile sınırlandırmaktadır.[247] Buna karşın ikinci bir görüşe göre ise olumsuzluk kavramı daha geniş yorumlanmalıdır.[248] Söz konusu ikinci görüşe göre, Antlaşmanın otonom yorum kuralı dikkate alındığında ulusal hukuklardaki benzer kavramlarla -örneğin 'zarar' kavramı- olumsuzluk kavramı birbiriyle karıştırılmamalıdır. Aksi halin kabulü, m. 25 ile tazminatın düzenlendiği m. 74'ün karşılaştırması sonucunda esaslı ihlal için aranan olumsuzluk şartını anlamsız kılacaktır.[249]

---

[245] Ayıbın ağırlığı tek başına esaslılık değerlendirmesinde etkili değildir. Örneğin bkz. Bundesgerichtshof, 24.09.2014, CISG-Online No: 2545; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER**, Art. 25 N. 22.

[246] İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararına ilişkin olarak bkz. Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-Online No: 770, *"The importance of the breach is not determinative; only the consequences of the breach to the damaged party are determinative. This means that a principal obligation must have been breached in such a way that the economic goal of the contract cannot be achieved; the damaged party being interested no longer in the performance of the contract."*

[247] **SARIKAYA,** s. 112 dn. 64 ve orada anılan yazarlar.

[248] **GRAFFI, Leonardo** (2003) 'Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention' Revue de droit des affaires internationales / International Business Law Journal No. 3, 338-349, s. 338,https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html#23 (s.e.t. 02.05.2019); **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER,** Art. 25, N. 22; **BRIDGE, Michael** (2010) 'Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods' Vol. 59 International & Comparative Law Quarterly pp. 911-940, s. 918 ve orada dn. 40'ta belirtilen karar bkz.; Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006, CISG-Online No: 1377; Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-Online No: 770.

[249] **SARIKAYA,** s. 112 vd.; CISG m. 74: "Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. Söz konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz." Kanaatimizce, burada birbirini anlamsız bırakacak iki hüküm söz konusu değildir. CISG m. 25 ile m. 74 birbirinden farklı konuları düzenlemektedir. Sözleşmenin esaslı ihlali ile herhangi bir yükümlülüğün ihlali sonucu ortaya çıkabilecek tazminat talebi birbirinden farklı nitelikte taleplerdir.

Olumsuzluk şartının gerçekleşmemesi, esaslı ihlalin varlığını ortadan kaldırır. Örneğin düzgün paketlenmeden gönderilen malların alıcıya sağlam ulaşması ve sözleşme gereği paketlemenin esaslı bir unsur olmadığı bir durumda alıcı, CISG m. 35/I'e göre paketleme yükümlülüğünün ihlal edildiğini ileri sürerek esaslı ihlalin varlığını iddia edemeyecektir.[250] Söz konusu örnekte alıcının herhangi bir olumsuzluğa uğramadığı rahatlıkla söylenebilir. Ancak yine de görece önemsiz yükümlülük ihlallerinin de sözleşmenin esaslı ihlaline sebep olabileceği gözden kaçırılmamalıdır.[251]

CISG m. 25 metni dikkate alındığında esaslı ihlalin varlığının saptanabilmesi için, *"Taraflardan birinin…sözleşme uyarınca beklemekte haklı olunan menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakacak bir.."* olumsuzluğun söz konusu olması gerekir. Dolayısıyla olumsuzluğun varlığı öncelikle sözleşme uyarınca 'beklenmekte haklı olunan menfaat'in tespit edilmesine bağlıdır. Bu menfaatten ancak önemli ölçüde yoksun kalındığı hallerde bir olumsuzluktan ve dolayısıyla esaslı ihlalden söz edilebilir. Bu sebeple sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatlerin kapsamının belirlenmesi gerekmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, ihlal edilen yükümlülüğün esaslı ihlal oluşturabilmesi için, bu ihlalin tarafların elde etmeyi beklediği ekonomik menfaat üzerinde önemli bir etki doğurması gerektiği kabul edilmiştir.[252] CISG'nin uygulandığı sözleşmelerin uluslararası mal satımına ilişkin olması, zaten amacın çoğunlukla ekonomik bir menfaat elde etmek olduğunu göstermektedir. Söz konusu kararda, malların belirli bir tarihte teslim edilememesi sonucu alıcı da müşterilerine karşı kendi yükümlülüklerini yerine getirememiştir. Dolayısıyla daha aşağı kalitede mal temin etmek zorunda kalan alıcının esaslı ihlalin varlığını ileri sürmesi haklı görülmüştür. Bu noktada *Bridge,* CISG m. 25'in çok katı bir şekilde okunup sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırılmasını eleştirmektedir.[253] Ayrıca CISG'de ispat yükü alıcının üzerine bırakılmıştır. Alıcı, hem sözleşme ihlalinin varlığını hem de olumsuzluğun varlığını ve bu olumsuzluk sebebiyle

[250] **KOCH, Robert** (2004) 'Commentary on Whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 25 CISG', CISG Database, https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch1.html. (s.e.t. 03.05.2019)

[251] **GONZALEZ, Olga** (1984) 'Remedies Under the UN Convention for the International Sale of Goods' 2 International Tax & Business Law. 79-100, s. 86.

[252] Bundesgerischt, 15.09.2000, CISG-Online No: 770.

[253] **BRIDGE,** s. 919 vd. Örneğin yazar s. 921'de, 'teslim edilen mallar tamamen kullanım dışı olmadıkça alıcıyı zarar talebi ve semenin tenzili ile sınırlandırma'nın çıtayı çok yükseltmek ve CISG m. 25'i gözetmeden hareket etmek anlamına geleceğini söylemekte ve Oberlandesgericht Düsseldorf, 23.01.2004, CISG-Online No:918 kararını ve aynı fikri paylaşan Schroeter'i eleştirmektedir, bkz. **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER /SCHROETER,** Art. 25, N. 50.

sözleşmenin bütününden beklediği menfaatin önemli ölçüde kaybedildiğini ispatla yükümlüdür.[254]

Olumsuz Şart: Öngörülebilirlik

Esaslı ihlalin varlığı için aranan iki olumlu (esaslı ihlalin iddia edilebilmesi için varlığı gereken) koşulun yanı sıra CISG m. 25 hükmü ile birde olumsuz şart gerekmektedir. Söz konusu hükümde *"...;meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun."* denilmek suretiyle kural belirtilmiştir.

Burada önemli olan husus, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörmesi beklenen şeyin sözleşme ihlali değil, *"olumsuzluk"* olduğunun tespitidir. Sözleşme ihlaline sebep olan taraf, bu olumsuzluğu öngöremeyeceğini ispat etmek suretiyle esaslı ihlal şartlarının gerçekleşmediğini ileri sürebilir.

CISG kanun koyucusu, sözleşmeyi ihlal eden tarafından meydana gelen aykırılığın "öngörülemez" olduğu iddiasıyla sık karşılaşılacak olması olasılığını göz önüne alarak biri sübjektif diğeri ise objektif iki ölçüt getirmiştir.[255] Sözleşmeyi ihlal eden taraf öncelikle söz konusu ihlali öngörmemiş olmalıdır. Bu ihtimal kolaylıkla savuşturulabilir. Örneğin gereği gibi olmayan bir ifa gerçekleştiren satıcı, esaslı ihlalin sonuçlarından kaçınmak için meydana gelen sonuçları öngöremediğini iddia edebilir. Bu sonucun önüne geçmek için hükmün kapsamına objektif ölçüt de dâhil edilmiştir. Buna göre ihlali gerçekleştiren taraf ile aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişinin de söz konusu sonuçları öngöremeyecek durumda olması gerekir.

Öngörülebilirlik kıstasının ne zaman aranacağına ilişkin doktrinde çeşitli tartışmalar yapılmıştır. Bugün hâkim olan görüşe göre öngörülebilirlik ölçütünün varlığı kural olarak sözleşmenin kurulduğu anda aranmalıdır.[256]

---

[254] **SARIKAYA,** s. 138.
[255] **ATAMER, Yeşim** 'Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış': Atamer, Yeşim (Editör) (2008) Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG), İstanbul, XII Levha, 221-267, s. 243.
[256] Tartışmalar için bkz.; **ATAMER (2008),** s. 245 vd.; **SARIKAYA,** s. 155 vd.

4.3.2. Sözleşme İhlali Sonucunda Alıcının Sahip Olduğu Haklar

4.3.2.1. Alıcının Aynen İfa Talebi

CISG ifa engelleri sistemi oluşturulurken hem *common law* hem de Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin etkili olduğunu söylemiştik. Aynen ifa talebi bu etkinin ve farklılıkların en tipik örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim *common law* ülkelerinde aynen ifaya son çare olarak başvurulurken, Kıta Avrupası'nda bu kuralın tam tersi uygulanmaktadır. Bu anlamda CISG'nin iki sistem arasında orta bir yerde olduğu söylenebilir. Antlaşma uyarınca ihlale uğrayan tarafın uğradığı zararlar için doğrudan tazminat talep etme hakkı doğmaktadır (m. 74 vd.). Bu açıdan CISG, *common law* sistemine yaklaşmaktadır. Bununla birlikte CISG m. 46 vd. hükümleri alıcıya aynen ifayı talep hakkı da tanımaktadır. Böylelikle aynen ifa talebi, *common law* sistemindeki istisnai konumundan uzaklaştırılmıştır.[257]

CISG m. 46(1) uyarınca alıcı, ifa etmeme durumuna münhasır olarak satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir.[258] İfa etmeme dışındaki sözleşmeye uygun olmayan teslimler CISG m. 46(2) ve (3) çerçevesinde değerlendirilecektir. Aynen ifanın talep edilmesine ilişkin bir başka sınırlandırma da burada karşımıza çıkmaktadır. Bedelde indirim ya da onarım dışındaki seçimlik haklarını kullanmak isteyen alıcı, sözleşmeye aykırılığın esaslı ihlal teşkil ettiğini ispatlamak durumundadır.[259]

4.3.2.2. Alıcının Sözleşmeden Dönme Hakkı

CISG ifa engelleri sistemindeki temel amaçlardan biri sözleşmenin ayakta tutulmasıdır. Bu kuralın en önemli sonucu da sözleşmeden dönme hakkına son çare *(ultima ratio)* olarak başvurulması yaklaşımında kendini göstermektedir.[260]

Sözleşmeden dönme hakkının bu şekilde son çare olarak görülmesinin birçok sebebi bulunmaktadır. Bunların başında ahde vefa ilkesi gelmektedir. Bu ilkeye göre, tarafların sözleşme ile aralarında kararlaştırdıkları edimleri doğru bir şekilde ve sonuna kadar yerine

---

[257] **DAYIOĞLU,** s. 33.
[258] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN,** Art. 46 N. 6.
[259] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN,** Art. 46 N. 31.
[260] **HUBER, Peter** 'Sözleşmeye aykırılık Halinde Alıcının Hakları' : Atamer, Yeşim (Editör) (2008) Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG), İstanbul, XII Levha, 267-287, s. 268; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN,** Art. 49, N. 2.

getirmeleri gerekmektedir. Dönmenin son çare olarak kabul edilmesinin bir diğer sebebi ise ekonomik nedenlerden ileri gelmektedir. Satıcının masrafları karşılamak ve alıcının zararını gidermek suretiyle kolaylıkla giderebileceği bir yükümlülük ihlali karşısında, alıcıya sözleşmeden dönme gibi ağır sonuçları olan bir hak tanımak, malların iadesinin masraflı ve riskli olması sebebiyle makul görünmemektedir. Böylelikle taraflar daha az masrafla problemi çözme yoluna gidebileceklerdir.[261]

Alıcının sözleşmeden dönme hakkı CISG m. 49'da düzenlenmiştir. Sözleşmenin ortadan kaldırılmasının sonuçları ise CISG m. 81 vd.'da düzenlenmektedir. Alıcının sözleşmeden dönebilmesi için bu ihlalin esaslı olması gerekir. Örneğin satıcının yalnızca temerrüde düşmesi dönme için doğrudan bir gerekçe meydana getirmez. Ancak alıcının ifa zamanında özel bir menfaati varsa bu sözleşmenin esaslı ihlalini meydana getirir.[262] Bununla birlikte alıcı ifa etmeme durumuna mahsus olarak satıcıya ek süre *(nachfrist)* vermek ve bu sürenin sonunda ifa halen gerçekleşmediyse sözleşmeyi ortadan kaldırmak hakkına sahiptir.[263] Bu durumda alıcının esaslı ihlalin varlığını ispatlama yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır.

4.3.2.3. Tazminat Talebi

CISG m. 74 iki önemli ilke içermektedir. Bunlar tam tazmin ilkesi *(Principe de la reparation integrale)* ve öngörülebilirlik kuralı ile sorumluluğun sınırlandırılmasıdır. Ayrıca sorumluluk CISG m. 77'de yer alan zarar görenin bu zararı azaltma külfeti ile de sınırlandırılmıştır. Tam tazmin ilkesi birçok hukuk sisteminde açıkça sağlanmaktadır. Öngörülebilirlik kuralı ise Fransız Hukuku ve meşhur İngiliz Hadley vs. Baxendale[264] kararı ile Anglo-Amerikan satım hukuku düzenlemelerinden kaynaklanmaktadır. Tam tazmin ilkesi ve bu ilkenin öngörülebilirlik kuralı ile sınırlandırılması PICC Art. 7.4.2. ve 7.4.4., PECL 9:502 ve 9:503 ve taşıma hukukuna ilişkin kabul edilen uluslararası metinlerde açıkça ifade edilmiştir.[265]

---

[261] **HUBER,** s. 270; **BRIDGE,** s. 913.
[262] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, MÜLLER-CHEN,** Art 49, N. 5.
[263] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, MÜLLER-CHEN,** Art 49, N. 20.
[264] **DAYIOĞLU,** s. 131, dn. 337.
[265] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, SCHWENZER,** Art 74, N. 2.; Söz konusu PICC Art. 7.4.2 *"Full Compensation",* Art. 7.4.4 *"Foreseeability of Harm",* PECL 9:502 *"General Measure of Damages",* Art. 9:503 *"Foreseeability"* olarak sistematize edilmişlerdir.

Anglo-Amerikan sisteminin katı sorumluluk kurallarını takiben, vaat eden ifa etmeme dolayısıyla meydana gelen tüm zararlardan kusura bakılmaksızın sorumludur. Meğerki CISG m. 79 ve 80 uyarınca sorumluluktan kurtulsun.[266]

CISG m. 74 geniş yorumlanmalıdır. Tazminat, alacaklının yalnızca beklenen menfaatlerini değil, koruma menfaatlerini de tatmin etmelidir. Dahası m. 74, sözleşmenin ifasına olan güven menfaatini de korumaktadır. Maddede yoksun kalınan kar talebinin açıkça ifade edilmesinin sebebi, tazmin edilebilirliğinin güvence altına alınması sebebiyledir.[267]

CISG m. 74'e dayanarak istenecek olan tazminat talebi; aynen ifa, semenin tenzili ya da sözleşmeden dönme gibi diğer seçimlik haklarla birlikte kullanılabilir. Bununla birlikte, geri kazanılabilir zararın tutarı, varsa diğer seçimlik hakların talep edilip edilmediğine ve öyleyse ne olduğuna bağlıdır.

Gereği gibi olmayan ifa sebebiyle ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali m. 74'ün kapsamı dışındadır. CISG m. 5 söz konusu zararları ulusal hukuklara bırakmıştır. Bununla birlikte alıcının satıcıdan teslim almış olduğu ayıplı mallar sebebiyle kendi müşterilerinin uğradığı ölüm ya da bedensel zararlar sebebiyle ödediği tazminatların, alıcının uğradığı diğer ekonomik zararlardan bir farkı yoktur.[268]

4.3.3. Aliudun Tesliminin CISG İfa Engelleri Sistemi İçerisindeki Yeri

4.3.3.1. Genel Olarak

Her ne kadar Türk-İsviçre hukuk sisteminde aliudun teslimi sözleşmeye aykırılığın en belirgin olarak ortaya çıktığı ihlal olarak değerlendirilse de, CISG sistemi içerisinde bu yaklaşımın aynen kabul edilmesi olanağı yoktur. CISG ifa engelleri sistemi sözleşmeye aykırılığın türüne odaklanmamaktadır. CISG bunun yerine herhangi bir yükümlülük ihlalini sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirmekte ve CISG m. 7(1)'de sözü geçen otonom yorum prensibi ile ulusal hukuklarda uzun süredir kullanılagelen kavramların etkisinde kalınmadan hareket edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.[269] Ancak ulusal hukuklarda oluşan refleksin

[266] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, SCHWENZER,** Art 74, N. 3.
[267] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, SCHWENZER,** Art 74, N. 3.
[268] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, SCHWENZER,** Art 74, N. 14.
[269] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, SCHWENZER,** Art 35, N. 4.

ortadan kaldırılmak istenmesi bazı zorlukları da beraberinde getirmektedir. Bu zorluklardan akla ilk geleni, aliudun teslimi ile ayıplı ifa arasında yapılmaya çalışılan ayrımdır.

CISG'nin kabul edilmesiyle birlikte, uluslararası mal satımına ilişkin sözleşmelerde meydana gelen sözleşmeye aykırılıklar karşısında nasıl hareket edilmesi gerektiği ile ilgili kararlarda birbirinden farklı hükümlerin ortaya çıktığı tespit edilmiştir.[270] Türk Hukuku'nda da olduğu gibi[271] özellikle aliudun teslimi konusunda bazı kafa karışıklıkları gündeme gelmiştir. Bununla birlikte, aşağıda inceleneceği üzere, bu konuda artık ortak bir çözüm yolu benimsendiği söylenebilir.[272]

CISG'ye tabi sözleşmelerde aliudun teslimi konusunda mahkemelerin ortak bir çözüme ulaştığı söylenebiliyor olsa da, CISG doktrini henüz bir uzlaşmaya varmış değildir. Söz konusu görüşleri üç başlık altında toplayabilmek mümkündür. Birinci görüş, aliudun teslimini sözleşmeye uygun olmayan ifa olarak değerlendirmektedir*(Non-conformity of the Goods/Lack of conformity)*. Bu görüşe göre, kararlaştırılan ile teslim edilen mal arasındaki fark ne kadar büyük olursa olsun, ifa etmemeye ilişkin hükümler doğrudan uygulanmamalıdır. Konu hakkındaki ikinci görüş, aliudun tesliminde parça borcu-cins borcu ayrımı yapılması gerektiğini ileri sürmektedir. Üçüncü görüş ise, aliudun teslimi gibi belirgin bir sözleşmeye aykırılığı karineten esaslı ihlal olarak değerlendirmektedir. Söz konusu görüşlerin ayrıntılarına aşağıda her bir görüşe ilişkin başlık altında değinilecektir.

4.3.3.2. Aliudun Tesliminde Alıcının Sahip Olduğu Haklara İlişkin Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

<u>Aliudun Teslimini Sözleşmeye Uygun Olmayan İfa Çerçevesinde Değerlendiren Görüş</u>

Kıta Avrupası özel hukuk sisteminin en çok tartışılan konularından birinin aliudun teslimi ile ayıplı ifa arasında yapılmaya çalışılan ayrım olduğundan söz etmiştik. CISG'nin kabul edilmesini kolaylaştıran sebeplerden biri de bu ayrımları yapmanın zorluğu olduğu doktrinde ifade edilmektedir.[273] Söz konusu ayrım CISG'de ne tanınmış ne de açıkça

[270] *Örn. karş* Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.02.1994, CISG-Online No: 115- Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-Online No: 841.
[271] Bkz. Yukarıda, Başlık 3.1.3.
[272] Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online No: 135; Handelsgericht des Kantons Zürich, 30.11.1998, CISG-Online No: 415; Oberster Gerichtshof, 21.03.2000, CISG-Online No: 641; Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-Online No: 841.
[273] **BRIDGE,** s. 927.

reddedilmiştir. Ulusal hukuklarda söz konusu ayrımın bu kadar tartışılması, ayıptan sorumluluğa ilişkin ihbar süreleri ile ifa etmemeye ilişkin zamanaşımı süreleri arasında dramatik bir fark olması, ayıplı mal teslimi halinde aynen ifa talebinin yalnızca çeşit borçlarına hasredilmesi[274] ve ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin kusura dayanmaması gibi sebeplerden ileri gelmektedir.[275]

CISG ifa engelleri sisteminde aliudun teslimi ile ayıptan sorumluluk kurumları arasında bir ayrım yapılmamaktadır.[276] Bu başlık altında ifade edilen hâkim görüşe göre de, böyle bir ayrımı yapmayan CISG sisteminde, aliudun teslimi tıpkı malın ayıplı ifa edilmesi gibi sözleşmeye uygun olmayan ifa olarak değerlendirilmelidir.[277]

Bazı ulusal hukuklarda olduğu gibi[278] teslim edilen malın türünde sapma meydana gelmesi durumunda ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı CISG'de açıkça ifade edilmemiştir. Aslında, CISG'nin temelinde yatan düşünce ve ilkeler göz önüne alındığında böyle bir ayrımın açıkça yapılmamış olması isabetlidir. Nitekim CISG sözleşmeye aykırılığın türüne odaklanmamaktadır. Eğer aliudun teslimi durumunda nasıl bir yol izleneceğine ilişkin özel bir düzenleme olsaydı, diğer sözleşmeye aykırılık türleri için de bu ayrımın yapılması gerekecekti. Bu sebeple aliudun teslimine ilişkin, Antlaşmada ayrıca bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmamaktadır.

Söz konusu görüşü savunanların en temel dayanağı CISG m. 35(1) ve m. 35(2)(a)'da ifade edilmektedir. Buna göre, sözleşmeye uygun olmayan malların teslimi halinde alıcı CISG m. 45 vd.'da yer alan seçimlik hakları kullanabilir. Tıpkı miktarı, kalitesi ya da paket

---

[274] TBK m. 227'ye "İmkan varsa…" ifadesinin eklenmesi ile birlikte Türk hukuku açısından bu problem ortadan kalkmıştır.

[275] **BRIDGE,** s. 927; **ATAMER (2005),** s. 191.

[276] **SCHLECHTRIEM/BUTLER,** s. 113; **ATAMER (2008),** s. 228.

[277] **BIANCA, Cesare Massimo/BONELL, Michael Joachim (Eds.)/ WILL** (1987) Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan, Art. 46 N. 2.1.1.1; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER,** Art. 25 N. 50; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/WIDMER,** Art. 31 N. 34; **SCHLECHTRIEM /SCHWENZER/SCHWENZER,** Art. 35 N. 10; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN,** Art. 45 N. 7; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN,** Art. 46 N. 20; **ENDERLEIN, Fritz/MASKOW, Dietrich** (1992) International Sales Law- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Oceana Publications, Art. 25 N. 3.4; **PAIVA, Roberto Martin** (1980) 'Fundamental Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods', CISG Database, § 5.2.4.5, https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/paiva.html (s.e.t. 03.05.2019); **GRAFFI (2003),** s. 342; **SCHLECHTRIEM/BUTLER,** s. 107,115,144; **FERRARI, Franco** (1995) 'Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing' 15 Journal of Law and Commerce 1, s. 103; **BIANCA/BONELL/BIANCA,** s. 270 § 1.3; **ATAMER (2005),** s. 193 vd.

[278] **ATAMER (2005),** s. 191 dn. 324'te sayılan düzenlemeler. Bununla birlikte Atamer, bunun açıkça ifade edildiğini söylemektedir.

ve muhafazası sözleşmeye uygun olmayan mallar gibi kararlaştırılan türden farklı bir malın gönderilmesi de sözleşmeye uygun olmayan ifa olarak nitelendirilmektedir.[279]

İlk bakışta CISG m. 35'in yalnızca lafzi yorumundan bu yükümlülükleri yerine getirmeyen satıcının teslim yükümlülüğünü de yerine getirmemiş sayılacağı gibi bir anlam çıkarmak mümkün görünmektedir. Bununla birlikte Antlaşmanın hazırlık süreci ve amacı göz önüne alındığında bu yoruma ulaşılamamaktadır.

Hâkim görüşü savunanların bir diğer temel dayanağı ise, hukuki güvenilirlik ilkesinin zedelenme tehlikesidir.[280] Gerçekten de aliudun teslimi ile ayıplı ifa kavramları arasındaki muğlaklık sebebiyle mahkemeler farklı karar vermekte ve doktrinde bir teori zenginliği ortaya çıkmaktadır. Oysa, hukukun esas amaçlarından biri düzeni sağlamaktır. Aynı konu hakkında farklı kararların ortaya çıkması ticari işlemlerde gerginliği artıracağı gibi, ekonomik olarak da kırılganlığa sebep olacaktır. Anılan sebepler dolayısıyla ayrımın ortadan kaldırılması isabetlidir.

CISG m. 35'te yer alan yükümlülüklerini ihlal eden satıcıya karşı seçimlik haklarını kullanmak isteyen alıcının öncelikle malı muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi gerekmektedir (CISG m. 38 ve m. 39). Aliudun teslimini bir kere sözleşmeye uygun olmayan ifa olarak kabul edildikten sonra, alıcının söz konusu muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirmesi gerektiğinin de kabul edilmesi gerekir.[281] CISG m. 39'a göre alıcı teslim aldığı malları muayene ettikten sonra herhangi bir sözleşmeye aykırılık saptarsa makul bir süre içerisinde *(reasonable time)*[282] satıcıya sözleşmeye aykırılığın türünü de bildirerek bildirimde bulunmalıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bildirimin sözleşmeye aykırılığın türünü de içeriyor olması gerektiğidir. Söz konusu içeriğe aliudun teslim

[279] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER, SCHWENZER,** Art 35 N.6,7,8,9,10,11.
[280] **ATAMER (2005),** s. 192 dn. 330'da sayılan yazarlar.
[281] **SCHLECHTRIEM/BUTLER,** s. 123; **HONNOLD, John O./FLETCHNER, Harry M.** (2009) Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention, 4th Revised Edition, Wolters Kluwer Law& Business, Art. 39,40,44 §256.1; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER,** Art. 38 N. 7; Sözleşmeye uygun olmayan ifa gerçekleştiğinde gereken ihbar külfeti birçok hukuk sisteminde kabul edilmektedir. Örnek olarak Alman, İsviçre, Avusturya, Amerikan, Hollanda hukukları gösterilebilir. Buna karşın İngiliz hukukunda ihlale uğrayan taraf yalnızca sözleşmeden dönmek niyetinde ise ihbar külfetini yerine getirmekle yükümlüdür. Bkz. **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER,** Art 39 N. 4; **GRUBER,** Urs Peter, Münchener Kommentar zum BGB (2019) 8. Baskı, https://beck-online.beck.de/Home, CISG Art. 38 N. 9.
[282] Söz konusu 'makul bir süre içinde' bildirim şartı somut olayın özelliklerine göre değişecektir. Bu konuda Frankfurt Asliye Hukuk Mahkemesinin kararına karşı yoğun bir eleştiri için bkz. **FLECHTNER, Harry M.** 'Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi':Atamer, Yeşim (Editör) (2008) Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG), İstanbul, XII Levha, 163-193, s. 182 vd., Landgericht Frankfurt am Main, 11.04.2005, CISG-Online No: 1014.

edildiğinin belirtilmesi de dâhildir.[283] CISG'nin amacı göz önünde bulundurulduğunda söz konusu bildirimin içeriği bazı durumlarda belirgin hale getirilmelidir.[284] Alıcının hislerini beyan eden bildirimleri yeterli değildir.[285] CISG m. 39'un amacı, sözleşmeye aykırılığın alıcı tarafından mümkün olduğunca çabuk bildirilerek satıcıya söz konusu eksiklikleri giderme şansı tanımaktır. Böylelikle alıcı ve satıcı arasındaki menfaat dengesi de sağlanmış olacaktır.

Sözleşmeye aykırılık bildiriminin yapılması herhangi bir şekle tabi değildir. CISG m. 27 bildirimin ulaşmaması riskini satıcıya bırakmıştır*(Dispatch Principle).*[286]

Aliudu teslim alan alıcının ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda ne olacağı sorusunu da tartışmak gerekir. Bu noktada CISG m. 40'ın önemli bir rol üstlendiği söylenebilir. Nitekim m. 40'a göre, meydana gelen sözleşmeye aykırılık satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı olgulara dayanıyorsa satıcı, alıcının muayene ve ihbar külfetlerini düzenleyen m. 38 ve m. 39'a dayanamayacaktır. Aliudun teslimi gibi açık bir sözleşmeye aykırılığın gözden kaçırılmış olması zayıf bir ihtimal olduğu için, alıcı çoğu zaman CISG m. 40'ın himayesinden yararlanabilecektir.[287] Dolayısıyla, bildirimin herhangi bir şekle tabi olmadığı da hesaba katıldığında, alıcıya ihbar külfeti yüklemek onun durumunu ağırlaştırmayacaktır.

Aliudun tesliminin sözleşmeye aykırılık oluşturacağına ilişkin görüşe yöneltilen eleştirilerden bir diğeri ise, satıcının teslim etmesi gerekenden daha değerli bir aliudu teslim etmesi halinde alıcının ayıp hükümlerine başvurmayabileceği ve dolayısıyla satıcının mağdur olacağı fikridir. Atamer'e göre bu görüş isabetli değildir. Nitekim bu durumda satıcı sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanabilecektir.[288] Söz konusu eleştiriye getirilen bir diğer çözüm ise satıcının sözleşmede belirtilenden fazla miktarda mal teslim etmesini

---

[283] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER,** Art. 39 N. 8. Oysa ULIS m. 39(2)'ye göre alıcının ne satıcıya malların incelemesi için bildirimde bulunma yükümlülüğü ne de hangi seçimlik hakkını kullanacağını bildirme yükümlülüğü bulunmaktaydı. CISG'ye göre ise alıcı bildirimde bulunduktan makul bir süre sonra satıcıya hangi seçimlik hakkını kullanacağını bildirmelidir, **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER,** Art. 39 N. 13.

[284] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER,** Art. 39 N. 7.

[285] Bkz. Oberlandesgericht München, 09.07.1997, CISG-Online No: 282. Söz konusu kararda alıcı itirazlarında malların müşterilere satılamayacağını ve kendi standartlarına uymadıklarını belirtmekle yetinmiştir. *"the products are not conforming to our specifications and cannot be sold to customers" or "250 items were badly stamped" held not sufficiently specific.* Ayrıca konu hakkında birçok karar için bkz. **CISG Advisory Council Opinion No. 2**, Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Article 38 and 39, http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op2.html. (s.e.t. 05.05.2019)

[286] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER,** Art. 39 N. 11.

[287] **Mü-Ko BGB/SCHWENZER,** CISG Art. 40 N. 5; **ATAMER (2005),** s. 192.

[288] **ATAMER (2005),** s. 194 dn. 340.

düzenleyen CISG m. 52(2)'nin burada kıyasen uygulama alanı bulması gerektiğidir.[289] Hükme göre alıcının sözleşmede belirtilen miktar üzerinden ödeme yapması gerekir.

Bu başlık altında açıklanmaya çalışılan fikrin savunucularına göre alıcı, aliudun teslimi durumunda ek süre vermek suretiyle sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edildiğini ispat yükünden kurtulamaz.[290] Nitekim alıcının yalnızca ifa etmeme durumunda satıcıya bir ek süre tanımak ve bu sürenin sonunda doğrudan sözleşmeden dönme hakkı elde etme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir.[291] Böylelikle aliudun teslimini ifa etmeme değil de sözleşmeye aykırılık olarak kabul eden hâkim görüş, doğal olarak alıcının ek süre işletmek suretiyle esaslı ihlal kuralının dolanılmasının da önüne geçmiştir.[292] CISG m. 47(1) uyarınca alıcı, satıcıya ek süre tanıyıp tanımama konusunda serbesttir. Ayrıca CISG m. 45(3), alıcıdan başka bir merciin satıcıya ek süre tanıyamayacağını ifade etmektedir.[293] Aynı uygulama CISG m. 61(3) sebebiyle satıcı için de geçerlidir.[294] Bu durumda alıcının teslim edilen malların esaslı ihlal teşkil ettiğini ispat etmesi gerekir.

Yapılan tartışmalar konuyu aliudun tesliminin kendiliğinden esaslı ihlal teşkil edip etmediği sorusuna getirmektedir. Hâkim görüşe göre, aliudun teslimi kendiliğinden esaslı ihlal teşkil etmez.[295] Alıcının malları elde etmekte özel bir menfaatinin olup olmadığı kontrol edilmelidir.

---

[289] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHWENZER,** Art. 39 N. 30; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER /MÜLLER-CHEN,** Art. 52 N. 11; Benicke ise CISG m. 52(2)'nin yalnızca miktar olarak fazla teslim edilen mallar için uygulanabileceğini, değeri kararlaştırılan maldan daha yüksek olan mallar için ise piyasa fiyatının ve malların değerine ilişkin diğer hükümlere başvurularak çözümlenmesi gerektiğini söylemektedir. Yazara göre aksi halde CISG m. 52(2)'nin amacı dışına çıkılmış olunacaktır. **BENICKE,** Christoph, Münchener Kommentar zum HGB (2018), 4. Baskı, CISG Art. 52 N. 20.

[290] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN,** Art. 49 N. 15; **ATAMER (2005),** s. 401.

[291] **ATAMER (2005),** s. 401 dn. 644; **KRÖLL, Stefan/MISTELIS, Loukas/VISCASILLAS, Pilar Perales** (2018) UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), 2. Auflage 2018, Art. 49 N. 53; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER,** Art. 25 N. 11.

[292] **KRÖLL/MISTELIS/VISCASILLAS**, Art. 49 N. 53. Bu konuda 1994 yılında verilmiş bir kararda, alıcıya teslim edilen tekstil ürünlerinin kararlaştırılandan farklı renkte olması sebebiyle mahkemece önce aliudun varlığı kabul edilmiş, sonrasında ise alıcının ek süre vermemesi sebebiyle CISG m. 49(1)(b)'ye dayanamayacağı ifade edilmiştir. Kararın isabetsizliği hakkında bkz. **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER,** Art. 25 N. 11 dn. 35; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN,** Art. 49 N. 8 dn. 26; Karar için bkz. Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.02.1994, CISG-Online No: 115.

[293] *m. 45 "... (3) Alıcı, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde sahip olduğu hukuki imkânlardan birine başvurduğu takdirde, satıcıya, bir mahkeme veya hakem tarafından ek süre tanınamaz."*

[294] *m. 61 "... (3) Satıcı, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde sahip olduğu hukuki imkânlardan birine başvurduğu takdirde, alıcıya, bir mahkeme veya hakem tarafından ek süre tanınamaz."*

[295] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER,** Art. 25 N. 50; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER /MÜLLER-CHEN,** Art. 46 N. 24; **FERRARI (2005)**, s. 392; **DAYIOĞLU**, s. 42.

Yukarıda açıklandığı üzere[296] CISG m. 25'e göre esaslı ihlalin varlığı için meydana gelen sözleşme ihlalinin, diğer tarafın sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde mahrum bırakacak bir olumsuzluğun meydana gelmesi gerekir. Bunun yanında bu olumsuzluğun karşı tarafça öngörülmüş ya da aynı konum ve koşullar içindeki makul kişi tarafından da öngörülebilecek olması aranmaktadır.

Sözleşme ihlali için taraflardan birinin herhangi bir yükümlülüğünü ihlal etmesinin yeterli olduğu CISG sisteminde, aliudun tesliminin bu şartı sağlayacağı aşikârdır.[297]

Aliudun tesliminde esaslı ihlalin varlığı tartışmasında asıl önemli nokta, alıcının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatlerin tespit edilmesi ve bu menfaatlerden önemli ölçüde mahrum kalıp kalmadığının belirlenmesidir.[298] Örneğin Alman Federal Mahkemesi bir kararında[299], teslim edilen malların alıcı tarafından kullanılamayacağı ya da yeniden satılamayacağı ispatlayamadığı için esaslı ihlalin varlığını kabul etmemiştir. Bu kararda sözleşmeye göre İngiliz asıllı olması gereken kobalt-sülfatın Güney Afrika asıllı gönderilmesi söz konusudur. Mahkeme, aliudun teslimi kabul edilse dahi, alıcının sözleşme uyarınca beklediği menfaatlerden önemli ölçüde mahrum kaldığını ispatlayamaması sebebiyle CISG m. 25'e dayanamayacağını söylemiştir. Esaslı ihlalin varlığını ispat etmek suretiyle alıcı onarım, indirim ve tazminat taleplerinin yanında, sözleşmeden dönme ve ikame mal teslimi taleplerini ileri sürebilecektir. Ferrari'ye göre, ihlalin esaslı olması için alıcının bedel indirimi ya da onarım ile tatmin olamayacak durumda olması gerekir.[300] Örneğin Aargau kanton mahkemesi bir kararında, yarışlarda kullanılmak üzere sipariş edilen şişme kapılardan birinin, kontrol edilmesinden bir gün sonra çökmesi sonucu sözleşmeden dönmek isteyen alıcıya, onarımın mümkün olduğu gerekçesiyle bu hakkı tanımamıştır.[301] Yazar bu mantığın aliudun teslimi durumunda da uygulanabileceğini söylemektedir. Ancak alıcının belirli bir mala ilişkin özel bir menfaati varsa, ihlalin esaslı olduğunun kabul edilmesi gerekir.[302] Yani alıcı, teslim aldığı malları kendi işi için tamamen kullanamayacak durumda ise ya da teslim edilen mallar sebebiyle ticari saygınlığı azalacaksa

[296] Bkz. Yukarıda, Başlık 4.3.1.2.2.
[297] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER,** Art. 25 N. 13; **ATAMER (2005),** s. 298 vd.
[298] Bkz. Yukarıda, Başlık 4.3.1.2.2.
[299] Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online No: 135.
[300] **FERRARI (2005)**, s. 392. Bununla birlikte CISG m. 48'e göre, satıcının makul bir süre içerisinde sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanması durumunda alıcı satıcının ifası ile bağdaşmayacak bir hukuki imkâna başvuramaz.
[301] HG Kanton Aargau, 05.11.2002, CISG-Online No: 715.
[302] **FERRARI (2005)**, s. 392; **Mü-Ko HGB/BENICKE,** CISG Art. 25 N. 38,39; **DAYIOĞLU**, s. 42.

bu durumda esaslı ihlalin varlığının kabul edilmesi gerekmektedir. Alıcının malları makul bir indirimle elden çıkarabilecek durumda olması bu sonucu etkilememelidir.[303]

İlk bakışta aliudun teslimini doğrudan esaslı ihlal kategorisine sokmak akla yatkın görünmektedir. Ancak CISG'nin ihlalin sonucuna odaklanan yapısı göz önüne alındığında aliudun teslimi halinde de esaslılık değerlendirmesi yapılması mantıksal bir gereklilik halini almaktadır. Çoğu durumda aliudu teslim eden satıcı ihlalin esaslı olmadığını ispat edemeyecektir. Ancak bu varsayımın kabulü, aliudun tesliminin her zaman esaslı ihlal sayılmasını gerektirmez. Nitekim bu ayrımın yapılması, daha en baştan sözleşmeye aykırılık türlerinde ayrım yapmamak amacıyla yola çıkan CISG'nin temel yaklaşımına ters düşecektir.[304]

Aliudun Tesliminde Parça-Cins Borcu Ayrımı Yapan Görüş

Bu görüşün savunucularına göre, sözleşmenin esaslı ihlali ancak alıcının sipariş ettiği mal üzerinde özel bir menfaati olması durumunda söz konusudur. Esaslı ihlalin varlığı yalnızca alıcının sözleşmeye aykırı mal temin etmesiyle gerekçelendirilemez. Alıcı, bazı ekonomik zorluklar meydana gelse dahi fiyat farkını satıcıdan talep ederek istediği malı başka bir yerden temin edebilir. Bu fikirden hareket edildiğinde, alıcı ancak parça borcuna ilişkin alacakları hakkında ikame mal teslimi talebinde bulunabilecektir.[305] Aynı kural parça borcunun konu olduğu satış sözleşmelerinde aliudun teslimi halinde kural olarak esaslı ihlalin meydana geleceği anlamına gelmelidir.[306]

Söz konusu fikir de aslında sözleşmeye aykırılığın türüne odaklanmaksızın meydana gelen sonuçların ağırlığından hareket etmektedir. Hâkim görüşten ayrıldığı nokta ise aliudun tesliminin kural olarak *(regelmaßig)* esaslı ihlal teşkil edeceğini savunmaktadır. Böylelikle aliudun teslimi daha en baştan esaslı ihlal oluşturan bir sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır. Bu da alıcıya doğrudan sözleşmeden dönme ve ikame mal teslimi hakları tanır. Ancak CISG her bir olaya ilişkin ayrıca inceleme yapılmaksızın esaslı ihlalin varlığını kabul

[303] **BRIDGE,** s. 928 Ancak yazar s. 921'de esaslı ihlalin meydana gelme şartlarının çok sınırlı olarak uygulanmaması gerektiğini, aksi yaklaşımın dönmeye ilişkin çıtanın çok yükseltileceği anlamına gelebileceğini söylüyor; **GRUBER**, Urs Peter, Münchener Kommentar zum BGB (2016), 7. Baskı, Band 3 CISG, Art. 25 N. 22, 27.

[304] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/MÜLLER-CHEN,** Art. 46 N. 24. Yazar, özellikle parça borçlarında aliudun teslimi durumunda, ihlalin esaslı sayılması için gerekli yoğunluğa ulaşacağından söz etmektedir.

[305] **Mü-Ko HGB/BENICKE,** CISG Art. 25 N. 38. Örneğin belirli bir yerden temin edilecek şarap.

[306] **Mü-Ko HGB/BENICKE,** CISG Art. 25 N. 39 ve orada dn. 82'de anılan yazarlar; **SCHLECHTRIEM/ SCHWENZER/MÜLLER-CHEN,** Art. 46 N. 18,24.

etmemektedir.[307] Kanaatimizce aliudun tesliminde parça-çeşit borcu ayrımı yapmak CISG m. 7(1)'de ifadesini bulan otonom yorum prensibine uygun olmayacaktır. Nitekim CISG m. 7(1)'e göre, CISG yorumlanırken antlaşmanın uluslararası niteliği dikkate alınmalıdır. Ayrıca CISG m. 7(2), antlaşmanın kapsamına girmekle birlikte açıkça cevaplanmamış soruların CISG'nin temelinde yatan prensiplere göre çözümlenmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte aliudun teslimi yazarlarca da ifade edildiği gibi, çoğu durumda esaslı ihlal teşkil ediyor olabilir. Ancak bu durum bizi kendiliğinden esaslı ihlale ilişkin yeni bir kural sevketme sonucuna ulaştırmamalıdır. Nitekim CISG ihlal edilen yükümlülüğün önemine değil, ihlalin sonuçlarının ağırlığına odaklanmaktadır.[308] Bu sebeple borcun ve ihlalin niteliği CISG açısından önemini yitirmektedir. Sözleşme ihlali ile meydana gelen olumsuzluk alıcıyı sözleşme gereği beklediği menfaatlerden önemli ölçüde yoksun bırakmışsa bu durumda ihlal esaslıdır. Her tek olayda CISG m. 25'in koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği kontrol edilmelidir. Nitekim CISG'nin felsefesi bu temel üzerine inşa edilmiştir.[309] Bu sebeple biz bu görüşe katılmamaktayız.

Aliudun Teslimini İfa Etmeme Olarak Değerlendiren Görüş

Bu görüşe göre satıcının aliudu teslim etmesi durumunda sözleşme uyarınca yerine getirmesi gereken en önemli yükümlülüğün ihlal edildiği kabul edilmektedir. Bu yükümlülük teslim yükümlülüğüdür.[310] Böylece satıcı, teslim yükümlülüğünü yerine getirmediği için CISG m. 31, m. 35, m. 46, m. 47 ve m. 49 gereği sorumlu tutulabilecektir.

Aliudun teslimini ifa etmeme olarak savunan görüşün temel dayanaklarından biri Sekreterya Şerhinde[311] yer alan bir ifadeden kaynaklanmaktadır.[312] Buna göre "..sözleşmeye

---

[307] Bkz. Yukarıda, Başlık 4.3.1.2.

[308] **ATAMER (2008),** s. 233.

[309] **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/SCHROETER,** Art. 25 N. 50; **SCHLECHTRIEM/SCHWENZER/ MÜLLER-CHEN,** Art. 46 N. 24; **FERRARI (2005)**, s. 392; **DAYIOĞLU**, s. 42.

[310] **ERDEM, Ercüment** (1992) 'Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)' BATİDER, C. 16 S. 3 35-105, s. 68; **BIANCA/BONELL/BIANCA,** Art. 35 N. 2.4; **NEUMAYER,** Karl H., Offene Fragen zur Anwendung des Abkommens der Vereinten Nationen über den Internationalen Warenkauf, RIW 1994, 99-109, Art. 35 N. (Naklen; ATAMER (2005), s. 191 dn. 325); **ZEYTİN, Zafer** (2014) 'Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Sözleşmenin Esaslı İhlali' Terazi Hukuk Dergisi, C. 9 S. 100, s. 648 vd.

[311] **United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods**, Official Records, Documents of the Conference and of the Meetings of the Main Committees, Vienna 10 March-11 April 1980, United Nations Publication, New York, 1991, https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf, Art. 29 N. 3. (s.e.t. 06.05.2019)

[312] **BIANCA/BONELL/BIANCA,** Art. 35 N. 2.4. Her ne kadar yazar Sekreterya Şerhindeki ifadenin aliudun teslimi ile ayıplı ifa arasındaki ayrım tartışması ile ilgili olmadığını belirtse de, kararlaştırılan mal ile satıcının

göre mısır teslim etmesi gereken satıcı, patates teslim ederse teslim yükümlülüğünü yerine getirmemiştir."[313]

Atamer'e göre, maddenin hazırlık süreci ve söz konusu hükme karşılık gelen ULIS m.33(1)(b) göz önüne alındığında, CISG'nin aliudun teslimi ve ayıplı ifa arasında bir ayrım yapmak istemediği ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla ilk bakışta aliudun teslimi halinde doğrudan ifa etmemeye ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği gibi bir anlam çıksa da, ifade ile kastedilen sonuç bu değildir. Yazar, böyle bir kastın olması halinde CISG hazırlanırken çok daha açık bir ifade ile bunun belirtileceğini düşünmektedir.[314]

Bunun yanında söz konusu fikrin savunucuları, aliudun teslimi halinde alıcıyı muayene ve ihbar külfetleri ile baş başa bırakmanın alıcının menfaatleriyle örtüşmeyeceğini belirtmektedirler.[315] Ayrıca aliudun teslim edilmesi sipariş edilmemiş malın gönderilmesi ile kıyaslanabilecektir.[316] Kanaatimizce, sözleşmenin varlığı durumunda sipariş edilmemiş mala ilişkin hükümlerin ulusal hukuklarda uygulanabilirliği tartışmalı olmakla birlikte[317] burada uygulanması zorunluluğu bulunmamaktadır. CISG'nin yapısı ve esaslı ihlal uygulaması zaten aliudun teslimi halinde başvurulacak hukuki yolu saptamaya yetecek ölçüdedir.

Zeytin tarafından savunulan görüşe göre ise, aliudun teslimi karine olarak esaslı ihlal olarak değerlendirilmeli veya ifa etmemeye ilişkin hükümler uygulama alanı bulmalıdır.[318] Yazara göre aksi halin kabulü durumunda alıcının menfaatlerinin tamamen göz ardı edilmesi söz konusu olacaktır.[319] Söz konusu fikrin temelinde, CISG metni içerisinde aliudun teslimi ile ayıplı ifa arasında bir ayrım yapılmamış olması yatmaktadır. Ayrıca ayıplı ifa halinde CISG m. 47'ye göre alıcının ek süre tanımak suretiyle sözleşmeden dönmesi de mümkün görünmemektedir.

---

teslim yükümlülüğüne tamamen yabancı mal arasında bir sınır çizmenin gerekli olduğundan söz etmektedir.; **ZEYTİN,** s. 648.

[313] **United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods**, Art. 29 N. 3.

[314] **ATAMER (2005),** s. 192 dn. 327.

[315] **ERDEM,** Ercüment, La Livraison des merchandises selon la Convention de Vienne, Freiburg 1990, N. 348 (Naklen; ATAMER (2005), s. 192 dn. 328).

[316] **ATAMER (2005),** s. 191 dn. 326.

[317] Nitekim ısmarlanmamış edimin gönderilmesi sözleşmenin kurulması ile ilgili iken, aliudun teslimi sözleşmenin ifası aşamasında gündeme gelmektedir. Bu ikisi arasında düzenledikleri konular açısından farklılık söz konusudur; **ÖZLÜK, Betül** (2018) Ismarlanmamış Edim, Ankara, Yetkin, s. 332 vd.

[318] **ZEYTİN,** s. 651, 653.

[319] **ZEYTİN,** s. 651.

Söz konusu fikirlere Atamer tarafından yöneltilen eleştirilerden ilki alıcının muayene ve ihbar külfeti hakkındadır. Buna göre CISG m. 38 ve m. 39'da düzenlenen muayene ve ihbar külfetinin alıcıya ağır bir yük getirdiği görüşü savunulmamalıdır. Nitekim çoğu durumda CISG m. 40 gereğince alıcı, satıcının söz konusu sözleşmeye aykırılığı bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispatlamak suretiyle süre sorununun üstesinden gelebilecektir.[320] Eğer satıcı, aliudun teslim edildiğinin farkında değilse onu kasıtlı olarak ayıplı mal teslim eden satıcıya göre daha az korumanın da hukuki bir amacı yoktur.[321]

4.3.3.3. Değerlendirme

Aliudun teslimi halinde hangi hükümlere başvurulması gerektiği fikri söz konusu üç görüş çerçevesinde toplanmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde izlediğimiz mantığı burada da sürdürmek niyetindeyiz. Aliudun tesliminin ağır bir sözleşmeye aykırılık oluşturduğu kabul edilen bir gerçektir. Bununla birlikte CISG ifa engelleri sisteminde birinci bölümde yaptığımız ayrımların yeri yoktur. Sözleşmeye aykırılığın türleri üzerinde odaklanmayı reddeden CISG, esaslı ihlal prosedürünü geliştirmek suretiyle tarafların uğradıkları zararı gidermeyi amaçlamaktadır. Bu açıdan bakıldığında özellikle aliudun teslimi ve ayıptan sorumluluk ayrımı gibi sorunlu bir ayrımdan özellikle kaçınmak gerektiği sonucu çıkarılmalıdır. Bu sebeple biz de aliudun teslimi halinde sözleşmeye uygun olmayan ifanın gerçekleştiği görüşüne katılmaktayız.

Aliudun tesliminde parça borcu- cins borcu ayrımı yapan görüş, aliud ve ayıp arasında uzun süredir yapılagelen ayrım tartışmasının uzantısı görünümündedir. Esaslı ihlal prosedürü uygulandığında, söz konusu fikirdeki yazarların[322] ifade ettiği ayrımı yapmanın bir anlamı kalmayacaktır. Nitekim parça borcunun borçlusu, kararlaştırılandan farklı nitelikte bir malı teslim ettiğinde, alıcı sözleşme uyarınca beklediği menfaatlerden önemli ölçüde yoksun kaldığını ispat edebiliyorsa zaten sorumlu olacaktır. Ancak parça borcunun tarafların sübjektif iradeleriyle de oluşturulabildiği göz önüne alındığında, alıcının sözleşme uyarınca beklediği menfaatlerden kesin olarak yoksun kalacağını söyleyememek gerekir. Zaten bu şart gerçekleştiğinde, yüksek olasılıkla –alıcının söz konusu sözleşmeye aykırılığı

[320] **ATAMER (2005),** s. 192 vd.
[321] **ATAMER (2005),** s. 193.
[322] Bkz. Yukarıda dn. 306'da anılan yazarlar.

bildiği durumların dışında- esaslı ihlalin varlığı söz konusu olacaktır. Sözleşmeye uygun olmayan teslim görüşü ile tekrar dogmatik bir tartışmanın başlamasının da önüne geçilmiştir.

Kanaatimizce aynı sebeplerle aliudun teslimi halinde ifa etmemenin meydana geldiği görüşü de yanıtlanabilir hale gelmektedir. Bu görüş takip edildiğinde aliudun teslimi ile ayıplı ifa arasındaki ayrım tartışmasının tekrar gün yüzüne çıkması gerekecektir. Nitekim yapılan teslimin bir ifa etmeme mi yoksa ayıplı ifa mı olduğu tespit edilmedikçe, yine hangi hükümlerin uygulama alanı bulacağı saptanamayacaktır.

Aliudun tesliminin karine olarak esaslı ihlal kategorisine dâhil edilmesi görüşü ise[323], alıcının menfaatlerinin tamamen göz ardı edilmesi ve alıcıya ek süre tanımak suretiyle sözleşmeden dönme hakkı tanınmıyor olmasına dayanmaktadır. CISG metni içerisinde böyle bir karineye yer verilmediği için, söz konusu karine ancak fiili ya da sözde bir karine olabilir.[324] Karine temeli olarak aliudun teslimini ele alan bu görüş, öncelikle satıcının aliudu teslim etmediğini ispatlayamamasını varsaymaktadır. Buna bağlanan karine sonucu ise sözleşmenin ihlal edilmiş olduğudur. Bu noktada söz konusu karinenin TMK m. 3'te ifadesini bulan iyiniyet karinesi ile benzerlik taşıdığı söylenebilecektir.[325] Bu durumda karine sözde karineler arasında yerini alacaktır. Ancak hâkimin kararının, satıcının aliudun yokluğunu ispat etmesine bağlı olduğu bu durumda bir karinenin var olduğu iddiası şüpheli görünmektedir. Bu durumda burada söz edilen karine ancak uygulamanın ortaya çıkardığı fiili bir karine olabilir. Fiili karinelerin ise ispat yükünü değiştirme güçleri bulunmamaktadır.[326] Ayrıca, alıcı ve satıcının menfaatleri esaslı ihlal prosedürünün işletilmesi ile dengelenmektedir. Nitekim Belçika ve Hollandalı kişiler arasında gerçekleşen satış ile Amerikalı ve Güney Afrikalı kişiler arasında gerçekleşen satışlarda ayrı ayrı aliudun teslim edilmesi durumunda sözleşmenin esaslı ihlaline olan yaklaşım da farklı olacaktır. Bu sebeplerle aliudun tesliminde doğrudan alıcının menfaatlerinin hiç gözetilmemesi fikri şüpheli görünmekte

[323] Bkz. Yukarıda dn. 318.
[324] Fiili ve sözde karine kavramlarının ayrıntılı bir açıklaması için bkz. **KARAKAŞ, Fatma Tülay** (2013) 'Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar' AÜHFD, 62(3), 729-759, s. 744 vd.
[325] **KARAKAŞ,** s. 745.
[326] **KARAKAŞ,** s. 744 ve orada dn. 44'te anılan yazarlar.

5. SONUÇ

Bu çalışma kapsamında aliud kavramı, hukuki niteliği ve ayıp kurumu ile ilişkisi Türk Hukuku ve yargı kararları ışığında değerlendirilmiştir. Elde edilen sonuçlar yürürlükteki hukuk *(de lege lata)* ve olması gereken hukuk *(de lege feranda)* açısından ayrı ayrı ele alındığında aşağıdaki çıkarımlara ulaşılması mümkün görünmektedir.

Aliudun teslimi durumunda hangi hukuk kurallarının uygulanacağı Roma hukukundan beri tartışmalıdır. Aedilis Curulis'lerin Roma pazarında satıcının ayıptan kusursuz sorumluluğunu düzenlemesinden beri ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin mi yoksa ifa etmemeye ilişkin hükümlerin mi uygulanması gerektiği problemi çözümlenmeye çalışılmıştır.

Satıcının ayıplı bir emtia teslimi, asli edim yükümlülüklerine aykırılık sayılmalıdır. Nitekim doktrinde de hâkim olan görüşe göre, ayıpsız mal teslimi satıcının asli edim yükümü olan malı teslim borcunun tamamlayıcısı niteliği taşımaktadır. Malın ayıpsız teslimi borcunun bir yan edim yükümlülüğü olduğunu söyleyen yazarlar, asli edim yükümlülüğü kavramını yalnızca sözleşmenin tipine etki eden yükümlülüklerden ibaret saymaları, söz konusu kavramın çok dar ele alınması sonucunu doğurmaktadır. Malı ayıpsız teslim yükümlülüğüne bir kez yan edim yükümlülüğü denildiğinde, neden asli edim yükümlülüğü olmadığına ilişkin tatmin edici bir yanıt bulunamamaktadır.

Aliudun teslimi kavramını yaratmanın amacı, alıcıya parça borçlarında bir aynen ifayı talep hakkı sağlamaktı. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, ayıplı teslimde parça borçlarında da imkân varsa alıcıya değişim hakkı tanınmıştır. Bununla birlikte kanun koyucu, Alman hukukunda olduğu gibi aliudun teslimine ilişkin özel bir düzenleme öngörmemiştir.

Parça borçlarında aliudun teslimi durumunda ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini söyleyen yazarlar, gizli ayıplarda kısa zamanaşımı süresini kaçırdıktan sonra aliudu fark eden alıcıya, bir de aynen ifayı talep hakkı tanımaktadırlar. Bu çözüm tarzı bir kez benimsendiğinde, zamanaşımı süresini kaçırmayan parça alıcısına tanınmayan aynen ifayı talep hakkı bu süreyi kaçıran kimselere tanınmış olmaktadır (818 sayılı BK'ya göre). Bu durumda aliudun varlığını parça borçlarında reddeden görüşün, alıcıya genel hükümlere başvuru hakkı ve dolayısıyla aynen ifayı talep hakkı tanımasının bir çelişki oluşturduğu ileri sürülmektedir.

2012 yılında yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu, aliudun teslimi ile ilgili bir hüküm sevk etmemiştir. Açıklanan sebeplerle kavramsal açıdan o türün içine dâhil olamayacak malların, aynı türün ayıplısı gibi kabul edilerek TBK m. 219 vd. hükümlerine tabi tutulması kabul edilmemelidir. Nitekim bir mal, ya o türdür ya da başka bir türdür. Pozitif bir düzenleme olmaksızın, Aristo'nun bu mantığından sapmak için yeterli bir sebep yoktur. Nitekim bu kabul, menfaatler durumunu da ağır yaralayan sonuçlara sebep olmaktaydı. Taraf menfaatlerini biraz olsun dengeleyici bir hükmün, kanun maddeleri arasına eklenmesi aliudun teslimi olgusunu ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla, TBK m. 227/I b. 4 ile getirilen parça borçlarında imkân varsa değişim hakkı konunun çözümü olmamıştır.

BGB § 434'te yapılan pozitif düzenleme, Alman hukuku açısından tartışmaları noktalamıştır. Belki hukuki güvenilirliğin sarsılmaması ve tartışmanın ortadan kaldırılması amacıyla *de lege feranda* aliudun teslimi ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler arasında düzenlenebilir. Ancak böyle bir düzenleme olmaksızın von Tuhr tarafından ifade edilen, dürbüne "ayıplı bir fotoğraf makinası" gözüyle bakmanın, hukuk mantığı açısından doğru bir yaklaşım olmadığı kanaatindeyiz.

UNCITRAL tarafından hazırlanan ve uluslararası mal satım sözleşmelerinde yeknesak bir düzenleme olmayı hedefleyen CISG, *common law* ve *civil law* hukuk sistemlerinin tek bir potada eritilmesi ile oluşturulmuştur. Türkiye, söz konusu antlaşmaya 7 Temmuz 2010 tarihi itibarıyla taraf olmuştur. CISG metni; sözleşme özgürlüğü, güven ilkesinin kabul edilmesi ve sözleşmenin ayakta tutulması temelleri üzerine inşa edilmiştir. Antlaşmaya göre sözleşmeden dönme *ultima ratio* olarak başvurulması gereken bir çözüm olarak kabul edilmektedir.

CISG ifa engelleri sistemi sözleşmeye aykırılığın sonuçları üzerine odaklanmaktadır. Tarafların sözleşmesel yükümlülüklerinin ihlali halinde, bu ihlalin meydana getirdiği sonuçların ağırlığına göre sorumluluğun sınırları çizilmektedir.

Aliudun teslimi konusunda mahkemelerin ortak bir çözüme ulaştığı söylenebiliyor olsa da, CISG doktrini henüz bir oy birliğine varmış değildir. Söz konusu görüşleri üç başlık altında toplayabilmek mümkündür. Birinci görüş, aliudun teslimini sözleşmeye uygun olmayan ifa olarak değerlendirmekte, ikinci görüş, aliudun tesliminde parça borcu-cins borcu ayrımı yapılması gerektiğini ileri sürmekte, üçüncü görüş ise, aliudun teslimi gibi belirgin bir sözleşmeye aykırılığı karineten esaslı ihlal olarak değerlendirmektedir.

CISG ifa engelleri sisteminde aliudun teslimi ile ayıptan sorumluluk kurumları arasında bir ayrım yapılmamaktadır. Hâkim görüşe göre, böyle bir ayrımı yapmayan CISG sisteminde, aliudun teslimi tıpkı malın ayıplı ifa edilmesi gibi sözleşmeye uygun olmayan ifa olarak değerlendirilmelidir.

CISG'nin ihlalin sonucuna odaklanan yapısı göz önüne alındığında aliudun teslimi halinde de esaslılık değerlendirmesi yapılması mantıksal bir gereklilik halini almaktadır. Çoğu durumda aliudu teslim eden satıcı ihlalin esaslı olmadığını ispat edemeyecektir. Ancak bu varsayımın kabulü, aliudun tesliminin her zaman esaslı ihlal sayılmasını gerektirmez. Nitekim bu ayrımın yapılması, daha en baştan sözleşmeye aykırılık türlerinde ayrım yapmamak amacıyla yola çıkan CISG'nin temel yaklaşımına ters düşecektir.

Sözleşmeye aykırılığın türleri üzerinde odaklanmayı reddeden CISG, esaslı ihlal prosedürünü geliştirmek suretiyle tarafların uğradıkları zararı gidermeyi amaçlamaktadır. Bu açıdan bakıldığında özellikle aliudun teslimi ve ayıptan sorumluluk ayrımı gibi sorunlu bir ayrımdan özellikle kaçınmak gerektiği sonucu çıkarılmalıdır. Bu sebeple biz de aliudun teslimi halinde sözleşmeye uygun olmayan ifanın gerçekleştiği görüşüne katılmaktayız.

6. KAYNAKÇA

ACEMOĞLU, Kevork (1972) '"Aliud" ve Federal Mahkemenin "Aliud" Konusundaki Tutumu Üzerine' MHAD, S. 6, 19-29.

ARAL, Fahrettin (2011) Kötü İfa, Ankara, Yetkin.

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan (2012) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, Ankara, Yetkin.

ATAMER, Yeşim 'Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış': Atamer, Yeşim (Editör) (2008) Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG), İstanbul, XII Levha, 221-267.

ATAMER, Yeşim (2005) Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları.

AYDOĞDU, Murat/KAHVECİ, Nalan (2017) Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri-Sözleşmeler Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Adalet.

BAŞOĞLU, Başak (2012) Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul, XII Levha.

BECKER, Herman (1934) Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 184-551, Bern, Verlag von Stampfli & Cie (Çeviren: Dura, A. Suat (1993) İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, İkinci Bölüm- Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Ankara, Yargıtay).

BENICKE, Christoph, Münchener Kommentar zum HGB (2018), 4. Baskı, https://beck-online.beck.de/Home.

BIANCA, Cesare Massimo/BONELL, Michael Joachim (Eds.)/ WILL (1987) Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan.

BİLGE, Necip (2008) Hukuk Başlangıcı- Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Ankara, Turhan.

BONELL, Michael Joachim (2001) 'Do We Need a Global Commercial Code?' Dickinson Law Review, Vol. 106, Issue 1, 87-110.

BRIDGE, Michael (2010) 'Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods' Vol. 59 International & Comparative Law Quarterly pp. 911-940.

BÜYÜKAY, Yusuf (2007) Roma Borçlar Hukukunda Hata, Ankara, Yetkin.

BÜYÜKAY, Yusuf (2001) 'Roma Hukukunda Error In Materia ve Error In Substantia' AÜEHFD, C: 5, S: 1-4, 349-359.

CASTELLANI, Luca 'Türkiye'nin CISG'a Taraf Olmasına İlişkin Çerçeve' : Atamer, Yeşim (Editör) (2008) Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG), İstanbul, XII Levha.

CEMAL, Ahmet (1969) 'Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim (Leistungs Erfüllungshalber)' MHAD, S. 5, 239-256.

CISG Advisory Council Opinion No. 2, Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Article 38 and 39, http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op2.html.

CYPRIAN, Roberto (1981) Die Aliud-Lieferung im Schweizerischen Kauftvertragsrecht, St.Gallen, Ekkehard Presse.

DAYINLARLI, Kemal 'Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri': Ünal, Mehmet (Editör) (2006), Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, Yetkin, 327-396.

DAYIOĞLU, Yavuz (2011) CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul, XII Levha.

DIMATTEO, Larry A. (2002) 'Contract Talk: Reviewing the Historical and Practical Significance of the Principles of European Contract Law' 43 Harvard International Law Journal 569-581.

DOĞANAY, İsmail (1993) Ticari Alım-Satım Akdi ve Nevileri, Ankara, Adalet.

EDİS, Seyfullah (1963) Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, Ajans-Türk.

EDİS, Seyfullah (1973) Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara, AÜHF Yayınları.

ENDERLEIN, Fritz/MASKOW, Dietrich (1992) International Sales Law- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Oceana Publications.

ERDEM, Ercüment (1992) 'Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)' BATİDER, C. 16 S. 3 35-105.

ERDEM, H. Ercüment 'Viyana Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı': Şıpka, Şükran/Yıldırım, Ahmet Cemil (Editörler) (2012) Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, 117-156, İstanbul, XII Levha.

ERDOĞMUŞ, Belgin/TAHİROĞLU, Bülent (2012) Roma Hukuku Dersleri, 8. Baskı, İstanbul, DER.

EREN, Fikret (2016) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara, Yetkin.

EREN, Fikret (2016) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, Yetkin.

ERİŞGİN, Özlem SÖĞÜTLÜ (2016) Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara, Seçkin.

FERRARI, Franco 'CISG'de Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler' : Atamer, Yeşim (Editör) (2008) Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG), İstanbul, XII Levha, 37-83.

FERRARI, Franco (2005) 'Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention- 25 Years Article 25 CISG' 2005 International Business Law Journal 389.

FERRARI, Franco (1995) 'Specific Topics of the CISG in the Light of Judicial Application and Scholarly Writing' 15 Journal of Law & Commerce 1.

FLECHTNER, Harry M. 'Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi':Atamer, Yeşim (Editör) (2008) Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG), İstanbul, XII Levha, 163-193.

FLUME, Werner (1992) Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschaft, 4. Tıpkı Basım, Berlin, Springer-Verlag Berlin Heidelberg.

GRAFFI, Leonardo (2003) 'Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention' Revue de droit des affaires internationales / International Business Law Journal No. 3, 338-349.

GONZALEZ, Olga (1984) 'Remedies Under the UN Convention for the International Sale of Goods' 2 International Tax & Business Law. 79-100.

GRUBER, Urs Peter, Münchener Kommentar zum BGB (2016), 7. Baskı, Band 3 CISG, https://beck-online.beck.de/Home.

GRUBER, Urs Peter, Münchener Kommentar zum BGB (2019) 8. Baskı**,** https://beck-online.beck.de/Home.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper (2013) Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, 3. Baskı, İstanbul, Vedat.

HOLMES, Oliver Wendell, Jr. (2009) The Common Law, Harvard University Press.

HONNOLD, John O./FLETCHNER, Harry M. (2009) Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention, 4th Revised Edition, Wolters Kluwer Law& Business.

HONSELL, Heinrich (2014) Kurzkommentar- Obligationenrecht, Basel, Helbing Lichtenhahn.

HUBER, Peter 'Sözleşmeye aykırılık Halinde Alıcının Hakları' : Atamer, Yeşim (Editör) (2008) Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG), İstanbul, XII Levha, 267-287.

JENKS, Edward (1936) 'The Book of English Law', Part 2,3,4 (Çeviren: Özyörük, Mukbil (1950) İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler, AHFD, No:1-2, s.40 vd.).

KANETİ, Salamon (1962) Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul, Ahmed Said Matbaası.

KARAKAŞ, Fatma Tülay (2013) 'Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar' AÜHFD, 62(3), 729-759.

KIRCA, Çiğdem (2016) '6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal': Aksoy, Hüseyin Can (Editör) Tüketici Hukuku Konferansı, 5-6 Aralık 2015 (Makaleler-Tebliğler) Ankara, Yetkin, 149-174.

KOCAAĞA, Köksal (2007) 'Borçlanılan Edimin İfası Kuralının Bir İstisnası olarak İfa Amacıyla Edim' BATİDER, C. 24, S. 1, 139-159.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip (2010) Borçlar Hukuku Genel Bölüm- Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 5. Baskı, İstanbul, Filiz.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip (1968) Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, Garanti Matbaası.

KOCH, Robert (2004) 'Commentary on Whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 25 CISG', CISG Database, https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch1.html.

KOCH, Robert (1999) 'The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)' Kluwer Law International, 177-354.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz/SÖĞÜTLÜ, Özlem (2018) Roma Özel Hukuku Uygulamalı Çalışmaları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin.

KRÖLL, Stefan/MISTELIS, Loukas/VISCASILLAS, Pilar Perales (2018) UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG), 2. Baskı, https://beck-online.beck.de/Home.

LANDO, Ole (2006) 'How the Principles of European Contract Law (PECL) Were Prepared' 8 European Journal of Law Reform 477-483.

LANDO, Ole (2001) 'The Structure and Salient Features of the Principles of European Contract Law' Juridica International VI/2001, 4-15.

MARCANTONIO, J. Barrigan (1984) 'Unifying the Law of Impossibility' 8 Hastings International & Comparative Law Review.

ÖZKAN, Zehra (2017) 'Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması' AÜHFD, 66(1): 157-199.

ÖZLÜK, Betül (2018) Ismarlanmamış Edim, Ankara, Yetkin.

ÖZSUNAR, Erdal (2005) Roma ve Türk Hukukunda Hata, Ankara, Turhan.

PAIVA, Roberto Martin (1980) 'Fundamental Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods', CISG Database, https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/paiva.html.

PALANDT/WEIDENKAFF (2010) Bürgerliches Gesetzbuch, 69. Baskı, München, C.H. Beck.

RADO, Türkan (2001) Roma Hukuku Dersleri- Borçlar Hukuku, 12. Baskı, İstanbul, Filiz.

ROSSUM, Medelein Van (1996) 'The Prinicples of Europen Contract Law', A Review Essay, 3 Maastricht Journal of European & Comparative Law 69-87.

RUSCH, Arnold F. (2018) 'Aliud beim Werkvertrag' Baurecht- Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen, 2/2018, 89-92.

SARIKAYA, Murat (2017) Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması "CISG" Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali, İstanbul.

SCHLECHTRIEM, Peter/ BUTLER, Petra (2009) UN Law on International Sales: The UN Convention of the International Sale of Goods, Springer- Heidelberg.

SCHLECHTRIEM, Peter/SCHWENZER, Ingeborg (Eds.)/MÜLLER-CHEN, (2010) Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), First Publication, New York, Oxford University Press.

SCHULZ, Fritz (1968) Classical Roman Law, Oxford, Clarendon Press.

SEROZAN, Rona (2012) 'Atipik Trampa Sözleşmeleri' BATİDER, C: 23, S: 4, 5-26

SEROZAN, Rona (2015) Hukukta Yöntem, İstanbul, Vedat.

SEROZAN, Rona (1969) 'Parça Borcu- Çeşit Borcu: Aşılması Gereken Bir Ayırım' MHAD, S: 5, s. 212-238.

SEROZAN, Rona (2000) 'Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku' İÜHFM, C. 58, S. 1-2, 233-248.

SERT, Selin (2013) Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul, Vedat.

ŞAHİNİZ, C. Salih (2008) Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Ankara, Seçkin.

ŞENOCAK, Zarife (1989) 'Borçlar Kanununun 94. vd. ve 194. vd. Maddeleri Açısından Aliudun Teslimi' BATİDER, C: 15, S: 1, 113-135.

TANDOĞAN, Haluk (1990) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Kendine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 6. Baskı, İstanbul, Evrim.

TANDOĞAN, Haluk (2010) Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), İstanbul, Vedat.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla (1993) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz.

UMUR, Ziya (1999) Roma Hukuku Ders Notları, 3. Baskı, İstanbul, Beta.

UMUR, Ziya (1983) Roma Hukuku Lügatı, İstanbul, Fakülteler Matbaası.

UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods, United Nations, New York, 2016 Edition.

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, United Nations, New York, 2016 Edition.

United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Official Records, Documents of the Conference and of the Meetings of the Main Committees, Vienna 10 March-11 April 1980, United Nations Publication, New York, 1991, https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf.

VON TUHR, Andreas (Çev. EDEGE, Cevat (1983) Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara).

WATSON, Alan (1998) The Digest of Justinian, Vol. 1, University of Pennsylvania Press.

WATSON, Alan (1998) The Digest of Justinian, Vol. 2, University of Pennsylvania Press.

YAVUZ, Cevdet (2016) Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 14. Baskı, İstanbul, Beta.

YAVUZ, Cevdet (1989) Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, Sermet Matbaası.

YAVUZ, Cevdet (2014) Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, Beta.

YAVUZ, Nihat (2016) Ayıplı İfa, 5. Baskı, Ankara, Seçkin.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, Kaya Emre (2017) Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 17. Baskı, Ankara, Turhan.

ZEYTİN, Zafer (2014) 'Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Sözleşmenin Esaslı İhlali' Terazi Hukuk Dergisi, C. 9 S. 100.

ZIMMERMANN, Reinhard (1992) The Law of Obligations- Roman Foundations of the Civilian Tradition, 2. Baskı, Cape Town, Juta &Co.

ONLINE KAYNAKLAR

https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/

https://iicl.law.pace.edu

https://en.oxforddictionaries.com/

https://dictionary.cambridge.org/tr/

http://www.cisg-online.ch/

https://www.hein-online.com

https://www.beck-online.com

https://www.jurix.com

https://www.kazanci.com

https://www.uncitral.org

https://www.cisg.law.pace.edu